

SİCİL

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 *AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU **KARAR İNCELEMELERİ**

KARAR İNCELEMELERİ **TOPLU İŞ HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU **BİREYSEL İŞ HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK** **TOPLU İŞ HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

MALİ HUKUK **TOPLU İŞ HUKUKU**

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **KARAR İNCELEMELERİ**

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

KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU 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**

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

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU **KARAR İNCELEMELERİ**

BİREYSEL İŞ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2021 **Sayı/Issue:** 46 **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

Dil Editörü/Language Editor:

Av. Nağme HOZAR, MESS, In-House Counsel

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. Ömer Faruk İŞLER, MESS, In-House Counsel
Av. Mesut SERİN, 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:

Ocak 2022/January 2022

İletişim Adresi/Contact Adress:

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
sicil.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 Fakóltesi

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

Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT - MEF Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

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

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

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

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Tankut CENTEL - Koç Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Fevzi DEMİR - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

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

Prof. Dr. Toker DERELİ - İstanbul Üniversitesi İktisat Fakóltesi Emekli Öğretim Üyesi -

Işık Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

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

Prof. Dr. Nüvit GEREK - Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Emekli Öğretim Üyesi

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

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

Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

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

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

Prof. Dr. Polat SOYER - Yakın Dođu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

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

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

Prof. Dr. Sarper SÜZEK - Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR - Marmara Üniversitesi İktisat Fakóltesi

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ - Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

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

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

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ HAKKINDA

Amaç ve Kapsam

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

Aim and Scope

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 46. sayısında 5 makale ve 4 karar incelemesi bulunmaktadır. Bu çerçevede dergimizin 46. sayısında; Prof. Dr. Ercüment Özkaraca-Ar. Gör. Sema Deniz Özkan Koç'un "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Sonrası Geçmişe Etkili Yürürlüğe Konan Toplu İş Sözleşmelerinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma", Doç. Dr. Gaye Burcu Yıldız'ın "Dijital Emek Platformları Üzerinden Çalışanların Hukuki Statülerinin Belirlenmesi", Dr. Öğr. Üyesi Çağlar Çopuroğlu'nun "Pandemi Döneminde İşyerinde Covid-19 Aşısı Zorunluluğu Sorunu ve Tarafların Hakları", Dr. Öğr. Üyesi Başak Güneş'in "İşçinin Ücretsiz İzinde Olmasının 5510 Sayılı Kanun Bakımından Sonuçları" ve Dr. Öğr. Üyesi Pelin Tuvaç Yılmaz'ın "Sosyal Güvenlik Hakkının Düzenlendiği Uluslararası Belgelerin İç Hukuka Etkisi" başlıklı makaleleri ile Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Osman Güven Çankaya'nın "Uygulanmakta Olan Yasal Grevin Mahkeme

Kararı ile Sona Erdirilmesinin Taraf İşçi Sendikasının Yetkisini Sona Erdirip Erdirmeyeceği ve Yasal Boşluk Sorunu", Prof. Dr. Ercüment Özkaraca-Dr. Öğr. Üyesi Canan Ünal Adınır'ın "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayırmacılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı-Karar İncelemesi", Dr. Öğr. Üyesi Asiye Şahin Emir'in "İşveren İşçinin Talebi Olmaksızın Yeni İş Arama İzni Kullandırmak Zorunda Mıdır? (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2021 Tarihli Kararı'nın Değerlendirilmesi)" ve Dr. Öğr. Üyesi İlke Gürsel'in "Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk-Yargıtay Karar İncelemesi" başlıklı karar incelemeleri yer almaktadır.

MESS olarak, ilk sayısından bu yana yoğun talep ve ilgi gören ve önemli bir başvuru kaynağı olduğuna inandığımız SİCİL İş Hukuku dergisinin 46. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunar; yazarlarımıza, makaleleri ve karar incelemelerini büyük bir titizlikle inceleyen hakemlerimize ve Danışma Kurumuza teşekkür ederiz.

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

Saygılarımızla,

Yayın Yönetmeni/Editorial Director

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI

- 1 Dergide yayımlanması istenen yazılar MESS'in mess@mess.org.tr elektronik posta adresine gönderilmelidir.
- 2 SİCİL İş Hukuku dergisi altı ayda bir (yılıda iki kez) yayımlanan hakemli bir dergidir.
- 3 Dergide yayımlanabilecek yazılar, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanını ilgilendiren içerikte yazılardır (Makale, karar incelemesi ve çeviri).
- 4 Yazıların dili Türkçedir.
- 5 Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
- 6 Dergiye gönderilen yazılar Türkçe ve İngilizce başlık ve hem Türkçe hem de İngilizce özet kısmı içermelidir.
- 7 Dergiye gönderilen yazılarda ilgili yazıdaki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun anahtar sözcükler kullanılmalıdır.
- 8 Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak gönderildiği kabul edilir.
- 9 Yayımlanan yazıların her türlü sorumluluğu yazar(lar)ına aittir.
- 10 Hakemlerin ve yazarların isimleri gizli tutulur.
- 11 Yazıların yayımlanması konusunda son karar Yayın Kurulu'na aittir.
- 12 Yayımlanmayan yazılar iade edilmez.
- 13 Dergide yer alan yazılar kaynak gösterilmeden kullanılamaz.
- 14 Dergide yayımlanan yazıların yayın hakkı MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası'na aittir.
- 15 Dergide yayımlanan yazılarda yer alan görüşler yazarlara aittir. Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

HAKEM DEĞERLENDİRME SÜRECİ

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. Hakem değerlendirme raporları, TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin Komitesi'nin incelemesine olanak verecek şekilde yayın tarihinden sonra en az beş yıl süreyle saklanmaktadır. Yazıların yayımlanması konusunda son karar Yayın Kurulu'na aittir. Yayımlanmayan yazılar iade edilmez.

ÜCRET POLİTİKASI

Makale gönderim/süreç işletimi ücretsizdir.

İçindekiler

Araştırma Makaleleri

11

Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Sonrası Geçmişe Etkili Yürürlüğe Konan Toplu İş Sözleşmelerinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma

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

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

28

Dijital Emek Platformları Üzerinden Çalışanların Hukuki Statülerinin Belirlenmesi

Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ

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

42

Pandemi Döneminde İşyerinde Covid-19 Aşı Zorunluluğu Sorunu ve Tarafların Hakları

Dr. Öğr. Üyesi Çağlar ÇOPUROĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

60

İşçinin Ücretsiz İzinde Olmasının 5510 Sayılı Kanun Bakımından Sonuçları

Dr. Öğr. Üyesi Başak GÜNEŞ

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

84

Sosyal Güvenlik Hakkının Düzenlendiği Uluslararası Belgelerin İç Hukuka Etkisi

Dr. Öğr. Üyesi Pelin Tuğç YILMAZ

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

(Karar İncelemeleri)

103

Uygulanmakta Olan Yasal Grevin Mahkeme Kararı ile Sona Erdirilmesinin Taraf İşçi Sendikasının Yetkisini Sona Erdirip Erdirmeyeceği ve Yasal Boşluk Sorunu

Osman Güven ÇANKAYA

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

127

Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayırmıcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı - Karar İncelemesi

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA - Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL ADINIR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

İçindekiler

137

İşveren İşçinin Talebi Olmaksızın Yeni İş Arama İzni Kullandırmak Zorunda Mıdır? (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2021 Tarihli Kararı'nın Değerlendirilmesi)

Dr. Öğr. Üyesi Asiye ŞAHİN EMİR

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

155

Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk - Yargıtay Karar İncelemesi

Dr. Öğr. Üyesi İlke GÜRSEL

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

Contents

Research Articles

- 11** After The Cancellation Decision of The Constitutional Court, Benefitting Retroactively From Collective Labour Agreements by Paying Solidarity Due
Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA - Res. Assist. Sema Deniz ÖZKAN KOÇ
Marmara University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 28** Determining The Legal Status of Digital Labour Platform Workers
Assoc. Prof. Dr. Gaye Burcu YILDIZ
Ankara University, Faculty of Political Science, Labour Economics and Industrial Relations, Labour Law and Social Security
- 42** Compulsory Covid-19 Vaccine Problem at Workplaces and The Rights of The Parties During Pandemic
Assist. Prof. Dr. Çağlar ÇOPUROĞLU
Çankaya University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 60** The Consequences of The Employee's Unpaid Leave of Absence in Respect to Social Insurance According to The Law No: 5510
Assist. Prof. Dr. Başak GÜNEŞ
Altınbaş University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 84** The Impact of International Treaties Regulating The Right to Social Security on Domestic Law
Assist. Prof. Dr. Pelin Tuuç YILMAZ
Dokuz Eylül University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Labour Economics and Industrial Relations, Labour and Social Security Law

(Court Verdict Analyses)

- 103** Whether The End of The Legal Strike in Action by Court Decision Will End The Authority of The Party Trade Union and The Issue of Legal Gap
Osman Güven ÇANKAYA
Honorary President of The 9th Civil Chamber of The Supreme Court of Appeals

Contents

- 127** Can Employee Be Entitled to Discrimination Compensation in Case of The Breach of Equal Treatment in The Narrow Sense? (Decision Review)
Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA - Assist. Prof. Dr. Canan ÜNAL ADINIR
Marmara University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 137** Does The Employer is Obliged to Grant The Permission to Employee to Seek New Employment Even Though The Lack of Employee's Demand? (Evaluation of The Decision of The Supreme Court of Appeals General Assembly, dated 15.04.2021)
Assist. Prof. Dr. Asiye ŞAHİN EMİR
İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 155** Law Applicable to Disputes Arising From Employment Contracts in Private International Law – Review of The Court of Cassation's Decision
Assist. Prof. Dr. İlke GÜRSEL
Dokuz Eylül University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA*

Ar. Gör. Sema Deniz ÖZKAN KOÇ**

Araştırma Makalesi
Sicil, 2021/II Sayı 46: 11-27
Makale Gönderim Tarihi: 27 Aralık 2021
Makale Kabul Tarihi: 31 Aralık 2021

Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Sonrası Geçmişe Etkili Yürürlüğe Konan Toplu İş Sözleşmelerinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma

Öz

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda taraf sendikaya üye işçiler yanında belirli şartlar altında dayanışma aidatı ödeyen işçilere de toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı tanınmıştır. Ancak yasal düzenlemede yararlanmanın başlangıcına ilişkin gereksiz bir ayırım yapılarak geçmişe etkili yürürlüğe konan sözleşmelerden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmayı engelleyen bir durum yaratılmıştır. Anayasa Mahkemesi, 6356 sayılı Kanun'un

konuya ilişkin 39. maddesinin 4. fıkrasının 2. cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu kabul ederek 30.12.2020 tarihinde iptal etmiş; bunun sonucunda dayanışma aidatı ödeyen işçiler de geçmişe etkili olarak sözleşmeden yararlanma imkânına kavuşmuştur. Bu çalışmamızda iptal kararının isabetli olup olmadığını ve karar sonrası dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma bakımından ortaya çıkabilecek sorunları irdeleyeceğiz.

Anahtar Sözcükler:

Toplu iş sözleşmesi, geçmişe etki, dayanışma aidatı, yararlanma.

After The Cancellation Decision of The Constitutional Court, Benefitting Retroactively from Collective Labour Agreements by Paying Solidarity Due

Abstract

According to the Trade Unions and Collective Bargaining Law No. 6356, besides labourers who are members of a party union, labourers who pay solidarity dues are also given

the opportunity to benefit from the collective labour agreements under certain condi-

*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, deniz.ozkan@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3393-5502.

tions. However, by making an unnecessary distinction in the legal regulation, a negative situation has been created in terms of benefitting from the collective agreement that have been put into effect retroactively by paying solidarity dues. The Constitutional Court have accepted that the second sentence of Article 39 paragraph 4 of Law No.

6356 is unconstitutional and it is annulled on 30.12.2020. In this case, labours who pay solidarity dues are also given the opportunity to benefit from the collective agreement with retrospective effect. In this study, we will examine the problems that may arise and our solution suggestions regarding the subject.

Keywords:

Collective labour agreement, retroactive effect, solidarity due, benefitting.

Giriş

Anayasa'nın 51. maddesine göre çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla sendika kurabilir ya da mevcut sendikalardan birine üye olabilirler. Pozitif sendika özgürlüğü olarak ifade edilen bu özgürlüğün karşısında, yine aynı maddede öngörülen herhangi bir sendikaya üye olmama ya da üyelikten çekilmeyi güvence altına alan negatif sendika özgürlüğü bulunmaktadır. Bu çerçevede işçiler açısından bakıldığında pozitif ve negatif sendika özgürlükleri arasında adil bir dengenin sağlanması, sendikal özgürlüğün gerçek anlamda korunabilmesi için kaçınılmaz bir gerekliliktir. Bu denge gereksiniminin en temel görünümü toplu iş sözleşmesinden yararlanma noktasında kendini göstermektedir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na¹ göre, kural olarak toplu iş sözleşmesinden taraf sendikaya üye işçiler yararlanır (m. 39/1). Kanun'da sendikaya üye olmak istemeyen işçilere de dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı tanınmış; bu husus, taraf sendikanın onayına bağlı tutulularak da negatif sendika özgürlüğü korunmak istenmiştir. Ancak Kanun'da dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın

talep tarihinden itibaren başlayacağı belirtildikten sonra, imza tarihinden önceki taleplerin imza tarihi itibariyle hüküm doğuracağı düzenlemesine yer verilerek dayanışma aidatı ödeyen işçilerle taraf sendikaya üye işçiler arasında gereksiz bir ayırım yaratılmıştı (m.39/4, c.2). Bu ayırım nedeniyle dayanışma aidatı ödeyerek geriye etkili hükümlerden yararlanmak mümkün değildi. Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu hüküm 30.12.2020 tarihinde iptal edilmiştir. Böylelikle negatif ve pozitif sendika özgürlükleri arasında denge sağlanmakla beraber karar sonrası pek çok soru işaretinin doğması da kaçınılmazdır. Biz de bu çalışmamızda Anayasa Mahkemesi kararı sonrası ortaya çıkması muhtemel sorunlara, bunlara ilişkin değerlendirme ve çözüm önerilerimize yer vereceğiz.

I. Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkili Yürürlüğe Konması

Kural olarak toplu iş sözleşmeleri imzalandığı tarihte yürürlüğe girer². Ancak taraflar, sözleşmenin içeriğini düzenleme yetkisine sahip oldukları gibi, yasal sınırlar içinde yürürlüğe gireceği za-

1 RG, 07.11.2012, 28460.

2 İmza tarihi sözleşmenin özel hakem veya Yüksek Hakem Kurulu kararıyla yürürlüğe girmesi halinde karar tarihi olarak anlaşılmalıdır (Özkaraca, Ercüment: Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi, İstanbul 2014, 15).

manı da belirlemekte serbesttir. Bu çerçevede taraflar sözleşmenin imzalandıktan belirli bir süre sonra ya da imzalandığı tarihten daha önceki bir tarihte yürürlüğe gireceğini kararlaştırabilirler.

Toplu iş sözleşmesinin, ilk kez düzenlendiği 275 sayılı Kanun döneminden beri yürürlük başlangıcının geriye götürülebileceği kabul edilmekte; böylelikle sürecin gecikmesinden kaynaklanan olumsuzlukların telafi edilmesi amaçlanmaktadır. Bu durum, arka arkaya yapılan toplu iş sözleşmeleri için sözleşmeler arası boşluk yaratılmaması amacıyla gerçekleştirilmekte; ilk kez toplu iş sözleşmesi yapılan işyerlerinde ise özellikle sendikanın yetki için başvurduğu tarihin üzerinden uzun zaman geçtikten sonra sözleşmenin bağitlanmasının sebep olduğu olumsuzluklar giderilmek istenmektedir³. Kural olarak toplu iş sözleşmeleri ile işçiler lehine haklar elde edildiğinden bu hakların sağlanmaya başladığı tarihin mümkün olan en eski tarih olması, haklı olarak işçi sendikaları tarafından arzu edilen bir husus olmaktadır.

Toplu iş sözleşmesinin geriye etkili yürürlüğe konması usulü ile istisnai da olsa sözleşmenin tamamen geçmiş dönemde hüküm ve sonuçlarını doğurduğu görülebilmektedir. Gerçekten, mevcut toplu iş sözleşmesinin süresinin bitiminden uzun süre sonra akdedilebilen yeni sözleşmenin yürürlük başlangıcı, önceki sözleşmenin bitimi tarihine götürüldüğünde sözleşme hüküm ve sonuçlarını büyük oranda geçmişte doğurabilmekte hatta imzalandığı tarihte sona erebilmektedir. Bu durum, toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen ancak taraf sendikaya üye olmayan işçilerin durumunu daha da önemli kılmaktadır. Zira, 6356 sayılı Kanun'un 39. maddesi ile getirilen

dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaya ilişkin taleplerin imza tarihi itibarıyla hüküm doğuracağı düzenlemesi, böyle bir sözleşmenin taraf sendika üyesi olmayan işçileri dışlaması anlamına gelmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı özellikle büyük kısmı veya tümü geçmişte hüküm ve sonuçlarını doğuran toplu iş sözleşmeleri bakımından önem taşımaktadır.

Geriye (geçmişe) etki, bağitlanmış bir toplu iş sözleşmesinin tamamının veya bazı hükümlerinin imza tarihinden önceki bir tarihten itibaren geçerli olacak şekilde yürürlüğe konması ve kendilerinden önce doğmuş hukuki sonuçları değiştirmesi olarak tanımlanabilir⁴. Bu durumda toplu iş sözleşmesi hükümleri, geçmişte mevcutmuş gibi sözleşmeden yararlanan işçilerin iş sözleşmeleri üzerinde hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır.

6356 sayılı Kanun'da toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili yürürlüğe konabileceğini açıkça ifade eden bir hüküm bulunmamakla beraber sözleşmeden yararlanmaya ilişkin 39. maddede, *"Toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyeler de, iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanır."* hükmüne yer verilerek imza tarihi ile yürürlük tarihinin birbirinden farklı ve yürürlük tarihinin imza tarihinden önce olacak şekilde belirlenebileceği zımnen ifade edilmiştir. Yine Kanun'da, dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma konusunda imza tarihinden önceki taleplerin imza tarihi itibarıyla hüküm doğuracağına yer verilerek suretiyle de imza tarihi ile yürürlük tari-

3 Esener, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, 516; Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 189; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı, İstanbul 2016, 463; Tuncay, A. Can/Savaş Kutsal, Burcu: Toplu İş Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019, 305; Canbolat, Talat: Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1998, 157; Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 9. Bası, Ankara 2020, 306; Özkaraca, Geriye Etki, 4.

4 Dieterich, Thomas/Hanau, Peter/Schaub, Günter: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 51, 11; Ekmekçi, Ömer: Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, 218; Özdemir, M. Erdem: Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümleri ve Bunların Hizmet Akdine Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1999, 258; Özkaraca, Geriye Etki, 23; Özkan, Sema Deniz: Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, Yargıtay Dergisi, C. 43, S. 4, Ekim 2017, 973; Yamakoğlu, Efe/Arslan Durmuş, Seda: Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma (Anayasa Mahkemesinin 30.12.2020 tarih ve 57/83 sayılı İptal Kararı Sonrası), Legal İSGHD, C. 18, S. 70, 2021, 583.

hinin farklı olabileceği kabul edilmiş olmaktadır. Kaldı ki, Kanun'da belirtilen hükümler olmasaydı dahi genel hukuk kuralları uyarınca taraflarca toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının imza tarihinden önceki bir tarih olarak belirlenmesi mümkündür⁵. Yargıtay da öteden beri toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili yürürlüğe konabileceği yönünde kararlar vermektedir⁶.

Toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürülmesi mümkün olmakla birlikte taraflar bu konuda sınırsız bir serbestiye sahip değildir. Bu konudaki ilk sınır, bir önceki toplu iş sözleşmesi olacaktır. Özellikle art arda yapılan toplu iş sözleşmesi uygulamalarında sözleşme en çok bir önceki toplu iş sözleşmesinin bitimi tarihine kadar geriye götürülebilir. Kanun'da "*yapılacak toplu iş sözleşmesi önceki sözleşme sona ermedikçe yürürlüğe giremez*" (m. 35/4) hükmüne yer verilerek bu husus açıkça düzenlenmiştir.

Dikkate alınması gereken bir diğer sınır ise toplu iş sözleşmesinin süresidir. Kanun'da toplu iş sözleşmelerinin en az bir en çok üç yıl süreli yapılabileceği (m. 35/4) öngörülmüş olup taraflar bu süreyi aşacak biçimde yürürlük tarihi kararlaştıramazlar. Sözleşmenin geçmişe etkili yürürlüğe konması ile amaçlanan yetki ve toplu görüşme aşamalarında meydana gelen gecikmenin doğurduğu zararların giderilmesi olduğundan; sözleşme ancak yetki belgesi için başvuruda bulunulduğu tarihe kadar geriye yürütülebilecektir⁷. Toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürülmesi istisnai bir durum olduğundan hukuki belirlilik ilkesi gereği kararlaştır-

manın her türlü tereddütten uzak bir şekilde yapılması ve yürürlük tarihinin sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekir.

II. Geçmişe Etkili Yürürlüğe Konan Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma

1. Dayanışma Aidatı Kavramı

Dayanışma aidatı, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye olmayan işçilerin bu sendikanın bağittadığı sözleşmeden yararlanabilmek için ödemekle yükümlü olduğu bir miktar parayı ifade eder⁸. Bir nevi denkleştirme işlevine sahip olan bu aidat ile taraf sendikaya üye işçilerin aldıkları risklerin dengelenmesi amaçlanmaktadır.

Dayanışma aidatı kavramı İsviçre hukukunda yaratılmış bir kavramdır. 1956 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'na 322bis maddesinin eklenmesiyle sendikaya üye olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği kabul edilmiştir. Yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu'nun 356b maddesinde de aynı kural benimsenmiş durumdadır. Maddenin ikinci fıkrasına göre, sendikaya üye olmayan işçiler toplu iş sözleşmesi taraflarının onayı ile ve dayanışma aidatı adı altında bir miktar para ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinin uygulama alanına dahil olurlar. Madde metninde açıkça dayanışma aidatı (Solidaritätsbeiträge) kavramına yer verilmemiş; ancak toplu iş sözleşmesinde yararlanmanın daha ayrıntılı olarak düzenlenebileceğinden bahsedil-

5 Esener, 515; Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1967, 137; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 189; Özkara, Geriye Etki, 28; Özdemir, 277; Özkan, 974. Kanun'da öngörülen düzenlemenin emredici nitelikte olduğu ve toplu iş sözleşmeden geçmişe etkili yararlanmanın mümkün olmadığı yönünde bkz. Elbir, Halid Kemal: İş Hukuku, İstanbul 1987, 218.

6 Yarg. HGK, 12.2.1975, E. 1974/9-505, K. 1975/194; Yarg. HGK. 17.05.1989, E. 1989/10-250, K. 1989/361, (www.kazanci.com).

7 Ekmekçi, Ömer: Toplu İş Hukuku Dersleri, 3. Bası, Şubat 2021, 324; Tuncay/Savaş Kutsal, 338; Özkara, Geriye Etki, 48; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı, İstanbul 2018, 166.

8 Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, 2018, 386; Aktay, Nizamettin/ Arıcı, Kadir/Senyan Kaplan, Emine: İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 2013, 538-539; Narmanlıoğlu, 444; Canbolat, 181; Aktay, A. Nizamettin: Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2019, 214-215; Caniklioğlu, Nurşen: Henüz İmzalanmamış Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma Talebi- Talebin Geçersizliği, Sicil, S. 2, Haziran 2006, 122; Özkara, Ercüment: Benefiting From Collective Labour Agreement By Paying Solidarity Due, Journal of Business, Economics and Finance, Volume 7, Issue 1, 2018, 10; Aynı Yazar, Geriye Etki, 183.

dikten sonra sözleşmeye katılma (Anschluss) bakımından uygun olmayan kararlaştırmalara özellikle ölçüsüz aidatlara hâkimin müdahale yetkisi düzenlenmiştir. İsviçre doktrininde söz konusu düzenlemenin taraf sendikaya üye olmayanların toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması işaret ettiği; menfaatlerin denkleştirilmesi amacıyla buna karşılık işçiden dayanışma aidatı talep edilebileceği, dayanışma aidatının miktarının üyelik aidatına oranla önemli ölçüde düşük belirlenmesi gerektiği, aidat miktarının toplu iş sözleşmesiyle sağlanan menfaatler, sözleşmenin uzunluğu vb. kriterlere göre belirlenebileceği, aşırı olarak öngörülen dayanışma aidatının ise geçersiz olduğu ve hakim tarafından miktarın indirilebileceği kabul edilmektedir⁹.

Ülkemizde de 275 sayılı Kanun (m. 7/3) döneminden beri, farklı esaslara tabi olmakla birlikte, taraf sendikaya üye olmayan işçilere dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı tanınmıştır.

Dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanmanın Kanun'dan doğan bir hak olması karşısında tarafların toplu iş sözleşmesine koyacakları hükümlerle bu hakkı kaldırmaları¹⁰ ya da sınırlamaları veyahut işçilerden bu haklarından feragat edeceklerine ilişkin yazılı beyan talep etmeleri mümkün değildir.

İşçinin dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması ile kastedilen söz-

leşmenin parasal hükümlerinden yararlanmadır. 6356 sayılı Kanun'un 39. madde hükmü toplu iş sözleşmesinden yararlanmayı düzenlerken yararlanmanın kapsamına ilişkin bir açıklama yapmamaktadır. Ancak aynı Kanun'un 25. maddesinde işverenin bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan veya farklı sendikalara üye işçiler arasında çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesine ilişkin ayırım yapamayacağı düzenlendikten sonra fıkranın devamında yer alan, "ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır" ifadesi ile, yararlanma kavramı açıklığa kavuşturulmuştur. Bu halde, dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanma, üye olmak suretiyle yararlanmada olduğu gibi, sözleşmenin ücret, ikramiye, prim gibi parasal haklarından yararlanmadır¹¹. İş sağlığı ve güvenliği hükümleri, çalışmaya son verilmesi gibi parasal olmayan hükümlerden ise tüm işçiler yararlanır ve işçiler arasında üyelik vb. nedenlerle bu konuda bir ayırım yapılamaz¹².

2. AYM Kararı Öncesi Yararlanma

Mülga 2822 sayılı Kanun'da, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinin yapılma zamanı-

9 İsviçre hukukunda dayanışma aidatına yönelik detaylı bilgi için bkz. Vischer, Frank/Albrecht, Andreas C: Der Arbeitsvertrag, Art. 356-360f OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), vierte völlig neu bearbeitete Auflage, 2006, Art. 356b OR, Rn. 61, 151; Emmel, Frank: Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, dritte Auflage, 2016, Art. 356 OR, Rn. 1, 312; Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian/ Rudolph, Roger: Arbeitsvertrag Praxis Kommentar zu Art. 319-362 OR, siebte vollständig überarbeitete Auflage, 2012, Art. 356b OR, N. 6, 1444; Decurtins, Remo: OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, dritte überarbeitete Auflage, 2016, Art. 356b OR, Rn. 5, 1024.

10 Caniklioğlu, 125; Subaşı, İbrahim: Sendikali Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması, Sicil, S. 14, Haziran 2009, 173.

11 Oğuzman, M. Kemal: Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, C. 1, İstanbul 1987, 69; Reisoğlu, Seza: 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 149; Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat/ Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul 2021, 1079; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 126; Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, 134; Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020, 621; Narmanlioğlu, Ünal: Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma (Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi'nce Yayınlanan 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, 188; Tuncay/ Savaş Kutsal, 309; Özkaraca, Geriye Etki, 118-121.

12 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 1067; Eyrenci/ Taşkent/Ulucan/Baskan, 621; Tuncay/Savaş Kutsal, 309; Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2020, 432; Sur, Toplu İlişkiler, 256; Ekmekçi, Toplu İş Hukuku, 395; Canbolat, Talat: Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş, C. 6, S. 4, 2002, 180; Aktay, 208; Özkaraca, Ercüment: Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara 2016, 297.

na ilişkin açık bir düzenleme mevcut olmadığından, bu Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde dayanışma aidatı ödeyerek geçmişe etkili kılınan hükümlerden yararlanmaya ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştü. Ağırlıklı görüş, Kanun'da yararlanmanın talep tarihinden geçerli olduğunun öngörülmesi karşısında, henüz imzalanmamış bir toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunulamayacağını; böyle bir talepte bulunulmuşsa, yararlanmanın ancak imza tarihinden itibaren başlayabileceğini; yürürlük tarihinden itibaren yararlanmanın mümkün olmadığını kabul etmekteydi¹³.

Doktrinde aksi görüşteki yazarlar ise, yasal düzenlemede yararlanmanın talep tarihinden itibaren geçerli olacağını belirtildiğini, talebin yapılma zamanına ilişkin bir düzenleme ise bulunmadığını, imza tarihinden önce talepte bulunmak suretiyle dayanışma aidatı ödeyerek geçmişe etkili yararlanmanın mümkün olduğunu savunmaktaydı¹⁴.

Yargıtay bu dönemde verdiği kararlarda, kanun koyucunun toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte taraf sendikaya üye olmayanlara yürürlük tarihinden itibaren yararlanma imkânı vermediğine dayanarak buna paralel biçimde dayanışma aidatı ödemek suretiyle de geçmişe yönelik olarak sözleşmeden yararlanılamayacağı sonucuna varmıştı¹⁵. Bu dönemde verilen bir karara göre, dayanışma aidatı ödeyerek ancak imza tarihinden itibaren ileriye etkili olarak toplu iş sözleşmesinden yararlanma, sendika güvenliği

ve sendikaya üye olma özgürlüklerinin dengeli bir düzeyde tutulmaları gerektiği yolundaki düşüncenin doğal bir sonucudur¹⁶.

6356 sayılı Kanun ile konuya ilişkin belirsizlik ortadan kaldırılmak istenmiş; bu sebeple dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın talep tarihinden itibaren geçerli olacağı ve imza tarihinden önceki taleplerin imza tarihi itibarıyla sonuç doğuracağı hükmüne yer verilmişti (m. 39/4). Bu durumda, dayanışma aidatı ödeyen işçi, toplu iş sözleşmesinden en erken imza tarihinden itibaren yararlanabilmekteydi.

Bu dönemde toplu iş sözleşmesinden yararlanma için usulüne uygun olarak yapılmış ve uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi esas alındığından henüz akdedilmemiş bir toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma mümkün değildi¹⁷.

6356 sayılı Kanun'la, dayanışma aidatı ödeyerek geçmişe etkili yararlanmaya ilişkin tartışma sona ermekle birlikte hükmün temel haklar karşısındaki isabetsizliği haklı olarak dile getirilmiştir¹⁸. Zira düzenlemeye göre, geçmişe etkili yürürlüğe konan hükümlerden yararlanabilmek için işçinin taraf sendikaya üye olması zorunlu olduğundan bu durum negatif sendika özgürlüğüyle bağdaşmamaktaydı.

3. AYM Kararı Sonrası Hukuki Durum

a) Kararın Özeti

Anayasa Mahkemesi'nin 30.12.2020 tarihli

13 Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 147-148; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, 456; Canbolat, 206; Özdemir, 156, 273; Akyiğit, Ercan: Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2020, 491-492; Tuncay/Savaş Kutsal, 313; Tunçoğlu/Centel, 387.

14 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 1091; Reisoğlu, Şerh, 147-148; Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, 162; Aynı Yazar, Toplu İş Hukuku, 395; Aktay, 226; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 548; Caniklioğlu, 126; Özkaraca, Geriye Etki, 190; Aynı yazar, 2014 Yılı Kararları, 295; Aynı yazar, Dayanışma Aidatı, 14; Özkan, 976. Farklı gerekçelerle aynı yönde, Oğuzman, 83; düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu yönünde Bozkurt Gümrükçüoğlu, 294.

15 Yarg. 9. HD, 28.3.1988, E. 1988/1310, K. 1988/3570; Yarg. 7. HD, 10.11.2014, E. 2014/1243, K. 2014/20448, (www.kazanci.com).

16 Karara göre, "Başka bir anlatımla geriye yürütülen bir toplu iş sözleşmesinden taraf sendika üyesi olmayan işçiler dayanışma aidatı ödemek suretiyle geriye yürür biçimde yararlanamazlar; ancak ileriye dönük olarak yaralanabilirler. Bu kabul şekli sendika güvenliği ve sendikaya üye olma özgürlüklerinin dengeli bir düzeyde tutulmaları gerektiği yolundaki düşüncenin doğal bir sonucudur..." Yarg. HGK, 16.4.1982, E. 1982/9-244, K. 1982/404; Yarg. HGK, 1.6.1983, E. 1981/9-315, K. 1983/609, (www.kazanci.com).

17 Canbolat, 174; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, 447.

18 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 1090; Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, 162; Aynı Yazar, Toplu İş Hukuku, 395; Canbolat, 181; Özkaraca, Geriye Etki, 191 vd.

kararı¹⁹ ile 6356 sayılı Kanun'un 39. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur" cümlesi iptal edilmiştir. Bakırköy 16. İş Mahkemesi tarafından görülmekte olan davada hükmün Anayasa'nın 51. maddesini ihlal ettiği kanaatine varılmış; maddenin iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise yaptığı incelemede konuyu Anayasa'nın 13, 51 ve 53. maddeleri bakımından ele almış ve düzenlemeyi ölçülülük, sebebe bağlılık ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk yönlerinden ele almıştır.

Kararda, sendikaların çalışanların hak ve menfaatlerini korumak amacıyla kurulan yapılar olduğu; bireysel olarak zayıf durumda bulunan işçilerin sendikalaşmak suretiyle işveren karşısında pazarlık güçlerini arttırdığı; 39. madde ile amaçlananın da güçlü işçi desteği sağlamak suretiyle toplu iş sözleşmesi yapma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını mümkün kılmak olduğu hususları vurgulanmış; yasal düzenleme bu yönüyle *amaca uygun ve meşru* bulunmuştur.

Öte yandan hüküm *demokratik toplum düzeninin gereklerine* uygun bulunmamış; toplu iş hukukunun yerleşmesi ve gelişmesi ile sendikaların güçlenmesi amacı karşısında çoğulculuk ve haksız rekabetin önlenmesinin de vazgeçilemez hususlar olduğu kararda ifade edilmiştir. Bu çerçevede anılan değerlerin birbiriyle uyumlu hale getirilmesi gerektiği, sendikalar arasında haksız rekabet oluşturacak, işçi örgütlenmeleri arasındaki çoğulculuğu zedeleyecek şekilde kamusal müdahalelerin toplu iş hukukunun geliştirilmesi amacıyla izah edilemeyeceği belirtilmiştir. Mahkemeye göre, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma bakımından sendikanın onayının aranmaması suretiyle sendika üyesi olan ve olmayan işçiler arasında sağlanan eşitlik ve denge; yetki alma, hazırlık, müzakere ve pazarlık süreçlerinin devam ettiği dönemde sendika üyesi olmayan işçilerin yararlanma hakkını engelleyen itiraz ko-

nusu kuralla bozulmuştur. Bu haliyle düzenleme, taraf sendikaya, sendikalaşma yarışında avantaj sağlamakta; üye sayısını arttırmada kolaylık elde eden sendikanın bir sonraki toplu iş sözleşmesinde de çoğunluğu muhafaza etmek suretiyle taraf sendika statüsünü devam ettirmesi kolaylaşmaktadır. Belirtilen gerekçelerle düzenleme sendikaya üye olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma imkanını anlamsız kılabilecek nitelikte bulunmuş; kuralla getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 53. maddesi kapsamında toplumsal bir ihtiyacı karşıladığı ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunun söylenemeyeceği gerekçesiyle oyçokluğuyla hükmün iptaline karar verilmiştir.

Karşı oyda ise, hukuk sistemimizde toplu iş sözleşmesinden kural olarak sözleşmeye taraf işçi sendikası üyelerinin yararlandığı, zira toplu iş sözleşmesinin akdedilmesi aşamasındaki zorluklara katlanan kişilerin bunlar olduğu ifade edilmiş; dayanışma aidatı kurumunun, toplu iş sözleşmesinden sadece taraf işçi sendikası üyelerinin yararlandırılmasının, sendikaya üye olma ve olmama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmesinden doğduğu, sendika üyesi olmayanların hiçbir masraf ve zorluğa katlanmadan sendika üyeleri gibi toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmasının eşitlik ve adalete aykırı olacağı ve sendika üyeliğinin önemini kaybettirerek bunun sonucunda sendikaları güçsüzleştireceği ve kolektif sendika özgürlüğüne aykırılık teşkil edeceği savunulmuştur. Karşı oy kullanan üyelere göre, iptal hükmü sonrası; imza tarihinden sonra taraf işçi sendikasına üye işçiler açısından yararlanmanın başlangıcı bakımından işverene üyeliğin bildiri esas alınırken, dayanışma aidatı ödeyenlere geçmişe etkili olarak yürürlüğe konan hükümlerden yararlanma imkânı tanınması adil olmayan ve sendikalar hukukunun üyeliği esas alan anlayışına aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Yine dayanışma aidatı ödeyerek geçmişe etkili yararlanmanın yolunun açılması, işçinin geçmiş döneme ilişkin dayanışma aidatı ödemesi zorunluluğu gibi bir takım hukuki sorunları da beraberinde getirecektir.

19 AYM, 30.12.2020, E. 2020/57 K. 2020/83, RG, 03.03.2021, 31412.

b) Değerlendirmemiz

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararındaki gerekçelere biz de katılmaktayız. Sendika özgürlüğü bir üst çatı olarak bireysel sendika özgürlüğüyle birlikte kolektif sendika özgürlüğünü de içinde barındırır. Kolektif sendika özgürlüğü temelde zayıf durumdaki işçilerin işveren karşısında güçlenmesini, bu sayede işçilerin daha iyi ekonomik ve sosyal haklara sahip olmasını amaçlar. Kolektif sendika özgürlüğü, sendikanın varlığının ve faaliyetlerinin korunması suretiyle sendikaların güçlendirilmesini hedefler. Ancak, bu özgürlük belirli bir sendikanın devamlılığını sağlamaya yönelik olmadığı gibi kolektif sendika özgürlüğünü bireysel sendika özgürlüğünden bağımsız düşünmek de mümkün değildir. Bu çerçevede bireysel sendika özgürlüğü mevcut olmadan kolektif sendika özgürlüğü de var olamayacaktır. Bu durum ise ancak güçlü sendikacılık ile bireysel sendika özgürlüğü arasındaki dengenin kurulması ile sağlanabilecektir²⁰. Söz konusu dengenin sağlanabilmesi taraf sendika üyesi işçilerle dayanışma aidatı ödeyen işçiler arasında yaratılan toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili hükümlerinden yararlanılabilmesi noktasındaki ayrımın kaldırılması ile mümkün olur²¹.

Kanaatimizce taraf sendikaya üye olanların toplu iş sözleşmesinin yapılması sürecinde özel bazı zorluklara katlandıkları savının da olay bazında haklı yönleri bulunabilmekle birlikte, aksi düşüncenin kabulü için yeterli bir gerekçe olduğu söylenemeyecektir. Her şeyden önce belirtilen gerekçe hukuki olmaktan ziyade fiili duruma dayanmaktadır. Ayrıca hukuk düzeni belirtilen zorlukların önlenmesi ve/veya sonuçlarının tazmini için hukuki ve cezai yaptırımlar öngörmüştür. Söz konusu hukuki veya cezai yaptırımların yeterli ve etkin olup olmadıkları ise ayrı bir tartışmanın ko-

nusudur. Öte yandan, tablo her zaman karşı görüşün resmettiği şekilde de olmayabilmektedir. Örneğin rakip iki sendikadan birinin işyerindeki örgütlenmede öncü üyelerinin veya önceki dönem işyeri sendika temsilciliği yapmış üyelerinin, yeni dönemde rakip sendika çoğunluğu sağladığında mevcut üyeliklerinden çekilip taraf olacak sendikaya üye olmaları ne kadar gerçekçi bir yaklaşımdır? Böyle bir durumda örgütlenmenin zorluklarına katlansa da çoğunluğu sağlayan sendikaya üye olmayanlar da bu tercihlerinin sonuçlarına katlanmak durumundadır mı denilecektir? Bu soruları çoğaltmak mümkündür. Belirtilen kriter açısından bakıldığında, uygulamada taraf sendikaya üye olan pek çok işçiden daha fazla zorluğa katlanan farklı sendikalara üye işçilere de rastlanabilecektir.

Dayanışma aidatı, sadece negatif sendika özgürlüğünün korunması bakımından önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaz. Dayanışma aidatı sendikaların rekabet gücünü arttırması ve bu yolla sendika hak ve özgürlüğünün demokratik toplum gereklerine uygun olarak kullanılmasına da hizmet eder. Böylelikle üye sayılarını arttırmaları hususunda sendikalar arasında adil bir rekabet ilişkisi kurulmakta, işçiler bir sendikaya üye olmaya zorlanmadıklarından sendikalar da daha fazla üye kazanmak için kendilerini yenileyen ve geliştiren dinamik yapılara dönüşmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararında, düzenlemenin demokratik toplum gereklerine aykırı olduğu, sendikalar arasında haksız rekabet yarattığı ve bunun da çoğulculuk anlayışına aykırılık teşkil ettiği gerekçelerine dayanmıştır. Karşı oy yazısında ise hükmün iptali halinde sendikaya üyelik ile dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma arasında fark kalmayacağı, bu durumun sendika üyeliğini önemsizleştirerek kolektif sendika özgürlüğünü zedeleyeceği ifade edilmiştir. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira sendika üyeliğini dayanışma aidatı karşısında cazip kılmak Kanun'un değil sendikaların görevidir. Sendikaların üyeleri özendirici faaliyetlerde bulunarak kendilerini yenilemesi gerekir. Aksi kabul sendikaların üyelerinin ekonomik ve sosyal faaliyetlerini geliştirme ama-

20 Bireysel sendika özgürlüğünün kolektif sendika özgürlüğünden önde geldiği yönünde, Tuncay/Savaş Kutsal, 36; bireysel ve kolektif sendika özgürlüklerinin birbirini tamamlayan nitelikte olduğuna ilişkin, Aktay, 14; Narmanlıoğlu, Dayanışma Aidatı, 13.

21 Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, 162; Canbolat, 209; Subaşı, 190; Özkara, Geriye Etki, 191.

cıyla kurulmaları gerçeğiyle de bağdaşmayacaktır.

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler bakımından getirilen sınırlayıcı düzenlemenin en büyük etkisi, negatif sendika özgürlüğü üzerinde olup özellikle ülkemizde yetki sürecinin uzaması sonucu toplu iş sözleşmelerinin ancak uzun süreçler sonunda imzalanabildiği gerçeği karşısında işçiler, taraf sendikaya üye olmaya adeta zorlanmaktadır. Toplu iş sözleşmesinin bağitlanmasının uzamasının olumsuz sonuçlarına taraf sendikaya üye olmayan işçilerin katlanmasının beklenmesinin sendikal özgürlükler arasındaki dengeyi bozucu etki doğuracağı ise kaçınılmazdır. Belirtilen nedenlerle Anayasa Mahkemesi kararının isabetli olduğunu düşünüyoruz.

Ayrıca belirtelim ki, bu değerlendirmelerimizi ülkemizin mevcut toplu iş sözleşmesinden yararlanma sistemini esas alarak yapmaktayız. Dünyada çeşitli ülkelerde bu konuda farklı sistemler uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde, Fransa'da toplu iş sözleşmesinden sendikalı olsun olmasın tüm işçiler yararlanmaktadır. Fransız Hukukunda toplu iş sözleşmesinin erga-omnes etkisi olarak ifade edilen bu ilke uyarınca, işyerinde aynı koşullar altında aynı görevleri ifa eden tüm işçiler, sendikal örgütlenme durumlarının bir önemi olmaksızın bir topluluk olarak aynı kurallara tabi olmalıdır. Fransız İş Kodunda yer verilen L. 2254-1 hükmü uyarınca, bir işveren bir toplu iş sözleşmesinin hükümleri ile bağlı ise, bu hükümler işverenle akdedilmiş olan iş sözleşmelerine uygulanır, meğer ki iş sözleşmelerinde daha lehe hükümler bulunsun²². Görüldüğü gibi, bu düzenlemede işçinin taraf sendikanın veya başkaca bir sendikanın üyesi olup olmamasına bir önem atfedilmemiştir. Sözleşmeden yararlanma konusunda işçinin iradesi bir rol oynamamaktadır. Bu hukuk sisteminde işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi-

ni bağitlarken sadece üyelerini değil tüm işçileri temsil ettiği kabul edilmektedir²³. Yine örneğin Almanya'da yasal olarak sadece sendika üyesi işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı öngörülmüş olmakla birlikte (§ 4/1 TVG), uygulamada işverenler sözleşmeyi tüm işçilere uygulama yoluna gitmektedirler²⁴.

Hukukumuzda dönersek, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen STSK m. 39/4 hükmünün gerekçesinde, "Yargıtay kararları ve öğretisi tarafından ağırlıklı olarak benimsenen" imza tarihinden önceki taleplerin imza tarihinde hüküm doğuracağı görüşüne yer verildiği ifade edilmiştir. Böylelikle kanun koyucu dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili kılınan hükümlerinden yararlanmanın mümkün olup olmayacağı yönündeki tartışmaları sona erdirmek istemiştir. Ancak iptal kararıyla birlikte hüküm 2822 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki hali ile paralel hale gelmiştir. Buna karşın, kanaatimizce mahkemelerin artık mülga Kanun döneminde olduğu gibi dayanışma aidatı ödeyerek geçmişe etkili yararlanmanın mümkün olmayacağı sonucuna ulaşılması söz konusu olmayacaktır. Anayasa iptal gerekçeleri geçmişe etkili yararlanma bakımından sendikalı olan ve olmayan işçiler arasındaki ayrımın sona erdirilmesini amaçlamaktadır. Konuya ilişkin yeni bir yasal düzenleme yapılmamakla birlikte iptal kararındaki gerekçeler uyarınca yargı kararlarının şekilleneceğini ve işçilerin geçmişe etkili yararlanma taleplerinin kabul edileceğini düşünüyoruz²⁵. 2822 sayılı Ka-

23 Schwarzbach, 21.

24 Alman Hukukunda toplu iş sözleşmesinin yasal olarak tüm işçilere uygulanmasını öngören değişiklik yapılması, sözleşmenin erga-omnes etkisinin kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kamanabrou, Sudabeh: Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, 2011. Söz konusu eserin kritiği için bkz. Rieble, Volker: Besprechung: Sudabeh Kamanabrou, Erga-Omnes-Wirkung, EuZA Bd. 5 (2012), 496 vd.

25 Aynı yönde, Yamakoğlu/Arslan Durmuş, 588, 596; Karabacak, Emre/Yıldız, Muhammed Enes: Dayanışma Aidatı ile Yararlanmanın Başlangıcına İlişkin Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Düşündürdükleri, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 4, 2021, 285.

22 Ayrıntılı bilgi için bkz. Schwarzbach, Marthe J.: Die Geltung von Tarifverträgen in Frankreich, Frankfurt am Main 2013, 19-21.

nun döneminden farklı olarak, üye olmayanların dayanışma aidatı ödeyerek geriye etkili şekilde yararlanmalarını açıkça engelleyen yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş olması karşısında farklı bir sonuca varılmamalıdır.

c) Sorunlar ve Çözüm Önerileri

aa. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrası artık işçilerin geçmişe etkili yürürlüğe konan toplu iş sözleşmelerinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaları mümkün hale gelmiştir. Ancak, iptal kararının üstünden geçen süreçte kanun koyucu tarafından geçmişe etkili yararlanmaya ilişkin yasal bir düzenleme getirilmemiş olup konuya ilişkin uygulama esaslarının şekillenmesi şimdilik doktrin ve yargı kararlarına bırakılmış görünmektedir. Bu çerçevede işçinin hangi tarihte yararlanma talebinde bulunacağı, dayanışma aidatını hangi aşamada ödemeye başlayacağı, aidatın işçinin ücretinden ne surette kesileceği, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce talebi geri çekip çekemeyeceği, talebin ileri sürülmesinden fakat sözleşmenin imzalanmasından önce ortaya çıkan olguların talep üzerinde ne gibi sonuçlar doğurabileceği hususlarının ayrıntılı olarak değerlendirilmesi gerekir.

bb. Dayanışma Aidatı Ödeyerek

Yararlanabilecek Kişiler

6356 sayılı Kanun'da dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecek işçiler üç grupta düzenlenmiştir. Bunlar; toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanlardır (STSK m. 39/4). Bu çerçevede işçinin daha önce taraf sendikaya üye olması, mevcut durumda başka bir sendika üyesi olması ya da hiçbir sendikaya üye olmaması fark yaratmayacaktır.

Dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebi ancak işçi sıfatına sahip kişilerce talep edilebilir. İşçi kavramı 6356 sayılı Kanun'da 4857 sayılı İş Kanunu'na atıf yapılmak suretiyle tanımlanmış olmakla birlikte, iş sözleşmesiyle çalışan gerçek

kişinin hangi iş kanununa bağlı olarak çalıştığı'nın önemi yoktur²⁶. Ancak işçi sıfatını taşımayan; çırak, stajyer, kamu görevlisi ya da işveren vekili dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz²⁷. Yine 6356 sayılı Kanun'un belirli hükümleri açısından işçi sayılmakla birlikte ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız şekilde meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün olmadığından dayanışma aidatı ödemeleri de söz konusu olmayacaktır²⁸.

Konumuz bakımından değerlendirilmesi gereken bir husus, kişinin dayanışma aidatı ödeme talebinde bulunduğu tarih ile sözleşmenin imzalandığı tarih arasında işçi sıfatında yaşanan değişikliklerin talep üzerindeki etkisidir. Kişinin yararlanma talep tarihinde işçi sıfatını haiz olması ancak henüz toplu iş sözleşmesi imzalanıp yürürlüğe konmadan bu sıfatı çeşitli nedenlerle kaybetmesi halinde kanaatimizce işçinin iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin STSK m. 39/3 hükmü burada kıyasen uygulanabilir. Bu halde işçinin, talep tarihi ile işçi sıfatının sona erdiği tarih arasında dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkündür.

Öte yandan talepte bulunduğu anda işçi sıfatını taşımayan ancak sözleşmenin imzasından önce bu sıfatı kazanan kişiler bakımından ilk talebin bağlayıcı olmadığını kabul etmek gerekir. Zira dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma 6356 sayılı Kanun'un yedinci bölümü bağlamında işçi sayılanlara tanınmış bir hak olduğundan ancak bu kişilerin taleplerinin geçerliliği kabul edilmelidir. İşçi sıfatını daha sonra kazanan kişi ise bu sıfatı kazandığı tarihten itibaren talebini yenilemek kaydıyla toplu iş sözleşmesinden yararlan-

26 Canbolat, 193; Akyiğit, 475; Subaşı, 181; Özkan, 955.

27 Esener, 480; Oğuzman, 73; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 141; Aynı yazar, Toplu İş Hukuku, 446; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, 447; Aynı yazar, Dayanışma Aidatı, 193; Tuncay/Savaş Kutsal, 311; Tunçomağ/Centel, 387; Aktay/Arıcı/Seney Kaplan, 544; Canbolat, 192; Aktay, 221; Akyiğit, 474; Özkaraca, Geriye Etki, 185; Özkan, 955.

28 Oğuzman, 5; Reisoğlu, 11; Narmanlıoğlu, Dayanışma Aidatı, 195; Canbolat, 193.

nabilecektir. Toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için işçinin taraf işverenin işçisi olması, toplu iş sözleşmesinin uygulanacağı işyerinde ya da işletmede çalışıyor olması gerekir²⁹.

İşyerinde toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin işçisi olmayan, sözleşmenin kişiler açısından kapsamı dışında bulunan kimseler de çalışabilir. Bu kapsamda işyerinde iş görme borcunu yerine getirmekle beraber alt işverenin ya da özel istihdam bürosunun işçilerinin de yapılacak toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün olmayacaktır³⁰. Ancak burada özellikle alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olması ihtimaline dikkat çekmek gerekir. 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinin yaptırımı, işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görmesidir. Bu halde, alt işveren işçisinin asıl işverene, taraf olacağı toplu iş sözleşmesinden yararlanmak üzere talepte bulunması, daha sonra ilişkinin muvazaalı olduğunun tespit edilmesi suretiyle işçinin asıl işverenin işçisi sayılması ihtimalinde bu talebin geçerli olduğu kabul edilmelidir³¹. Esasen aynı hukuki sonuç geçici işçinin, geçici işçi çalıştıran işverenin işçisi sayılması ihtimali açısından da geçerlidir.

İşçinin greve katılmayarak işyerinde çalışmış olması halinde grev sonrası imzalanan bir toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanması mümkün değildir (STSK m. 39/8). Bu halde işçi grev kararının öncesinde yararlanma talebinde bulunmuş olsa da greve katılmayarak işyerinde çalışması halinde sözleşmeden yararlanamaz³². Ancak Kanun'da "aksine hüküm

bulunmadıkça" ifadesine yer verildiğinden toplu iş sözleşmesinde bu yönde bir hükme yer verilirse işçi dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma hakkını muhafaza etmiş olur.

Taraflar toplu iş sözleşmesinde bazı işçileri sözleşmenin kapsamı dışında bırakabilmektedir. Yargıtay, toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılan işçilerin sendika üyesi olsalar dahi sözleşmeden yararlanamayacaklarını kabul etmektedir³³. Bu çerçevede konumuz bakımından önemli olan işçinin sözleşme görüşmeleri sırasında dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunması ancak toplu iş sözleşmesinde kapsam dışı bırakılması halinde sözleşmeden yararlanmasının mümkün olmayacağıdır.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanma bakımından 6356 sayılı Kanun'la getirilen bir diğer sınırlama işveren vekili ve işvereni temsilen toplu görüşmelere katılanlara yöneliktir (STSK m. 39/7). İşveren adına işletmenin bütünü yöneten işveren vekilleri Kanun'a göre işçi sayılmadıklarından dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları zaten mümkün olmayacaktır. Öte yandan işvereni temsilen toplu görüşmeye katılanlar, öncesinde dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunmuş olsalar dahi Kanun'un açık hükmü gereği bu talepleri geçerlilik kazanmayacaktır. Başka bir ifadeyle, genel olarak toplu iş sözleşmesinden yararlanamayan kişiler, imza tarihi öncesi dayanışma aidatı ödeme talebinde bulunmak suretiyle de yararlanamayacaklardır.

olduğundan işçinin çalıştırılma talebinde bulunması ancak işverenin işçiyi çalıştırmaması, işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkına etki etmez.

33 Konuya ilişkin bir karara göre, "...davacının 01/04/2014-31/03/2016 tarihli toplu iş sözleşmesi görüşmelerine katılmadığı ve bu sözleşme hükümlerinden yararlanabileceği düşünülse de işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin kapsamını düzenleyen madde hükmü ve davacının yaptığı işin niteliğine göre davacının kapsam dışı personel olduğu ve toplu iş sözleşmesinden faydalanamayacağı anlaşılmış olup dava konusu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan kıdem primi, giyim ve yakacak yardımı alacaklarının reddine karar verilmesinde isabetlilik bulunmamaktadır...", (Yarg. 22. HD, 05.03.2020, E. 2016/29151, K. 2020/4269, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 1097).

29 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 1080; Şahlanan, Toplu İş Hukuku, 433; Tuncay/Savaş Kutsal, 283; Narmanlioğlu, Toplu İş İlişkileri, 432; Caniklioğlu, 122; Canbolat, 187; Akyiğit, 487; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 543; Özkaraca, Geriye Etki, 185; Özkan, 954.

30 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 1081; Şahlanan, Toplu İş Hukuku, 446; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 545; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 625; Sur, Toplu İlişkiler, 359; Aktay, 222; Canbolat, 188; Narmanlioğlu, Toplu İş İlişkileri, 202; Özkaraca, Geriye Etki, 185; Yamakoğlu/Arsan Durmuş, 579.

31 Konuya ilişkin genel olarak; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 1084.

32 İşçinin işyerinde çalıştırılması işverenin kararına bağlı

Toplu iş sözleşmesi görüşmeleri devam ederken işyerinin devri veya işveren sıfatının başkaca bir sebeple değişmesi halinde işçinin önceki işverene yapmış olduğu dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebi yeni işvereni bağlayacaktır. Bu halde işçinin eski işverene talepte bulunduğu tarih, yararlanmanın başlangıç tarihi olarak kabul edilmelidir.

cc. Yararlanma Talebinde Bulunma

İşçinin dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi için aranan ilk koşul geçerli olarak yürürlüğe konulacak bir toplu iş sözleşmesinin varlığıdır. İşçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebi kurucu yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. İşçi sözleşmeden yararlanmaya yönelik iradesini ortaya koymakla birlikte toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek; işverenin işçiyi toplu iş sözleşmesinden yararlandırma, işçinin de dayanışma aidatı ödeme yükümlülüğü doğacaktır. Ancak Anayasa Mahkemesi kararı sonrasında henüz yürürlüğe girmiş bir toplu iş sözleşmesi bulunmamasına karşın işçi yararlanma talebinde bulunabilecektir. Bu halde işçinin talebi toplu iş sözleşmesinin geçerli olarak yürürlüğe konmasına kadar askıda kalacaktır. Diğer bir ifadeyle toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce ortaya konan dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebi geciktirici koşula bağlı bir yenilik doğuran hak kullanımudur³⁴.

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma işçiye tanınmış bir hak olduğundan işçinin bu yöndeki iradesini ortaya koymuş olması gerekir³⁵. Doktrinde öteden beri yararlanma talebinin işverene yöneltilmesinin gerekli ve yeterli olduğu kabul edilmektedir³⁶.

Geçmişe etkili yürürlüğe konan toplu iş sözleşmeleri bakımından farklı yönde bir yorum yapılmasını gerektiren bir durum bulunmamaktadır. İşçi henüz toplu iş sözleşmesinin bağitlanmadığı dönemdeki dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebini de işverene yöneltecektir. Toplu iş sözleşmesinin işveren tarafını işveren sendikasının oluşturması halinde dahi işçiden dayanışma aidatını işveren keseceğinden talebin doğrudan işverene yapılması gerekir.

Önemle vurgulayalım ki, işçinin bir dönem toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için talepte bulunmuş olması, daha sonra yapılan toplu iş sözleşmelerinden de yararlanma imkanı vermez. Bu konuda sonraki toplu iş sözleşmesinin aynı taraflar arasında bağitlanmış olması da bir önem taşımaz. İşçinin her bir toplu iş sözleşmesi için ayrı ayrı talepte bulunması gerekir.

İşçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi için talepte bulunması yeterli olup talebin işçi sendikasıncı onaylanması aranmayacaktır (STSK m. 39/4). İşverenin de işçiyi toplu iş sözleşmesinden yararlandırıp yararlandırmama noktasında bir seçim hakkı yoktur. Tarafların toplu iş sözleşmesine bu yönde bir hüküm koymaları da mümkün değildir³⁷. Bu halde işveren, işçi tarafından kendisine yararlanma talebi iletildiğinde bu talebi bekletmek; toplu iş sözleşmesinin geçerli biçimde yürürlüğe girmesi halinde ise uygulamaya koymak yükümlülüğü altındadır.

Yararlanma talebi bir şekle tabi değildir. Ancak uyuşmazlık halinde işçinin yararlanma talebinde bulunduğunu ispat yükümlülüğü olduğundan talebin yazılı yapılmasında fayda vardır³⁸.

34 Yenilik doğuran hakların şarta ve süreye bağlı olarak kullanılamayacağı kuralının istisnalarına ilişkin detaylı bilgi ve değerlendirmeler için, Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, 371 vd.

35 Caniklioğlu, 125; Narmanlioğlu, Toplu İş İlişkileri, 449; Sur, Toplu İlişkiler, 359; Akyiğit, 485.

36 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 1089; Reisoğlu, Şerh, 147; Sur, Toplu İlişkiler, 359; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 625; Tuncay/Savaş Kutsal, 295; Şahlanan, Toplu İş Hukuku, 448; Narmanlioğlu, Toplu İş İlişkileri, 446; Aynı yazar, Dayanışma Aidatı, 208; Ekmekçi, Toplu İş Hukuku, 392; Caniklioğlu, 125; Canbolat, 194; Aynı

yazar, Yararlanamayacak İşçiler, 177; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 546; Göktaş, Seracettin/Yılmaz, Gökhan: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, 686; Özkaraca, Geriye Etki, 186; Özkan, 957; Yamakoğlu/Arslan Durmuş, 580-581.

37 Tuncay/Savaş Kutsal, 312; Narmanlioğlu, Toplu İş İlişkileri, 450; Canbolat, 174; Tunçomağ/Centel, 388; Akyiğit, 487-488.

38 Ekmekçi, Toplu İş Hukuku, 392; Sur, Toplu İlişkiler, 359; Tuncay/Savaş Kutsal, 312; Canbolat, 195; Aynı yazar, Yararlanamayacak İşçiler, 177; Akyiğit, 485; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 145; Aynı yazar, Toplu İş Hukuku, 448; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 626; Caniklioğlu, 125;

dd. Yararlanmanın Başlama Zamanı

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında, dayanışma aidatı ödeyen işçilerin geçmişe etkili olarak toplu iş sözleşmesinden yararlanma- sı mümkün hale gelmekle birlikte işçinin sözleşme görüşmeleri sırasında veya daha öncesinde yararlanma talebinde bulunmuş olması halinde sözleşmeden hangi andan itibaren yararlanmaya başlayacağına açıklığa kavuşturulması gerekir.

Yararlanma kural olarak talep tarihinden başlar. Bu kural, toplu iş sözleşmesinin yararlanma talebinden önceki bir tarihte yürürlüğe girmesi halinde de geçerli olacaktır. Sözleşmenin yürürlük tarihinin talep tarihinden sonraki bir tarih olarak belirlenmesi halinde ise, yürürlük tarihinin yararlanmanın başlangıcı olduğu kabul edilmelidir. Örneğin; işçinin 01.03.2021 tarihinde yararlanma talebinde bulunması, 01.06.2021 tarihinde imzalanan toplu iş sözleşmesinin 01.01.2021 tarihinde yürürlüğe konması halinde, işçi, 01.03.2021 tarihinden; toplu iş sözleşmesinin 01.06.2021 imza tarihinde yürürlüğe konması halinde ise bu tarihten itibaren sözleşmeden yararlanacaktır. Taraf sendikaya üye olmak suretiyle yararlanmadan farklı olarak salt imza tarihinde talepte bulunmuş olmak, geriye etkili tüm yürürlük süresi için sözleşmeden yararlanmayı sağlamayacaktır. Zira m.39'da üyelik açısından imza tarihinde üye olanların yürürlük tarihinden itibaren yararlanacağı öngörülmüşken, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmanın talep tarihinden itibaren söz konusu olacağı belirtilmiştir.

ee. Dayanışma Aidatı Kesilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesinde de dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın başlaması bakımından işçinin dayanışma aidatı ödemeyi taahhüt etmesinin yeterli olduğu, fiilen ödemenin gerekli olmadığı kabul edilmekteydi³⁹. Dayanışma aida-

tının devamlı niteliği, check-off talebi üzerine işçinin ücretinden her ay kesinti yapılmak suretiyle sendikaya ödenmesi bu görüşle uyumlu bulunmaktaydı⁴⁰. Belirtilen dönemde yararlanma sözleşmesinin imzalanması ile başladığından ve olayların hemen tümünde yetkili sendika işverenden kaynakta kesinti yapılmasını talep ettiğinden, sendika kesilip ödenmeyen üyelik aidatları gibi dayanışma aidatları için de rahatlıkla işvereni muhatap almaktaydı. 6356 sayılı Kanun'da üye olmayanların "toplular iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır." denilmiş olsa da, buradaki "ödeme" ibaresinin fiilen ödeme olmadıkça yararlanmanın mümkün olmayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği kanısındayız⁴¹. Üyelik aidatı gibi dayanışma aidatı da işçinin sendikaya ödemekle yükümlü olduğu bir tutar olup bu tutarın kaynakta kesinti yoluyla işveren aracılığıyla tahsili mümkün olduğu gibi, teorik olarak doğrudan borçlu işçiden tahsili de mümkündür.

Dayanışma aidatı toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın karşılığı olduğundan işçinin sözleşme imzalanıp yürürlüğe konuncaya kadar dayanışma aidatı ödeme borcu doğmayacaktır⁴². Ancak sözleşmenin imzalanarak geçmişe etkili yürürlüğe konması, dolayısıyla geçmişe etkili biçimde yararlanmanın başlamasıyla işçi yararlandığı dönem kadar aidatı ödemekle yükümlüdür. Bu halde ödenmesi gereken dayanışma aidatı, toplu iş sözleşmesinde buna imkân tanıyan bir hükme yer verilerek işçiye ödenecek fark alacaklardan mahsup edilmek suretiyle tahsil edilebilir. Sürecin işleyişine ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmaması karşısında, toplu iş sözleşmelerine bu konuyu düzenleyen hükümler konulması önem taşımaktadır.

Bilindiği gibi, Kanun'a göre kural olarak, yetkisi kesinleşen işçi sendikası işverenden üyelik

Göktaş/Yılmaz, 686; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 292; Yamakoğlu/Arslan Durmuş, 580.

39 Reisoğlu, 145; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 146; Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, 158; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, 430; Aktay, 224-225; Canbolat, 199; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 547; Subaşı, 186; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 293.

40 Narmanlıoğlu, Dayanışma Aidatı, 211; Subaşı, 186; Özkan, 960.

41 İptal kararı öncesinde aynı yönde değerlendirmemiz için bkz. Özkaraca, Geriye Etki, 195.

42 Aynı yönde, Yamakoğlu/Arslan Durmuş, 589.

ve dayanışma aidatlarının işçinin ücretinden kesilmek suretiyle kendisine ödenmesini talep edebilmektedir (m.18/2). Hükmün lafzı yetkinin kesinleşmesinden itibaren işverenden üyelik aidatları gibi dayanışma aidatlarının kesilmesinin de talep edilebileceği anlamını içermektedir. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi dayanışma aidatı ödeme yükümlülüğünün toplu iş sözleşmesinin bağitlanıp ortaya çıkması koşuluna bağlı olduğu kabul edilmelidir. Aidat ödeme yükümlülüğünün toplu iş sözleşmesinden yararlanma ile başlaması, sisteme aykırılık teşkil etmez⁴³. Dolayısıyla imza tarihinden önce işverenin işçinin ücretinden dayanışma aidatı kesme yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmelidir. Toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin akamete uğraması, sendikanın yetkisinin düşmesi, sonuç olarak sürecin çeşitli nedenlerle bir toplu iş sözleşmesi imzalanmaksızın sona ermesi mümkündür. Yine toplu iş sözleşmesi imzalanırsa dahi, taraflar yürürlük başlangıcını geriye götürmekle birlikte, işçinin talepte bulunduğu tarihten sonraki bir tarih de belirleyebilirler. Hatta sözleşmenin yapılması gecikmiş olsa da yürürlük başlangıcının geriye götürülmemesi ve imza tarihi itibarıyla yürürlüğe konulması mümkündür. Yararlanma talebiyle aidat ödeme yükümlülüğünün başlayacağını kabulü, bu dönemde ödenen aidatların iadesi gibi pek çok sorunu da beraberinde getirecektir⁴⁴.

Dayanışma aidatı, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte, işçi sendikası tarafından talep edilmiş olmak kaydıyla, işveren tarafından kaynakta kesinti (check-off) yöntemiyle kesilerek işçi sendikasına ödenecektir⁴⁵. İşverenin dayanışma aidatını kesmemesi veya kesmesine

rağmen işçi sendikasına göndermemesi işçinin yararlanma hakkını etkilemez⁴⁶.

İşçiden geçmiş döneme yönelik tahsil edilecek dayanışma aidatına faiz yürütülmeyecektir. Zira ortada daha önce muaccel olmuş bir borç söz konusu değildir. Sendikanın dayanışma aidatları için kaynakta kesinti talebinde bulunmuş olması halinde bu talep imza sonrası aylık düzenli kesintiler için etki edeceği gibi talep tarihinden itibaren birikmiş olan dayanışma aidatları için de sonuç doğuracaktır.

İşverenin işçinin ücretinden dayanışma aidatını kesmesi ancak bunu taraf işçi sendikasına göndermemesi de yararlanmanın başlaması bakımından etki doğurmayacaktır. Bu halde STSK m. 18 hükmü uyarınca ödenmesi gereken aidatı kesmeyen veya kesmesine rağmen bir ay içinde ilgili işçi sendikasına ödemeyen işveren, bildirim şartı aranmaksızın aidat miktarını bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödemekle yükümlü olacaktır⁴⁷. Burada işverenin kusuru söz konusu olduğundan eylemin sonuçlarına da işveren katlanacaktır.

Yürürlük başlangıcı geriye götürülen bir sözleşmenin imzalanmasından önceki dönemde dayanışma aidatı ödeme talebinde bulunan işçinin yine imza tarihinden önce olmak üzere taraf işçi sendikasına üye olması halinde, bu üyelik yürürlük başlangıcından itibaren yararlanmayı mümkün kıldığından, artık işçinin üyelik tarihine kadar da olsa dayanışma aidatı ödeme yükümlülüğü bulunmadığı kabul edilmelidir.

ff. Yararlanmanın Sona Ermesi

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma işçinin iradesine bağlı olup sözleşmenin devamı sırasında işçi her zaman bu talebini geri çekebilecektir. İşçi dayanışma aidatı ödemekten vazgeçtiğine yönelik açık bir irade beyanında bulunabileceği gibi bu yöndeki irade-

43 Özkaraça, Geriye Etki, 195.

44 Benzer yönde değerlendirmeler için Karabacak/Yıldız, 289; toplu iş sözleşmesinin yürürlüğünün geriye götürülmemesi, talep tarihinden sonra yürürlüğe girmesi ya da hiç yürürlüğe girmemesi halinde sebepsiz zenginleşme kurallarına göre aidatlarının iadesinin istenebileceği yönünde, Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, 167; Özkaraça, Geriye Etki, 195.

45 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraça, 962; Sur, Toplu İlişkiler, 360; Tuncay/Savaş Kutsal, 106; Narmanlioğlu, Dayanışma Aidatı, 221; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 503.

46 Reisoğlu, Şerh, 145; Şahlanan, Toplu İş Hukuku, 450; Tuncay/Savaş Kutsal, 295; Narmanlioğlu, Dayanışma Aidatı, 211; Sur, Toplu İlişkiler, 360.

47 Caniklioğlu, 125-126.

sini zımni olarak da açıklayabilir⁴⁸. Toplu iş sözleşmesine işçinin bu hakkını sınırlayan hükümler konulamaz⁴⁹.

İşçinin toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce talepte bulunması ve yine imzadan önce talebini geri çekmesi halinde bu dönem içerisinde sözleşmeden yararlanıp yararlanamayacağına dair Kanun'da bir açıklık yoktur. Kanaatimizce burada işçinin sözleşmeden yararlanmaktan tamamen vazgeçtiğinin kabulü gerekmektedir. Bize göre imza tarihinden önce sendika üyeliği sona eren işçiler gibi, imzadan önce yararlanma talebini geri alan işçiler de belirli bir süre için de olsa geriye etkiden yararlanamayacaktır⁵⁰.

6356 sayılı Kanun'da toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyelerin de iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanacakları düzenlenmiştir (m. 39/3). Kanun'da dayanışma aidatı ödeyenler bakımından benzer bir hükme yer verilmemiş olup metnin düzenleniş biçimi karşısında bu durum oldukça doğaldır. Ancak kanun koyucunun Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra da konuya ilişkin bir düzenleme getirmemiş olması karşısında, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunan işçinin toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce işten ayrılması ya da başkaca bir sebeple işçi sıfatını kaybetmesi halinde yürürlük veya talep tarihi ile iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamayacağı sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Kanaatimizce dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma taleplerinin imza tarihinden önce yapılmasını mümkün kılan hüküm karşısında artık geçmişe etkili yararlanma bakımından sendika üyesi olan işçilerle dayanışma aidatı ödeyen işçiler arasında bir ayırım kalmamıştır. Bu halde sözleşmenin imzasından önce iş sözleşmesi sona eren işçi, dayanışma aidatı ödeme talebi

ile iş sözleşmesinin sona erme tarihi arasındaki sürede toplu iş sözleşmesinden yararlanır. Bu durum işverenin; toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi ile doğacak fark alacakları, sendikanın talebi ile sözleşmede yer verilen hükümler doğrultusunda ödenmesi gereken dayanışma aidatı ile mahsuplaştırdıktan sonra işçiye ödemesi sonucunu doğuracaktır.

Toplu iş sözleşmesinin tamamen geçmişe etkili yürürlüğe konması, sözleşmenin imza tarihinde sona ermesi halinde imza tarihi öncesinde dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunan işçi bakımından sözleşmenin art etkisi doğacaktır. Toplu iş sözleşmesinin art etkisi döneminde işçinin dayanışma aidatı ödeme yükümlülüğü ise bulunmamaktadır.

Sonuç

Bir toplu iş sözleşmesinden kural olarak sendika üyesi işçiler yararlanmaktaysa da işyerinde çalışan diğer işçilere de belirli şartlarla yararlanma imkânı tanınması sendikal özgürlükler bakımından oldukça önemlidir. Negatif sendika özgürlüğüyle doğrudan bağlantılı olan dayanışma aidatı, taraf sendikaya üye olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını sağlayan en önemli kurumdur. 2822 sayılı Kanun döneminden beri doktrinde tartışılmakta olan geriye etkili hükümlerden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmanın mümkün olup olmadığı hususu, 6356 sayılı Kanun ile Yargıtay kararları ve önceki dönemde doktrinde savunulan ağırlıklı görüşe uygun biçimde çözümlenmiştir. Kanun'un 39. maddesinde sözleşmenin imzalanmasından önceki dayanışma aidatı ödeme taleplerinin imza tarihi itibarıyla hüküm doğuracağı düzenlenmiş ve işçinin yararlanma talebinde bulunsu dahi, imza tarihinden önce toplu iş sözleşmesinden yararlanması engellenmiştir. Yeni düzenleme bu defa sendikal özgürlükler arasındaki dengeyi bozduğu ve negatif sendika özgürlüğüyle bağdaşmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.

Somut norm denetimiyle önüne gelen uyumsuzlukta Anayasa Mahkemesi, 30.12.2020 tari-

48 Canbolat, 209; Aynı yazar, Yararlanamayacak İşçiler, 182; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, 460.

49 Canbolat, 209; Akyiğit, 492.

50 Bu konuda bkz. Özkaraca, Geriye Etki, 178-180.

hinde 6356 sayılı Kanun'un 39. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur" şeklindeki hükmünün Anayasa'nın 13, 51 ve 53. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle oyçokluğuyla iptaline karar vermiştir. Karar isabetlidir. Böylelikle, toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden önceki geriye etki dönemi için de dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma mümkün hale gelmiştir. Söz konusu hükmün, negatif sendika özgürlüğüyle bağdaşmaması iptal kararının temel gerekçesini oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla birlikte Kanun'un mevcut hali 2822 sayılı Kanun dönemine paralel hale gelmekle birlikte mülga Kanun dönemindeki içtihadın devam ettirilmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Zira yararlanmanın mümkün olmadığı yönündeki yaklaşımın sürdürülmesi, iptal kararının göz ardı edilmesi anlamına gelecek olup yeni kararlarda Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekleriyle bağlı kalınması gerekmektedir.

Öte yandan işçilerin imza tarihinden önce talepte bulunmak kaydıyla geçmişe etkili biçimde toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceğini kabul etmek cevaplanması gereken pek çok soruyu da beraberinde getirmektedir. Dayanışma aidatının geçmişe etkili olarak nasıl kesileceği, bu aidatlar bakımından faiz işletilip işletilmeyeceği, aidatların işveren tarafından kaynakta kesinti (check-off) sistemiyle mi toplanacağı, geriye dönük toptan kesinti mi yapılacağı, yetki belgesi alınmasından önceki döneme ilişkin aidatların da bu usulle tahsil edilip edilemeyeceği, işçinin toplu iş sözleşmesi yürürlüğe konmadan önce yararlanma talebini geri çekip çekemeyeceği ve bunun sonuçları, imza tarihinden önce işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi vb. sebeplerle işyerinden ayrılması halinde yararlanmanın mümkün olup olmayacağı gibi çok sayıda yeni sorunun cevaplanması gerekecektir. Yapılacak bir yasal düzenleme ile konunun çerçevesinin bir an önce belirlenmesi uygulamada yaşanacak karışıklıkların önlenmesi açısından isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Aktay, A. Nizamettin: Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2019.
- Aktay, Nizamettin/ Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, Emine: İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 2013.
- Akyiğit, Ercan: Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2020.
- Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı, İstanbul 2018.
- Canbolat, Talat: Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1998.
- Canbolat, Talat: Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş, C. 6, S. 4, 2002. (Yararlanamayacak İşçiler)
- Caniklioğlu, Nurşen: Henüz İmzalanmamış Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma Talebi- Talebin Geçersizliği, Sicil, S. 2, Haziran 2006.
- Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat/ Özkara, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul 2021.
- Decurtins, Remo: OR Kommentar, Schweizerisches Obligationsrecht, dritte überarbeitete Auflage, 2016.
- Dieterich, Thomas/Hanau, Peter/Schaub, Günter: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Berlin 2007.
- Ekmekçi, Ömer: Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996.
- Ekmekçi, Ömer: Toplu İş Hukuku Dersleri, 3. Bası, Şubat 2021. (Toplu İş Hukuku)
- Elbir, Halid Kemal: İş Hukuku, İstanbul 1987.
- Emmel, Frank: Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, dritte Auflage, 2016.
- Esener, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/

- Baskan, Esra: Bireysel İş Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2020.
- Göktaş, Seracettin/ Yılmaz, Gökhan: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, Ankara 2021.
 - Kamanabrou, Sudabeh: Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, 2011.
 - Karabacak, Emre/Yıldız, Muhammed Enes: Dayanışma Aidatı ile Yararlanmanın Başlangıcına İlişkin Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Düşündürdükleri, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 4, 2021.
 - Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı, İstanbul 2016. (Toplu İş İlişkileri)
 - Narmanlıoğlu, Ünal: Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma (Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi'nce Yayınlanan 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991. (Dayanışma Aidatı)
 - Oğuzman, M. Kemal: Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, C. 1, İstanbul 1987.
 - Özdemir, M. Erdem: Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümleri ve Bunların Hizmet Akdine Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1999.
 - Özkan, Sema Deniz: Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, Yargıtay Dergisi, C. 43, S. 4, Ekim 2017.
 - Özkaraca, Ercüment: Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi, İstanbul 2014. (Geriye Etki)
 - Özkaraca, Ercüment: Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara 2016. (2014 Yılı Kararları)
 - Özkaraca, Ercüment: Benefiting From Collective Labour Agreement By Paying Solidarity Due, Journal of Business, Economics and Finance, Volume 7, Issue 1, 2018. (Dayanışma Aidatı)
 - Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1967.
 - Reisoğlu, Seza: 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986. (Şerh)
 - Schwarzbach, Marthe J.: Die Geltung von Tarifverträgen in Frankreich, Frankfurt am Main 2013.
 - Subaşı, İbrahim: Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması, Sicil, S. 14, Haziran 2009.
 - Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 9. Bası, Ankara 2020. (Toplu İlişkiler)
 - Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian/ Rudolph, Roger: Arbeitsvertrag Praxis Kommentar zu Art. 319-362 OR, siebte vollständig überarbeitete Auflage, 2012.
 - Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992. (Toplu İş Sözleşmesi)
 - Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2020. (Toplu İş Hukuku)
 - Tuncay, A. Can/Savaş Kutsal, Burcu: Toplu İş Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019.
 - Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul 2018.
 - Vischer, Frank/Albrecht, Andreas C: Der Arbeitsvertrag, Art. 356-360f OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), vierte völlig neu bearbeitete Auflage, 2006.
 - Yamakoğlu, Efe/Arslan Durmuş, Seda: Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma (Anayasa Mahkemesinin 30.12.2020 tarih ve 57/83 sayılı İptal Kararı Sonrası), Legal İSGHD, C. 18, S. 70, 2021.

Dijital Emek Platformları Üzerinden Çalışanların Hukuki Statülerinin Belirlenmesi

Öz

Dijital emek platformları üzerinden çalışan kişilerin, çoğunlukla muvazaalı olarak, bağımsız çalışan olarak kaydedilmeleri, bu çalışanların işçilere tanınan pek çok yasal korumadan ve temel haktan yararlanmamasına neden olmaktadır. Bunların başında asgari ücret, toplu pazarlık hakkı, iş sağlığı ve güvenliği, ayrımcılığa karşı koruma ve sosyal güvenlik hakları gelmektedir. Dünya çapında pek çok ülkede platform çalışanlarının bağımsız çalışan olmaları, bu kişilerin işçi ya da bağımlı çalışan

statüsünde olduklarına dair verilen yargı kararları bu alanda açık bir yasal düzenlemenin gerekliliğini de ortaya koymaktadır. Zira yargı yoluyla çalışanların statülerinin belirlenmesi, masraflı ve uzun bir süreç olduğundan her somut olayda bireylerin dava açarak statülerini tespit ettirmeleri, sorunun kalıcı ve toptan çözümüne dair beklentiyi karşılamaktan uzak kalmaktadır. Bu kapsamda olmak üzere Avrupa Konseyi bir Direktif teklifi hazırlamış ve 09.12.2021 tarihinde bunu yayımlamıştır.

Anahtar Sözcükler:

Dijital emek platformu, muvazaa, işçi niteliğinin belirlenmesi.

Determining The Legal Status Of Digital Labour Platform Workers

Abstract

Misclassification of platform workers as self-employed, deprives them from fundamental rights and basic protection provided by labour law, as well as causing social dumping. Especially minimum wage, collective bargaining, health and safety at work, protection against discrimination and social security

rights are endangered by this misclassification. In various countries, judicial decisions have been stated that platform workers are not self-employed. Hence, expecting a broad and solid solution from these individual efforts of the workers by suing against platforms in order to clarify their employment status is not

*Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Anabilim Dalı, gb yıldiz@gmail.com, ORCID:0000-0001-9603-4851.

possible. Therefore, legal definitions and regulations about platform workers are needed. At that point, the most important step has been

taken by European Council by a proposal of a Directive regarding platform workers which is released at 09.12.2021.

Keywords:

Dijital labour platforms, collusion, clarification of employment status.

I. Atipik Çalışma Kavramı ve Dijital Çalışma

İş Hukuku açısından belirsiz süreli iş sözleşmesi ile tam süreli çalışmayı standart çalışma biçimi olarak kabul ettiğimizde bunun dışında kalan çalışma türleri "atipik" çalışma kavramı¹ altında değerlendirilmektedir.

ILO tarafından yapılan değerlendirme uyarınca aşağıdakiler atipik çalışma biçimleridir;

1. Geçici çalışma: Belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimlik çalışma
2. Kısmi süreli çalışma (çağrı üzerine çalışma ve sıfır saat sözleşmelerini de içerecek şekilde)
3. İstihdam büroları aracılığıyla çalışma
4. Gerçek olmayan bağımsız çalışan (dependent/sham/bogus/misclassified self-employed)²

Halihazırda uygulanmakta olan yukarıdaki atipik çalışma biçimlerinin yanı sıra teknolojik gelişmeler başka çalışma modellerini de ortaya çıkarmıştır. İşyerlerinde yapay zeka kullanımı, robot-insan etkileşimi, internet tabanlı çalışmalar, alışlagelmiş ve bilinen standart çalışma modellerinden uzaklaşan yeni çalışma şekilleri ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla iş hukukunun temel kavramlarının geleneksel yorumları bu ilişkileri kapsamaktan uzak kalmaktadır.

Genel olarak dijitalleşme kavramı ile ifade

edilen bu değişim ve dönüşümün çalışma hayatına etkisi pek çok farklı alanda kendini göstermektedir. Çalışma ilişkilerinin dijitalleşmesi, geniş anlamıyla, işin görülmesi süreçlerinde teknolojik gelişmelerin, internet kullanımının ve bilgi-işlem teknolojilerinin yaygınlaşması olarak ele alınabilir. Dijitalleşme ve teknolojik gelişmelerin geleneksel üretim ve çalışma yöntemlerinin yerini alarak işgücüne duyulan ihtiyacı azaltmasının yanı sıra "yeni" atipik çalışma şekilleri ortaya çıkmakta ve yaygınlaşmaktadır. İş Hukuku açısından gündemde olan sorunların belki de en önemlisi dijital çalışma kapsamında iş gören/hizmet sunan kişilerin işçi sayılıp sayılmayacağı, daha somut olarak iş hukuku kapsamında yer alıp almayacaklarının belirlenmesidir. Dolayısıyla, İş Hukukunun önemli bir dönüm noktasında bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Dijital çalışma kavramı, internet üzerinden hizmet veren uygulamalar aracılığıyla bir hizmetin sunumu ve/veya işin yapılmasına olanak sağlanması, işin/hizmetin görülmesini isteyen kişi ile bu işi/hizmeti yapacak kişinin uygulama aracılığıyla bir araya getirilmesi süreçlerini kapsamaktadır. Dolayısıyla burada üçlü bir yapıdan söz etmek mümkündür: işin görülmesini talep eden (müşteri), işin/hizmetin yapımını üstlenen (çalışan) ve bu ikisini bir araya getiren internet sitesi ve/veya mobil uygulama. Bu kapsamda uluslararası düzeyde faaliyet gösteren uygulamalara verilebilecek en iyi örnek Uber olabilir³.

1 EESC Report, 15-16 (https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qa-05-21-286-en-n_0.pdf) (erişim tarihi 05.12.2021)

2 ILO (2016), 7; Williams-Lapeyre, 9.

3 Ayrıca Deliveroo, Amazon Mechanical Turk, TaskRabbit de uluslararası düzeyde faaliyet gösteren platformlara örnek olarak verilebilir.

Ulusal düzeyde faaliyet veren uygulamalar da⁴ bulunmaktadır.

Dijital platformlar üzerinden verilen hizmetlerin büyük bölümünün ulaşım ve kargo/teslimat işleri⁵ olduğu söylenebilir. Buna ek olarak tercüme, yazılım, tamirat-tadilat, özel ders işleri için de web tabanlı uygulamalar⁶ aracılığıyla çalışan kişiler bulunmaktadır. *Dijital emek platformları* olarak ifade edilen bu uygulamalar da kendi arasında ikiye ayrılmaktadır. Bunlar web tabanlı (crowdwork/sanal platformlar)⁷ ve konum bazlı (location based) platformlardır. Web tabanlı platformlarda iş internet üzerinden görülür. Bu tür çalışmada, müşteri tarafından yapılması talep edilen iş, platform üyelerine sunulur, üyelerden bir ya da birkaçı bu işi yapmak üzere talepte bulunur ve iş yerine getirilir. İşin tamamlanmasının ardından işi yapana ücret ödenir. Çeviri hizmetleri bu tür platform çalışmasına örnek verilebilir. Konum bazlı dijital çalışmada ise yapılacak iş, bu işi talep eden müşterinin ev ya da işyerinde gerçekleşir, ancak söz konusu hizmete dair talep ve bu talebi yerine getirecek kişi dijital platform üzerinden buluşur. Ev hizmetleri, tamirat-tadilat işleri ve nakliye/taşımacılık hizmetleri bu gruba örnek gösterilebilir.⁸ Bu platformlarda çalışan kişilerin hukuki statülerinin belirlenmesi, iş hukuku kapsamı içinde yer alıp almayacaklarının netleştirilmesi önümüzdeki dönemin temel tartışma konularını oluşturacaktır.

Bu tartışma esasen ulusal hukuk sistemlerinin alanını aşan bir niteliğe sahiptir. Dijital emek platformlarının küresel ölçekte faaliyet gösteren firmalar olması durumunda aynı firma, pek çok farklı ülkede faaliyet yürütmektedir. Dolayısıyla devletlerin kendi hukuk sistemlerinde gerekli düzenlemeleri yapmaları tek başına yeterli olma-

yacak, uluslararası ya da çok uluslu kuruluşların da düzenleyici kurallar koyması gerekecektir. Bu kapsamda atılan ilk somut adım, Avrupa Komisyonu tarafından uzun süredir üzerinde çalışılan, Avrupa Birliği düzeyinde uygulanacak "Platform Çalışanlarının Çalışma Koşullarının İyileştirilmesine Dair Direktif" teklifidir. Teklif, 09.12.2021 tarihinde yayımlanmıştır. Aşağıda öncelikle bu Direktif teklifine duyulan ihtiyacı ortaya koyan ve ulusal hukuk sistemlerinde yaşanan süreçler hakkında genel bilgi verilecektir.

II. Platform Çalışmasının Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Çalışanların Hukuki Statülerinin Belirlenmesi Gereği

Dijital emek (işgücü) platformları ve gig ekonomi terimleri son yıllarda giderek yaygınlaşmakta, bu platformlar üzerinden çalışan sayısı artmaktadır. ILO tarafından açıklanan veriler uyarınca, Dünya çapında aktif olan 777 dijital platform bulunmaktadır.⁹

Dijital işgücü platformları, yüksek nitelikli ve yaratıcı işlerde çalışanlar için *freelance* çalışma olanağı sunması açısından avantajlar¹⁰ sağlamakla birlikte diğer taraftan büyük bir çalışan kitlesi için güvencesiz çalışmayı (prekaryalaşma) da beraberinde getirmektedir.¹¹ Platform aracılığıyla hizmet sunan ya da bir işi yapan kişiler çoğunlukla "bağımsız çalışan" olarak kaydedilmektedir. Platformların web sitelerinde, iş modellerinin tanıtımında da bu kapsamda yerine getirilen işin *bağımsız çalışma* olduğu ve oldukça *esnek bir çalışma sistemi* olduğu ifade edilmek-

4 Paket Taxi, Getir, Armut akla ilk gelen platformlardır.

5 Uber, Deliveroo, Citysprint, Getir, Paket Taxi vb.

6 Armut buna örnek olarak verilebilir.

7 Daha geniş tanımlar ve platform üzerinden çalışmanın türleri için bkz. EESC Report,17-18; ILO, 2021, 74 vd.(https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dg-reports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf)

8 *Alpagut*, 93-95; *Boyacı*, 21 vd.

9 ILO (2021), 46.

10 Platformların sağladığı avantajlar hakkında bkz. Baycık-Civan-Tolu-Bosna, 725 vd.; Sözer, 978.

11 *Kormann*, <https://socialeurope.eu/germany-adds-to-recognition-of-platform-workers>; Baycık-Civan-Tolu-Bosna, 731 vd.; Sözer, 979-982; Aykaç, 77 vd.; Crowdfunding usulü çalışmanın sakıncaları hakkında yapılan değerlendirme için bkz.Yayvak Namlı, 135.

tedir. Bağımsız çalışan olarak sınıflandırılan ve ulusal hukuk sistemlerinde bu şekilde kaydedilen çalışanlar, iş hukukunun kapsamı dışında kalmakta, iş hukukunun korumasından ve işçilere tanınan temel haklardan yararlanamamaktadır. Bu kapsamda özellikle asgari ücret, sosyal güvenlik, iş sağlığı ve güvenliği, ayrımcılığa karşı korumanın dışında bırakılmaktadırlar. Gerçekte bağımsız çalışan olmayan ancak resmi kayıtlara bağımsız çalışan olarak kaydedilen kişiler devletler açısından da özellikle vergi¹² ve sosyal güvenlik sistemlerine yapılması gereken ödemeler açısından kayıplara neden olmaktadır.

Bunların yanı sıra OECD, dijital emek platformları ile aynı alanda faaliyet gösteren ancak klasik istihdam modellerine uygun olarak işçi çalıştıran işverenler açısından da dijital emek platformlarının çalışanlarına karşı sorumluluklarından kaçınmasının haksız rekabete neden olabileceğini, devletlerin bunu önleyecek tedbirler alması gerektiğini ifade etmektedir.¹³

Gerçekte işçi olan ancak muvazaalı şekilde bağımsız çalışan olarak gösterilen çalışanlara ilişkin yol gösterici bir düzenleme de ILO'nun 198 sayılı İstihdam İlişkilerine Dair Tavsiye Kararıdır.

ILO'nun 198 sayılı Tavsiye Kararı, üye devletlerin ulusal mevzuatlarına taraflar arasında bağımlılık ilişkisi olduğunun, dolayısıyla da çalışanın "gerçekte" işçi olduğunun belirlenmesinde kullanılacak ölçütler konulmasını tavsiye etmektedir. Bu ölçütler şunlar olabilecektir;

a) İşin bir başkasının kontrol ve denetiminde gerçekleştirilmesi, işin yapımı sırasında işverenin başka bir işçisinin dahil olması, işin tamamıyla başkası yararına yapılması, çalışan tarafından bizzat yerine getirilmesi, iş sahibi-

nin talebi doğrultusunda belli saatler içinde veya belli bir işyerinde yapılması, işin belli süre devam etmesi, çalışanın hizmeti sağlayacağı süre içinde uygunluğunu talep etmesi (başka iş almaması, ifaya hazır halde bulunması), iş sahibinin malzeme ve eşya sağlama-

sı, b) İşin yapımını takiben periyodik ödemelerin yapılması, bu ödemenin çalışanın temel geçim kaynağını oluşturması, iş karşılığında aynı ödemelerin öngörülmüş olması (taşıma, yiyecek, lojman vs.), haftalık izin ya da yıllık izin gibi hakların tanınmış olması, işi talep eden tarafın çalışanın seyahat/ulaşım masraflarını karşılaması, çalışanın maddi riskinin yokluğu.¹⁴

Bireylerin çalışma türleri "insana yaraşır iş" (decent work) ile de ilişkilidir. İnsana yaraşır çalışma kavramı ile ulaşılmak istenen amaç, adil bir ücret karşılığında, güvenli işyerlerinde yapılan, çalışanın aile bireylerini de içeren bir sosyal koruma sağlayan, bireysel gelişim açısından olanaklar sağlayan, sosyal içermeyi kolaylaştıran, bireylerin ifade özgürlüklerini, örgütlenme özgürlüklerini ve işyerinde yönetime katılma olanaklarını kullanabildikleri, eşit muamele ilkesine uygun çalışma imkanının sağlanmasıdır.¹⁵

Bu kapsamda, yasal düzenlemelerle atipik çalışmaların sınırlandırılması, atipik istihdam modelleriyle çalışanlara eşit muamele ilkesinin uygulanması, haftalık asgari çalışma sürelerinin düzenlenmesi, sendika ve toplu pazarlık haklarının kullanımının sağlanması, işverenlerce gerçeğe aykırı şekilde (muvazaalı işlem ile) bağımsız çalışan olarak yapılan kayıtların önlenmesi, atipik çalışma modellerinde tarafların yükümlülükleri ve sorumluluklarının belirlenmesi önem taşımaktadır.¹⁶

ILO bünyesinde, çalışma hayatında meydana gelen ve gelecekte olması beklenen değişimler üzerinde çalışmalar yürütecek global bir komis-

12 OECD, Regulating platform work in the digital age, 15-16 <https://goingdigital.oecd.org/toolkitnotes/regulating-platform-work-in-the-digital-age.pdf>,

13 OECD, Regulating platform work in the digital age, 7, 9. <https://goingdigital.oecd.org/toolkitnotes/regulating-platform-work-in-the-digital-age.pdf> Ayrıca bkz. *Countouris*, <https://socialeurope.eu/regulating-digital-work-from-laisser-faire-to-fairness>

14 ILO (2016), 263.

15 *Williams-Lapeyre*, 6.

16 ILO (2016), 250.

yon kurulmuştur. Bu komisyon tarafından hazırlanan raporda¹⁷ *insana yaraşır iş* için teknolojinin kontrol altına alınması ve yönetilmesi gerekliliğine açıkça işaret edilmektedir. Yapay zekanın işi etkileyen alanlarda son sözü söylemesinden bu nitelikteki kararların insanlar tarafından verilmesi, dijital emek platformlarının ve buralardan hizmet alan müşterilerin, çalışanlara yönelik belirli asgari haklara ve korumalara saygı göstermesini zorunlu kılmak için dijital çalışma platformlarına yönelik uluslararası bir yönetim sistemi oluşturulması önerilmektedir.¹⁸ Dijital emek platformları üzerinden çalışmanın yaygınlaşmasının 19.yy çalışma koşullarını yeniden oluşturabileceği kaygısı da raporda yer verilen çarpıcı tespitlerden biridir.¹⁹ Bu komisyonun üyesi olan Prof. Alain Supiot içinde bulunulan duruma ilişkin olarak "Sorumluluğun genelleştirildiği bir rejimde, uluslararası düzeyde yasal düzenleme eksikliği kaosu içindeyiz" yorumunu²⁰ yapmıştır. Dolayısıyla temel mesele, işin değişimini ve dijitalleşmesini yaşarken yasal düzenleme eksikliklerinin sorumsuzluk olgusunu genişletmesi ve yaygınlaştırmasıdır.

OECD de dijital emek platformları üzerinden çalışan kişilerin hukuki statüsünün devletlerce belirlenmesi gerekliliği, çalışanların hukuki statülerini belirlemek için başlatacakları hukuki sürecin daha az maliyetli ve daha az bürokratik işleme ihtiyaç duyar hale getirilmesini, dijital emek platformlarında işverenin kim olduğunun ve sorumluluğunun (platform ve/veya müşteri) belirlenmesi gerektiğine dikkat çekmektedir.²¹

17 ILO, *Work for a Brighter Future*, Global Commission on the Future of Work, Geneva 2019 (Future of Work) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662410.pdf (erişim tarihi 02.12.2021)

18 ILO, *Future of Work*, 13, 44.

19 ILO, *Future of Work*, 18.

20 Prof. Alain Supiot'un konuşması için bkz. (<https://www.youtube.com/watch?v=nDyxgjZ3aR0&t=36s>; <https://www.franceculture.fr/emissions/la-bulle-economique/qui-va-travailler-pour-un-avenir-meilleur>) (erişim tarihi 02.12.2021)

21 OECD, *Regulating platform work in the digital age*, 7-8, <https://goingdigital.oecd.org/toolkitnotes/regula->

Avrupa Birliği uygulaması açısından, aşağıda incelenecek olan Direktif teklifinin yanı sıra, daha önceki dönemlerde hazırlanıp uygulamaya sokulan Lizbon Stratejisi ve "European Pillar of Social Rights"²² (Avrupa Sosyal Haklar Sütunu²³) olarak ifade edilen, vatandaşlara yeni ve daha etkin haklar tanımayı amaçlayan bütüncül politika yaklaşımı da önemlidir.²⁴ Bu yaklaşımın üç ana kategorisi vardır. Bunlar işgücü piyasasına erişim ve eşit fırsatlar, adil çalışma koşulları, sosyal koruma ve sosyal içermedir.²⁵ AB bünyesi içinde 27 üye ülke ekonomik ve sosyal güvencesizliği öncelikli alan olarak belirlemişlerdir. "Avrupa Sosyal Haklar Sütunu" metninde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: "çalışma ilişkisinin türü ve süresine bakılmaksızın, çalışanlar çalışma koşulları, mesleki eğitim ve sosyal korumadan adil ve eşit muamele ilkesi gereğince yararlanma hakkına sahiptir".²⁶

Temel sorunlardan biri teknolojik gelişmeler sonucunda yaygınlaşan online sistemler ya da cep telefonu üzerinden erişilebilen uygulamalar ile sunulan hizmet sektörlerinde, kısaca *platform ekonomisi* kapsamında çalışan kişilerin, hukuki değerlendirme yapılırken nerede ve nasıl konumlandırılacaklarıdır. Bu kişileri, yapılacak yasal düzenlemeler ile klasik anlamda bir işverene bağımlı olarak çalışan "işçi" olarak ele almak seçeneklerden biri olabileceği gibi işçi ve bağımsız çalışan arasında üçüncü bir grup olarak tanımla-

ting-platform-work-in-the-digital-age.pdf

22 https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_en#policy-areas (erişim tarihi 05.12.2021)

23 AB Türkiye Delegasyonu çevirisidir. <https://www.avrupa.info.tr/tr/eeas-news/ab-butcesi-yeni-bir-sosyal-fon-erasmus-yaratici-avrupa-kuresellesme-uyum-fonu-ve-adalet> (erişim tarihi 14.12.2021)

24 *de Stefano- Aloisi*, Platform Work, (<https://socialeurope.eu/who-will-be-covered-by-an-eu-instrument-on-platform-work>)

25 https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_en (erişim tarihi 14.12.2021)

26 Eurofound (2018), *Does employment status matter for job quality?*, 1-2.

mak da mümkün olabilecektir.²⁷ Her iki durumda da amaç, bu kişilerin gerçek anlamda bağımsız çalışan olmadıklarından iş hukukunun korumasından ve işçilere tanınan temel haklardan yararlanmalarını sağlamak olmalıdır. Bu bakış açısı, hiç şüphesiz iş hukukunun kapsamının genişlemesi, hak süjesi olan işçi kavramının anlam ve içeriğinin değişmesini gerektirmektedir.

Değişimin yönünün ve kapsamının belirlenmesinde kritik soru ise "İş Hukuku kimi korumalıdır?" İş Hukukunun tarihsel gelişimi dikkate alındığında, hukuk dalının amacının her zaman korunmaya en çok ihtiyaç duyan, en zayıf konumdaki çalışanlar olduğu açıktır. Günümüzün en zayıf konumdaki ve dolayısıyla da temel haklardan ve korumadan en alt düzeyde yararlanan ya da hiç yararlanamayan çalışanlar arasında dijital emek platformları üzerinden çalışanlar da bulunmaktadır.

Platform çalışanlarının bağımsız çalışan olmadıkları, aksine işçi/çalışan olduklarının tespiti açısından Avrupa Birliği Adalet Divanı ve bazı ulusal yargı organı kararları, Avrupa Komisyonu'nun Birlik düzeyinde uygulanacak bir yasal düzenleme yapmasında da etkili olmuştur.

Doğrudan dijital emek platformları ile ilgili olmamakla birlikte, Avrupa Adalet Divanı'nın 2014 yılında verdiği (C-413/2013) *FNV Kunsten Informatie en Media v. The Netherlands* kararına değinmek gerekir. Avrupa Adalet Divanı, bu kararında "gerçek olmayan bağımsız çalışan" kavramına yer vermiş ve bu kimselerin toplu pazarlık hakkına sahip olduklarına hükmetmiştir. Adalet Divanı kararında, "gerçek olmayan bağımsız çalışan", işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan işçiler ile aynı servisi sağlayan kişiler olarak tanımlanmıştır.²⁸ Bu kararın klasik anlamda iş sözleşme-

siyle çalışmayan kişiler açısından iş hukukundan kaynaklanan temel haklardan yararlanabileceklerini göstermek açısından önemi büyüktür.

Avrupa Birliği içindeki ulusal hukuk sistemlerinde bakıldığında platform çalışanları ile ilgili olarak Hollanda²⁹ (Deliveroo), Almanya³⁰, Fransa³¹, İspanya³², İtalya³³ ve Birleşik Krallıkta³⁴ mahkemeler, bu kimselerin bağımsız çalışan olmadıklarını, işçi/çalışan olduklarını karara bağlamışlardır. Aşağıda bu yargı kararlarında kullanılan ölçütlere değinilecektir.

Alman Federal İş Mahkemesi, Aralık 2020'de platform üzerinden çalışan bir kişinin işçi sayılması gerektiğine hükmetmiştir. Davalı dijital emek platformu, yapılacak işler için süre koymakta, çalışan işleri başarıyla tamamladıkça tıpkı çevrimiçi oyunlarda olduğu gibi puan vermekte ve bu puanlar sayesinde çalışan seviye atlayarak yeni işler alabilmektedir. Mahkemenin kararında ölçüt olarak kullandığı hususlar, platformun davacı üzerinde dolaylı da olsa bir kontrolünün bulunması, çalışanın zaman, yer ve içerik açısından kendi çalışmasının organizasyonunu yapamaması; çalışanın gelen işi reddetme olanağı bulunsa dahi bu red sonucunda platformun değerlendirme ölçütleri gereğince yeni iş taleplerine erişiminin kısıtlanması, böylelikle haftalık çalışma saatlerinin ve sonuçta ücretinin düşmesidir. Bu çalışma usulünde, çalışanın kişisel bağımlılık çerçevesinde iş gördüğünü kabul eden Federal İş Mahkemesi, davacının işçi olduğuna karar vermiştir.³⁵

Fransa'da Deliveroo aleyhine açılan davada, çalışanın kişisel bağımlılık altında çalıştığının kabul edilmesinde iki ölçüt kullanılmıştır. Bun-

(erişim tarihi: 10.12.2021)

29 Deliveroo aleyhine açılmıştır.

30 *Kormann*, <https://socialeurope.eu/germany-adds-to-recognition-of-platform-workers>, Aloisi, 11.

31 Deliveroo ve Uber aleyhine açılmıştır. Ayrıca bkz. *Aloisi*, 10.

32 Glovo aleyhine açılmıştır. Ayrıca bkz. *Aloisi*, 10.

33 Glovo aleyhine açılmıştır. Ayrıca bkz. *Aloisi*, 5, 10.

34 Uber aleyhine açılmıştır.

35 *Kormann*, <https://socialeurope.eu/germany-adds-to-recognition-of-platform-workers>, Aloisi, 11.

27 *Williams-Lapeyre*, 6. Platform çalışanlarının değişik olasılıklar göz önünde tutularak statülerinin belirlenmesine ilişkin ayrıntılı tartışma için bkz. Sözer, 1030 vd.; Baycık-Civan-Tolu-Bosna, 742 vd.; Yayvak Namlı, 136 vd.; Aykaç, 75-77, 80 vd.

28 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?j-sessionid=512FE2D592A245415FA7F1F3A665B081?text=&docid=160305&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4189449>

lardan ilki, çalışanın nerede olduğunu eş zamanlı olarak takip eden bir GPS sistemi ile çalışanın takip edilmesi, diğeri de platformun çalışan üzerinde yaptırım uygulama yetkisine sahip olmasıdır.

36

İspanya Yüksek Mahkemesi, Glovo aleyhine verdiği kararda, dijital platformun çalışma şartlarını düzenlemesi ve işin yapılmasındaki esaslı araçların mülkiyetine sahip olmasından hareket ederek çalışanların işçi olduğuna karar vermiştir.

37

Özellikle 2021 yılı platform çalışanlarının statüleri ile ilgili önemli gelişmelerin yaşandığı bir yıl olmuştur. Şubat ayında Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından verilen Uber kararı, Ağustos'ta İspanya'da kabul edilen özel bir yasa (*Ley de Riders*)³⁸ ile moto-kuryelerin işçi sayılması ve Eylül ayında Hollanda'da Uber çalışanlarının bağımsız çalışan olmadığı³⁹ yönündeki kararlar önemlidir.

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, Uber kararında⁴⁰ sürücülerin "çalışan"⁴¹ sayılması kararında taşıma ücretinin Uber tarafından tek taraflı olarak belirlenmesi, sürücülerin tip sözleşme kapsamında çalışmaları (sözleşme koşullarının tek taraflı tespiti), işi kabul ya da red anlamında gerçek bir özgürlüğün bulunmaması, hizmetin sunumunda uygulanan kontrol ve sürücülerin kendilerine ait bir müşteri çevrelerinin olmaması (sürücü ile yolcu arasındaki ilişkinin kısıtlanması) ölçütlerinden hareket etmiştir. Yüksek Mahkemenin kararında şu ifadelere yer verdiği

36 *Teixeira - Martel*, First case in France for Deliveroo of re-qualification of a service agreement into an employment agreement; (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9201c7bd-53c6-4614-8729-5d5f9e9a1240>)

37 *Aloisi*, 10.

38 *Aloisi*, 5; *Aranguiz*, <https://socialeurope.eu/platforms-put-a-spoke-in-the-wheels-of-spains-riders-law>

39 <https://socialeurope.eu/another-win-for-workers-uber-drivers-are-employees>

40 Kararın değerlendirilmesi için bkz. *Kutlu*, 287 vd.

41 İngiliz hukuku açısından işçi ve çalışan iki farklı kavramdır, çalışan kategorisine daha sınırlı haklar tanımakla birlikte bağımsız çalışan olmayıp istihdam ilişkisi içinde bulunan kişilerdir.

görülmektedir; "...Uber uygulaması üzerinden sürücüler tarafından gerçekleştirilen ve yolculara sunulan ulaşım hizmetinin çok sıkı bir şekilde tanımlandığı ve Uber tarafından kontrol edildiği görülmektedir. ... Sürücülerin bakış açısından, özellikle farklı bir hizmet sunma imkânı olmaması, kendi fiyatlarını belirleyememeleri ve Uber'in yolcularla etkileşimleri tamamen kontrol etmesini veya girişimcilik becerileri yoluyla ekonomik durumları iyileştirme potansiyellerinin olmadığı anlamına gelmektedir. Uygulamada, kazançlarını artırabilmelerinin tek yolu, Uber'in performans ölçütlerini sürekli olarak karşılayıp daha uzun saatler çalışmaktır..."⁴²

Platform çalışanlarının hukuki statülerinin belirlenmesinde yargı kararları önem taşımaktadır. Yabancı hukuk sistemleri açısından konu ele alındığında, ulusal hukuk sisteminde yasal düzenleme yapılmadan önce pek çok ülke uygulamasında yargı kararları ile platform çalışanlarının hukuki statülerini belirlendiği görülmektedir.

Yukarıda örnek olarak verdiğimiz bazı ülkelerde yasal düzenlemeler de yapılmıştır. Bazı hukuk sistemlerinde çalışan kavramı yeniden tanımlanırken bazılarında da klasik anlamda bağımlılık ölçütüne göre işçi olarak tanımlanamayacak çalışanlara bazı temel hakların sağlanması şeklinde gelişim görülmektedir.⁴³ Bu kapsamda, AB üyesi ülkelerden Almanya, İtalya, Hollanda ve Portekiz, gerçek anlamda bağımsız çalışan olmayan ancak görünürde bağımsız çalışan olarak sistemde kaydedilmiş kişiler için yasal düzenlemelerle işçi-bağımsız çalışan arasında karma bir statü oluşturmuşlardır. Bu sayede bağımsız çalışanların sahip olmadığı bazı hakları bu kategorideki çalışanlara tanımıştır. Örneğin Almanya'da "işçi benzeri" (*arbeitnehmerähnliche Personen/employee-like persons*) terimini kullanarak, ekonomik açıdan bağımlı serbest çalışan kişilere (klasik anlamda işçi sayılmayan) uyumsuzluk durumunda iş mahkemelerine başvuru, yıllık ücretli izin, ayırım-

42 Karar metni §101, <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2021/5.html>

43 *Perulli*, 118-119; *Countouris*, *Future of Work*, 13-14.

cılığa karşı korunma, toplu pazarlık haklarından yararlanabilme olanağı tanımıştır.⁴⁴

Ancak konu ile ilgili olarak üzerinde uzlaşılan temel noktalardan biri, ulusal hukuk sistemlerinin platform çalışanlarının hukuki statülerini belirlemeleri⁴⁵ gereğidir. Çünkü çalışanların bireysel olarak dava açıp sonuç elde etmeleri, sorununa kümülatif ve kökten bir çözüm getirecek yasal düzenleme ile kıyaslandığında hem masraflı hem de uzun sürecek bir yoldur.

Henüz Türkiye’de dijital emek platformlarında çalışan ve bağımsız çalışan değil işçi sayılması gerektiğine ilişkin olarak açılmış bir davaya ilişkin karar, bilebildiğim kadarıyla, bulunmamaktadır. Halihazırda Türkiye’de faaliyet gösteren dijital platformların web siteleri incelendiğinde, Uber web sayfasında potansiyel şoförlere yönelik olarak “kendi işinizin patronu olun”, “kendi programınıza göre para kazanın”, “istediğiniz zaman sürün istediğiniz zaman kazanın” ve “geleneksel taşımacılık işlerine bir alternatif” gibi söylemlerde bulunduğu görülmektedir.⁴⁶ Pek çok diğer platformda da çalışanların işçi olarak istihdam edileceğine dair bir açıklama bulunmadığı gibi, bu platform üzerinden yapılacak çalışmanın bağımsız çalışma olduğu açıkça ifade edilmektedir. Örneğin “Sen de aramıza katıl! Hemen başvur, sen de kendi işinin patronu ol!”⁴⁷; “daha çok müşteriye ulaş, daha çok kazan”⁴⁸ gibi ifadeler yer verilmektedir.

Dijital platformlar üzerinden sipariş edilen yiyecek, market ürünleri ve restoran siparişlerinin teslimatını yapan, uygulamada (esnaf) moto-kurye olarak isimlendirilen çalışanlar için verilen iş ilanları da incelemeye değerdir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, restoranlar ya da dijital plat-

formlar, teslimat işini araç ya da motosiklet ile yapacak kişileri işçi olarak istihdam etmişlerse, bu çalışma ilişkileri inceleme konumuzun dışında kalmaktadır. Üzerinde durmamız gereken çalışma biçimi, teslimat işini yapan ancak bağımsız çalışan olarak sosyal sigorta sistemine kaydolmuş kişilerdir. İş ilanlarında moto-kurye olarak çalışacak kişilerin hem işçi hem de “esnaf” olarak istihdam edilebileceği bilgisine aynı ilanda yer verildiği de görülmektedir. Esnaf kurye anahtar kelimesi ile yapılan aramada oldukça fazla ilana ulaşılabilmektedir. Örnek olması açısından aşağıda iki adet ilana⁴⁹ yer verilecektir;

İlan no 1: “Yeni açılacak olan şubesinde (ŞİRKET MOTORU İLE) esnaf kurye modelinde çalışacak Bay/Bayan moto kuryeler arıyoruz.

... (platformun ismi yer almaktadır) motoru ve ekipmanları ile çalışacak (TELEFON HARİÇ), yakıt ve bakımlar tarafımızca karşılanacak. (YEMEK HARİÇ)

Haftada 1 gün izin olup, çalışma saatleri 08:30 – 00:30 arasında vardiya usulü düzenlenecektir.

İHTİYACA GÖRE PART TİME / FULL TİME ÇALIŞMA DÜZENİ.

(Şahıs şirketinizi kurarak 29 yaş altı için 75.000 TL ye kadar gelir vergisinden muaf olacaksınız ve sigortanız 1 yıllık devlet tarafından karşılanacak. Böylelikle sigorta masrafınız ve gelir vergisi masrafınız ortadan kalkarak kazanacağınız para size kalacak. Ay sonu çalışması karşılığında faturanızı kesip hakedişinizi alacaksınız.)

Şirket motorumuz ile çalıştırılmak üzere moto kuryeler arıyoruz.”

İlan no 2: “Kendi android telefonu ile günlük ortalama 10-12 saat çalışacak A-A1 ya da A2 ehliyetli esnaf moto kuryeler alınacaktır.

Saat ücretimiz 24 tl, Paket başı 3 tl ödeme yapıyoruz. İş detayını iş görüşmesinde yüzyüze yapıyoruz.

44 ILO (2016), 37; Ayrıca bkz. ILO, 2021, 25-26.

45 *Dukes-Streeck*, <https://socialeurope.eu/putting-the-brakes-on-the-spread-of-indecent-work> Jill Toh, UK gig drivers recognised as workers-what next? <https://socialeurope.eu/uk-gig-drivers-recognised-as-workers-what-next>;

46 <https://www.uber.com/us/en/drive/> Aynı açıklamalar Türkçe web sayfasında da yer almaktadır.

47 <http://www.pakettaxi.com> (erişim tarihi: 05.12.2021)

48 <https://armut.com/profesyonel-uye-ol>

49 İlanlara sahibinden.com uygulamasından “esnaf kurye” anahtar sözcükleri ile arama yapılarak iş ilanları bölümünden erişim sağlanmıştır.

Daha önce esnaf kurye olmamış ilk kez mükellef olacaklar için muhasebe ve muhasebeci desteği verilmektedir.

Açılacak şahıs şirketi ile ilgili detaylı bilgi ve ödeme detayları tüm kuryelere sağlanmaktadır.”

Yukarıda yer verdiğimiz iş ilanlarında vurgulanan unsurların başında kendi işinin patronu olmak yer almaktadır. İlanlarda geçen esnaf kurye terimi, kendisine ait şirket tescili yapan, dolayısıyla da bağımsız çalışan olarak sisteme tescil edilmiş kişileri ifade etmektedir. Son ilanda yer verilen 29 yaş altında olanların daha fazla kazanç elde edeceğine dair ifade ise 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK) mükerrer 20. maddesindeki düzenlemede yer alan teşvikten yararlanma olanağına ilişkindir. Bu düzenleme uyarınca “Ticari, zirai veya mesleki faaliyeti nedeniyle adlarına ilk defa gelir vergisi mükellefiyeti tesis olunan ve mükellefiyet başlangıç tarihi itibarıyla yirmi dokuz yaşını doldurmamış tam mükellef gerçek kişilerin, faaliyete başladıkları takvim yılından itibaren üç vergilendirme dönemi boyunca elde ettikleri bu kazançlarının 75.000 Türk lirasına kadar olan kısmı, aşağıdaki şartlarla gelir vergisinden müstesnadır.

1. İşe başlamanın kanuni süresi içinde bildirilmiş olması,
2. Kendi işinde bilfiil çalışılması veya işin kendisi tarafından sevk ve idare edilmesi (Çıracak, kalfa veya yardımcı işçi çalıştırmak ya da seyahat, hastalık, askerlik, tutukluluk ve hükümlülük gibi zaruri ayrılmalar dolayısıyla geçici olarak işinde bilfiil çalışmamak bu şartı bozmaz.),
3. Faaliyetin adi ortaklık veya şahıs şirketi bünyesinde yapılması halinde tüm ortakların ise başlama tarihi itibarıyla bu maddedeki şartları taşıması,
4. Ölüm nedeniyle faaliyetin es ve çocuklar tarafından devralınması hali hariç olmak üzere, faaliyeti durdurulan veya faaliyetine devam eden bir işletmenin ya da mesleki faaliyetin es veya üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan veya kayın

hısımlarından devralınmamış olması,

5. Mevcut bir işletmeye veya mesleki faaliyete sonradan ortak olunmaması.

İstisna kapsamındaki faaliyetlerden kazanç elde edilmemesi veya istisna haddinin altında kazanç elde edilmesi hâllerinde dahi yıllık beyanname verilir.

Bu istisnanın, bu Kanunun 94 üncü maddesi uyarınca tevkif suretiyle ödenecek vergiye sümülü yoktur.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

Uygulamada genç girişimcilere teşvik (*startup teşviki*) olarak adlandırılan bu düzenleme kapsamında ayrıca sosyal sigorta primlerine ilişkin teşvik de sağlanmaktadır. Buna göre GVK uyarınca genç girişimci kazanç teşvikinden yararlanan, gelir vergisi mükellefiyeti başlangıç tarihi itibarıyla 18 yaşından büyük 29 yaşından küçük olan, 01.06.2018 tarihinden itibaren ilk kez 5510 sayılı Kanunun 4/1,b maddesi kapsamında sigortalı sayılan gerçek kişiler, kendi işinde bilfiil çalışıyorlarsa veya iş kendisi tarafından sevk ve idare ediliyorsa, bu kişilerin sosyal sigorta primleri, tescil tarihinden itibaren bir yıl süre ile 5510 sayılı Kanunun 82.maddesine göre belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden Hazinece karşılanacaktır.⁵⁰

Ancak ilanlardan da anlaşıldığı üzere burada gerçek anlamda bir bağımsız çalışan faaliyeti bulunmamaktadır. Öyle ki, ilanlarda kişilere kuracakları şahıs şirketi ile ilgili işlemlerin yapımı aşamasında muhasebe ve muhasebeci desteği verileceği, işin yapımına ilişkin ekipmanın şirket tarafından sağlanacağı hatta işin yapımı esnasında kullanılacak cep telefonunun hangi işletim sistemine sahip olması gerektiği dahi açıkça belirtilmektedir. Türk iş hukuku öğretisinde ve yargı içtihatlarında bugüne kadar oluşturulan görüşler esas alındığında, kanaatimce bu ilişkilerin

⁵⁰ <https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/yayinlar/gencgirisimciler2019.pdf> (erişim tarihi: 10.12.2021)

muvaazaal işlem oldukları söylenmelidir.

Dolayısıyla dijital emek platformu çalışanlarına ilişkin yukarıdaki örnekler, ILO'nun atipik çalışma biçimleri kategorilerinden "gerçek olmayan bağımsız çalışan" kapsamına girmektedir. Bağımsız çalışma sadece kayıtlarda görünmekte, gerçekte ise platformun yönetimi ve denetimi altında iş görülmektedir, görünürde bağımsız çalışan olan kişilerin kullanacakları araçları seçmek, müşteri çevresi oluşturmak, fiyat belirlemek başta olmak üzere işin organizasyonuna ilişkin söz hakları bulunmamaktadır.

III. Avrupa Komisyonu'nun Platform Çalışanlarının Çalışma Koşullarının İyileştirilmesine Dair Direktif Teklifi

Ulusal ve uluslararası yargı organları tarafından verilen kararlar, iş hukuku öğretisinde uluslararası düzeyde yürütülen tartışmalar, sosyal tarafların soruna ilişkin yaptıkları çalışmalar, Avrupa Birliği düzeyinde bir yasal düzenleme yapılmasına yönelik teklifin kamuoyu ile paylaşılmasıyla birlikte yeni bir ivme kazanmıştır.

Yürütülen hazırlık çalışmalarında Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi de yer almıştır. Komite bünyesinde yer alan işçi grubunun hazırladığı rapor⁵¹ ve yasal tanıma ilişkin önerileri, Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları ve Türkçeye "kişisel iş ilişkisi" (personal work relation) olarak çevirebileceğimiz kavrama⁵² dayanır. Bu kavram ile ifade edilmek istenen kişinin üstlendiği işi

kendisinin yapması, bu işin yapımında başkasını istihdam etmemesi, dolayısıyla da kendine ait bir iş organizasyonunun olmamasıdır. Bu ölçüt, iş hukukunun işçi niteliğini ve iş sözleşmesinin varlığını tespit etmekte kullandığı bağımlılık ölçütünden daha geniş ve dijital çalışma ilişkilerini kapsayıcıdır.

Raporda, platform aracılığı ile çalışan kişinin üstlendiği işi kendisinin yapması durumunda işçilere tanınan bütün haklardan yararlanmalarının yanı sıra ispat açısından da özel bir öneride bulunmaktadır. Buna göre, bu kişilerin işçi sayılmayacakları durum, platform tarafından bu kişinin kendisine ait bir iş organizasyonunun bulunduğunu ispat etmektir.⁵³ İspat yükünün platformlara yüklenmesi, çalışanın işçi olduğunu ispat etmesini beklemekten daha isabetli bir öneridir. Bu önerilerin Direktif teklinde dikkate alındığı aşağıda görülecektir.

Avrupa Komisyonu, 09.12.2021 tarihinde platform çalışanlarının çalışma koşullarının geliştirilmesi ve Avrupa Birliği içinde dijital platformların sürdürülebilir büyümeleri için bir dizi önlem içeren bir teklif yayınlamıştır.⁵⁴ Bu kapsamda, Avrupa Birliğinin platform çalışmalarına yönelik yaklaşımı ve bu kapsamda alınması gereken önlemleri içeren bir tebliğ (communication), platform çalışanlarının çalışma koşullarının iyileştirmesine yönelik bir direktif teklifi ve bireysel bağımsız çalışanların (yanında başka birini istihdam etmeksizin çalışan) çalışma koşullarının iyileştirilmesi amacıyla akdedecekleri toplu sözleşmelerin Avrupa Birliği rekabet kuralları açısından değerlendiren bir rehber yayınlanmıştır.⁵⁵ Aşağıda, bu yazının inceleme konusunu oluşturan platform çalışanlarının hukuki statülerinin belirlenmesine ilişkin Direktif teklifi üzerinde

51 EESC Report, 10; https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-05-21-286-en-n_0.pdf

52 Ayrıca bkz. *Countouris - De Stefano*, Re-thinking the competition law/labour law interaction: Promoting a fairer labour market. *European Labour Law Journal* 10(3), 291-333.

<https://doi.org/10.1177/2031952519872322>; *de Stefano- Aloisi*, Who will be covered by an EU instrument on platform work? (<https://socialeurope.eu/who-will-be-covered-by-an-eu-instrument-on-platform-work>)

53 EESC Report, 11, 14, 79.

54 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6605 (erişim tarihi: 09.12.2021) Ayrıca bkz. <https://socialeurope.eu/european-commission-takes-the-lead-in-regulating-platform-work> (erişim tarihi: 09.12.2021)

55 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6620 (erişim tarihi: 09.12.2021)

durulacak, teklifle birlikte yayınlanan tebliğ ve rehber hariç bırakılacaktır.

Direktif teklifinin öncelikli alanları şu şekilde sıralanabilir;

1. İstihdam durumu: Platform çalışanlarının yasal statülerinin doğru belirlenmesi ve durumlarına karşılık gelen yasal korumalardan yararlanabilmelerini sağlamak amacıyla Direktifte bazı ölçütler öngörülmüştür. Platformların bu ölçütlerden en az ikisini karşılamaları durumunda, platformların “işveren” sayılacağı; dolayısıyla bu platform üzerinden çalışanların da “işçi” sayılarak iş ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan haklarını kullanabilmeleri sağlanacaktır. Bu kapsamda özellikle asgari ücret (uygulamanın olduğu ülkelerde), toplu pazarlık, çalışma sürelerinin düzenlenmesi ve iş sağlığı güvenliğinin sağlanması, ücretli izin hakları, iş kazalarına karşı gelişmiş seviyede koruma, işsizlik ve hastalık durumlarında ödeneklere hak kazanma ve yaşlılık aylığına hak kazanma güvence altına alınmaktadır.

Direktifte yer alan ölçütlere göre yapılacak değerlendirmeye karşı platformların itirazda bulunma hakları olmakla birlikte burada ispat yükü kendilerine aittir. Platformlar, çalışanlarla aralarında istihdam ilişkisi bulunmadığını ispat etmekle yükümlü olacaklardır. Dolayısıyla ispat yükünün yer değiştirdiği söylenebilir.

Platformların işveren sayılıp sayılmayacağıının belirlenmesinde kullanılan ölçütler, sadece çalışanlar için değil platformlar açısından da hukuki belirliliği artıracaktır. Böylelikle, yargılama masrafları düşecek ve iş organizasyonuna yönelik planlamalar kolaylaşacaktır.

2. Algoritmik yönetim modelleri: Direktif teklifi, algoritmik yönetim modellerinde şeffaflığın artırılmasına yönelik hükümler getirmekte, en önemlisi de çalışma koşullarına ilişkin kararların insan tarafından denetlenmesini öngörmektedir. Bu hükümler, platform üzerinden çalışan, işçilere ve bağımsız çalışanlara uygulanacaktır.

3. Etkinlik, şeffaflık ve izlenebilirlik: Ulusal düzeyde, platformlara ve bunlar üzerinden çalış-

şanlarına ilişkin veri toplamak, özellikle de birkaç ülkede faaliyet gösteren bir platform olduğunda oldukça zor olmaktadır. Bu nedenle teklifte, ulusal makamlar tarafından talep edildiğinde platformların yürüttükleri işi ve çalıştırdıkları kişileri ulusal otoritelere beyan etme yükümlülükleri düzenlenmiştir.

Platform Çalışanlarının Çalışma Koşullarının İyileştirilmesine dair Direktif Teklifi hakkında üzerinde durulması gereken ilk husus şüphesiz tanımlara ilişkin 2.maddedir. Zira, platform çalışmalarında kavramlar ve tanımlar henüz net olarak ortaya konulmadığından deyim yerindeyse bu tür çalışmalar “gri” bir alanda gerçekleştiğinden, konu ile ilgili yapılan çalışmalarda yasal düzenleme gerekliliği ön plana çıkmıştır. Bu nedenle de çalışan kişilerin hukuki statüleri, dijital platformun işveren olup olmadığı ve çalışanların hakları Direktif teklifinde net olarak belirlenmektedir.

Direktifin ikinci maddesi uyarınca “dijital işgücü platformu” aşağıdaki ölçütlerin tamamını karşılayan, ticari bir faaliyet yürüten bir gerçek ya da tüzel kişiyi ifade etmektedir;

- a) Bir web sayfası ya da mobil uygulama gibi bir elektronik araç üzerinden uzaktan hizmet sunumu,
- b) Hizmetin, hizmetten yararlanacak kişi tarafından servis üzerinden talep edilmesi,
- c) İşin online ya da belli bir yerde yerine getirilmesi fark etmeksizin işin düzenlenmesini yapan (gerekli ve zorunlu koşul)

Aynı maddenin 2.fıkrası “platform çalışması” kavramını, işi yapan ile hizmetten yararlanan arasında bir sözleşme ilişkisi olup olmadığı önem taşımaksızın, Avrupa Birliği içinde faaliyet gösteren herhangi bir dijital işgücü platformu üzerinden yerine getirilen ve platform ile işi gören kişi arasındaki sözleşmesel ilişki çerçevesinde yapılan işi karşılamaktadır.

Direktif teklifinin en önemli maddesi, dijital platformlar üzerinden çalışan kişinin işçi sayılıp sayılmayacağı noktasında yararlanılacak ölçütlerle-

rin düzenlendiği 4/2.maddedir. Buna göre dijital emek platformunun yetkileri ve iş modeli incelendiğinde, aşağıdakilerden en az iki tane ölçütü karşılayan durumlarda platform ile çalışan arasında iş ilişkisi olduğu kabul edilmelidir;

- Ücret ile ilgili olarak sınır koyulması ya da bir üst sınır belirlenmesi
- Hizmeti gören kişiden dış görünüşüne, hizmet talep eden kişiyle iletişime/ilişkiye dair sıkı kuralların konulması
- Elektronik araçlar kullanılarak işin yapımını ya da işin sonuçlarını denetleme
- Bireyin bağımsız iş yapabilme özgürlüğünü, özellikle çalışma ve boş saatlerini düzenleme, işi kabul ya da reddetme hakkı, yerine vekil ya da alt işveren kullanma olanaklarının, yaptırımları da içerecek şekilde etkin şekilde kısıtlanması
- Kendisine ait bir müşteri çevresi oluşturmasını ya da üçüncü bir taraf için iş yapmasının kısıtlanması

Yukarıda yer verdiğimiz Avrupa Ekonomik ve Sosyal Konseyi raporunda önerilen ispat yükü ile ilgili düzenleme Direktif teklifinin 5.maddesinde yer almaktadır. Direktif teklifinin 4/2.maddesindeki ölçütler dikkate alınarak yapılan bir değerlendirme sonucunda çalışan kişinin "bağımsız çalışan" olmadığı, aksine iş ilişkisi çerçevesinde çalıştığı tespitine karşın platformların itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Ancak bu noktada ispat yükü kendisine ait olup, çalışan kişinin "bağımsız çalışan" olduğunu ispatlamalıdır.

Görüldüğü üzere, dijital emek platformunun işveren, çalışanın da bağımsız çalışan değil de işçi sayılması tek bir ölçüte indirgenerek yapılmamış, değişik olasılıkları da dikkate alarak en az iki ölçütü karşılayacak bir sistem önerilmiş, çalışma ilişkisinin tespitine dair bir itiraz olması durumunda, çalışanın bağımsız çalışan olduğunun ispatı dijital platforma yüklenmiştir.

Benzer yönde bir düzenlemenin Türk hukuku açısından da İş Kanunu'na eklenmesi isabetli olacaktır. Böylelikle yakın gelecekte sayıca oldukça

fazla davanın açılmasının önüne geçilebilecektir.

IV. Sonuç

Türk Hukuku açısından yapılacak bir değerlendirmede, öğreti görüşleri ve Yargıtay'ın önceki yıllarda oluşturduğu içtihadı doğrultusunda, muvazaalı olarak bağımsız çalışan gösterilen ancak gerçekte işçi olan dijital emek platformu çalışanlarının, dava açarak işçi olduklarını tespit ettirebilecekleri güçlü olasılık dahilindedir. Kişilerin gerçek anlamda işin yürütüme dair karar verme özgürlüklerinin olmadığı, işçi işe alma ve çıkarma yetkilerinin bulunmadığı, iş görme borcunu yerine getirmedikleri ya da reddettikleri durumlarda uygulamayı/platformu belli süre kullanmalarının kısıtlandığı ya da tamamen dışına çıkarıldıkları sistemlerde bağımsız çalışmadan söz etmek mümkün değildir. Ancak uygulamada kolaylık sağlanması açısından yapılacak bir yasal düzenleme ile dijital platformlar üzerinden yapılan çalışmalara dair düzenlemelerin İş Kanunu'na özel bir madde olarak eklenmesi yerinde bir çözüm olacaktır. Avrupa Konseyi direktif teklifinde benimsenen seçenekli ölçütleri ve ispat yükünün yer değiştirmesini öngören bir düzenleme ulusal hukuk uygulamamız açısından da sorunları gidecek niteliktedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Alpagut, Gülsevil: Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı, İstanbul 2021, 87-125.
- Aloisi, Antonio: Platform Work in the European Union: Lessons Learned, Legal Developments and Challenges Ahead, *European Labour Law Journal* (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3556922, erişim tarihi 29.11.2021)
- Aranguiz, Ane: Platforms put a spoke in the

- wheels of Spain's "riders' law " (2021), <https://socialeurope.eu/platforms-put-a-spoke-in-the-wheels-of-spains-riders-law>
- Aykaç, Hande Bahar: Platform Ekonomisi Çalışması: İş Hukukunda Yarattığı Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.44, 2020, 69-95.
 - Baycık, Gaye-Civan, Orhan Ersun-Tolu, Hazal-Bosna, Berrin: Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, GSÜHFD, Haziran 2021, 713-802.
 - Boyacı, Nil Belgin: Dijital Emek Platformları ve Sendikalar, Ankara 2020.
 - Countouris, Nicola: Defining and Regulating Work Relations for the Future of Work, ILO 2019. (Future of Work)
 - Countouris, Nicola: Regulating digital work: from laissez-faire to fairness, 2021 (<https://socialeurope.eu/regulating-digital-work-from-laissez-faire-to-fairness>) (erişim tarihi: 08.12.2021)
 - Countouris Nicola -De Stefano, Valerio: Re-thinking the competition law/labour law interaction: Promoting a fairer labour market. *European Labour Law Journal* 10(3), 2019, 291-333. (<https://doi.org/10.1177/2031952519872322>)
 - De Stefano, Valerio - Aloisi, Antonio: Who will be covered by an EU instrument on platform work?, 2021 (<https://socialeurope.eu/who-will-be-covered-by-an-eu-instrument-on-platform-work>) (erişim tarihi 05.12.2021)
 - De Stefano, Valerio - Aloisi, Antonio: European Commission takes the lead in regulating platform work, <https://socialeurope.eu/european-commission-takes-the-lead-in-regulating-platform-work> (erişim tarihi 09.12.2021)
 - Dukes, Ruth- Streeck, Wolfgang: Putting the Brakes on the spread of indecent work <https://socialeurope.eu/putting-the-brakes-on-the-spread-of-indecent-work> (erişim tarihi 06.12.2021)
 - Eurofound (2018), *Annual review of working life 2017*, Publications Office of the European Union, Luxembourg. (<https://www.eurofound.europa.eu/tr/publications/report/2018/annual-review-of-working-life-2017>) (erişim tarihi: 06.12.2021)
 - EESC, The definition of worker in platform economy: Exploring workers' risks and regulatory solutions, 2021, https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-05-21-286-en-n_0.pdf (erişim tarihi 05.12.2021) (EESC Report)
 - ILO, Non-Standard Employment Around The World, Geneva 2016, https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_534326/lang-en/index.htm (erişim tarihi: 07.12.2021) (ILO 2016)
 - ILO, Work for a Brighter Future, Global Commission on the Future of Work, Geneva 2019 (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dg-reports/---cabinet/documents/publication/wcms_662410.pdf) (erişim tarihi 02.12.2021) (Future of Work)
 - ILO, World Employment and Social Outlook, The role of digital Labour platforms in transforming the World of work, Geneva 2021 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf (erişim tarihi: 07.12.2021) (ILO 2021)
 - Kormann, Roman: Germany adds to recognition of platform workers, 2021 (<https://socialeurope.eu/germany-adds-to-recognition-of-platform-workers>) (erişim tarihi 10.12.2021)
 - Kutlu, Merve: Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü: Uber-Aslam ve diğerleri Kararına İlişkin Bir Değerlendirme, Ankara HBV Üniversitesi HFD, C.25, S.2, 2021, 271-310.
 - OECD, Regulating platform work in the digital age, 2020 (<https://goingdigital.oecd.org/toolkitnotes/regulating-platform-work-in-the-digital-age.pdf>) (erişim tarihi: 07.12.2021)
 - Perulli, Adalberto: The Legal and Jurisprudential Evolution of the Notion Of Employee, *European Labour Law Journal*, 2020, V.11 (2), 117-130.
 - Sözer, Ali Nazım: Hizmet (emek) Platformlarının ve Çalışanlarının Hukuki Konumu (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme, Legal İHSGHD, C.18, S.71, 2021, 967-1062.

- Teixeira, Fernando L. - Martel, Severine First case in France for Deliveroo of re-qualificaiton of a service agreement into an employment agreement; (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9201c7bd-53c6-4614-8729-5d5f9e9a1240>)
- Williams, Colin C - Lapeyre, Frédéric: Dependent self-employment:Trends, challenges and policy responses in the EU, ILO Employment Policy Department, Employment Working Paper No.228, 2017 (https://www.ilo.org/employment/Whatwedo/Publications/workingpapers/WCMS_614176/lang--en/index.htm (erişim tarihi: 07.12.2021))
- Yayvak Namlı, İrem: Dijital Çağda Yeni Bir Çalışma İlişkisi Modeli: Crowdfunding, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 42, 2019, 128-143.

Elektronik Kaynaklar

- <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=512FE2D592A245415FA7F1F3A665B081?text=&docid=160305&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4189449> (erişim tarihi: 10.12.2021)
- https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_en#policy-areas (erişim tarihi: 05.12.2021)
- https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6620 (erişim tarihi: 09.12.2021)
- <https://www.avrupa.info.tr/tr/eeas-news/ab-butcesi-yeni-bir-sosyal-fon-erasmus-yaratici-avrupa-kuresellesme-uyum-fonu-ve-adalet> (erişim tarihi 14.12.2021)
- <https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/file-admin/yayinlar/gencgirisimciler2019.pdf> (erişim tarihi: 10.12.2021)

Araştırma Makalesi
Sicil, 2021/II Sayı 46: 42-59
Makale Gönderim Tarihi: 18 Kasım 2021
Makale Kabul Tarihi: 25 Kasım 2021

Pandemi Döneminde İşyerinde Covid-19 Aşı Zorunluluğu Sorunu ve Tarafların Hakları

Öz

İşyeri, sosyal bir ortamdır. İşçilerin nefes alıp vermeleri ve konuşmaları kadar, öksürmeleri ve hapşurmaları da insan doğası gereği, son derece olağandır. Birlikte çalışan, yan yana bulunan, aynı ortamda yemek yiyen, sigara içen ve işyeri ortamında benzeri birçok şeyi bir arada yapan işçiler, ciddi bir bulaş riski altındadırlar. Hastalığın ölümcül olması, kuluçka süresinin uzun olması ve hastalığın semptomsuz geçirilerek, hasta olduğunun farkına varmadan virüsü yayan insanların varlığı, işçilerin kendisi kadar aile bireylerini de tehdit eder. İşveren açısından ise bu tehdit, işverenin kendi sağlığı üzerinde yaratabileceği etkilerin yanı sıra, işçilerin hastalanması, kendisi hastalanmasa dahi hasta olan diğer bir işçi ile temas ettiği için sağlıklı olsa bile karantinaya alınması, bu sebeple yaşanacak işgücü kaybı ve bunun doğal sonucu olarak da üretimin azalması ve hatta durmasıdır.

İşverenin, iş sözleşmesinden doğan borçlarından bir tanesi de işverenin işçiyi gözetme borcudur. İşçiler de iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasını, sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmayı, bunu sağlama yükümlülüğü altında bulunan işverenden her zaman talep edebilirler. İşverenin alacağı önlemlerde, günün koşullarında bilim, teknik ve tecrübenin neleri işaret ettiği önemlidir. Bugün, bilim, teknik ve tecrübe, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, aşığı işaret etmektedir.

İşyerinin ve işçinin yapmakta olduğu işin özelliklerine göre, tarafların sözleşmeyi fesih haklarının yanı sıra, işçilerin alınmamış iş güvenliği önlemleri dolayısıyla çalışmaktan kaçınma hakları da kullanılabilecektir. Anılan fesih hakkı, son çare olarak, uzaktan çalışma ve benzeri bulaş riskini ortadan kaldıracak diğer önlemlerin mümkün olmaması halinde işverence son çare olarak uygulanabilir.

Anahtar Sözcükler:

İşyerinde aşı zorunluluğu, işçilere PCR testi, işçilere aşı olma zorunluluğu, aşısız işçinin sözleşmesinin feshi.

Compulsory Covid-19 Vaccine Problem at Workplaces and The Rights of The Parties During Pandemic

Abstract

The workplace is a social environment. Coughing and sneezing, as much as breath-

ing and talking, are human nature. The workers, who work together, stay side by side,

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, caglarcopuroglu@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2733-7546.

eat and smoke in the same environment, and do many similar things together in the workplace environment, are at serious risk of transmission. The fact that the disease is fatal, its incubation period is long, and there are people having the disease without symptoms and spreading the virus without realizing that they are sick, threatens family members as well as the workers themselves. From the employer's perspective, this threat, in addition to the effects that it may have on the employer's own health, is that if the employees get sick, even if they are healthy, they are quarantined because they come into contact with another employee who is sick, thus there will be a loss of labour and, naturally, production will decrease or even stop.

One of employer's debts, which arise from the employment contract, is to look after the employees. Also, employees can always

request that occupational health and safety measures be taken and that they work in a healthy and safe environment from the employer who is under obligation to provide it. What science, technique, and experience indicate under today's conditions is important in the measures that the employer will take. Today, science, technique, and experience, as we tried to explain above, indicate vaccination.

Based on the characteristics of the workplace and the work that the employee is doing, in addition to the parties' rights to terminate the contract, the workers may also use their right to refrain from working due to non-compliance with occupational safety measures. The said right of termination may be exercised as a last resort by the employer if remote working and other similar measures to eliminate the risk of transmission are not possible.

Keywords:

Compulsory vaccination at work, PCR testing of workers, vaccination requirement for workers, termination of the contract of unvaccinated workers.

Giriş

Dünyamız, bilindiği gibi uzun süredir Covid-19 virüsü kaynaklı bir pandemi yaşamakta, küresel ölçekte milyonlarca kişi hali hazırda hayatını kaybetmiş bulunmaktadır. Virüs kaynaklı ölü sayısı gün geçtikçe artmakta, iyileşme durumunda dahi, anılan virüsün vücutta bıraktığı etkilere bağlı olarak, ileride kişide ne gibi başka sağlık sorunlarına yol açabileceği bir muamma olarak karşımızda durmaktadır. Ülkemiz de bu pandemiden yoğun şekilde etkilenmiştir ve halen etkilenmektedir. Bu çalışma yapılırken, Sağlık Bakanlığı tarafından açıklanan resmi verilere göre ülkemizdeki günlük vaka sayısı 30,000 civarındadır ve günlük 300'e yakın ölüm bildirilmektedir. Bu, her 5 dakikada bir insanımızı kaybettiğimiz anlamına gelmek-

tedir. Bu sayılara Covid-19'un sebep olduğu kalp krizi gibi dolaylı diğer ölüm sebepleri dahil değildir. Bu kadar büyük ve ciddi sonuçları olan bir virüsün etkisindeki ülkemizde, virüsün solunum yolu ile bulaştığını da dikkate alarak, işçilerin bir arada bulunduğu işyerlerinde bu hastalığa ilişkin alınması gereken önlemlerden, bilim insanları ve Sağlık Bakanlığı tarafından ilk sırada önerilen önlem olan aşı konusunda işçi ve işverenin isteklerinin örtüşmemesinin sözleşme ilişkisine nasıl etki edebileceği, bunun sınırlarının nasıl belirleneceği, tarafların aşı ile ilintili bir fesih haklarının bulunup bulunmadığı tartışılmalı ve tespit edilmelidir. Bu çalışmada, tüm dünyayı ortadan ikiye böldüğü gibi ülkemizi de ikiye bölen bu tartışma kapsamında, işverenin işçilerden aşı olmalarını talep hakkının olup olmadığı, aşılı işçilerin aşısız

işçilerle çalışmayı reddedip reddedemeyecekleri ile tarafların iş sözleşmesini hangi durumlarda ve hangi gerekçelerle feshedebilecekleri, bu haklarının sınırları ve hukuki sonuçları ele alınacaktır.

I. İşverenin İşçilerden Aşılama Talebinin Hukuki Dayanağı

1. İşyeri ve Covid-19

Covid-19, öksürme, hapşırma, konuşmayla ve hatta salt nefesle yayılan damlacıkların solunması veya virüs bulunan yüzeylere dokunulduktan sonra ellerin burun, ağız ve göze temas etmesi yoluyla bulaşır.¹ Bu nedenle artık herkesçe bilindiği gibi, pandeminin başından bu yana sürekli olarak maske, mesafe ve temizlik önerilmektedir. Buna rağmen, bugüne kadar yapılan bilimsel çalışmalarda, maske kullanımının da virüsün bulaşmasını tam olarak engelleyemediği, ancak yalnızca belli oranda azalttığı saptanmıştır. Bu çerçevede maskenin ancak diğer önlemlerle birlikte bir anlam ifade edeceği (do it all!) Dünya Sağlık Örgütü tarafından belirtilmektedir.² Belirtilen üç önlemin yalnızca birisi tam çözüm sunabilmektedir: Mesafe. Ne var ki, bu önlemin de aile ve çalışma yaşamı, sosyal yaşam gibi sebeplerle uygulanabilmesi birçok insan için neredeyse olanaksızdır.

Sözü edilen mesafe kuralının uygulanmasının çok zor olduğu ortamlardan biri de, sıklıkla sosyal bir ortam olan işyeridir. İş ve sağlık karşılıklı olarak ilişkilidir. İş, işçinin sağlığını etkilerken, aynı zamanda işçinin sağlığı da işi etkiler. İşçilerin nefes alıp vermeleri ve konuşmaları kadar, öksürmeleri ve hapşırmaları da insan doğası gereği son derece olağandır. Birlikte çalışan, yan yana bulunan, aynı ortamda yemek yiyen, sohbet eden,

sigara içen ve işyeri ortamında benzeri birçok şeyi bir arada yapan işçiler, ciddi bir bulaş riski altındadırlar. Bu bulaş riski, ölümcül sonuçlara yol açabilecek bir risktir.

Hastalık ölümcül olduğu gibi, kuluçka süresi uzundur. Dolayısıyla bazı insanlar hastalığı semptomsuz geçirerek, virüsü hasta olduğunun farkına varmadan yaymaktadırlar.³ Tam da bu sebeple, pandeminin başından bu yana, insanlardan hem hastaymışlar gibi hem de sağlıklı ama her an hasta olabileceklermiş gibi yaşamaları, birçok defa bilim insanları, doktorlar ve devlet görevlileri tarafından dile getirilmiştir. Virüs, bu sayılan özelliklerinden ötürü, işçilerin kendisi kadar aile bireylerini de tehdit eder. İşveren açısından ise bu tehdit, işverenin kendi sağlığı üzerinde yaratabileceği etkilerin yanı sıra, işçilerin hastalanması, işçinin kendisi hastalanmasa da, hasta olan diğer bir işçi ile temas ettiği için sağlıklı olsa bile karantinaya alınması, bu sebeplerle yaşanacak işgücü kaybı ve bunun doğal sonucu olarak da üretimin azalması ve hatta durmasıdır.

2. İşçinin Sağlığının Korunması ve Aşısı

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan iş sözleşmesinden, karşılıklı birtakım borçlar doğar. Bu borçlardan bir tanesi de işverenin işçiyi gözetme borcudur. Bu borç, dürüstlük kurallarına göre davranış yükümlülükleri içeren, somut sınırları olmayan geniş kapsamlı bir borçtur.⁴ Anılan borç, işçinin sağlığını ve yaşamını korumaya elverişli bütün önlemleri almak başta olmak üzere bir dizi yükümlülük içerir. Başka bir deyişle, yalnızca meslek ve yapılan işle ilgili riskler değil, yürütülen işle ilgili olsun veya olmasın her türlü riskin gide-

1 Covid 19 Bilgilendirme Platformu, TC. Sağlık Bakanlığı, <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66447/bulasma-yollari.html>

2 "All about masks in the context of Covid-19", Dünya Sağlık Örgütü, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks>

3 Örneğin İtalya örneği çarpıcıdır. İtalya'da, ilk vakanın tespit edildiği 20 Şubat'tan 30 Mart'a kadar, Covid-19, 11,591 ölüme sebep olmuştur. Bu veri, ilk vakanın tespitinden önce, hastalığın fark edilmeden ne kadar büyük boyutlarda yayılabildiğini göstermesi açısından önemlidir. Bkz. De Natale ve diğerleri, s. 6 vd, <https://www.mdpi.com/2077-0383/9/5/1564>.

4 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.202; Sevimli, s. 110 vd.

rilmesi, bu borç içerisinde değerlendirilir.⁵ İşçinin bedensel sağlığının yanı sıra, psikolojik sağlığının da işverence korunması da bu kavram içerisinde yer alır.⁶ Bu yükümlülüklerin kapsamını ve çerçevesini, mevzuat hükümlerinin yanı sıra, dürüstlük ve iyiniyet kuralları çizer. Dolayısıyla işverenin alacağı önlemlerde, günün koşullarında bilim, teknik ve tecrübenin neleri işaret ettiği önemlidir. Bugün, bilim, teknik ve tecrübe, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, aşığı işaret etmektedir.

İşveren, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, tüm işverenleri kapsamına aldığından, yalnızca İş Kanunu'na tabi işçiler değil, Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tabi çalışan tüm işçiler de bu kanunun kapsamında yer alırlar.

Anılan yükümlülük, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesinde düzenlenmiş olup, işveren her türlü sağlık ve güvenlik önlemini almakla yükümlüdür. Takip eden 5. maddede ise risklerden korunma ilkeleri sayılırken, risklerden kaçınmak, toplu tedbirlere öncelik vermek gibi esaslardan söz edilmektedir. Düzenleme, günün koşullarına göre gerek risk değerlendirmesinde gerek alınacak olan önlemlerde, sürekli bir revizyon öngörmektedir. Dolayısıyla yukarıda işçiyi gözetme borcundan bahsederken belirttiğimiz gibi, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının anlayışında da günün koşullarında bilim, teknik ve tecrübenin geldiği yer esastır. Nitekim kanunun temelinde bir önleme ve koruma politikası vardır.⁷ Bugünün bilimsel verileri ışığında, iki doz aşı olarak karşımıza çıkan birincil önlem, yarın başka bir şey olabilir (örneğin 3. doz aşı veya yeni başka bir yöntem). Bilim başka bir yol işaret ettiğinde, bu çalışmada yazılanlar, mevzuatın öngördüğü revizyon gereği, o önlem için de geçerli olacaktır.

Günümüzde, Sağlık Bakanlığının açıkladığı verilere göre, Covid-19 sebebiyle hasta olanların %81'i aşısız veya tam aşılmayan kişilerdir.

Ölümlerde bu oran %90 seviyesindedir.⁸ Konunun uzmanlarından teşekkül eden bir Bilim Kurulunun tavsiyeleri ile hareket eden Bakanlık, çözüm olarak ısrarla aşığı gösterdiğinden, küresel pandemiye sebep olan Covid-19 tehlike, aşısız temas ise risktir. Dolayısıyla işverence işyerinde yapılacak risk değerlendirmelerinde ve alınacak tedbirlerde, aşı da yer almalıdır. Bu çerçevede ışığında denilebilir ki, işverenin işçilerin aşılmasını talebi, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında dayanak bulur. Bu, işçilerin korunması kapsamında işveren açısından esasen bir yükümlülüktür.

Önlemlerin alınmaması işverenin sorumluluğunu gündeme getirir. Nitekim, salgının başından bu yana, bulaşı engelleyecek yollar üretilmiş, virüsün yayılımında mücbir sebep kaçınılmazlık gitgide azalmıştır.⁹

Burada belirtelim ki, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesine göre, işyerinde meydana gelen ve sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle, bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, emziren kadın sigortalının iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda ve sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş ve geliş sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay iş kazası olarak tanımlanır. Salgın hastalık dönemi virüs kaynaklı ortaya çıkan zararlar da bu kapsamda değerlendirilir. Böyle bir durumda, kaçınılmazlık söz konusu olmadıkça, zarar ile iş arasında uygun illiyet bağı bulundukça, SGK'nın yanı sıra, işverenin de sorumluluğu gündeme gelir.¹⁰ Nitekim daha önce, Domuz Gribi-H1N1 kaynaklı ölüm olayında, Yargıtay da

5 Akın, s. 17-18.

6 Süzek, s. 386-387.

7 Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 366.

8 Sağlık Bakanlığının açıklamaları için bkz. www.aa.com.tr/gundem/saglik-bakani-koca-kovid-19dan-vefat-edenlerin-yuzde-90i-ya-asi-olmamis-veya-asilari-ek-sik-kisilerdir/2353973).

9 Aydın, s. 205; Akın, s. 32.

10 Bkz. Akın, s. 22 vd.

bu doğrultuda hüküm kurmuştur.¹¹

İşçiler de iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasını, sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmayı, bunu sağlama yükümlülüğü altında bulunan işverenden her zaman talep edebilirler. İş sağlığı, yalnızca bedensel değil, aynı zamanda psikolojik sağlığı da kapsar. Bu boyuttaki ölümcül bir pandemide, hastalığın işçilere işyerinde ve/veya iş dolayısıyla bulaşması bedensel sağlığa zarar vereceği gibi, bulaş riski olan işyerlerinde sürekli korku ve endişe ile çalışmak da hiç kuşku yok ki işçinin ruh sağlığına da zarar verecektir. Tam da bu sebeple işçiler, bulaş riskini azaltacak diğer her türlü önlemin yanı sıra, işverenden aşısız işçilerle teması kesecek önlemleri talep edebilirler. İşverence değerlendirilecek bu önlemlerden biri de, aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacağı gibi, son çare olarak aşısız işçilerin sözleşmesinin feshedilmesi dahi olabilir.

3. Anayasaya Uygunluk

İşverenin işçilerden aşılınmalarını talebi ve bu talebin karşılanmaması durumunda son çare olarak işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilecek olmasının, Anayasal haklar karşısında değerlendirilmesi gerekir. Zira aşı ile vücuda müdahalede bulunmaktadır. Bu müdahale kişinin Anayasal kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve özel hayatın gizliliği ve korunması hakları ile doğrudan ilişkilidir.¹²

Anayasa Mahkemesi, ebeveyni tarafından bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasına muva-

fakat edilmeyen başvuru hakkında, bebeklik dönemi aşılarının yapılması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulanmasının, başvurucağının maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahale oluşturduğu sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre: "Bu kapsamda, birtakım hastalıklara karşı bağımsızlık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik olarak tanımlanan maddelerin vücuda verilmesi şeklindeki aşı uygulamasının da müdahalenin boyutundan bağımsız olarak vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğu açıktır."¹³ Temel hak ve özgürlüklerin tıbbi müdahale ile sınırlandırılmasında, "kanunilik" şartının yokluğu, anılan hüküm gerekçesidir.

Gerçekten, Covid-19 aşısı, mevzuatta zorunlu olarak düzenlenmiş bir aşı değildir. Aşı olmak zaten zorunlu olsa idi, bu çalışmaya da konu olan tartışmalara yer olmayacaktı. Yine de yeri gelmişken zorunlu aşılardan, kişilerin yukarıda sayılan Anayasal haklarını ihlal etmediğine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çekya kararını hatırlatalım. Bu kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel gerekçesinin, toplum sağlığı için, demokratik toplumlarda aşının gerekli olduğu olarak özetlenebilir.¹⁴ AHİM, daha önce de, kanunilik şartını sağlayan uyuşmazlıklarda, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında, kamu sağlığının korunması menfaatine üstünlük tanımıştı.¹⁵ Ülkemizde kanunilik şartını sağlamadığı için, aşının zorunlu olarak tıbbi müdahale ile uygulanması söz konusu değildir; ancak bu durum aşısızlığın, diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanımını engelleyici nitelik taşıması durumunda, iş ilişkileri kapsamında işveren ve diğer işçilere bazı haklar vermesine engel değildir. Bizim bu çalışmada tartışacağımız kısım budur.

11 Y.21.HD., 15.4.2019, E.2018/5018 K. 2019/2931. Bununla birlikte, pandemi döneminde çıkarılan 7.5.2020 tarihli ve 96597630-010.06.02-E.5852699 no'lu SGK Genelgesi'nde Koronavirüs, iş kazası ve meslek hastalıkları dışında kalan bir hastalık hali olarak tanımlanmış ve sigortalılara hastalık sigortası kapsamında işlem yapılacağı belirtilmiştir. Belirtelim ki, iş ile ilgisinin saptanabilmesi, diğer bir deyişle virüsün nereden, ne zaman ve kimden alındığının ispatı bugünün imkanları ile imkansız yakın olsa da, bağlantının ortaya konulabileceği durumlarda, yargının yine 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde düzenlendiği şekliyle, iş kazası tanımına giren hallerde, Koronavirüs kaynaklı hasarları da iş kazası olarak nitelendirileceği öngörülebilir.

12 Şirin, s. 91 vd.

13 Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, §52.

14 Kararintammetni için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209039#%22itemid22:\[%22001-209039%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209039#%22itemid22:[%22001-209039%22]).

15 Boffa ve diğerleri/San Marino, B. No: 26536/95, 15/1/1998, §4; Solomakhin / Ukrayna, B. No: 24429/03, 15/3/2012, §33-38.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin normların büyük bir kısmı, soyut ve genel nitelikte güvenceler (ilke normlar) içerir. Normla birlikte belirlenmiş özel sınırlama sebepleri yoksa, somut olaya özgü olarak Anayasanın bütünlüğü ilkesi gereği diğer hak ve özgürlükler veya ölçülülük ilkesi gibi anayasal değerler çerçevesinde bir yorumlama gerekir. Normatif yapıya sahip temel hak ve özgürlükler bakımından, diğer Anayasal hak ve özgürlükler ile bir çatışma söz konusu oluyorsa, normun amacı esas alınarak uyumlaştırma söz konusu olur.¹⁶ Buna göre bir hak diğerini ortadan kaldırmayacak, her hak oranlı bir düzen içerisinde korunarak, en elverişli düzeyde korunacaktır.¹⁷ Bireysel iradenin tamamen dışlanmaması önem taşıırken, bu noktada bilimsel verilerin, dengelemenin merkezinde yer alacağı söylenmelidir.¹⁸ Nitekim Anayasa'nın, sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesi de, özel sınırlama nedenleri içermeyen bir hükümdür. Anayasa Mahkemesince de üstün kamu yararı, ölçülü olduğu sürece sınırlama sebebi olarak kabul edilmiştir.¹⁹

İşçilerin yukarıda anılan Anayasal haklarının yanında, işverenin de Anayasal hakları söz konusudur. Bu haklardan biri olan teşebbüs hürriyeti kapsamında işveren, yasal sınırlar içerisinde dilediği kişi ile sözleşme ilişkisine girebilir ve/veya sürdürebilir. Mevzuatta yasak olan ayırım değil, haksız ayırımdır. İşverenler işçiler arasında tahsil durumu, tecrübe gibi objektif sebeplere dayalı ayırım yapabilirler hatta bu ayırımın yapılması gereklidir. Bu çerçevede, sağlık durumuna ilişkin objektif sebepler de ayırımı haklı kılar.²⁰ Dolayısıyla işveren, işçinin sağlık durumunu, iş sözleşmesinin yapılmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde esas alarak işlem yapabilir, işçinin sağlık durumunun, iş sözleşmesinin kurulmasında ve/veya devamında dikkate alınması, ayrımcılık olarak nitelendirilemez. Bu gibi durumlarda çeşitli kanunların hükümlerinin tehlikeli salgın hastalık-

lar yönünden yeniden yorumlanması ve uygulanması gereklidir, bu gereklilik özel hukuk alanında özel hukuk sözleşmelerinin ve iş sözleşmelerinin uygulanmasında ek yorumlara başvurulması noktasında da geçerlidir.²¹

Kaldı ki aşının bulaştırıcılığı ciddi şekilde önlemekte olduğuna ilişkin veriler de –daha sonra aşağıda inceleneceği üzere- gösterilmeye başlanmış olduğundan, aşılı işçilerin aşısız diğer işçilerle bir arada çalışmayı ret hakkı, bu işçilerin yaşam hakkı da dahil olmak üzere, yukarıda anılan sağlık hakkı gibi birçok diğer anayasal hakkı ile doğrudan ilişkilidir. Dolayısıyla aşığı reddeden işçi ile, sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmayı arzulayan işçilerin haklarının, Anayasal temel haklar seviyesinde çatıştığını tespit etmek gerekir.

Bize göre, aşığı reddeden işçinin kişisel özgürlüğü yanında, üstün bir yarar olarak, diğer işçilerin yaşama, sağlıklı bir ortamda çalışma hakkı ve bunlara ek olarak toplum sağlığı ve yararı önceliklidir. Toplumun birçok üyesinin, yaşama hakkı başta olmak üzere yukarıda sayılan birçok temel hak ve özgürlüğünü tehlikeye atan bir pandemi dönemi söz konusudur. Bu çerçevede denebilir ki, işverenin aşı kapsamında iş güvenliği mevzuatına uygun olarak alabileceği önlemler ve uygulayabileceği yaptırımlar, işçinin anayasal hakları ile çelişmez. Burada hakların özüne dokunulmadan, bir denge içerisinde kullanılabilmelerini sağlayan bir çözüm bulunmalıdır.

Aşılama talebi, anayasal ölçülülük ilkesine de uygundur.²² Ölçülülük ilkesi, hakka ilişkin sınırlandırmanın gerekli olması, amacın gerçekleştirilmesine elverişli olması ve amaç ve aracın orantısız olmaması şeklinde özetlenebilir. Dolayısıyla bu Anayasal ilke, üç alt başlıktan oluşur: Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık²³.

Elverişlilik ilkesi, aracın doğru bir araç olduğunun denetlenmesinde yararlanılan ilkedir. Buna göre aşı, bulaş riskini mevcut bilim ışığında en aza indiren aşı önlemi, bulaş riskinden kaçınmak

16 Öden, 128 vd.

17 Gözler, 258.

18 Şirin, s. 97.

19 Öden, s. 145.

20 Yıldız, 162 vd.

21 Şirin, s. 78.

22 Aksi yönde, Ünal Adınır, s. 702.

23 Yüksel, s. 187. vd.

için en elverişli önlemdir. Gereklilik ilkesi ile amaç daha yumuşak araçlarla ulaşıp ulaşılamayacağı denetlenir. Aşağıda ele alınacağı üzere, bulaş riski olmayan işyerlerinde veya uzaktan yapılan çalışmalarda, işverenin işçilerden aşı ve/veya PCR testi talebinde bulunulamayacağını ancak bulaş riski barındıran işyerlerinde, mesafe uygulanabilmesi başlı başına bir sıkıntı iken, yalnızca temizlik ve maske önlemleri ile veya yine aşağıda el alınacağı gibi haftalık PCR test sonuçları ile amaca ulaşılamayacağını tespit etmek gerekir. Nitekim, pandemi başından bu yana geçen 1,5 yıllık süre zarfında, bu önlemlerin yetersiz kaldığı tecrübe edilmiştir. Dolayısıyla son olarak belirtelim ki, aşı gereklidir ve amaç ile aşı arasında ölçsüz bir ilişki yoktur.

Medeni Kanun'un 24. maddesi hükmü de kişilik haklarına müdahalenin hukuka uygunluk sebeplerini düzenlemekte, "kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kamunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır." ifadesine yer vermektedir. Aynı yönde düzenleme içeren TBK. 63. madde hükmü de üstün nitelikte özel ve kamu yararından, hukuka uygunluk sebebi olarak söz etmektedir. Pandemi döneminde, önlemlere bilimin gösterdiği yolda uyan işçilerin yaşama hakkı başta olmak üzere, kamu sağlığını da doğrudan ilgilendiren bu salgın döneminde, aşı diğer işçileri ve işvereni ve nihayet toplumu koruyucu bir nitelik taşıyacağından, anılan hükümlerde yer verilen kamusal üstün yararın varlığı kabul edilmelidir.²⁴

II. Güncel Negatif PCR Test Sonucunun Aşıya Alternatif Olup Olmayacağı

Son dönemde ismini sıklıkla duyduğumuz PCR testi ile, kişilerin enfekte olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Özellikle aşısız iş-

çilerin, virüsü yayma potansiyeli dikkate alınarak, Çalışma Bakanlığı'nın 2 Eylül 2021 tarihli ve 41515602-000/99 sayılı Genelgesi ile işverenlerin aşısız işçilerden haftada bir kez PCR testi talebinde bulunabilecekleri öngörülmüştür.

Esasen pandemi döneminde, işverenin PCR Test talebi, yukarıda verdiğimiz iş güvenliği mevzuatına dayanmaktadır. Bu sebeple, anılan genelge olmasaydı dahi, işveren makul aralıklarla test sonucu talebinde bulunabilirdi. Dolayısıyla Bakanlığın genelgesini, işverene PCR sonucu talep hakkı getiren ve/veya işverenin aşı talebinde bulunabilmesini engelleyen bir düzenleme olarak algılamamak gerekir. Genelge işverenin, PCR Test sonucu talebini bir zaman periyodu içerisinde sınırlandırarak, haftada birden fazla talep edemeyeceğini düzenlemiştir.

PCR Testi, aşının muadili değildir. Aşı, hastalaktan ve onun yayılmasında koruma sağlarken, test yalnızca kişinin virüs yükünün tespit edilmesi işlevini görür. Bununla birlikte, çeşitli sebeplerden virüs taşıyan insanlarda test sonucu negatif gelebilir. Sağlık Bakanlığı'na göre enfekte bireyde bazı faktörler, virüs taşıyan insanlarda negatif sonuca neden olabilir. Bunlar, hasta materyalinin çok az olduğu kalitesiz örnek, örneğin enfeksiyonun çok erken ya da geç evresinde alınması veya doğru dönemde alınmış olmakla birlikte uygun bir şekilde işlenmemesi ve gönderilmemesi, PCR inhibisyonu veya virüs mutasyonu gibi testin doğasında bulunan teknik nedenler, virüsün semptomatik ve asemptomatik vakalarda dalgalı saçılım göstermesi olarak sıralanabilir. Bu gerçeklerden hareketle, bir veya daha fazla negatif sonuç ile COVID-19 olasılığının dışlanamayacağı belirtilmektedir.²⁵

Dolayısıyla alınan örnekler ve teste ilişkin yanlış sonuca neden olacak sebepler bir kenara bırakıldığında dahi, testin erken dönemde alın-

24 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 229. Kişiliğe yapılan müdahalede, hukuka uygunluk sebepleri için ayrıca bkz. Turan Başara, s. 67.

25 Bilimsel Danışma Kurulu, "Sars-Cov-2 Enfeksiyonu, Genel Bilgiler, Epidemiyoloji ve Tanı", T.C. Sağlık Bakanlığı, 27 Kasım, Ankara, s. 14, <https://covid19.saglik.gov.tr/Eklenti/39551/0/covid-19rehberigenelbilgiler-epidemiolojivetanipdf.pdf>.

mış olması bile başı başına problemlidir. Örneğin hafta sonu kendisine virüs bulaşmış bir işçi, Pazartesi günü negatif sonuçlu bir PCR Testi ile işbaşı yaptığında, haftanın ortasından itibaren viral yükünün artmasına bağlı olarak virüsü çevresindekilere bulaştırabilecektir. Tam da bu sebeple belirtelim ki İtalya, aşı olmayan işçilerden negatif sonuçlu PCR testinin, her iki günde bir talep edileceğine ilişkin, bir olağanüstü hal kararnamesi ile düzenleme yapmıştır.²⁶ Hal böyleyken, haftada bir PCR testinin etkin bir koruma sağlayacağı söylenemez, test sonuçlarına güvenerek iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, alınabilecek son noktada alınmış sayılamaz.

Burada, aşının da tam koruma sağlamadığı, bulaşı tamamen önlemediği öne sürülebilir. Bu düşünce doğru olmakla birlikte, günümüzün bilim ve tecrübesi karşısında yalnızca PCR Testi ile önlem almaya çalışmaya göre, aşı önleminin daha ileri bir önlem olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim iş sağlığı ve güvenliği mevzuatımız, yukarıda da açıklanmış olduğu üzere, mevcut bilim, teknik ve tecrübenin günün koşullarında işaret ettiği son noktayı emretmektedir. Bu açıdan bakıldığında, bu önlemin test değil aşı olduğu açıktır. Nitekim son bilimsel veriler, aşının bulaş riskini düşürdüğü görülmektedir.²⁷ Aşılı işçinin virüsü kapma ihtimalinin de düşüklüğü göz önüne alındığında²⁸, bulaştırma ihtimali de düşük olduğundan, kişinin kendi sağlığı yanında, diğer insanların sağlığını tehlikeye sokma ihtimali de oldukça azalmaktadır. Eylül 2021 tarihinden itibaren, Sağlık Bakanlığı COVID-19 Temaslı Takibi

Salgın Yönetimi, Evde Hasta İzlemi ve Filyasyon Rehberinde yapılan değişiklik²⁹ ile, temaslı olduğu halde çift doz aşı olan kişilerin karantinaya alınmamasının sebebi de budur.

III. Tarafların Hakları

A. İşverence Sözleşmenin Feshi, Ücretsiz İzin ve Veri İşleme Uygulamaları

1. İşverenin Fesih Hakkı

Yukarıda, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri ile ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde, işverenin işçilerden aşı olmasını talep hakkının varlığını, işçilerin ise alınacak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyma yükümlülüğünden bahsedildi. Bu çerçevede aşı olmayı reddeden işçinin sözleşmesinin işverence feshi, bazı sınırlar içerisinde, mümkündür.

Bu hak, işyerine aşısız olan veya aktüel negatif PCR test sonucu olmayan müşterilerin alınmadığı sinema, konser alanı, kiraathane, uçak, tren gibi işyerlerinde daha da belirginleşir. İşverenin, müşterilerin dahi aşısız giremediği işyerlerinde, işçiden aşı veya PCR testi talebindeki hukuki menfaati, müşteriler için de söz konusudur. Anılan belirginleşme, müşteri profilinin durumuna göre de söz konusu olabilir. COVID-19, belli bir yaşın üzerinde oransal olarak çok daha fazla ölüme yol açtığı için, huzurevlerini bu kategoriye örnek olarak vermek mümkündür.³⁰

İşverenin alacağı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin diğer tarafında işçi, bu önlemlere uymakla yükümlüdür. İtaat borcu olarak isimlendirilen bu yükümlülüğün iş sağlığı ve güvenliği boyutu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 19. maddesinde "Çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya

26 İtalya'daki düzenlemelerde, aşı veya PCR Testine ilişkin şartları sağlamayan işçilere mazeretsiz olarak işe gelmemiş sayılma gibi yaptırımlar yanında, işverenlere de denetim yükümlülüğü ve idari para cezası yaptırımı öngörülmüştür. Bkz. İtalya Resmi Gazetesi, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2021/09/21/226/sg/pdf>.

27 "Science Brief: COVID-19 Vaccines and Vaccination", Centers For Disease Control and Prevention, <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/science/science-briefs/fully-vaccinated-people.html>.

28 "The Possibility of COVID-19 after Vaccination: Breakthrough Infections" Centers For Disease Control and Prevention, <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/effectiveness/why-measure-effectiveness/breakthrough-cases.html>.

29 <https://covid19.saglik.gov.tr/Eklenti/41623/0/COVID-19rehberitemaslitakibievdehastazilemivefilyasyon-021021pdf.pdf>, s. 5.

30 İşverenin istisnaen bu tip işyerlerinde fesih hakkının varlığı görüşü için bkz. Ünal Adınır, s. 704.

yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür.” ifadesiyle açıkça yer almaktadır. İşçinin bu yükümlülüğü, COVID-19 kapsamında alınacak özel tedbirleri de kapsar. Özetle, işverence işin güvenliğine ilişkin verilmiş talimatlar işçiyi bağlar ve aksine davranışta, aşağıda inceleyeceğimiz gibi, iş sözleşmesinin feshine varabilecek boyutta çeşitli yaptırımlar söz konusu olabilir.

İş Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasının 1 bendine göre: “İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi...” işveren lehine haklı nedenle derhal fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. Burada bir zararın gerçekleşmiş olması aranmaz, bir zararın doğması olasılığına sebebiyet vermiş olmak dahi işverenin haklı veya geçerli olarak sözleşmeyi fesih hakkının doğması için yeterlidir. Nitekim Yargıtay da çelik uçlu ayakkabı giymeyen ve maske takmayan işçilerin iş sözleşmesinin işverence feshini haklı³¹, baret takmayan işçinin sözleşmesinin feshini geçerli bulmuştur³².

Her ne kadar, işverenin iş güvenliği önlemlerine uymayarak bir zarar olasılığına sebep olan işçinin iş sözleşmesini fesih hakkının, teknik ve dar bir yorumla haklı nedenle derhal feshe konu olabileceği sonucuna, hükmün salt lafzından ulaşmak mümkün olsa da, günümüzde halen aşı karşıtı gösteriler yapılmakta, bu gösterilere bir kısmı tıp doktoru olan kişiler, bazı gazeteciler, profesör sıfatı taşıyan akademisyenler, kimi siyasal parti liderleri de destek vermektedir. Aşının uzun vadeli sonuçlarının, şu ana kadar tespit edilenlerden farklı bir etki beklenmemekle birlikte³³, henüz kesin olarak yaşanarak görülmemiş olması gerçeği ile birleştiğinde, sayısı az olan bu aşı karşıtları toplumun kimi kesimlerini etkileyebilmekte, korkutabilmektedir. Temel karşıtlık mRNA (Biontech, Moderna vb.) tipi aşılara karşı olsa da geleneksel yöntemler ile hazırlanan inaktif yerli TURKOVAC

aşısının henüz üretim aşamasına gelmemiş olması ve yine aynı türden olan SINOVAŞ aşısının Çin'de üretiliyor olması dolayısıyla duyulan güvensizlikler, aşılardan tümden reddeden bir kesim oluşturmuştur. Bu kişilerin bir kısmının yerli aşı çıktıktan sonra dahi, aşı karşıtlığını devam ettirecekleri de öngörülebilmektedir. Bütün bunlar, çeşitli ve yaygın uydurma haberlerle desteklenmekte (insanların içine çip yerleştirildiği, insanı iletken hale getirerek bir nevi antene dönüştürdüğü vb.), çeşitli ihtimallerin varlığından bahsedilerek (aşılardan insanın çocuklarının olmayaacağı, olursa yarı maymun olabileceği vb.) insanlar korkutulmaktadır. Bütün bunlar göz önüne alındığında, yukarıdaki kanun hükmü her ne kadar dar ve teknik bir yorumla haklı nedenle derhal feshe müsait gibi görünse de bize göre bu, kanun yapılırken ihtimal olarak hiç düşünülmemiş bir küresel pandemi dönemini yorumlarken aynı sonuca varmak, hakkaniyete uygun bir yorum olmaz. Ancak, işverenin alınan önlemlere uymayan işçinin sözleşmesini haklı nedenle derhal olmasa da geçerli olarak feshedebileceği sonucuna varılmalıdır. Burada feshin gerekçesini, işçinin sağlığa ilişkin yeterliliği oluşturur. Nitekim herkese “muhtemel hasta” gözüyle bakılması gereken bir dönemden geçilmekte, Sağlık Bakanlığı tarafından tespit edilebilmiş toplam aktif vaka sayısının yarım milyona yaklaştığı her gün duyurulmaktadır. Dolayısıyla pandemi döneminde aşı, temel bir yeterlilik kabul edilmelidir.³⁴

Bununla birlikte, temaslı olduğu ve ciddi risk taşıdığı kendisince bilinmesine rağmen temaslı durumunun saklanması veya temaslı durumu tespit edilmiş olmasına rağmen, karantinada olması gerekirken işyerine gelen işçinin durumu farklıdır. Bu durumlarda, işçinin hastalığın yayılabileceğini öngörmesine rağmen bundan kaçınmaması durumu net olarak söz konusudur ve bu gibi hareketler, işverene yukarıda anılan İK. m. 25/II-ı uyarınca haklı nedenle derhal fesih hakkı verir.

31 Y.9.HD., 20.9.2017, 5618/13712; Y.9.HD., 29.2.2000, 20125/2369.

32 Y.22.HD., 25.2.2016, 263/5617.

33 Colburn, s. 1-2.

34 Aksi yönde bkz. Ünal Adınır, 704.

Benzer şekilde, Koronavirüs hastalığının beklenenden uzun sürmesi veya “uzun Covid ya da uzun Koronavirüs” olarak adlandırılan ve hastalık sonrası birçok başka sağlık probleminin yaşanmasına sebep olan durumlarda, işçinin işe devamsızlığı bildirim sürelerini 6 hafta aşarsa, bu kadar uzun süreli devamsızlığa sebep olan her hastalık halinde olduğu gibi, işveren İş Kanunu m. 25/2-b uyarınca haklı nedenle derhal fesih hakkına sahip olur. Bu hüküm kapsamında feshin gerekçesini hastalık değil, herhangi bir hastalık sebebiyle devamsızlık oluşturur.

İşçinin işvereni yanıltması da haklı nedenle derhal fesih sebebidir. Sözleşme görüşmeleri sırasında işçinin işvereni aşı konusunda yanıltması da, bu çerçevede işveren lehine haklı nedenle derhal fesih sebebidir. İş Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasının a bendine göre: “İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması” haklı nedenle derhal fesih sebebidir. İşverenin işçiye sözleşme görüşmeleri sırasında aşı olup olmadığını sorması üzerine, işçi tarafından doğru cevap verilmelidir. Verilecek yanıltıcı cevap, gerçeğe uygun olmayan bilgiler vererek işçinin işvereni yanıltması kapsamında değerlendirilmelidir. Burada haklı nedenle derhal fesihten söz edilmesinin sebebi, işçinin aşısız olması değil, işverenin güvenini zedelemiş olmasıdır.

Belirtelim ki işçiye sözleşme görüşmelerinde, aşı durumunun sorulması ayrımcılık değildir. İşçinin sağlığına ilişkin durumun, sözleşmenin yapılmasında, devamında ve sona erdirilmesinde esas alınarak işlem yapılabileceğini daha önce açıklamıştık. İşçinin COVID-19 taşıyacağı ve bulaştıracağı endişesi, işveren açısından günümüz koşullarında makul karşılanmalıdır.

2. Fesih Hakkının Sınırı

İşverenin aşı kaynaklı fesih hakkının ilk sınırını, mekânsal sınır oluşturur. İş sağlığı ve güvenliği perspektifinden aşı, virüsün işyerinde diğer işçi-

lere bulaşmasını engellemek içindir. Dolayısıyla evden yapılan çalışmalarda olduğu gibi, sosyal bir ortamda çalışmayan işçilerden aşığı reddedenlerin sözleşmeleri feshedilemez. Bu şekilde risk taşımayan işçiden aynı gerekçe ile PCR testinin de talep edilemeyeceğini de belirtmek gerekir. Bu gibi hallerde işveren tarafından yapılacak fesihler haksız/geçersiz fesih olur ve buna ilişkin hukuki sonuçlar ortaya çıkar.

Bahsedilebilecek ikinci sınır, zamansal sınırdır. Hastalığı geçirmiş olup da bilimsel olarak bağışıklık süresi içerisinde olduğu kabul edilen işçilerin bu süre içerisinde aşı olmamaları, işçi aleyhine herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Zira devlet de bu dönem içerisinde, kişinin belirlenmiş süre boyunca aşılmış gibi korunmakta olduğundan hareketle aşı yapmamakta, dolayısıyla zaten kişilerin bu dönemde aşığı erişimi de bulunmamaktadır.

İşin doğası gereği, anılan aşular pandemi döneminde ciddi bir anlam ifade etmektedirler. Pandeminin sona ermesi ile birlikte, COVID-19 aşısının mevzuatla belirlenen zorunlu aşı olarak mevzuatta halen yer almamış olması durumunda, artık işçilerden aşı talebinde bulunulamaz.

Aynı durum, virüsün tedavisine olanak veren bir ilacın bulunması halinde de söz konusudur. Hastalığın tedavisini mümkün kılan bir ilacın bulunması, bu ilacın erişilebilir olması, tedavinin hızlı/kolay ve hastalığın ileriye dönük ciddi etkilerini de engelleyebilecek bir tedavi imkânı sağlaması halinde, tüm bu koşulların bir arada sağlanması koşuluyla artık işçilerden aşılanmaları talebinde bulunulamaz. Bu durum, virüsün mutasyona uğrayıp insanlara zarar vermeyen veya çok basit bir hastalığa dönüşmesi için de geçerlidir. Yukarıda verilen tüm hallerde işçiden artık aşı da, PCR testi de talep edilemeyecektir.

Belirtelim ki, işverenin fesih hakkının mevzuatta belirlenmiş sınırları, şüphesiz COVID-19 ile bağlantılı yapılacak fesihler için de geçerlidir. Bu sebeple, feshine ilişkin bir sınır olan “feshin son çare olması” ilkesine de değinilmelidir.

3. Feshin Son Çare Olması

Bilindiği gibi, İş Hukukunda fesih son çare olarak düşünülmelidir. Ölçülülük ilkesinin feshe uygulanması olarak özetlenebilecek bu ilkeye göre, feshi önleyebilecek daha hafif önlemler mümkün ise, iş ilişkisinin sürdürülmesi esastır, böyle durumlarda yapılan fesihler geçersiz sayılır.³⁵

Dolayısıyla işveren, işçinin sözleşmesini feshetmeden önce, aşılı ve aşısız işçileri mekânsal olarak ayırarak çalıştırma imkanını değerlendirmeli, uzaktan çalışabilecek işçileri uzaktan çalışmaya yönlendirmeli veya benzeri şekillerde aşı olmamasına rağmen işçinin bulaş riskini ortadan kaldırılabiliyor ise buna ilişkin önlemleri devreye sokmalıdır. Evden çalışma gibi talepler işçiden gelmiş ise, makul bir sebep olmadıkça bu tarz talepleri karşılanmalıdır.

Yukarıda sayılan ve benzeri, çalışma devam ederken bulaş riskini en aza indirmeye yönelik alınabilecek önlemler mümkün değilse, işveren işçinin –varsa- hak edilmiş yıllık ücretli izinlerini kullanarak işyerinden bir süre uzaklaştırabilir. Ancak bu süreç de geçici bir çözüm olacaktır. Daha sonra ise işçiye ücretsiz izin teklifinde bulunulmalıdır. Bu teklif de işçi tarafından kabul edilmez ise, nihayet hiçbir başka çıkar yol kalmadığında, işçinin iş sözleşmesi ancak o zaman feshedilebilir ve bu şekilde yapılmış bir fesih geçerli olur.

4. Ücretsiz İzin Uygulaması Yapılıp Yapılmayacağı

Bilindiği gibi, pandeminin başında İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi ile, işverene tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulaması yapma hakkı tanınmıştı. Hükme göre: "... Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez..." Yine aynı hüküm kapsamında, Cumhurbaşkanına 30 Haziran 2021'e kadar 3'er aylık dönemlerle bu süreleri uzatma yetkisi

tanınmıştı.³⁶ 1 Temmuz itibarı ile sona eren bu uygulamadan itibaren, ücretsiz izin bakımından asli rejime dönmüştür.

İşçinin iş sözleşmesinden beklediği ana karşı edim olan ücret, iş sözleşmesinin esaslı unsurudur. Dolayısıyla işçinin ücretini azaltacak veya ortadan kaldıracak, işverence yapılan her türlü düzenleme, işçi aleyhine esaslı değişikliktir ve İş Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde yapılabilir. Bu sebeple, ücretin ödenmemesi anlamına gelecek bu uygulamanın hukuken geçerli olabilmesi için işçiye yazılı olarak teklifte bulunulması ve işçinin bunu kabul etmesi gerekir.³⁷ Ücretin hiç veya gereği gibi ödenmemesi, işveren temerrüdüne yol açacağı gibi ayrıca işçiye İş Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasına göre sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesih hakkı verir.³⁸

Dolayısıyla ücretsiz izin uygulaması işçiye teklif edebilir, işçi tarafından bu teklifin kabul edilmemesi halinde ise tek taraflı ücretsiz izin uygulaması yapılamaz, yapılması hukuka aykırı olur. Anılan teklif, fesihten kaçınmak amacıyla, son çare olarak yapılmalıdır. Hukuka aykırı ücretsiz izin uygulamasının sonucu, yukarıda belirttiğimiz şekilde, işçinin ücret talebi veya sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesine yol açabileceği gibi, yapılacak bir yargılamada, işverenin gerçek iradesinin sözleşmeyi fesih olduğu sonucuna varılır ise, işverenin haksız feshinin hukuki sonuçları da ortaya çıkabilir. Nitekim Yargıtay'ın uzun süreli tek taraflı ücretsiz izin uygulamalarında vermiş olduğu kararlarında, işverenin gerçek iradesinin sözleşmenin feshi olduğu gerekçesi ile, işverence haksız feshin hükümleri uygulandığı görülmektedir.³⁹

Bununla birlikte, iş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşmedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 97. maddesine göre: "Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve

35 Süzek, s. 602, Manav, s. 270 vd.

36 Bkz. Nazlı, 253 vd; Aydın, 188 vd.

37 Çopuroğlu, s. 162-163.

38 Taşkent, s. 26-27.

39 Süzek, s. 505-506; Aydın, s. 187.

özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadığına, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir". Bu tip sözleşmelerde, genel kural edimlerin aynı anda ifa edilmesi olmakla birlikte, iş sözleşmesinde işçi önce ifa yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla işçinin ücrete hak kazanabilmesi için, aksi sözleşmede öngörülmedikçe, öncesinde kendi edimini ifa etmiş veya ifayı ciddi bir biçimde teklif etmiş olması gerekir.⁴⁰ Bu sebeple işçinin iş görme edimini ifa teklifi ciddi değilse, işveren de kendi karşı edimi olan ücret ödeme borcunu ifa etmeyebilir. Pandemi döneminde, birincil önlem olan aşı korumasını taşımayan işçinin işi ifa teklifinin, uygun bir teklif sayılıp sayılmayacağı tartışılmalıdır. Bu dönemde aşının, temel bir sağlık yeterliliği olarak kabul edilmesi durumunda, aşısız işçinin ifa teklifi, uygun bir teklif sayılamaz.

Bu çerçeveden bakıldığında, işyerinde COVID-19 önlemleri kapsamında işveren, aşısız işçinin çalışma teklifini yukarıda açıklanan şekilde ödemezlik def'i çerçevesinde reddedebilir. Bu ret, iş güvenliği önlemleri göz önüne alındığında, haksız bir ret olarak nitelendirilemez. Bunun sonucu olarak iş sözleşmesi ayakta kalmakla birlikte, işverenin ödemezlik def'i hakkı, onun TBK m. 106 ve 408'e göre temerrüde düşmesini engeller ve işçi ücrete hak kazanamaz.⁴¹ Nitekim, anılan 106. maddenin 1. fıkrası hükmüne göre: "yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden ... kaçınırsa" temerrüde düşer. İşverenin temerrüdünü ayrıca düzenleyen 408. madde hükmüne göre ise: "İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez." Diğer işçilerin ve kendisinin anayasal haklarını gözetken işverenin, aşığı reddeden işçiler karşısındaki ifayı ret tutumunun haksız sayılması, içinde bulunduğumuz pandemi dönemi şartlarında zor görünmektedir.

5. Aşı ve PCR Testine İlişkin Verilerin Talep Edilmesi ve İşlenmesi

Aşı ve PCR testine ilişkin veriler, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) kapsamında, özel nitelikli kişisel verilerdir. Bu sebeple, işverenin bu verileri işçiden talep edip edemeyeceği ve işleyip işleyemeyeceği değerlendirilmelidir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesine göre: "Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir. Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır." (KVKK m. 6/1,2). Buradan hareketle, sözleşme görüşmelerinde aşı duruma ilişkin soru sorulmasının ve verilerin işlenmesinin, KVKK hükümlerine ve işverenin, işçiye ait kişisel verilerini, ancak işçinin işe yatkınlığı ile ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabileceğini düzenleyen TBK m. 419 hükmüne aykırılık oluşturup oluşturmayacağı değerlendirilmelidir.

COVID-19 salgınının dünya çapında sağlık, sosyal hayat ve ekonomi üzerinde ciddi etkileri olmuştur ve olmaya devam etmektedir. Dolayısıyla salgının kamu güvenliğini ve sağlığını tehdit ettiği açıktır.⁴² Kişisel Verileri Koruma Kurulu da bu etkileri dikkate alarak, konuya ilişkin olarak vermiş olduğu 28/09/2021 tarih ve 2021/980 sayılı kararı ile bu noktaya değinmiş ve salgınla mücadele kapsamında aşı durumu ve PCR test sonucu gibi COVID-19'a ilişkin kişisel sağlık verilerinin; kamu sağlığının, kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması amacıyla işlenmesi gerekliliğinin kaçınılmaz olduğunu belirtmiştir.

Anılan karara göre: "Bilindiği üzere Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde, "Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yet-

40 Çopuroğlu, s. 208.

41 Eren, s. 986; Kılıçoğlu, s. 595, Çopuroğlu, s. 208.

42 Akın, s. 33.

ki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi” halinde Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Bu noktadan hareketle salgın hastalık gibi kamu güvenliği ve kamu düzenini tehdit eden durumlarda bu tehdidi ortadan kaldırmak amacıyla salgın hastalığın bulaşıcılığının önüne geçilebilmesini teminen kanunla yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülen faaliyetler kapsamında kişisel verilerin işlenmesinin de Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bu kapsamda COVID-19’un sebebiyet verdiği salgın hastalığın kamu güvenliği ve kamu düzenini tehdit etmesi sebebiyle hastalığın yayılımını engellemek amacıyla COVID-19 aşısı bilgisi ve/veya negatif sonuçlu PCR test bilgisinin anılan madde hükmü kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülen önleyici ve koruyucu faaliyetler kapsamında işlenmesinin önünde bir engel bulunmadığı, dolayısıyla söz konusu kişisel veri işleme faaliyetlerinin Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi kapsamında gerçekleştirilebileceği, bununla birlikte, COVID-19 salgını kapsamında yürütülen kamu güvenliğini ve kamu düzenini koruma amacına yönelik faaliyetler dışında kalan ya da bu amacı aşan nitelikteki kişisel veri işleme faaliyetlerinin Kanun kapsamında yer alacağı değerlendirilmektedir.” (KVKK Kamuoyu Duyurusu, 2021).

Bu kararla Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun da kişisel özgürlükten ziyade sağlık hakkı, ekonomik güvenlik, kamu güvenliği ve kamu düzeni noktalarından hareket ettiği, koruyuculuk ve önleyicilik perspektifinden, kişisel verilerin talep edilmesi ve işlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna vardığı görülmektedir.

Kararın atıf yaptığı m. 28/1-ç hükmünde, kanunla yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşlardan bahsedilmektedir. Ne var ki, işveren “kanunla yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları” kapsamında değerlendirilemez.⁴³ Dolayısıyla işçi işve-

ren ilişkisi için bir sonuca varmak için tek başına bu kurul kararının yeterli olduğunu söylemek güçtür.

Kurulun burada, pandemi önlemleri çerçevesinde Sağlık Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı genelgesi ile yürütülen faaliyetler kapsamında “işlenmesi” ifadesindeki edilgen gramerden, verilerin mutlaka sadece bu kamu kurumlarınca işlenmesi gerekliliğinin kanunda öngörülmemiş olduğu düşüncesinden hareket ettiği ve bu sebeple işverence de işlenebileceği sonucuna vardığı düşünülebilir. Gerçekten kanun açıkça verilerin de sadece yetkilendirilmiş kamu kurumları tarafından işlenebileceği yönünde açık bir ifade içermemektedir. Ne var ki bu yorum, pandemi dönemine cevap vermeyen, sıkı şartlar içeren kanuni düzenleme karşısında çözüm üretmeyi amaçlamaktadır. Ancak amaç makul olsa da belirtmek gerekir ki bu yorum, mevcut düzenlemeler ile bağdaşmamaktadır.

Ekleyelim ki, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslarla veri işlenmesine izin vermektedir. Nitekim Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasına göre: “Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir.” İş Kanunu’nun 75. maddesinde de işçilerin özlük dosyalarının düzenlenişine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Hükme göre: “İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır.” Ancak hüküm, kanunla “işverenin mevzuat kapsamında düzenlemek zorunda olduğu” belge ve kayıtlardan söz etmektedir. Aşıya ilişkin bilgi toplamak, belge saklamak zorunluluğu henüz mevzuatta açıkça öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu hüküm de ihtiyaca cevap vermemektedir. Kaldı ki iş mevzuatında sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin, KVKK ile belirlendiği şekilde ayrıntılı bir düzenleme yer almamakta, bu haliyle KVKK’da yer alan sağlık ve-

43 Ünal Adınır, s. 712.

rilerinin işlenmesine ilişkin hükümler özel hüküm niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla bu hassas verilerin işlenmesi, günümüzde KVKK'nın öngördüğü şartlar dahilinde yapılabilir.

Bununla birlikte, Kanunun 6. maddesinin 3. fıkrası sorunu çözebilecek niteliktedir. Anılan hükme göre: *"Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir."* Dolayısıyla açık rıza ve kamu sağlığının korunması, karşımıza hukuka uygunluk sebepleri olarak çıkmaktadır.⁴⁴ KVKK kapsamında kamu sağlığının korunmasını amaçlayan hassas verilerin işlenmesinin yolu açık olduğuna göre, tüm dünyayı etkisi altına alan bir pandemi döneminde, mevcut ölümcül salgın hastalık söz konusu olduğunda da evleviyetle aynı sonuca varmak gerekir.⁴⁵

Tüm bu bilgiler ışığında, denilebilir ki KVKK kapsamında, işçinin açık rızası ile verilerinin işlenebileceğinde herhangi bir tereddüt yoktur.⁴⁶ Bize göre, yaşadığımız pandemi döneminde işçinin aşı durumuna ilişkin veri işlenmesine dair açık rıza vermesi, iş güvenliği mevzuatının ve dürüstlük kurallarının bir gereğidir. Ancak açık rıza olmasa dahi veriler yukarıda verilen mevzuat uyarınca işverence işlenebilir ve yetkili sağlık kurumları ile paylaşılabilir.⁴⁷ Ancak bu veri işleme faaliyeti, mevzuatın öngördüğü şekilde, amaca uygun sınırlamalarla yapılmalıdır. KVKK'da yer alan sınırlamaların yanı sıra, yukarıda anılan İş Kanunu'nun 75. maddesinin 2. fıkrası da "İşveren, işçi hakkındaki edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka

uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür." hükmüyle işverene edindiği verileri açıklamama yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla sır saklama yükümü altında bulunan işyeri hekimi, eczacılar gibi sağlık personelinin yanı sıra, işverenin de aynı yükümlülüğü taşıdığını söylemek gerekir.⁴⁸

B. İşçinin Sözleşmesini Fesih ve Çalışmaktan Kaçınma Hakları

1. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı

İşyerinde risk değerlendirilmesinin yapılarak iş güvenliği önlemlerinin alınmaması, işçi açısından İş Kanunu'nun 24. maddesi kapsamında işçiye haklı nedenle derhal fesih hakkı verir.⁴⁹ İşçiler sağlıklı bir ortamda çalışmayı her zaman talep edebilirler ve bunun sağlanmaması İK. m. 24/II-f uyarınca "çalışma şartlarının uygulanmaması" anlamına gelir. İşçiden gelen ve yaşam kaygısı ile yapılacak bir uzaktan çalışma talebinin işverence karşılanmaması durumunda da aynı sonuca varmak, işçinin iş sözleşmesini yukarıda verilen sebebe dayanarak haklı nedenle derhal feshedebileceğini kabul etmek gerekir.⁵⁰ Kuşkusuz, bu hukuki sonuca varabilmek için işçinin işyerindeki fiziki varlığının, bir anlam ifade etmemesi, işçinin işveren karşısındaki yükümlülüklerini, yapmakta olduğu iş itibarı ile uzaktan da eksiksiz yapabilecek durumda olması gerekir.

İşçinin sözleşmeyi İş Kanunu'nun m. 24/1-b kapsamında haklı nedenle derhal feshedip feshedemeyeceği de tartışılmalıdır. Hükme göre: *"İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa"* işçi sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebilir. Madde kapsamında "bulaşıcı hastalık" ve "iş ile bağdaşmayan hastalık" ayrı ayrı sebepler olarak düzenlenmiş olup, bunlardan birinin varlığı, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi için ye-

44 Alp/Gürsel, s. 14.

45 Alp/Gürsel, s. 16-17.

46 Aksi yönde, Ünal Adınır, s. 711.

47 Alp/Gürsel, s. 20.

48 Alp/Gürsel, s. 17.

49 Ergin, s. 197.

50 Akın, s. 41.

terlidir.⁵¹ Konumuz bakımından bizim üzerinde duracağımız kısım, “bulaşıcı hastalık” sebebidir.

Hüküm her ne kadar “bulaşıcı” hastalıktan bahsediyor olsa da, bunun ciddi bir hastalık olması gerektiğine kuşku yoktur. Hasta olan diğer işçi veya işverenle sürekli ve yakından görüşmekte olduğu için bulaş riski altında bulunan işçiyi ruhen ve bedenen koruma amacı taşıyan madde, anılan şartların gerçekleşmesi halinde işçiye derhal fesih hakkı tanımaktadır. Bu kapsamda doktrinde verilmiş olan örnekler, HIV, Hepatit virüsü taşıyıcılığı veya Verem gibi hastalıklardır.⁵²

Bununla birlikte belirtilmelidir ki, yukarıda örneklenen hastalıklar, kişiyi işyerinde çalışmaktan alıkoymayan, taşıyıcılığı devam ederken işyerinde bulunabilecek hasta kişileri ve bu kişilerle olan teması esas almaktadır. “Yakından ve doğrudan buluşup görüşme” koşulunun aranmasının temeli budur. İşyerinde ciddi bir hastalığı olsa dahi, o işçi veya işverenle yakından ve doğrudan temas halinde olmayan işçinin anılan sebeple fesih hakkından bahsedilemez. Örnek olarak verilen hastalıklar karşısında Koronavirüs hastası veya COVID-19 taşıyıcısı, hastalığı tespit edildiği andan itibaren karantinaya alınarak izole edilmekte, iyileştikten sonra ise taşıyıcılık durumu oluşturmayarak sağlıklı bir şekilde işyerine dönmektedir. Dolayısıyla hastalık tespit edildikten itibaren, hasta işçinin sağlıklı işçilere virüsü bulaştırma ihtimali kural olarak yoktur. Bu ihtimal, ancak hasta işçinin karantina koşullarını ihlal etmesi ve işverenin de HES kodu takibi yoluyla işyerine giriş çıkışları kontrol etmemesi sonucu ortaya çıkabilir, ki bu durumda işçi zaten yukarıda açıkladığımız, iş güvenliği önlemlerinin alınmayarak çalışma şartlarının uygulanmaması sebebiyle haklı nedenle derhal fesih hakkına sahip olur.

2. İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

Küresel ölçekte pandemi kaynaklı olarak üretimin düşmesi ile birlikte ekonomiler daralmış ve buna bağlı olarak birçok işyeri kapanmış, bazıları

ise küçülmüştür. Buna bağlı olarak işsizlik sayılarında artışlar gözlemlenmiştir. Ülkelerin ekonomileri toparlanma sürecine henüz girerken, pandemiden dolayı bulaş riski taşıyan bir işyerinde, korku ve endişe ortamında çalışmakta olduğu halde, ekonomik kaygıları daha ağır basan işçi, yukarıda açıkladığımız şekilde, iş sözleşmesini fesih hakkını kullanmayı tercih etmeyebilir. Bu yolu tercih etmeyecek işçilerin durumuna uygun olarak, mevzuatımızda hem sözleşme ilişkisini ayakta tutacak hem işçiye çalışmama hakkı verecek hem de ücret hakkının devam edebilmesini sağlayacak bir düzenleme mevcuttur: İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasından doğan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesine göre: “Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi halinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.”

Bu düzenlemeye göre, işçiler hayati tehlike bulunan ortamda çalışmayı reddedebilirler. Hayati tehlike bulunan ortamın varlığında belirleyici olacak olan, işyerindeki tedbir seviyesidir. Tarihte, dünya çapında bu kadar büyük sayılarda bulaş ve ölüme sebebiyet vermekle yerini şimdiden almış olan COVID-19'a maruz kalma ihtimali, ciddi ve yakın tehlike olarak değerlendirilmeli,⁵³ tüm tedbirler bir arada uygulanmalıdır.

Düzenleme, hakkın kullanımından önce bir prosedür (Kurul veya işveren/vekiline başvuru) öngörmektedir.⁵⁴ Hüküm, kaçınma hakkının

51 Ergin, s. 186.

52 Bkz. Ergin, s. 189-190.

53 Akın, 34-35.

54 Akın'a göre, Kanunun 13. maddesindeki prosedür, pandemi döneminde ülke çapında sağlanmış sayılmalıdır, bkz. s. 35.

kullanımı için her ne kadar başvurunun muhaptalarının olumlu cevap aşamalarını öngörse de hukuka aykırı şekilde başvuruya olumsuz cevap da verilebileceğinden, işçi ciddi ve yakın tehlikeyi ispatlayabileceği durumlarda –ispat riski kendine ait olmak üzere- bu hakkı yine de kullanabilir. Dolayısıyla COVID-19 ile ilgili tedbir alınmayan işyerlerinde, eğer bu işyerleri bulaşa müsait ise işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

Bu hakkın kullanılması için işyerinde virüsün tespit edilmiş olması gerekmez. Virüsün sinsi şekilde bulaşıyor olması, daha önce verdiğimiz İtalya örneğindeki gibi, ağır sonuçlara yol açmasının beklenmeden de bu hakkın kullanılabilir olmasının haklı gerekçesini oluşturur. Nitekim her gün televizyonlardan resmi makamlarca yapılan açıklamalar, günde 30,000 civarında yeni vaka tespit edildiğini duyurmakta, bu sayılar bilinçli insanların ciddi şekilde yaşamsal endişeler duymalarına sebep olmaktadır. Bu sebeple aşılammış kişilerle bulaş riski taşıyan işyerlerinde, hakkın kullanımı için gerekli koşul olan ciddi ve yakın tehlikenin varlığı, işyerinde tespit edilmiş virüsün varlığı aranmaksızın kabul edilmelidir.

Madde metni, bu hak kullanılırken işçinin haklarının saklı olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple işçi, ücretine hak kazanmaya devam edecektir. Belirtelim ki bu hakkın bir süre sınırı yoktur, gerekli sağlık ve güvenlik önlemleri alınıncaya kadar, ne kadar süre geçerse geçsin, işçi çalışmayı reddedebilir ve ücretine tüm süre boyunca hak kazanır. İşverence yapılacak ve bu redde dayanan tüm fesihler haksız fesih olur ve buna ilişkin hukuki sonuçları doğurur.

Sonuç

İşverenin işçiyi gözetme borcu bir dizi yükümlülük içerir. Bunlardan işçinin korunması, en başta iş güvenliği önlemlerinin alınmasıyla mümkündür. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverenlere yalnızca önlem alma yükümlülüğü değil aynı zamanda günün son bilim teknik ve tecrübeleri ışığında, alınmış olan önlemleri revize etmelerini öngörmektedir. Son derece bulaşıcı ve

ölümcül olan COVID-19 virüsünden korunmanın bugün temel yolu aşıdır.

Elbette aşı, aşılacak kişinin anayasal temel hakları ile doğrudan ilişkili olup, mevzuatta zorunlu olarak düzenlenmemiş bir aşığı olup olmak kişinin kendi iradesi ile karar verebileceği bir meseledir. Bununla birlikte, aşısız işçinin anayasal hakları karşısında toplumun aynı anayasal haklarının kullanılabilirliği sorunu karşımızda durmaktadır. Aşı olmayı reddeden işçinin sağlık hakkı karşısında diğer işçilerin sağlık hakları, vücut bütünlüğü ve özel hayat haklarının yanında diğer işçilerin ve toplumun vücut bütünlüğü ve özel hayat haklarının varlığı gibi. Burada anayasal düzeyde sorun, bir kişinin kullanmakta olduğu temel hak ve özgürlüklerin, diğer işçiler ve nihayet toplumun temel hak ve özgürlüklerin kullanımını engellemesi veya büyük ölçüde sekteye uğrattığı olmasıdır.

Bu çerçevede, işçiler aşı olmayı reddedebilirler; ancak küresel bir pandemi döneminde işe ilişkin temel bir sağlık yeterliliği sayılması gereken aşısızlık durumunda, işverenin de teşebbüs ve sözleşme hürriyeti kapsamında aşılı işçilerle çalışmayı tercih etmek hakkı vardır. Bu hak işletmeyi, işçi ve nihayet toplum sağlığını koruyucu niteliktedir ve Anayasal seviyede bir hukuka aykırılık söz konusu değildir. Böylelikle tüm işçilerin ve işverenin de anayasal hakları bir denge gözetilerek korunmuş olur.

Toplum sağlığını koruma amacıyla pandemi döneminde işçinin sağlık verileri işverence işlenebilir, amaçla sınırlı olacak şekilde yetkili sağlık kuruluşları ile paylaşılabilir. Gerek Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gerek iş mevzuatı kapsamında, bilgileri işleyecek olan işyeri hekimi gibi sağlık personelinin yanı sıra, işveren de elde edilen bilgiler bakımından, sır saklama yükümlülüğü altındadır.

İşveren, sözleşme görüşmelerinde bu durumu dikkate alabileceği gibi, mevcut sözleşme ilişkilerinin devamına da bu çerçevede karar verebilir, bu hakkını kullanabilmek için işçilerin açık rızasına dayanan, aşığı ilişkin kişisel sağlık

verilerini, amaca uygun sınırlamalarla işleyebilir. Sözleşmenin feshi ise ancak bir son çare olarak, diğer önlemlerle istenilen sonuca ulaşılamaması durumunda geçerli olarak yapılabilir. İşçilerin de önlem alınmayan işyerlerinde, sağlıklarını korumak için iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun şekilde çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilecekleri gibi, çalışma şartlarının uygulanmaması gerekçesi ile iş sözleşmelerini ayrıca haklı nedenle derhal feshederek tazminat talebinde bulunabilirler.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Adınır Ünal, C: "COVID-19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.27, S.1, Haziran 2021, s. 693-715.
- Alp, Mustafa/Gürsel, İlke: "COVID-19 Pandemisinde İşçilere Ait Sağlık Verilerinin İşlenmesi", SİCİL, S.44, Ocak 2021, 11-32.
- Akın, Levent: "COVID-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri", Çimento İşveren, C.34, S.3, Mayıs 2020, s. 16-70.
- Aydın, Ufuk: "COVID-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, s. 181-214.
- Colburn, Nora: How can we know the COVID-19 vaccine won't have long-term side effects? Ohio State University Wexner Medical Center, 14.9.2021, <https://wexnermedical.osu.edu/blog/COVID-19-vaccine-long-term-side-effects>
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat: İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, Beta, İstanbul 2018.
- Çopuroğlu, Çağlar: Ücret ve Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- De Natale, G./ Ricciardi, V./De Luca, G./De Natale, D./ Di Meglio, G./Ferragamo, A./Marchitelli, V./Piccolo A./Scala, A./Somma, R./Spina, E./Troise, C.: "The COVID-19 Infection in Italy: A Statistical Study of an Abnormally Severe Diseases", MDPI, Journal Of Clinical Medicine, 2020/9, 1564, s. 1-19.
- Eren, Fikret: (2012) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin, İstanbul 2012.
- Ergin, Hediye: "Hastalık Riskinden Dolayı İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan – C.20 S.1 (Özel Sayı), 2014, s. 177-200, Beta.
- Gözler, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, Ekin, Bursa 2017.
- Kılıçoğlu, A.M. (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Manav, Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş: İş Hukuku Dersleri, C.1, Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Lykeion, Ankara 2021.
- Nazlı, Seçkin: "COVID-19 Salgınının Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanununun İş Hukukuna Yönelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7 (1), Bahar 2020, s. 251-271.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- ÖDER, Bertil Emrah: "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlanma ve Somutlaştırma Sorunları, 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler," Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, Yayın no: 236, 29-30 Eylül 2012, s.121-213, Ankara: Barolar Birliği.
- Taşkent, Savaş: "İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması", SİCİL 3, 2006, s. 20-28.
- Turan Başara, G.: Kişiliğin İhlalinden Kaynakla-

nan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

- Sevimli, Ahmet K: Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Çalışma ve Toplum, 2013/1, s. 107-147.
- Şirin, Tolga: Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, Anayasa Hukuku Dergisi, Yıl 2020, C.9, S.17, s. 43-146.
- Yıldız, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin, Ankara 2008.
- Yüksel, Metin: Orantılılık İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

Elektronik Kaynaklar

- Bilimsel Danışma Kurulu Çalışması: “Sars-Cov-2 Enfeksiyonu, Genel Bilgiler, Epidemiyoloji ve Tanı”, T.C. Sağlık Bakanlığı, 27 Kasım, Ankara, https://covid19.saglik.gov.tr/Eklenti/39551/0/COVID-19rehberigenelbilgiler_epidemiyoloji-vetanipdf.pdf
- COVID-19 Sars-CoV-2 Enfeksiyonu, Genel Bilgiler, Epidemiyoloji ve Tanısı, T.C. Sağlık Bakanlığı, Bilimsel Danışma Kurulu Çalışması, 7.12.2020, Ankara https://covid19.saglik.gov.tr/Eklenti/39551/0/COVID-19rehberigenelbilgiler_epidemiyoloji_vetanipdf.pdf
- Gazzettaufficiale: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2021/09/21/226/sg/pdf>
- KVKK Kamuoyu Duyurusu: Kişisel Verileri Koruma Kurulu, <https://kvkk.gov.ct.tr/DUYURULAR/kisisel-verileri-koruma-kurulundan-duyurulmustur>
- Sağlık Bakanı'nın Açıklamaları: www.aa.com.tr/tr/gundem/saglik-bakani-koca-kovid-19dan-vefat-edenlerin-yuzde-90i-ya-asi-olmamis-ve-ya-asilari-eksik-kisilerdir/2353973.
- World Health Organization (WHO): “All about masks in the context of COVID-19”, Dünya Sağlık Örgütü, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks>
- COVID-19 Bilgilendirme Platformu: TC. Sağlık

Bakanlığı, <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66447/bulasma-yollari.html>

Araştırma Makalesi
Sicil, 2021/II Sayı 46: 60-83
Makale Gönderim Tarihi: 14 Kasım 2021
Makale Kabul Tarihi: 19 Kasım 2021

İşçinin Ücretsiz İzinde Olmasının 5510 Sayılı Kanun Bakımından Sonuçları

Öz

Ücretsiz izin süresince iş sözleşmesi sona ermez, askıya alınır. İş sözleşmesi askıya alınırken sözleşme hukuken varlığını sürdürür; ancak işçinin asli borcu, iş yapma borcu ve işverenin asli borcu, ücret ödeme borcu ertelenir. Ücretsiz izin sadece iş sözleşmelerinden doğan haklar açısından değil, işçinin sosyal güvenlik hukukuna ilişkin hakları açısından da önemli sonuçlar doğurmaktadır. Ücretsiz izin süresince iş sözleş-

mesi devam ettiği için sosyal sigorta ilişkisinin de devam ettiği ancak prim ödeme süresinin olmadığı kabul edilmelidir. Bu durum, belirli bir prim ödeme süresi şartı gerektiren sosyal sigorta ödemelerine hak kazanmayı zorlaştırmaktadır. Aynı şekilde ücretsiz izin süresince iş akdi devam ettiği için işten ayrılma koşulunu gerektiren sosyal sigorta ödemelerine hak kazanılması da mümkün değildir.

Anahtar Sözcükler:

Ücretsiz izin, sosyal sigorta, sosyal sigorta yardımları.

The Consequences of The Employee's Unpaid Leave of Absence in Respect to Social Insurance According to The Law No: 5510

Abstract

During the unpaid leave, the employment contract does not end, but it is suspended. While the employment contract is suspended, the contract continues to exist legally; however, the basic debt of the worker which is the debt of performing work, and the basic debt of the employer which is the debt of payment of wages are both suspended.

Unpaid leave is not only important in terms of rights arising from employment contracts but also has important consequences for the rights of the worker regarding social security law. Since the employment contract continues during the unpaid leave, it should be accepted that the social insurance relation also continues but there is no premi-

*Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, basak.gunes@altinbas.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5003-4255.

um payment term. This makes it difficult to qualify for social insurance payments, which require a certain premium payment period. Likewise, since the employment contract

continues during the unpaid leave, it is also not possible to be entitled to social insurance payments that require the condition of leaving the job.

Keywords:

Unpaid leave, social insurance, social insurance benefits.

Giriş

Ücretsiz izindeyken işçi iş sözleşmesinin kendisi bakımından en önemli sonucu olan ücret alacağından yoksun kalır. Bu sebeple işçinin ücretsiz izne ayrılması, kural olarak ya işçi tarafından kanundan doğan bir hakkın kullanması suretiyle ya da işçi ve işveren arasında yapılan bir anlaşma yahut toplu iş sözleşmesi sonucunda olabilmektedir. Zira işçi bakımından ücretsiz izin çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil eder. Dolayısıyla işverenin işçiyi ücretsiz izne çıkarılabilmesi için 4857 s. K m.22'nin uygulanması gerekir¹.

Esasen ücretsiz izinde iş sözleşmesi sona ermez, askıda kabul edilir². İş sözleşmesi askıday-

ken, sözleşme hukuken varlığını sürdürür; ancak işçinin temel borcu olan iş görme borcu ile işverenin temel borcu olan ücret ödeme borcu askıya alınır ve ertelenir³. Sadece asıl ücret değil, ücret ekleri de askı kapsamındadır⁴. İş sözleşmesinden doğan yan borçlar ise devam eder⁵.

COVID-19 salgını sebebiyle 7244 sayılı Kanunla⁶ 4857 sayılı İş Kanunu'na⁷ eklenen geçici maddede 10'un ikinci fıkrasında istisnai bir düzenleme öngörülmüş ve sınırlı bir süre için üzere⁸ işverene tek taraflı iradesiyle işçiyi ücretsiz izne çıkarma yetkisi tanınmıştır. Bu hükmün 4857 sayılı Kanun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın bü-

- 1 Süzek, S. (2021). İş Hukuku. 21. Baskı. İstanbul: Beta. s. 520; Eyrenci, Ö., Taşkent, S., Ulucan, D., Baskan, E. (2020). İş Hukuku. 10. Baskı. İstanbul: Beta. s. 224; Çelik, N., Caniklioğlu, N., Canbolat, T., Özkaraca, E. (2021). İş Hukuku Dersleri. 34. Baskı. İstanbul: Beta. s.643; Aydın, U. (2020). COVID-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt 6, Sayı 2, s. 202; Yamakoğlu E.; Karaçöp E. (2014). İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları. Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. Cilt 20, Sayı 1 (Özel Sayı), s.490; Altunkaya, S. (2020). COVID-19 Salgınının Türk İş Hukukuna Etkileri Kapsamında Ücretsiz İzin. Ünye İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi. Cilt 3, Sayı 1, s. 4; Yiğit, Y. (2020). Bireysel İş Hukuku Açısından Zorlayıcı ve Zorunlu Sebeplere Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Çalışma Koşullarının Yeni Koronavirüs (COVID-19) Nedeniyle Gerçekleştirilen Son Yasal Değişiklikler Bağlamında Değerlendirilmesi. İstanbul Hukuk Mecmuası. Cilt 78, Sayı 2, s. 288.
- 2 Süzek (2021), s. 521; Eyrenci ve diğerleri, s. 171; Akyiğit, E. (2021). İş Hukuku. 13. Bası, Ankara: Seçkin. s.509; Yamakoğlu/Karaçöp, s. 480; Altunkaya, s. 4. İş sözleşmesinin askıya alınması hakkında detaylı bilgi için bkz. Süzek, S.

- (1989). İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi. Ankara: Savaş Yayınları, s. 3 vd.
- 3 Süzek (2021), s. 526; Süzek (1989), s. 97 vd.; Eyrenci ve diğerleri, s. 169-170; Canbolat, T., Kayırğan, H. (2020). Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt 5, Sayı 1, s. 164; Altunkaya, s. 5.
- 4 Süzek (2021), s. 526; Süzek (1989), s. 97 vd.; Canbolat/Kayırğan, s. 164; Yamakoğlu/Karaçöp, s.480.
- 5 Süzek (2021), s. 529 vd.; Süzek (1989), s. 106 vd.; Eyrenci ve diğerleri, s. 169-170.
- 6 RG. T. 30.12.2020, S. 31350.
- 7 RG.T. 10.06.2003, S. 25134.
- 8 İşverene tanınan bu imkân, 4857 s. K. geçici m.10'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay ile sınırlanmış, ancak maddenin son fıkrasında Cumhurbaşkanının üç aylık süreyi altı aya kadar uzatmaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır. Öte yandan, 7252 sayılı Kanun m.5 ile 4857 sayılı Kanun geçici m.10'un son fıkrasında değişiklik yapılarak Cumhurbaşkanının üç aylık süreyi, her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30.06.2021 tarihine kadar uzatmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Nitekim en son 3930 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile de söz konusu süre 30.06.2021'e kadar uzatılmıştır. Böylelikle 17 Nisan 2020'de başlayan ücretsiz izin uygulaması ve fesih yasağı on dört aydan uzun bir süre uygulanmıştır.

tün işçilere uygulanması⁹ ücretsiz izin olgusunun işçi bakımından sonuçlarını daha da güncel bir konu haline getirmiştir. Bununla birlikte, ücretsiz izin uygulamaları sadece iş sözleşmeden doğan haklar bakımından önemli değildir. Ücretsiz iznin aynı zamanda işçinin sosyal güvenlik hukukuna dair hakları açısından da önemli sonuçları bulunmaktadır. Oysa konuya dair akademik çalışmalar genellikle bireysel iş hukuku ekseninde dönmektedir. İşbu makalede ise ücretsiz iznin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹⁰ çerçevesinde sosyal sigortalar bakımından sonuçları ele alınacaktır. Bu bağlamda, çalışmamızın ilk bölümünde ücretsiz iznin prim ödeme gün sayısı bakımından genel sonuçlarına değinilmiş, ikinci bölümde kısa vadeli sigorta kolları bakımından, üçüncü bölümde de uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası bakımından sonuçları değerlendirilmiştir.

I. İşçinin Ücretsiz İzne Ayrılmasının Prim Ödeme Gün Sayısı Açısından Sonuçları

a. Ücretsiz İznin Prim Ödeme Gün Sayısına Etkisi

İş sözleşmesi ile çalışanlar kural olarak 5510 s.

9 Maddenin ilk fıkrasında 4857 sayılı Kanun'un kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş sözleşmesinin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle 4857 s. K. m.25/İ bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler, belirli süreli iş sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuata göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi halleri dışında işveren tarafından feshedilemeyeceği de öngörülmüştür. İlgili hüküm nedeniyle birinci fıkrada düzenlenen fesih yasağı ile ikinci fıkrada düzenlenen ücretsiz izne çıkarma yetkisinin bir arada değerlendirilmesi gerektiği ve ücretsiz izne çıkarma yetkisinin, sadece 4857 s. İş Kanunu'na tabi işverenler ve işyerleriyle sınırlı olmadığı ifade edilmelidir.

10 RG. T. 16.06.2006, T. 26200.

K. m.4/f.1, a kapsamında kısa ve uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılırlar ve çalışmaya başladıkları tarihten itibaren sigortalı hak ve yükümlülükleri de başlar (5510 s. K. m.7/f.1, a). Kanun'da, kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılığın, m.4/f.1, a kapsamındaki sigortalılar için iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren biteceği hükme bağlanmıştır (5510 s. K. m.9/f.1, a). Oysa ifade ettiğimiz üzere ücretsiz izinde iş sözleşmesi sona ermez, askıda kabul edilir¹¹.

İşçinin iş sözleşmesi askıdayken ücrete hak kazanmamasının sosyal sigortalar bakımından en temel sonucu, sözleşmenin askıda olduğu süre boyunca prim ödeme gün sayısının bulunmamasıdır. Esasen Kanun'da ücret ödenmemesinin prim ödeme gün sayısına etkisi açıkça düzenlenmemiştir; ancak prime esas kazancın ne şekilde hesaplanacağını açıklayan hükümden söz konusu sonuca ulaşılır. Zira primlerin hesabında dikkate alınacak günlük kazanç, sigortalının aylık prime esas kazancının otuzda biridir. Ay içindeki bazı günlerde çalışmamış ve çalışmadığı günler için ücret almamış sigortalının günlük kazancı ise, o aylık prime esas kazancının ücret aldığı gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanır (5510 s. K. m.80/f.1, g) ve sigortalıların günlük kazançlarının hesabında esas tutulan gün sayıları, aynı zamanda bunların prim ödeme gün sayılarını da gösterir (5510 s. K. m.80/f.1, h). Bununla birlikte, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde (SSİY), 5510 s. K. m.4/f.1, a kapsamında sigortalı olup bir ay içinde tam çalışan ve buna göre ücret alan sigortalının prim ödeme gün sayısının, ayın kaç gün olduğuna bakılmaksızın otuz gün üzerinden bildirileceği hükme bağlanmıştır (m.100/f.2). Başka bir ifadeyle ilgili ay 28, 29, 30 ve 31 günden oluşsa dahi işçi ay boyunca tam süreli çalıştıysa prim ödeme gün sayısı otuz gün olarak kabul edilmelidir¹². Oysa sigortalının ücretsiz izinde olması sebebiyle çalışmadığı ve ücret almadığı aylarda prim ödeme

11 Süzek (2021), s. 521; Eyrenci ve diğerleri, s. 171; Akyiğit, s.509; Yamakoğlu/Karaçöp, s. 480; Altunkaya, s. 4.

12 Karakaş, İ. (2019). Sosyal Güvenlik El Kitabı.5. Baskı. Ankara: Gözlem Yayıncılık. s.350.

gün sayıları, ilgili aydaki gün sayısından, ücretsiz izinde geçen günlerin çıkarılması yoluyla bulunur¹³. Örneğin bir işçinin 2020/Şubat ayında on gün ücretsiz izinde olması halinde, söz konusu ayda yirmi dokuz gün bulunması ve sigortalının on gün eksik çalışmış olması sebebiyle ilgili ayda prim ödeme gün sayısı on dokuz olur¹⁴.

b. Ücretsiz İzin Döneminde Ücret Eklerinin Ödenmesinin Prim Ödeme Gün Sayısına Etkisi

Ücretsiz izinde prim ödeme gün sayısının belirlenmesinden başka, söz konusu dönemde ücret eklerinin ödenmesinin sonucu da konumuz açısından değerlendirilmelidir. Esasen yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ücretsiz izin döneminde işçiye ücret ödenmez; ancak daha önce hak kazanılan ücret eklerinin ödeme tarihi, ücretsiz izin dönemine denk gelebilir. Bu durumda, genel olarak ücret eklerinin prime esas kazançta dahil edilmesini öngören 5510 s. K. m.80/f.1, a hükmü dikkate alınmalıdır. Anılan düzenlemede, m.4/f.1, a kapsamında sigortalı olanların prime esas kazançlarının hesabında, hak edilen ücretlerin yanı sıra, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerin, işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarların ve bu nitelikte olmak üzere idare veya yargı mercilerince verilen bir karar gereği sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin brüt toplamının esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi, madde metninde ücret eklerinin prime esas kazançta dahil edilmesi gerektiği düzenlenmişse de konumuza ilişkin açık bir esasa yer verilmemiştir.

İncelediğimiz hukuki sorun bakımından 5510 s. K. m.80/f.1, d hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır. Anılan hükümde de ücretlerin hak edildikleri aya mal edilmek suretiyle prime tabi tutulacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu düzenleme

uyarınca, diğer ödemeler de öncelikle ödendiği ayın kazancına dahil edilir; ancak ücret dışındaki bu ödemelerin yapıldığı ayda prime esas kazancın üst sınırının¹⁵ aşılmasından ötürü prime tabi tutulamayan ödemeler söz konusuysa bunlar, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere, üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilâve edilir. Hükme göre, toplu iş sözleşmelerine tabi işyerleri işverenlerince veya kamu idareleri ya da yargı mercilerince verilen kararlara istinaden, sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin iş sözleşmesinin askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, ilgili ödemeler prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına dahil edilmelidir.

Görüldüğü üzere, ilgili düzenlemede, ücret eklerinin iş sözleşmesinin askıda olduğu dönemde ödenmesi halinde, bu ödemelerin hangi ayın prime esas kazancına dahil olduğu sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu ödeme, toplu iş sözleşmesi düzeninde çalışan bir işyerinin işvereni yahut bir kamu idaresi tarafından yapılmıyorsa veya bir yargı kararına dayanmıyorsa, nasıl bir sonuca gidileceği hükümde öngörülmemiştir.

İşveren Uygulama Tebliği'ne göre ise, sigortalıların, ücretsiz izin, istirahat gibi çeşitli nedenlerle ay içinde çalışmasının bulunmadığı ve ücret ödenmediği aylarda prime esas kazançta dahil olacak nitelikte ücret dışında bir ödeme yapıldıysa, bu ödemeler, ödemenin yapıldığı ayda prim ödeme gün sayısı bulunmadığı için, ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayı geçmemek üzere sonraki ayların prime esas kazancına dahil edilmelidir. Ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayda da ücret ödemesine hak kazanılmadığı durumlarda ise, ücret dışındaki bu ödemeler prime

13 İşveren Uygulama Tebliği, 2.1.2.3, a.

14 Karakaş, s. 350.

15 Bu Kanun gereğince alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırı, sigortalıların yaşlarına uygun asgari ücretin otuzda biri, üst sınırı ise on altı yaşından büyük sigortalıların günlük kazanç alt sınırının yedi buçuk katı, ancak sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri için üç katıdır (5510 s. K. m.82/f.1).

esas kazanca dahil edilmez¹⁶.

Kanaatimizce, 5510 s. K. m.80 hükmü, İşveren Uygulama Tebliği'nde benimsenen esaslara cevaz verecek açıklıkta değildir. Kanun koyucu ücret eki niteliğindeki ödemelerin ödendikleri ayın prime esas kazancına dahil olacağını genel bir kural olarak benimsemiş; iş sözleşmesinin askıda olduğu aylar için bu genel kuralın istisnasını, sadece toplu iş sözleşmesi düzeninde çalışan bir işyerinin işvereni yahut bir kamu idaresi tarafından yapılan veya bir yargı kararına dayanan ücret niteliğindeki ödemelere ilişkin öngörmüştür ve bu ödemelerin prim ödeme gün sayısının olduğu son ayın kazancına dahil edileceğini düzenlemiştir. Hükümde öngörülen genel kural gereği, sayılan durumlara girmeyen ücret eki ödemeleri ödendikleri ayın prime esas kazancına dahil edilmelidir. Öte yandan, eğer bu yaklaşım kabul edilirse ilgili aylarda sigortalının prime ödeme gün sayısının nasıl hesaplanacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Zira yukarıda yer verdiğimiz 5510 s. K. m.80/f.1, g ve h hükümleri, prim ödeme gün sayısında, ücret ödenen günlerin dikkate alınacağını ortaya koymaktadır.

Belirtmek gerekir ki, bir istisnanın düzenlendiği 5510 s. K. m.80/f.1, d hükmünün tebliğ yoluyla genişletilmesinden, 5510 s. K. m.80/f.1, g ve h hükümlerinde yer verilen "ücret" ibaresinin geniş yorumlanması daha yerindedir. Zira kanun koyucu, ücret kavramını, "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlara saatlik, günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak para ile ödenen ve süreklilik niteliği taşıyan brüt tutar" olarak tanımlanmıştır (5510 s. K. m.3/f.1-12); ancak ikramiye, prim gibi ücret eklerinin ücret kavramına dahil olduğuna açıkça yer vermemiştir. Bununla birlikte, her ne kadar açıkça ifade edilmese de süreklilik taşıyan parasal ödemelerin de ücret kavramı içerisinde değerlendirilmesi mümkündür. Yukarıda açıkladığımız üzere, 5510 s. K. m.80/f.1, g'de primlerin hesabına esas tutulacak günlük kazancın sigortalının,

bir ay için prime esas tutulan kazancının otuzda biri olduğu, ancak günlük kazancın hesabına esas tutulan ay içindeki "bazı günlerde çalışmamış ve çalışmadığı günler için ücret almamış" sigortalının günlük kazancının, o ay için prime esas tutulan kazancının ücret aldığı gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanacağı belirtilmiştir. Bu kuralın uygulanması için sigortalının hem bazı günler çalışmaması hem de kendisine bu günler için ücret ödenmemesi gerekir. Dolayısıyla sigortalı ay içinde bazı günler çalışmasa bile kendisine o günler için ücret ödendiye primlerin hesabına esas tutulacak günlük kazanç yine sigortalının, bir ay için prime esas tutulan kazancının otuzda biri olarak hesaplanacaktır. Başka bir ifadeyle Kanun'da yer alan ücret kavramının süreklilik taşıyan bütün parasal ödemeleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanması halinde, ücretsiz izindeyken işçiye örneğin ikramiye ödenmesi durumunda, ilgili işçinin prime esas tutulacak günlük kazancı o ay içinde prime esas tutulan kazancın otuzda biri olacak, böylece prim ödeme gün sayısı da otuz olarak belirlenebilecektir; ancak İşveren Uygulama Tebliği dikkate alındığında¹⁷ SGK'nın mevcut yaklaşımının bu yönde olmadığını ve işçinin ay içerisinde çalışmadığı günler bulunması halinde prim ödeme gün sayısını, fiilen çalıştığı ve ücret aldığı gün üzerinden tespit ettiğini vurgulamak gerekir.

c. Ücretsiz İzin Prim Ödeme Gün Sayısının Bildirime ve Belgelendirilmesine Etkisi

Ay içinde bazı iş günlerinde çalıştırılmayan ve ücret ödenmeyen sigortalıların eksik gün nedeni ve eksik gün sayısının, işverence ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesinde veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesiyle beyan edilmesi gerekir (5510 s. K. m.86/f.4). Kanun'da sigortalıların otuz günden az çalıştıklarını gösteren eksik gün nedenleri ile bu nedenleri ispatlayan belgelerin şekli, içeriği, ekleri, ilgili olduğu dönemi,

¹⁶ İşveren Uygulama Tebliği, 7.5.

¹⁷ Bkz. İşveren Uygulama Tebliği, 7.5.

saklanması ve diğer hususların Kurumca çıkarılan yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır (5510 s. K. m.86/f.4). SSIY m.102'de ise, prim ödeme gün sayılarının ve ayın bazı günlerinde çalışmamış olmaları halinde, eksik çalışma nedenlerinin de aylık prim ve hizmet belgesinde yer alması gerektiği ortaya konmuştur. Bu doğrultuda, işçilerin ücretsiz izinde olduğu süreler hem prim ödeme gün sayısı hem de çalışılmayan günlerin sebebi açısından işverenler tarafından yapılacak bildirimlerde önem arz etmektedir.

Ay içerisinde bazı iş günlerinde çalışmayan sigortalının eksik çalışma nedenleri, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kodlar verilerek suretiyle belirtilmiştir. İşveren, eksik gün nedenini söz konusu iki haneli kodları kullanarak bildirmelidir¹⁸. 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesi'nde ilgili kod ve sebepler "01- İstirahat, 03- Disiplin cezası, 04- Gözaltına alınma, 05- Tutukluluk, 06- Kısmi istihdam, 07- Puantaj kayıtları, 08- Grev, 09- Lokavt, 10- Genel hayatı etkileyen olaylar, 11- Doğal afet, 12- Birden fazla, 14- Diğer, 15- Devamsızlık, 16- Fesih tarihinde çalışmamış, 17- Ev hizmetlerinde 30 günden az çalışma, 18- Kısa çalışma ödeneği, 19- Ücretsiz doğum izni, 20- Ücretsiz yol izni, 21- Diğer ücretsiz izin, 22- 5434 SK ek 76, GM 192, 23- Yarım çalışma, 24- Yarım çalışma ve diğer nedenler, 25-Diğer belge/kanun türlerinden gün tamamlama, 26-Kısmi istihdama izin verilen yabancı uyruklu sigortalı, 27-Kısa Çalışma Ödeneği ve Diğer Nedenler, 28-Pandemi Ücretsiz İzin (4857 GEÇ.10. MD), 29-Pandemi Ücretsiz İzin ve Diğer Nedenler" şeklinde düzenlenmiştir. 28 ve 29 numaralı kodlar 4857 s. K. geçici m.10'un yürürlüğünden sonra kabul edilmiştir. İşçi bakımından 4857 s. K. geçici m.10 kapsamında ücretsiz izne çıkarılmak dışında başka bir eksik gün kodunun da bulunması halinde "29-Pandemi Ücretsiz İzin ve Diğer Nedenler" kodu kullanılmalıdır¹⁹.

Görüldüğü gibi, ücretsiz izinler, ücretsiz doğum izni, ücretsiz yol izni, diğer ücretsiz izinler ve pandemi ücretsiz izni olmak üzere dört farklı

kodla ele alınmıştır.

Bilindiği üzere, hukukumuzda tek bir bireysel iş kanunu bulunmamaktadır. En fazla işçiyi kapsamına alan iş kanunu 4857 sayılı İş Kanunu'dur; ancak bu Kanun'un dışında 854 sayılı Deniz İş Kanunu²⁰ ile 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanun²¹ (Basın İş Kanunu) da mevcuttur. Bu üç Kanun'un da kapsamında olmayan işçiler ise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun²² (TBK) genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerine tabidir²³. TBK ile Basın İş Kanunu'nda işçinin ücretsiz izne ayrılması ile ilgili özel düzenleme yoktur²⁴. Deniz İş Kanunu'nda ücretsiz izne ilişkin öngörülen yegâne düzenleme m.40'ta yer almaktadır. Hükmün altıncı fıkrası uyarınca bu Kanun'a tabi işçiler -Kanun'un lafzı ile gemiadamları- dilerse, işveren veya işveren vekilinden ücretli yıllık izne ilişkin olarak yedi güne kadar ücretsiz yol izni de isteyebilir.

4857 sayılı Kanun'da ise işçilere ücretsiz izin hakkı tanıyan iki madde mevcuttur. 4857 s. K. m.56/f.4 uyarınca, yıllık ücretli izinleri işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olanlara istemde bulunmaları ve bu hususu belgeleriyle koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren toplam dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorundadır. 4857 s. K. m.74'te de ebeveyn olma halinde işçilere verilecek ücretsiz izinler öngörülmüştür. Madenin ilk fıkrasına göre, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak

20 RG. T. 29.04.1967, S. 12586.

21 RG. T. 20.06.1952, S. 8140.

22 RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

23 Süzek (2021), s. 231; Eyrenci ve diğerleri, s. 55, Çelik ve diğerleri, s. 163 vd.; Sümer, H. H. (2020). İş Hukuku. 25. Basi. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 9; Akyiğit, s. 99.

24 Bununla birlikte, TBK m.409'a göre, "Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörmeye edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür." Görüldüğü üzere, ilgili düzenlemede işçiye özel bir ücretsiz izin imkânı tanınmamakta olup TBK kapsamındaki işçiler bakımından ücretsiz iznin sonuçlarına dair bir hüküm yer almaktadır.

18 Karakaş, s. 352.

19 Özdemir, s. 304.

üzere toplam on altı haftalık izni mevcuttur. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir²⁵. 6663 sayılı Kanunla²⁶ 2016 yılında fıkraya eklenen cümle ile doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan sürelerin babaya kullanılacağı ve üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene, çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren de sekiz hafta izin verileceği belirtilmiştir. 4857 s. K. m.74/f.6'ya göre ise, isteği halinde kadın işçiye, doğuma bağlı on altı haftalık izninin (çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık iznin) tamamlanmasından sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Hükümde bu iznin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene verileceği de düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki 4857 s. K. m.74'ün son fıkrası uyarınca, bu madde hükümleri, iş sözleşmesi ile çalışan ve 4857 sayılı Kanun'un kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanmaktadır.

Eksik gün bildirimine ilişkin kodlardan "20- Ücretsiz yol izni", Deniz İş Kanunu m.40 ile 4857 s. K. m.56'da öngörülen yıllık izindeki ücretsiz yol iznini ifade etmektedir. 4857 s. K. m.74/f.6'da öngörülen altı aya kadar ücretsiz izni "19- Ücretsiz doğum izni" kodu ile bildirilmektedir. 4857 s. K. m.74/f.1'de öngörülen iznin hangi kod ile bildirileceği ise somut olaya göre değişiklik göstermektedir. Eğer ilgili izin hamile kadın işçi tarafından doğum sebebiyle kullanılıyorsa, ilgili doğuma yönelik sağlık raporu bulunacağı için eksik çalışma günleri "01 İstirahat" koduyla bildirilmektedir. Bu

25 İlgili fıkra da kadın işçinin sağlık durumu uygun olduğu takdirde isterse, doktorun onayı ile doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabileceği; bu durumda, çalıştığı sürelerin doğum sonrası sürelerle ekleneceği; kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanmadığı çalıştırılmayacak sürelerin, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılacağı da öngörülmüştür. Bunun yanı sıra maktu ücretle çalışanlar için ilgili bir ücretli izindir. Nitekim 4857 s. K. m.48/f.2'de bu durumda SGK tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin işçinin ücretinden mahsup edileceği ortaya konmuştur.

26 RG. T. 10.02.2016, S. 29620.

izin annenin vefatı sebebiyle babaya veriliyorsa yahut evlat edinme vesilesiyle kullanılıyorsa hangi kod üzerinden bildirim yapılacağına yönelik bir düzenleme ise bulunmamaktadır. Kanaatimizce ilgili izin annenin vefatından ötürü baba tarafından kullanılsa da evlat edinme sebebiyle kullanılsa da "19- Ücretsiz doğum izni" kodu tercih edilmelidir. Bu durumda "21- Diğer ücretsiz izin," kodunun daha yerinde olacağı düşünülebilirse de 21 no'lu kod kanuna dayanmayan ücretsiz izinler için öngörülmüş olup aşağıda detaylıca açıklayacağımız üzere SGK sigortalı hakları bakımından kanuna dayalı ücretsiz izinler ile kanuna dayanmayan ücretsiz izinler arasında ayırım yapılmaktadır. Nitekim 4857 s. K. m.74/f.2'de, ilk fıkrada yer alan izinler, baba tarafından kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın genel olarak "analık hâli izni" olarak adlandırılmıştır. Uygulamada da söz konusu izinler için "analık izni" ve "doğum izni" ibareleri tercih edilmektedir²⁷.

4857 s. K. m.74/f.2'de, ilk fıkrada öngörülen iznin 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 verileceği; çoğul doğum hâlinde bu sürelerle otuzar gün ekleneceği ve çocuğun engelli doğması hâlinde bu sürenin üç yüz altmış gün olarak uygulanacağı hükme bağlanmıştır; ancak bu düzenlemede öngörülen hususun ücretsiz izinden ziyade bir kısmı süreli çalışma imkanı olduğu belirtilmelidir²⁸. İşçiye, 4857 sayılı Kanun m.74/f.2 çerçevesinde haftalık

27 Bkz. Sözek (2021), 887; Çelik ve diğerleri, s. 863; Yamaoğlu/Karaçöp, s.487; Ulusoy T. (2017). Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi. Çalışma ve Toplum. Sayı 53. s.746; Yiğit Y., Topkaya S. (2017). Türk İş Hukuku'nda Gebe ve Emziren Anne İşçilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler. HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi. Cilt 6, Yıl 6, Sayı 14. s.59.

28 Sümer (2020), s. 161.

çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği adında bir ödenek de ödenmektedir (4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ek m. 5)²⁹. Eksik gün bildirimine ilişkin kodlardan "23-Yarım çalışma" da 4857 s. K. m.74/f.2'de öngörülen imkândan yararlanan işçiler için kullanılmaktadır.

İşverenin eksik gün nedenlerini belgelendirmesi de gerekir. SSİY m.102/f.13'te eksik gün bildirim yapılan sigortalının durumunun hangi belgelerin ibrazıyla açıklanacağı düzenlenmiştir. Öngörülen belgeler arasında işçinin ücretsiz izinde olması ile ilişkili olanlar "b) Sigortalı ve işverenin imzasını taşıyan ücretsiz veya aylıksız izinli olduğunu kanıtlayan izin belgesi", "e) Sigortalının imzasını taşıyan puantaj kayıtları", "f) Grev, lokavt, genel hayatı etkileyen olaylar, doğal afetler nedeniyle işyerinde faaliyetin durdurulduğunu veya işe ara verildiğini gösteren ilgili resmî makamlardan alınan yazı örneği," şeklinde sıralanabilir³⁰. SSİY

m.102/f.14'e göre, on üçüncü fıkrada sayılan durumların dışındaki otuz günden az çalışılan sürelerle ait geçerli belgeleri belirlemeye Kurum Yönetim Kurulu yetkilidir. 2020/20 sayılı SGK Genelgesi'nde, ücretsiz izin uygulamasında tarafların irade beyanının aranılması gerektiği için SGK tarafından ibrazı istenilen ücretsiz izin belgelerinde işveren veya işveren vekilinden birisinin imzası ile birlikte sigortalının da imzasının bulunması ve sigortalıların bir aydan fazla süreyle ücretsiz izin almaları halinde, ücretsiz izin belgesinde ücretsiz iznin geçerli olacağı sürenin açıklanması kaydıyla tek belge olarak ibraz edilen ücretsiz izin belgesinin/belgelerinin de kabul edileceği ifade edilmiştir³¹. Öte yandan, uygulamada 4857 s. K. geçici m.10 kapsamındaki ücretsiz izinler için SGK tarafından belge aranmadığı ve işveren beyanının yeterli bulunduğu da belirtilmelidir.

II. İşçinin Ücretsiz İzne Ayrılmasının Kısa Vadeli Sigorta Kolları Açısından Sonuçları

a. Sigortalılık Niteliği Açısından Ücretsiz İznin Sonuçları

aa. Mevzuattaki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

aaa. 5510 sayılı Kanun'daki düzenleme

Ücretsiz izin döneminde işçinin sosyal risklere karşı güvence altına alınıp alınmadığı incelen-

sına ilişkin belge, ç) Gözaltına alınma ile tutukluluk hâline ilişkin belgeler, d) Kısmi süreli çalışmalara ait sigortalı ve işverenin imzasını taşıyan yazılı iş sözleşmesi, g) İşe devamsızlığa ilişkin belgeler, ğ) İş sözleşmesinin fesh edildiği tarihte çalışılmadığına dair belge, h) Kısa çalışma ödeneği alındığına dair ilgili resmî makamlardan alınan belge, i) 5434 sayılı Kanunun mülga ek 76 ve mülga geçici 192 nci maddelerine tabi olduğunu gösterir belge, j) Yarım çalışma ödeneği alındığına dair ilgili resmî makamlardan alınan belge, j) İş Sağlığı ve Güvenliği Kayıt, Takip ve İzleme Programı İSG-KATİP üzerinden alınan sözleşmeler".

31 2020/20 sayılı SGK Genelgesi, s. 109.

29 Hükme göre "Ödenek süresi, 4857 sayılı Kanununun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadardır. Yarım çalışma ödeneği, çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan sonraki ikinci ay içinde Fondan aylık olarak ödenir. Doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğinin günlük miktarı, günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır. Bu madde hükümlerinden yararlanılabilmesi için işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanununun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekir. Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülerek ödeme yapılır. Bu ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz. Geçici işgöremezlik ödeneği almaya hak kazananlara, bu durumlarının devamı süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenmez. İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan yersiz ödemeler kanuni faiziyle birlikte işverenden tahsil edilir. Bu madde hükümleri 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personel için de uygulanır."

30 Hükümde öngörülen diğer belgeler şunlardır: "a) Kurumca elektronik ortamda alınabilenler hariç Kurumca yetkilendirilmiş sağlık hizmeti sunucularından veya işyeri hekimlerinden alınmış istirahatlı olduğunu gösteren rapor, c) Sigortalıya tebliğ edilen disiplin cezası uygulama-

mesi gereken bir hukuki sorundur. Söz konusu hukuki sorun, çalışmamızda öncelikle kısa vadeli sigorta kolları bakımından ele alınmıştır. Bilindiği üzere, kısa vadeli sigorta kolları, iş kazası ve meslek hastalıkları, hastalık ve analık sigortasından oluşur (5510 sayılı Kanun m.3/f.1, IV). Bahsi geçen sosyal riskler açısından kişinin güvence altına alınıp alınmadığının belirlenmesi, her şeyden önce işçinin ücretsiz izin döneminde sigortalılık niteliğinin devam edip etmemesiyle ilgilidir. Bu bakımdan hukuki sorunun açıklığa kavuşturulmasında ilk olarak, işçinin ücretsiz izinde sigortalılık niteliğine sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Kanun'da ücretsiz izin döneminde iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası açısından sigortalılık niteliğinin sona erip ermediğine dair özel bir düzenleme yoktur. Her ne kadar özel bir düzenleme bulunmuyorsa da kanun koyucunun sigortalılık niteliğinin kazanılmasına ve yitirilmesine ilişkin benimsediği genel yaklaşım doğrultusunda sonuca ulaşmak mümkündür. İşçiler iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte, 5510 s. K. m.4/f.1, a çerçevesinde kısa ve uzun vadeli sigorta kollarının kapsamına dahil olurlar. Nitekim 5510 sayılı Kanun'un sigortalılığın sona ermesine ilişkin 9. maddesinde açıkça kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılığın, 5510 s. K. m.4/f.1, a kapsamında sigortalı olanlar için iş sözleşmesi sona erdiği tarihten itibaren sonlanacağı hükme bağlanmıştır (m.9/f.1, a). Ücretsiz izinde iş sözleşmesinin sona ermediği ve devam ettiği³² dikkate alındığında, işçilerin ücretsiz izindeyken iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası kapsamında olduğu, iş sözleşmesi sona erince de bu sigorta kolunun kapsamından çıkacağı kabul edilmelidir. Başka bir ifadeyle işçi ücretsiz izindeyken 5510 sayılı Kanun'da tanımlandığı şekliyle iş kazası veya meslek hastalığı olarak kabul edilebilecek bir sosyal riskle karşılaştığında, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından yapılan yardımlardan yararlanma imkânı elde edecektir. Hiç kuşkusuz işçinin veya

vefatı halinde hak sahiplerinin bu yardımlardan yararlanabilmesi için Kanun'da söz konusu yardımlara hak kazanmak için öngörülen koşullarının da yerine getirilmesi gerekir. Dolayısıyla burada sigortalılık niteliği bakımından yapılan tespit, işçinin ücretsiz izindeyken ilgili sigorta kolunun güvence sağladığı sosyal riskle karşılaşmasına ilişkin olduğu vurgulanmalıdır.

İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından farklı biçimde, hastalık ve analık sigortasına ilişkin 5510 s. K. m.9/f.2'de özel düzenleme bulunmaktadır. Hüküm uyarınca "*hastalık ve analık hükümlerinin uygulanmasında sigortalılık; a) İlgili kanunlar gereği sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde, bu hallerin sona ermesini, b) Diğer hallerde ise birinci fıkrada belirtilen tarihleri, takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılır.*". Görüldüğü gibi ilgili fıkrada sadece kanundan doğan ücretsiz izin uygulamaları bakımından bir düzenleme getirmiştir. Esasen sadece 5510 s. K. m.9/f.2, a hükmünün lafzı dikkate alındığında, ücretsiz izin döneminin bittiği günü takip eden onuncu günden itibaren hastalık ve analık sigortası bakımından sigortalılık niteliğinin sona ereceği şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak işçinin örneğin grevden sonra işine dönmeye rağmen sosyal sigortalar kapsamında çıkarılması, sosyal sigortalarda zorunluluk ilkesi ve Kanun'un pek çok hükmü ile çelişki oluşturur. Dolayısıyla işçinin ücretsiz izni, grev yahut lokavt bittikten sonra on gün içerisinde iş ilişkisi kaldığı yerden devam ediyorsa, sigortalılık niteliğinin sona ermesinden bahsedilemez³³. Bu bakımdan 5510 s. K. m.9/f.2 hükmünde geçen geçen "*İlgili kanunlar gereği sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde, bu hallerin sona ermesini*" ibaresini kanundan doğan ücretsiz izin, grev ve lokavtta sigortalılık ilişkisinin devam ettiği yönünde bir vurgu olarak anlamak gerekir.

İfade ettiğimiz üzere, kanundan kaynaklan-

32 Süzek (2021), s. 521; Süzek (1989), s. 97 vd.; Eyrenci ve diğerleri, s. 169-170; Yamakoğlu/Karaçöp, s. 480; Altunkaya, s. 4.

33 Güzel, A., Okur, A. R., Caniklioğlu, N. (2020). Sosyal Güvenlik Hukuku. 18. Basi. İstanbul: Beta., s. 175.

mayan ve tarafların anlaşmasına dayanan ücretsiz izin uygulamaları açısından 5510 s. K. m.9/f.2 hükmünde özel bir düzenleme mevcut olmayıp söz konusu fıkra, diğer bütün haller için birinci fıkraya atıf yapmakla yetinmiştir. O halde, tarafların anlaşarak başlattığı ücretsiz izin döneminde hastalık ve analık sigortası açısından sigortalılık niteliğinin yitirildiği kabul edilemez. Zira 5510 s. K. m. m.9/f.2, b'de yer alan *diğer haller* ifadesine, tarafların anlaşarak uyguladıkları ücretsiz izin uygulamaları da dahil olmalıdır. Bu bakımdan iş sözleşmesi, işçi ve işverenin anlaşarak uygulamaya koyduğu ücretsiz izin bittikten sonra sona erse dahi işçi, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından farklı olarak analık ve hastalık sigortası kapsamında hemen çıkmamakta, on gün daha bu sigorta kollarından yapılan yardımlardan yararlanabilmektedir. Dolayısıyla esasen ücretsiz iznin kanuna yahut işçi ve işverenin anlaşmasına dayanması arasında bir fark mevcut değildir. Bu husus da 5510 s. K. m.9/f.2'de ücretsiz izinler bakımından yapılan ayrımı gereksiz kılmaktadır. Ne yazık ki maddelerin lafzına ilişkin Kanun'un genelinde yer alan özensizlik bu madde de kendini göstermektedir.

bbb. İkincil Mevzuattaki Düzenleme

İlgili konu SSİY'nin "*Sigortalılığın sona ermesi ve bildirim yükümlülüğü*" kenar başlıklı 14. maddesinde düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrasında 5510 s. K. m.9/f.1'deki genel kurala yer verilmiş ve 5510 s. K. m.4/f.1, a kapsamındaki sigortalılar için sigortalılığın iş sözleşmesinin sonlanması ile sona ereceği ortaya konmuştur. Ücretsiz izin ise SSİY m.14'ün dördüncü ve yedinci fıkrası olmak üzere iki farklı fıkrasında ele alınmıştır. SSİY m.14/f.7'de, yukarıda açıkladığımız 5510 s. K. m.9/f.2'de hastalık ve analık sigortasına ilişkin özel düzenleme tekrar edilmiştir. SSİY m.14/f.4 ise esasen kısmi sigortalılara ilişkin düzenlemeler içermektedir. Zira bu fıkra "*Kanunun 5 inci maddesi gereği bazı sigorta kollarına tabi tutulanlardan*" şeklinde bir ibare ile başlamaktadır³⁴. Fıkranın ikinci cümle-

sinde ise, "*Ayrıca Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılar için aylık prim ve hizmet belgesi verilmemesi veya tutukluluk ve gözaltı hali, yol izni ve diğer ücretsiz izinler, devamsızlık, puantaj, kısmi istihdam, yarım çalışma fesih tarihinde çalışmama ve diğer nedenlerle aylık prim ve hizmet belgesinde gün ve kazanç bildiriminde bulunulmaması halinde en son primin ilişkin olduğu tarih itibarıyla sigortalılığı durdurulur. Ancak ilgili kanununda belirtilen ücretsiz izin halinde ise iznin sona erdiği tarih itibarıyla sigortalılığı durdurulur.*" hükmü öngörülmüştür.

Belirtmek gerekir ki, SSİY m.14/f.4'ün ikinci cümlesinde öngörülen hüküm pek çok yönden açıklamaya muhtaçtır. Öncelikle bu düzenlemenin sadece kısmi sigortalıları mı ilgilendirdiği yoksa bütün sigortalılara mı uygulanacağı belirlenmelidir. Zira hükümde "*Ayrıca Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılar için*" şeklinde, 5510 s. K. m.4/f.1, a kapsamındaki sigortalıların tamamını ilgilendirdi-

bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutukluların sigortalılığı çalışmaları sona erdiği veya işlerine son verildikleri tarihten itibaren sona erer ve bu tarih, Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumunca,

b) Kanunun 5 inci maddesinin (b) bendine tabi olanların sigortalılığı mesleki ve teknik eğitimin, mesleki ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitiminin, stajın veya bursun bittiği tarihten itibaren sona erer ve bu tarih Milli Eğitim Bakanlığı, öğrencilerin eğitim gördükleri okullar, yüksek öğretim kurumları, kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde görevli bursiyerler için projenin yürütüldüğü kamu kurum ve kuruluşları, özel sektör kuruluşları ve üniversitelerce,

c) Harp malûlleri ile 3713 veya 2330 sayılı kanunlara göre vazife malûllüğü aylığı bağlanmış olanlardan Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında sigortalı olanların sigortalılıkları, sigortalı çalışmalarının sona erdiği tarihten itibaren sona erer ve bu tarih, işverenlerince,

ç) Harp malûlleri ile 3713 veya 2330 sayılı kanunlara göre vazife malûllüğü aylığı bağlanmış olanlardan Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında çalışanlardan uzun vadeli sigorta kollarına tabi olup bu sigorta kollarından çıkmak isteyenler hakkında isteklerine dair yazılı taleplerini takip eden ayın başından itibaren sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanmaya devam edilir ve bu tarih, işverenlerince, on gün içinde Kuruma e-sigorta yoluyla bildirilir."

³⁴ Fıkra bu düzenlemeden önce şu hüküm bulunmaktadır: "*a) Ceza infaz kurumları ile tutukevleri*

ği sonucuna ulaşabileceğimiz genel bir ibare yer alsada ifade ettiğimiz gibi, esasen SSİY m.14/f.4, 5510 s. K. m.5 kapsamında kısmi sigortalılara ilişkindir. Eğer bu fıkranın sadece kısmi sigortalıları ilgilendirmediği sonucuna ulaşırsa ilgili düzenleme SSİY m.14/f.7 ile birlikte değerlendirildiğinde, işçinin yol izni ve diğer ücretsiz izinlerde en son priminin ilişkin olduğu tarih itibarıyla iş kazası ve meslek hastalıkları bakımından sigortalılığın durdurulacağı, ancak on gün daha hastalık ve analık sigortasından yararlanacağı; yol izni dışında "ilgili kanununda belirtilen ücretsiz izin halinde ise" kısa vadeli sigorta kollarının tamamından yararlanmaya devam edeceği anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıkladığımız üzere, ücretsiz yol izni, İş Kanunu'nda ve Deniz İş Kanunu'nda düzenlenmektedir. Başka bir ifadeyle kanuna dayanmaktadır. Yönetmelik'te ücretsiz yol izninin neden diğer kanuna dayanan ücretsiz izinlerden ayrı tutulduğunu anlamak mümkün değildir. Keza maddede yer alan "ilgili kanun" ibaresi de açıklığa kavuşturulmalıdır. Zira her ne kadar Yönetmelik m.4/f.1, 1'da, Yönetmelik'te geçen "kanun" ibaresinin 5510 sayılı Kanun'u ifade ettiği ortaya konsa da 5510 sayılı Kanun'da m.4/f.1, a kapsamındaki sigortalılar bakımından ücretsiz izne ilişkin özel düzenleme bulunmamaktadır. Keza 5510 s. K. m.9/f.2'de "ilgili kanun" değil "ilgili kanunlar" ibaresine yer verilmiştir. Sigortalılığın durdurulmasından ne anlaşılması gerektiği de açık değildir. Öte yandan, SSİY m.14'ün "Sigortalılığın sona ermesi ve bildirim yükümlülüğü" şeklindeki kenar başlığı dikkate alındığında, sigortalılığın durdurulması ile kastedilenin sigortalılığın sona ermesi olduğu anlaşılır.

Sigortalılık niteliği bakımından ücretsiz iznin sonuçları SSİY dışında, 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta İşlemleri Genelgesi'nde de "6.10. Sigortalılığın Sona Ermesi" başlığı altında ele alınmıştır. SSİY m.14'te olduğu gibi, Genelge'de de öncelikle 5510 s. K. m.9'da yer alan sigortalılığın, 5510 s. K. m.4/f.1,a kapsamındaki sigortalılar için iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren sona ereceği; ancak hastalık ve analık sigortasına iliş-

kin hükümlerin uygulanmasında sigortalılığın, ilgili kanunlar gereği sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde, bu hallerin sona ermesini, diğer hallerde ise 5510 s. K. m.9/f.1'de belirtilen tarihleri takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılacağına ilişkin düzenleme tekrar edilmiştir³⁵. Bununla birlikte, Genelge'ye göre, ücretsiz izinlerin tespitinde 4857 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri dikkate alınmalıdır. Genelge'de kanuni zorunluluk dışında gerek toplu iş sözleşmeleri gerekse sigortalı ile işveren arasındaki sözleşme gibi düzenleyici tasarruflarla kararlaştırılan ücretsiz izin sürelerinin kabulünün mümkün olmadığı ifade edilmiştir³⁶. Genelge'de ayrıca 4857 s. K. m.56'da dört güne kadar ücretsiz yol izninin, m.74'te ise altı aya kadar ücretsiz doğum izninin öngörüldüğü ve Kanun'da bu sürelerin haricinde ücretsiz izin düzenlenmesine yer verilmediği belirtildikten sonra, 5510 s. K. m.4/f.1, a kapsamındaki sigortalıların yukarıda açıklandığı şekilde yasal ücretsiz izinli sayıldıkları dönemde sağlık hizmet sunucuları tarafından kendilerine istirahat raporu verilmesi halinde geçici iş göremezlik ödeneği alabileceği ve bu kişiler için işverenlerince çalışılmadığına dair bildirim yapılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir³⁷.

Son olarak Genelge'de, SSİY m.14/f.'teki, yukarıda değindiğimiz "Ayrıca Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılar" şekline başlayan düzenlemeye yer verilmiş ve akabinde şu açıklamalar yapılmıştır: "Buna göre, APHB'de (aylık prim ve hizmet belgesinde) "e "(4)-gözüaltına alınma, (5)-tutukluluk, (6)- kısmi istihdam, (7)- puantaj kayıtları, (14)-diğer, (15)-devamsızlık, (16)-fesih tarihinde çalışmamış, (20)-ücretsiz yol izni, (21)-diğer ücretsiz izin, (23)-yarım çalışma, (24)-yarım çalışma ve diğer nedenler" eksik gün nedeni olarak bildirilen ve bu

35 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta İşlemleri Genelgesi, 6.10., s. 61.

36 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta İşlemleri Genelgesi, 6.10., s. 61.

37 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta İşlemleri Genelgesi, 6.10., s. 61.

aylarda gün ve kazanç bildirilmeyen sigortalılar için en son primin ilişkin olduğu tarih itibariyle sigortalılık niteliği yitirilmiş sayılacaktır. Bunların dışında kalan eksik gün nedenlerinde gün ve kazanç bildirilmemesi halinde de sigortalılık niteliği devam edecektir.”³⁸.

Belirtmek gerekir ki, Genelge’den, SGK’nın yurarda yer verdiğimiz SSIY m.14/f.4’teki hükmü sadece kısmi sigortalıları kapsama alacak şekilde yorumlamadığı anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, Genelge’de yer alan açıklamalar çelişkilidir. Daha önce ifade ettiğimiz gibi, Genelge’de öncelikle ücretsiz izinler bakımından 4857 sayılı Kanun’un dikkate alınacağı, 4857 s. K. m. m.56 kapsamında ücretsiz yol izni ile m.74 kapsamında ücretsiz doğum izninden yararlananların bu süre içerisinde sağlık hizmet sunucuları tarafından kendilerine istirahat raporu verilmesi halinde geçici iş göremezlik ödeneği alabileceği ifade edilmiştir. Sonrasında ise hakkında “(20)-ücretsiz yol izni” koduyla bildirim yapılan sigortalıların en son primin ilişkin olduğu tarih itibariyle sigortalılık niteliği yitirilmiş sayılacağı ortaya konmuştur.

Sonuç olarak Genelge uyarınca, işçinin ücretsiz izni kanuna dayanmıyorsa, sigortalı hakkında en son prim ödenen tarih itibariyle kural olarak sigortalılığın sona ereceği ve sigortalının iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası kapsamında çıkacağı; ama on gün daha hastalık ve analık sigortasından yararlanabileceği açıktır. Genelge’de bu hususa ilişkin şu örnek verilmiştir: “Sigortalının en son çalıştığı işvereni tarafından 31/12/2015 tarihinde 30 günlük prim bildirilmiştir. Sigortalı 01/01/2016 tarihinde (ilgili kanunlarında belirtilmeyen nitelikte) ücretsiz izne ayrılmıştır. Bu sigortalının kısa vadeli sigortalar bakımından sigortalılık niteliği en son primin bildirildiği günü takip eden 10/01/2016 tarihi itibariyle sona erdiğinden, bu tarih itibariyle alacağı istirahat raporlarına geçici iş göremezlik ödeneği ödenmeyecektir. 01/01/2016 ve 09/01/2016 (dahil) tarihleri arasında alacağı is-

tirahat raporlarına ise geçici iş göremezlik ödeneği ödenecektir”³⁹.

Esasen Genelge’de verilen örnek de yanıltıcıdır. İlgili örnekte genel olarak istirahat raporu ve geçici iş göremezlik ödeneğinden bahsedilmiştir, ancak Genelge’de benimsenen esaslar gereği, somut olayda sigortalı 01.01.2016 tarihinde kanunda öngörülmemen nitelikte ücretsiz izne ayrıldığı için bu tarih itibariyle iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası kapsamında çıkmaktadır; ancak on gün daha analık ve hastalık sigortasından yapılan yardımlardan yararlanabilir. Dolayısıyla örnekte bahsedilen, 01/01/2016 ve 09/01/2016 (dahil) tarihleri arasında sigortalının alacağı istirahat raporları ancak analık veya hastalık haline⁴⁰ ilişkin olursa sigortalıya bu tarihler arasında analık veya hastalık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi mümkündür.

Genelge’ye göre, işçinin 4857 s. K. m.74 uyarınca ücretsiz doğum izninden yararlandığı sırada bütün kısa vadeli sigorta kollarının kapsamında olduğuna ve bu sigorta kollarından yapılan yardımlardan faydalanabileceğine de bir şüphe bulunmamaktadır; ancak ücretsiz yol izni bakımından Genelge’de yapılan hangi açıklamanın esas alınacağı belirsizdir. Keza Genelge 4857 s. K. m.74/f.1’de yer alan analık izninin, ananın vefatı halinde doğum sonrası kullanılmayan kısmının babaya kullandırılması ve üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren kullanılan sekiz hafta analık hâli iznini de göz ardı etmiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz

39 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta İşlemleri Genelgesi, 6.10., s. 62.

40 5510 s. K. m.4/f.1, a ve b bentleri kapsamındaki sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar, hastalık halidir. 5510 s. K. m.4/f.1, a ve b bentleri kapsamındaki sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve engellilik halleri analık hali kabul edilir (5510 s. K. m.15).

38 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta İşlemleri Genelgesi, 6.10., s. 61, 62.

üzere, kanaatimizce bu izinlerde “ücretsiz doğum izni” olarak ele alınmalıdır. Ücretsiz yol iznine ilişkin çelişkili ifadeler, 4857 sayılı Kanun’a eklenen geçici madde 10’a dayalı ücretsiz izinlerin nasıl değerlendirileceğini de belirsizleştirmektedir. Genelge’de yer alan, ücretsiz izinlerin tespitinde 4857 sayılı Kanun’un ilgili maddelerinin dikkate alınacağına ilişkin açıklama göz önüne alınacak olursa, 4857 sayılı K. geçici m. 10’a dayalı ücretsiz izinler esnasında da işçinin bütün kısa vadeli sigorta kollarından yararlanacağı sonucuna ulaşılmalıdır.

Kanaatimizce, Yönetmelik ve Genelge’de öngörülen düzenlemeler 5510 s. K. m.9’a aykırıdır. İlgili maddede benimsenen ilkeler, ücretsiz izinler bakımından Yönetmelik ve Genelge’de gidilen ayrıma imkân tanımamaktadır. Hiç şüphesiz sosyal sigorta ilişkisinin yitirilmesi sonucu doğuran ve sosyal sigorta haklarına önemli kısıtlamalar getiren böylesi bir düzenlemenin tereddüde yer vermeyecek bir şekilde Kanun’da yer alması gerekir. Bir an için ücretsiz izinlerin sonuçları açısından ayrıma gidilebileceği düşünülse de, SSIY m.14/f.4’te, “*ilgili kanun*” ibaresinin kullanılmasına ve Genelge’de de sadece 4857 sayılı İş Kanunu’nun esas alınmasına, ama bu açıklamaya rağmen yol izninin de ayırık tutulmasına ve 4857 s. K. m.74/f.1’in göz ardı edilmesine makul bir gerekçe bulmak da mümkün değildir. Kanuna dayanan ücretsiz izinler bakımından sadece 4857 sayılı Kanun’un dikkate alınması, Anayasa ile güvence altına alınan eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, ilgili hususta sadece 5510 s. K. m.9 hükmü dikkate alınarak işçilerin kanuna dayansın ya da dayanmasın ücretsiz izinde oldukları sürede bütün kısa vadeli sigorta kollarının kapsamında oldukları, iş sözleşmesi sona erince iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasının kapsamından çıktıkları, ancak on gün daha hastalık ve analık sigortası yardımlarından yararlanabilecekleri kabul edilmelidir.

bb. Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi

İşçinin ücretsiz izinde sigortalılık niteliğini haiz

olup olmaması hususunda çok fazla Yargıtay kararı bulunmamaktadır. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına konu olayda, davacı kadın sigortalının doğum öncesi çalıştığı işyerinden 01.11.2005 – 30.01.2009 tarihleri arasında çalışmaları kesintisiz olarak Kuruma bildirilmiştir; ancak 01.02.2009 tarihinden itibaren herhangi bir çalışması yoktur. 07.07.2009 – 31.08.2009 tarihleri arasında istirahatli olan, 21.08.2009 tarihinde canlı bir kız çocuğu dünyaya getiren ve 21.08.2009 – 15.10.2009 tarihleri arasında tekrardan istirahatli olan davacının, 16.10.2009 tarihinde iş sözleşmesi ekonomik kriz nedeniyle feshedilmiş, davacı 02.11.2009 tarihinde geçici iş göremezlik ödeneği ödemesi amacıyla Kuruma başvurmuş, Kurum tarafından 30.01.2009 tarihinden itibaren herhangi bir çalışmasının bulunmadığı ve doğum iznine 07.07.2009 tarihinde ayrıldığı belirtilerek 5510 sayılı Kanun’un 9. maddesi gereğince sigortalılık niteliğini yitirdiğinden bahisle istemi reddedilmiştir⁴¹.

Yüksek Mahkeme’ye göre, “*yasada açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte, işveren tarafından verilen ve işçinin açık veya örtülü biçimde kabul ettiği “ücretsiz izin” uygulaması durumunda da iş sözleşmesi askıya alınmış olur. İş akdinin askıya alınması temelde işçinin iş görme edimini kusursuz geçici ifa imkansızlığı içine düşmesi sonucunda doğar. İşçinin kusursuz da olsa iş görme borcunu ifada gecikmesi objektif iyiniyet yani dürüstlük kuralları gereği kabul edilemeyecek kadar uzarsa, diğer deyişle gecikme çekilmez hale gelirse işveren fesih hakkını elde eder. O halde, bu durumda işverenin haklı nedenle fesih hakkı işçinin kusursuz temerrüde düştüğü anda (veya kendisine tanınan bir mehil sonunda) değil, ancak objektif iyiniyet ve dürüstlük kuralları gereği beklenilmesi gereken sürenin sonunda doğmuş olur. Bazı durumlarda geçici kusursuz ifa imkansızlığı nedeniyle askı süresi yani işverenin işçinin iş görme edimini yerine getirmesini ne kadar süre beklemesi gerekeceği iş yasalarında açıkça belirtilmiştir. Yasada böyle bir*

41 Yarg. 10. HD. E. 2011/4858, K. 2013/12512, T. 5.6.2013, www.legalbank.net.

süre öngörülmemişse, askı döneminin sınırını iyi niyet ve dürüstlük kuralları oluşturur. Bu durumda iş ilişkisine devam eden işveren açısından dürüstlük kuralları gereği çekilmez hale gelirse haklı nedenle fesih hakkı doğar.”

İlgili kararda Yargıtay işçinin sigortalılık niteliğini yitirdiğini kabul ettiği için, yukarıda ifade ettiğimiz hususun aksine bir sonuca ulaştığı düşünülebilir; ancak Yargıtay bu kararında işçinin ücretsiz izinde olduğunu, yani iş sözleşmesinin askıya alındığını kabul etmediğinden ötürü davayı reddetmiştir. Zira Yargıtay’a göre, işverence 01.02.2009 – 07.07.2009 tarihleri arasında verilen izin, iş sözleşmesinin askıya alınabilmesi için gerekli şartlara sahip olmayıp ücretsiz izin niteliğinde değildir. Yargıtay davacının iş sözleşmesinin, fesih tarihi olan 16.10.2009 tarihinde değil, 01.02.2009 tarihinde sona erdiği sonucuna ulaşmış ve iş sözleşmesi 01.02.2009 tarihinde sona erdiği için sigortalılık niteliğini yitirdiğini, bu sebeple de doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürelerde geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanamayacağını açıklamıştır. Oysa Yargıtay’ın bu olayda basitçe ilgili sürenin yasadan doğan bir ücretsiz izin olmaması sebebiyle işçinin geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanamayacağı sonucuna varması da mümkündür. Kanaatimizce Yargıtay’ın söz konusu yaklaşımı, işçilerin kanuni dayanağı olmayan ve işverenle anlaşması sonucu gerçekleşen ücretsiz izin uygulamaları esnasında da analık sigortası kapsamında verilen geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabileceklerini ortaya koymaktadır. Hiç kuşkusuz, kısa vadeli sigorta kollarından verilen bütün yardımlar için aynı sonuca ulaşmak gerekir.

Nitekim Yargıtay başka bir kararında da benzer bir sonuca ulaşmıştır. Bu karara konu olayda, kadın sigortalı, doğum öncesi çalıştığı dava dışı işyerinden 06.02.2012-28.05.2012 tarihleri arasında analık geçici iş göremezlik istirahati almış, Ocak ayında en son primi 21.01.2012’de ödenmiş, davalı Kurumca son priminin ödendiği tarihten itibaren on günden fazla süre geçmesi sebebiyle sigortalılık niteliğinin kaybedildiğinden bahisle

analık geçici iş göremezlik ödeneği talebi reddedilmiştir. Davacı sömestr tatili sebebiyle çalışmadığını ve iş sözleşmesinin askıda bulunduğunu iddia etmiştir. Yargıtay ise kararında öncelikle 5510 s. K. m.9’a ve m.18’e değinmiş, sonra iş sözleşmesinin askıya alınmasının teorik temellerinden bahsetmiş ve 5510 s. Kanun’un 9. maddesi gereğince, m.4/f.1, a kapsamında çalışan sigortalının iş sözleşmesinin sona erip ermediğinin, işyerinde sömestr tatili sebebiyle faaliyete ara verilip verilmediğinin, faaliyete ara verilmişse davacının iş sözleşmesinin askıda olup olmadığı ya da feshedilip feshedilmediğinin irdelenmesi gerektiğini, 5510 s. K. m.18, c gereğince, ancak “sigortalı kadının” geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanması mümkün olduğunu, belirtilen nedenlerle davacının iş sözleşmesinin sona erip ermediği yöntemince araştırılıp incelenmeksizin davanın reddine karar verildiğini ifade ederek ek-sik incelemeyen ötürü hükmü bozmuştur⁴².

Yukarıda açıkladığımız üzere, SSİY m.14/f.4’te “ilgili kanunda” belirtilmeyen, 2016/21 sayılı Genelge’de ise 4857 sayılı Kanun’a dayanmayan ücretsiz izinler ile iş sözleşmesinin sona ermesinin, kısa vadeli sosyal sigortalar bakımından aynı sonucu doğurduğu ortaya konmuştur. Söz konusu karara konu olayda işçinin kullandığı ücretsiz izin ne 4857 sayılı Kanun’a ne de başka bir kanuna dayanmaktadır; ancak Yargıtay yine de yerel mahkeme kararını onamamış ve iş sözleşmesinin askıda olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Nitekim öğretide de Yargıtay’ın bu kararı, Yüksek Mahkeme’nin sömestr tatilinde iş sözleşmesinin askıda olabileceği ve işçinin geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabileceği sonucuna ulaştığı şeklinde yorumlanmıştır⁴³.

Keza Yüksek Mahkeme, 506 sayılı Kanun döneminde verdiği, davacının ücretsiz izinli iken

42 Yarg. 10. HD. E. 2014/9904, K. 2015/12521, T. 23.6.2015, www.legalbank.net. Kararın yerinde olduğu hakkında bkz. Aydın, U. (2017). Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri. Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, Seminer: İstanbul 25-26 Kasım 2016. İstanbul: Beta. s. 740.

43 Aydın (2017), s. 740.

sağlık raporu aldığı dönemde Kurum tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin davacıdan tahsiline ilişkin Kurum işleminin iptali ile davacının davalı Kuruma borçlu olmadığına tespitine ilişkin bir kararında da açıkça ücretsiz izin süresi boyunca iş sözleşmesinin askıda kaldığını ve geçerliliğini koruduğunu, dolayısıyla sigortalılık niteliğinin de devam edeceğini ortaya koymuştur⁴⁴. Yargıtay'a göre, "Konuya ilişkin yasal düzenleme bulunmaması, işçi ve işverenin ücretsiz izin konusunda anlaşmalarına engel oluşturmadığı gibi; somut olayda olduğu gibi, ücretsiz izinli olarak çalışılmadan geçen günlerde, tarafların karşılıklı iradeleriyle hizmet akdini devam ettirmek istedikleri, diğer bir anlatımla aralarındaki sözleşmeyi fesih etmedikleri, askıya alındığı, bunun yanında sözleşmenin diğer edimlerinin ise, ayakta olduğu görülmektedir. Zira, ücretsiz izin teklifi kabul edildiğinde hizmet akdi askıya alınmakta, bu gibi durumlarda temel borçların dışında kalan işçinin sadakat (ahlaki iyi niyet kurallarına uyulması ve benzeri), işverenin de işçiyi gözetme vb. gibi yan borçları devam etmektedir. Şu halde, ücretsiz izin süresi boyunca hizmet akdinin askıda kaldığı ve geçerliliğini koruduğunun kabulü zorunludur. Nitekim, 506 sayılı Kanununun 107/2'nci maddesinde, sigortalılık niteliğinin yitirilmiş sayılmasının başlangıcı belirlenirken, ücretsiz izin süresinin sona ermesini izleyen onuncu gün esas alınmıştır."⁴⁵

İlgili karara konu olaydaki ücretsiz izin, ücretsiz yol izni yahut doğum izni değildir ve 506 sayılı Kanun'un 107. maddesinde de 5510 sayılı Kanun'a benzer şekilde "2 nci maddede belirtilen sigortalılardan hastalık ve analık sigortalarının uygulanmasında ödenen primlerin ilişkin olduğu günü takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılır. Ancak, sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde sigortalılık niteliği bu sürelerin sona ermesini takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılır." hükmü yer almaktadır.

44 Yarg. 10. HD. E. 2010/4114, K. 2011/13072, T. 4.10.2011, www.legalbank.net.

45 Yarg. 10. HD. E. 2010/4114, K. 2011/13072, T. 4.10.2011, www.legalbank.net.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, kısa vadeli sigorta kollarından yararlanabilmek için, öncelikle kısa vadeli sigorta kollarının kapsamında olmak gerekir. Kanaatimizce Yargıtay bu kararlarında ücretsiz izinde geçen sürelerde işçilerin kısa vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlardan faydalanabileceği görüşünde olduğunu ortaya koymuştur ve 5510 s. K. m.9'u sigortalılar lehine yorumlamıştır.

b. Kısa Vadeli Sigorta Kollarından Sağlanan Yardımlara Hak Kazanma Koşulları Bakımından Ücretsiz İzinin Sonuçları

Yukarıda da açıkladığımız gibi, kısa vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlardan faydalanabilmek için öncelikle kısa vadeli sigorta kolları kapsamında olmak, başka bir ifadeyle sigortalılık niteliğini haiz olmak gerekir. Dolayısıyla sigortalılık niteliği de esasen kısa vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlara hak kazanma koşulları içerisinde yer almaktadır. Bununla birlikte ilgili husus yukarıda ele alındığı için bu başlık altında ücretsiz izin olgusu, söz konusu yardımların diğer koşulları bakımından değerlendirilmiştir.

Bilindiği üzere, sigortalılara iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği, sürekli iş göremezlik geliri, hak sahiplerine ölüm geliri, evlenme ödeneği ve cenaze ödeneği yardımları yapılır. Hastalık sigortasından geçici iş göremezliği ödeneği verilirken, analık sigortasında ise geçici iş göremezlik ödeneği ile emzirme ödeneği yardımları sağlanır (5510 s. K. m. 16) ⁴⁶. İşçinin (m.4/f.1-a kapsamındaki sigortalının) hastalık ve analık sebebiyle geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilmesi için doğum ve hastalık sebebiyle iş göremezliğin başladığı

46 Kısa vadeli sigorta kollarından yapılan yardımlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Tuncay, C., Ekmekçi, Ö. (2019). Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri. Yenilenmiş 20. Bası. İstanbul: Beta. s. 425 vd.; Güzel ve diğerleri, s. 389 vd.; Sümer, H. H. (2021). Sosyal Güvenlik Hukuku. 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 162 vd.; Uşan, F., Erdoğan, C. (2020). İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 388 vd.

tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmesi gerekir (5510 s. K. m.18). Keza işçinin analık sigortasından emzirme ödeneğine hak kazanabilmesi için de hakkında doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş olması gerekir (5510 s. K. m.16). 5510 s. K. m.4/f.1, a kapsamındaki sigortalılar bakımından iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından sağlanan yardımlar için ise belirli bir süre kısa vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş olması koşulu öngörülmemiştir⁴⁷.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, ücretsiz izin sürelerinde prim ödeme gün sayısı yoktur. Dolayısıyla ücretsiz iznin kısa vadeli sigorta kollarından yapılan yardımlara hak kazanma koşulları bakımından temel etkisi, belirli oranda prim ödeme gün sayısının arandığı hastalık ve analık sigortasında, söz konusu prim ödeme gün sayısını koşulunu yerine getirmeyi zorlaştırmasıdır. İş kazası ve meslek hastalıkları bakımından bu yönde bir koşul aranmadığı için ücretsiz iznin bu sigorta kolundan yapılan yardımların koşullarına etkisi bulunmamaktadır.

Ücretsiz iznin 5510 s. K. m.16 ve m.18'de geçen bir yıllık sürelerin hesabında dikkate alınıp alınmayacağıın tespiti için ise 5510 s. K. m.24 hükmü ele alınmalıdır. Her ne kadar söz konusu maddenin kenar başlığı "*Kısa vadeli sigorta kollarında dikkate alınmayan süreler*" olsa da bu mad-

de, prim ödeme gün sayısının arandığı bir yılın nasıl hesaplanacağına ilişkin olduğu için, esasen analık ve hastalık sigortalarını ilgilendirmektedir. Madde uyarınca, kısa vadeli sigorta kolları bakımından herhangi bir sebeple silâh altına alınan sigortalının askerlikte geçen hizmet süresi, hükümlülükle sonuçlanmayan tutuklulukta geçen süre, geçici iş göremezlik ödeneği alan sigortalının iş göremediği süre ve sigortalının greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde geçen süre m.18'de belirtilen çalışma sürelerine girmediği gibi, iş göremezliğin başladığı veya hastalığın anlaşıldığı yahut doğumun olduğu tarihten önceki bir yılın hesabında da dikkate alınmaz. Hükmün karşıt anlamından madde de sayılan durumlara girmemesi halinde, işçinin ücretsiz izinde geçen sürelerinin, bahsedilen bir yılın hesabında dikkate alınacağı anlaşılmaktadır.

Son olarak ifade edelim ki 4857 sayılı Kanun geçici madde 10'un kabulü ile birlikte bu hüküm, işvereni tarafından ücretsiz izne çıkarılan işçilerin analık ve hastalık sigortasından sağlanan haklardan yararlanmasını fiilen imkânsız hale getirmiş olup kanun değişikliği ile en azından 4857 s. K. geçici m. 10 kapsamında ücretsiz izne çıkarılanlar için özel düzenleme öngörülmesi ve bu sürenin bir yıllık sürenin hesabında dikkate alınmayacağı belirtilmeliydi. Zira diğer ücretsiz izinlerden farklı olarak 4857 s. K. geçici m.10 kapsamında işçiler, işverenlerin tek taraflı iradesiyle izne çıkarıldılar ve 17.04.2020'de başlayan ücretsiz izin uygulaması 30.06.2021'e kadar devam etti⁴⁸.

47 Bununla birlikte, kısmi sigortalılar içerisinde yer alan tarım ve orman işlerinde süresiz çalışanlar ile ev hizmetlerinde çalışanlar bakımından özel düzenleme bulunmaktadır. 5510 s. K. ek m.5'e göre, tarım ve orman işlerinde süresiz çalışanların, 5510 s. K. ek m.9'a göre de ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştığı kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı on günden az olanların, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kollarından sağlanan yardımlardan yararlanabilmeleri için iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş olmaları ve sigortalılıklarının sona ermemiş olması, bu Kanuna göre iş kazası veya meslek hastalığından dolayı geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi veya sürekli iş göremezlik geliri ya da malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanabilmesi için prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şartı aranır.

48 Daha önce açıkladığımız üzere, işverene tanınan bu imkân, 4857 s. K. geçici m.10'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay ile sınırlandırılmış, ancak maddenin son fıkrasında Cumhurbaşkanının üç aylık süreyi altı aya kadar uzatmaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır. Öte yandan, 7252 sayılı Kanun m.5 ile 4857 sayılı Kanun geçici m.10'un son fıkrasında değişiklik yapılarak Cumhurbaşkanının üç aylık süreyi, her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30.06.2021 tarihine kadar uzatmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Nitekim en son 3930 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile de söz konusu süre 30.06.2021'e kadar uzatılmıştır. Böylelikle 17 Nisan 2020'de başlayan ücretsiz izin uygulaması ve fesih yasağı on dört aydan uzun bir süre uygulanmıştır.

III. İşçinin Ücretsiz İzne Ayrılmasının Diğer Sigorta Kolları Açısından Sonuçları

a. Ücretsiz İznin Uzun Vadeli Sigorta Kolları Açısından Sonuçları

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ücretsiz izin döneminde işçinin sosyal risklere karşı güvence altına alınıp alınmadığı, incelenmesi gereken bir hukuki sorundur. Bu sorun, uzun vadeli sigorta kolları bağlamında da değerlendirilmelidir. Bilindiği gibi, uzun vadeli sigorta kolları, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarını kapsar (5510 s. K. m.3/f.1, 5). 5510 s. K. m.26 uyarınca malullük sigortasından malullük aylığı, m.28 uyarınca yaşlılık sigortasından yaşlılık aylığı ve toptan ödeme, m.32 uyarınca ölüm sigortasından ölüm aylığı, toptan ödeme, evlenme ödeneği ve cenaze ödeneği verilir. Kanun koyucu 5510 s. K. m.4/f.1, a kapsamındaki sigortalıların veya ölümü halinde hak sahiplerinin bu yardımlardan yararlanabilmeleri için malullük sigortasında malul sayılma, sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısı ve işten ayrılma⁴⁹; yaşlılık sigortasında sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısı, yaş ve işten ayrılma⁵⁰; ölüm sigortasında ise hak sahiplerinin taşıması gereken koşullar dışında prim ödeme gün sayısı

49 Malul sayılmanın koşulları Kanun'un 25. maddesinde öngörülmüştür. 5510 s. K. m.4/f.1, a kapsamındaki sigortalıların malullük aylığından yararlanabilmesi öngörülen sigortalılık süresi on yıl, bildirilmesi gereken prim ödeme gün sayısı ise 1800 gündür. Başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul olan sigortalılar için ise sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün prim ödeme gün sayısının bildirilmesi yeterlidir (5510 s. K. m.26/f.2, b).

50 Yaşlılık aylığı hak kazanmak, Kanun'un 28. maddesinde sigortalılar için olağan koşullar, kolaylaştırılmış koşullar ve engelliler, yeraltı işlerinde sürekli veya münavebeli olarak çalışanlar, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu bulunan kadınlar ile erken yaşlananlar için özel koşullar olmak üzere farklı şartlara tabi kılınmıştır. İşten ayrılma saydığımız bütün durumlar için öngörülmüş olsa da sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısı, yaş koşullarının hepsi her durumda aranmamaktadır.

ile sigortalılık süresi koşullarını aramaktadır⁵¹.

Ölüm sigortasından sağlanan yardımların gündeme gelmesi için sigortalının ölümü, yaşlılık ve malullük sigortasında ise 5510 s. K. m.4/f.1, a kapsamındaki sigortalılar bakımından işten ayrılma koşulları öngörüldüğü için, bahsi geçen sosyal sigortalara dair sosyal riskler açısından, kişinin güvence altına alınıp alınmadığının belirlenmesi, kısa vadeli sigorta kollarına dahil olan risklerden farklı olarak konunun sigortalılık niteliği bakımından ayrıca incelenmesini gerekli kılmaz; salt yukarıda saydığımız koşullar bakımından değerlendirme yapılması yeterlidir.

Ücretsiz iznin doğal olarak yaş koşuluna etkisi bulunmamaktadır. Ücretsiz izinde prim ödeme gün sayısının olmadığını ise daha önce açıklamıştık. Bu koşul açısından ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz. Keza ücretsiz izinde iş sözleşmesinin sona ermediğine ve askıda kabul edildiğine de yukarıda değinmiştik⁵². Bu doğrultuda, işçi ücretsiz izindeyken işten ayrılma koşulunu sağlamadığı için malullük yahut yaşlılık aylığı alması mümkün değildir.

Son olarak ücretsiz iznin sigortalılık süresi koşulunu etkilemediğini de belirtmek gerekir. Sigortalılık süresi, uzun vadeli sigorta kolları ba-

51 "Hak sahibi" kavramı, sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasını ifade eder (5510 s. K. m.3/f.1, VII). Ölüm aylığı bağlanabilmesi için ölen sigortalı ya aylığa hak kazanmışken veya aylık alırken ölmüş olmalı ya da hakkında en az 1800 gün prim ödeme gün sayısı bildirilmiş olmalıdır. Öte yandan 5510 s. K. m.4/f.1, a kapsamındaki sigortalılar ölüm tarihinde en az beş yıl sigortalılık süresine sahipse, haklarında 900 gün prim ödeme gün sayısı bildirilmesi de yeterlidir. Hak sahiplerinin ölüm aylığına hak kazanabilmesi için ölen sigortalının taşıması gereken koşullarının yanı sıra Kanun'un 33. maddesinde her biri hak sahibi için ayrı ayrı öngörülen koşulların da sağlanması gerekir. Evlenme ödeneği ve cenaze ödeneğinin koşulları Kanun'un 37. maddesinde, toptan ödeme ise Kanun'un 33. maddesinde öngörülmüştür. Uzun vadeli sigorta kollarından yapılan yardımlar hakkında detaylı bilgi için bkz. *Tuncay/Ekmeççi*, s. 478 vd.; *Güzel ve diğerleri*, s. 464 vd.; *Sümer (2021)*, s. 203 vd.; *Uşan/Erdoğan*, s. 395 vd.

52 *Süzek (2021)*, s. 521; *Eyrenci ve diğerleri*, s. 171; *Akyiğit*, s.509; *Yamakoğlu/Karaçöp*, s. 480; *Altunkaya*, s. 4.

kımından sigortalılığın başlangıç tarihi ile sigortalının aylık bağlanması için yazılı istekte bulunduğu, aylık bağlanması için istekte bulunmayan sigortalılar için ise ölüm tarihi arasında geçen süreyi ifade eder (5510 s. K. m.38/f.3). Uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılığın başlangıç tarihi ise, 5510 s. Kanun yahut mülga sosyal sigorta kanunları çerçevesinde malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının kapsamına ilk defa girilmesidir. Öte yandan on sekiz yaşından önce uzun vadeli kollarına tâbi olanların sigortalılık süresi, on sekiz yaşını doldurdıkları tarihte başlamış kabul edilir (5510 s. K. m.38/f.1). Kanun koyucu sigortalılık süresi içerisinde aralıksız çalışmayı mecbur kılmamıştır⁵³. Aslında kişi uzun vadeli sigorta kollarının kapsamına girdikten sonra bir daha çalışmasa bile sigortalılık süresi devam eder. Bundan ötürü de ücretsiz izin sigortalılık süresine etkisi bulunmamaktadır. Esasen ücretsiz iznin uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan haklar bakımından sonucu, bu süre içerisinde prim ödeme gün sayısının bulunmaması ve işten ayrılma koşulunun sağlanamamasından ibarettir.

b. Ücretsiz İzin Genel Sağlık Sigortası Açısından Sonuçları

aa. Genel Sağlık Sigortalılığı Niteliği Açısından Ücretsiz İzin Sonuçları

Sosyal güvenlik alanında reform yapılması için yasal hazırlıklar gerçekleştirilirken, ayrı bir kanun olarak çıkarılması düşünülen genel sağlık sigortası, 5510 sayılı Kanun'un içerisinde düzenlenmiştir⁵⁴. Bunun bir sonucu olarak Kanun'da "sigortalı" ve "genel sağlık sigortalısı" şeklinde iki farklı kavrama yer verilmiştir. Sigortalı "Kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişiyi" (5510 s. K. m.3/f.1, VI), genel sağlık sigortalısı ise, "Bu Kanunun 60 ıncı maddesinde sayılan kişileri" (5510 s. K. m.3/f.1, VIII) ifade etmektedir.

İkametgahı Türkiye'de olan kişilerden m.4/f.1, a kapsamında sigortalı olanlar, aynı zamanda genel sağlık sigortalısı da sayılır (5510 s. K. m.60/f.1, a-1) ve m.4/f.1, a kapsamında sigortalı olunan anda ayrıca bir bildirim gereksiz genel sağlık sigortalısı olarak da tescil edilirler (5510 s. K. m.61/f.1, a). Dolayısıyla işçiler de iş sözleşmesiyle çalışmaya başladıklarında hem sigortalı hem de genel sağlık sigortalısı sayılmaktadır.

Kanun'da işçiler bakımından ücretsiz iznin genel sağlık sigortalılığına etkisi özel bir hükümlerle düzenlenmiştir. 5510 s. K. m.67/f.5'e göre, "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların 4857 sayılı İş Kanununun 56 ncı ve 74 üncü maddeleri ile diğer iş kanunlarında ücretsiz izin sayılan süreler haricinde ayrıca bir takvim yılı içerisinde toplam bir ayı aşmayan ve işverenlerince belgelendirilen ücretsiz izin sürelerinde genel sağlık sigortalılıkları devam eder." Görüldüğü gibi maddede, kanun koyucu ücretsiz izinler içerisinde bir ayrıma gitmiştir⁵⁵. 4857 s. K. m.56 ile m.74'e ve diğer iş kanunlarına dayalı ücretsiz izinlerde, izin süresi boyunca işçi genel sağlık sigortası kapsamında olmaya devam edecektir. Hükümün karşıt anlamından, işçilerin kullandıkları ücretsiz izinlerin 4857 s. K. m.56, m.74 ile diğer iş kanunlarına dayanmaması halinde, bir ayın sonunda işçinin genel sağlık sigortası kapsamında çıkacağı anlaşılmaktadır. Nitekim GSS Yönetmeliği m.10/f.4'te yer alan "Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların 4857 sayılı İş Kanununun 56 ncı ve 74 üncü maddeleri ile diğer iş kanunlarında ücretsiz izin sayılan süreler haricinde ayrıca bir takvim yılı içerisinde toplam bir ayı aşanların bu bent kapsamındaki sigortalılıkları bir ayın sonunda sona erer." hükmü ile bu husus açıkça ortaya konmuştur.

53 Kanun koyucu bunun için ücretsiz iznin "belgelendirilmesini" de aramaktadır. Konuya ilişkin 5510 sayılı Kanun'da, Genel Sağlık Sigortası Tescil, Prim ve Müstehaklık İşlemleri Yönetmeliği'nde ve Sosyal Güvenlik Kurumunun genel sağlık sigortasına ilişkin 2019/7 sayılı Genelgesi'nde açıklama bulunmadığı için, belgelendirmede yukarıda yer verdiğimiz SSİY m.102/f.13'te öngörülen belgeler ile 2020/20 sayılı Genelge'de yer açıklamalar dikkate alınmalıdır.

53 Tunçay/Ekmekçi, s. 151; Güzel ve diğerleri, s. 170.

54 Güzel ve diğerleri, s.75.

Belirtmek gerekir ki 5510 s. K. m.67/f.5'te öngörülen bir aylık sürenin sonunda, esasen işçinin genel sağlık sigortalılığı tamamen sona ermemekte, işçi 5510 s. K. m.60/l-g kapsamında genel sağlık sigortalısı olarak tescil edilmektedir. Zira 5510 s. K. m.61/1-f uyarınca 60. maddenin "(g) bendinde sayılanlar; diğer bentlere göre genel sağlık sigortalısı olmadıkları veya diğer bentlere göre genel sağlık sigortasından yararlanma haklarının sona erdiği tarihten itibaren bu bent kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılırlar ve Kurumca resen tescil edilirler."⁵⁶

Aşağıda açıklayacağımız üzere, genel sağlık sigortasından sağlanan yardımlar için de kural olarak genel sağlık sigortalılığı niteliği dışında belirli oranda prim ödeme gün sayısı koşulu bulunmaktadır. Ücretsiz izinde prim ödeme gün sayısının olmadığı ve genel sağlık sigortasının Anayasa'da güvence altına alınan yaşam hakkı ve sağlık hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğu dikkate alındığında, kanaatimizce ilgili hükümden kanuna dayanan ücretsiz izinler ile kanuna dayanmayan ücretsiz izinler arasında ayrıma gidilmesi yerinde olmamıştır. Zira işçi ve işverenin

uzun süreli bir ücretsiz izin uygulaması üzerine anlaşması halinde, zaten söz konusu izin, prim ödeme gün sayısı koşulunu olumsuz etkileyecek ve işçinin bu sigorta kolundan yapılan yardımlardan yararlanmasını zorlaştıracaktır. Dolayısıyla işçi ve işveren aralarında uzun süreli bir ücretsiz izin hususunda anlaşmalar dahi bu durumun Sosyal Güvenlik Kurumunun finansman dengesini olumsuz etkilemesi olası değildir. Bunun yanı sıra, hükümden 4857 sayılı Kanun m.56 ve m.74'ün özel olarak ifade edilmesi, kanun değişikliği ile yeni ücretsiz izin düzenlemeleri getirilmesi durumunda, bu izinlerin madde kapsamında yer alıp almadığına ilişkin tartışmalara da yol açabilecektir. Nitekim 4857 s. K. geçici m.10'da öngörülen ücretsiz izin uygulaması bu hususa örnek teşkil etmektedir.⁵⁷

bb. Genel Sağlık Sigortasından Sağlanan Yardımlara Hak Kazanma Koşulları Bakımından Ücretsiz İznin Sonuçları

Genel sağlık sigortasından koruyucu sağlık

56 Öte yandan, 5510 s. K. m.80/f.3'e göre, "tescil tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde gelir testi talebinde bulunanlardan gelir testi sonucuna göre aile içindeki gelirleri brüt asgari ücretin üçte birinin altında tespit edilenlerin bu sürelerde yaptıkları ödemeler herhangi bir faiz uygulanmaksızın iade veya mahsup edilir.". 5510 s. K. m.61/III'e göre ise, "60. maddede gereği genel sağlık sigortalısı iken durumunda değişiklik olan kişilerden, aynı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendine veya (g) bendi kapsamına giren kişiler durumlarında değişiklik olduğu tarihten itibaren en geç bir ay içinde Kuruma başvurmak zorundadır. Bu kişilerin 60. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamına girmediğinin tespit edilmesi halinde, durumlarında değişiklik olduğu tarihten başlamak üzere (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılırlar." Gelir testi sonucu aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden düşük çıkanlar 5510 s. K. m.60/f.1'in c bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı olmakta ve primleri hazine tarafından karşılanmaktadır. Yüksek çıkanların ise 5510 s. K. m.60/g kapsamında tescilleri yapılır. Bu durumda GSS primlerini 5510 s. K. m.81/f.1-f uyarınca asgari ücretin %3 üzerinden kendileri ödemelilerdir. Gelir testi için detaylı bilgi hakkında bkz. Karabacak, E. (2017). Genel Sağlık Sigortası ve Gelir Testinde Yeni Dönem. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt 1, Sayı 5, s. 30 vd.

57 Bununla birlikte, 4857 s. K. Geçici m.10 kapsamında ücretsiz izne ayrılan işçilerden nakdi ücret desteği alanların, 5510 s. K. m.60/f.1, g kapsamında genel sağlık sigortalısı sayıldığını ve genel sağlık sigortası primlerinin İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanacağını belirtmek gerekir (4447 s. K. geçici m.24/f.4). 4447 s. K. geçici m.24'e göre nakdi ücret desteğinden yararlanabilmek için, işçinin yaşlılık aylığı ve kısa çalışma ödeneği almaması gerekir. Maddede aynı zamanda Bakanlığın, nakdi ücret desteğine ilişkin ödeme usul ve esaslarını belirlemeye ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye yetkili olduğu da ifade edilmiştir. Bu doğrultuda 4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Geçici 24 Üçüncü Maddesi Kapsamında Yapılacak Nakdi Ücret Desteği Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar yayınlanmıştır. Söz konusu Usul ve Esaslar uyarınca işçinin nakdi ücret desteği alabilmesi için gerekli başvuru, m.5'te öngörülen esaslar çerçevesinde işveren tarafından yapılmalıdır. Usul ve Esasların 6. maddesine göre, işçilerin nakdi ücret desteğine hak kazanması için yaşlılık aylığı ve kısa çalışma ödeneği almamasının yanı sıra, SGK'ya 01, 04, 05, 06, 12, 14, 20, 29, 32, 35, 39, 52, 53, 54, 55 no'lu belge türlerinden birisinin bildirilmesi de gerekmektedir. İşverenleri tarafından haklarında başvuru ve gerekli bildirimler yapılmayan işçiler ise, 4857 s. K. geçici m.10 kapsamında ücretsiz izne çıkarılmış olsalar dahi nakdi ücret desteğinden faydalanamamaktadır. İşvereni işçi için başvuruya zorunlu kılan herhangi bir düzenlemenin öngörülmemesi ve işçinin bu konuda tamamen işverenin insafına bırakılması kuşkusuz yerinde olmamıştır.

hizmetleri, tıbbi bakım ve tedavi, ağız ve diş tedavisi, yardımcı üreme yöntemleri, teşhis ve tedaviler için kan ve kan ürünleri, kemik iliği, aşı, ilaç, protez gibi tıbbi araç ve gereçler ile sarf malzemelerinin sağlanması, yurt dışında tedavi imkânı, yol gideri, gündelik ve refakatçi giderleri gibi olanaklar verilmektedir⁵⁸.

Genel sağlık sigortası kapsamında finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri ve süresi Kanun'un 63. maddesinde, yol gideri, gündelik ve refakatçi giderlerinin sağlanmasına ilişkin özel koşullar 65. maddede, genel sağlık sigortası kapsamında yurt dışında tedavi koşulları 66. maddede ele alınmaktadır. Bunun yanı sıra, "sağlık hizmetlerinden yararlanma şartları" kenar başlıklı 67. maddede de ilgili maddelerde öngörülen haklardan genel olarak yararlanma koşulları düzenlenmektedir⁵⁹. Hüküm uyarınca, 5510 s. K. m.4/f.1, a kapsamındaki sigortalıların, genel sağlık sigortasından sağlanan haklardan yararlanmaları için, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam otuz gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması gerekir⁶⁰. Maddenin ikinci fıkrasında, 5510 s. K. m.24'e benzer şekilde, herhangi bir sebeple silâh altına alınan sigortalının askerlikte geçen hizmet süresinin, hükümlülükle sonuçlanmayan tutuklulukta geçen sürenin, iş kazası, meslek hastalığı,

hastalık ve analık sigortalarından geçici iş göremezlik ödeneği alan sigortalının iş göremediği sürenin ve sigortalının greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde geçen sürenin sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam otuz gün genel sağlık sigortası primi ödeme gün sayısı hesabında dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. İlgili hükümde sayılmadığı için işçinin ücretsiz izinde geçirdiği süreler, kural olarak 5510 s. K. m.67/f.2'de öngörülen bir yıllık sürenin hesabında dikkate alınacaktır. Dolayısıyla işçilerin ücretsiz izin kullanması, analık ve hastalık sigortasında olduğu gibi, genel sağlık sigortasından sağlanan haklar bakımından da temel olarak bir yıl için otuz gün genel sağlık sigortası primi bildirilmesi koşuluna etki etmektedir⁶¹.

Sonuç

İşçi ücretsiz izindeyken iş sözleşmesi sona ermez, askıda kabul edilir⁶². İş sözleşmesi askıdayken ise, sözleşme hukuken varlığını sürdürür; ancak işçinin temel borcu olan iş görme borcu ile işverenin temel borcu olan ücret ödeme borcu askıya alınır ve ertelenir⁶³. İşçinin iş sözleşmesi askıdayken ücrete hak kazanmamasının sosyal sigortalar bakımından en temel sonucu, sözleşmenin askıda olduğu süre boyunca prim ödeme gün sayısının bulunmamasıdır. Esasen Kanun'da ücret ödenmemesinin prim ödeme gün sayısına etkisi açıkça düzenlenmemiştir; ancak prime esas kazancın ne şekilde hesaplanacağını açıklayan hükümden söz konusu sonuca ulaşıılır.

Ay içerisinde bazı iş günlerinde çalışmayan sigortalının eksik çalışma nedenleri, Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmelidir. Bu bildirimler,

58 *Güzel ve diğerleri*, s. 75.

59 Genel sağlık sigortasından yapılan yardımlar hakkında detaylı bilgi için bkz. *Tuncay/Ekmekçi*, s. 612 vd.; *Güzel ve diğerleri*, s. 771 vd.; *Sümer (2021)*, s. 281 vd.; *Uşan/Erdoğan*, s. 416 vd.

60 Öte yandan, 5510 s. K. m.63/f.1, e, V uyarınca yardımcı üreme yöntemi tedavilerinden faydalanabilmek için hükümde sayılan diğer koşulların yanı sıra eşlerden birinin en az beş yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olması ve 900 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının bulunması gerekir. 5510 s. K. m.67/f.1'e göre ise, 18 yaşını doldurmamış olan kişiler, tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler, trafik kazası halleri, acil haller, iş kazası ile meslek hastalığı halleri, bildirim zorunlu bulaşıcı hastalıklar, madde bağımlılığı tedavisine yönelik sağlık hizmetleri, 63 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri gereğince sağlanan sağlık hizmetleri, 75 inci maddede sayılan afet ve savaşı ile grev ve lokavt hali söz konusu olduğunda herhangi bir prim ödeme gün sayısı aranmaksızın gerekli yardımlar sağlanır.

61 Bu doğrultuda, 4857 s. K. geçici m.10 uyarınca ücretsiz izne çıkarılanlardan nakdi ücret desteği almayanların, analık ve hastalık sigortasında olduğu gibi genel sağlık sigortasından faydalanması da fiilen imkânsız hale gelmiştir.

62 *Süzek (2021)*, s. 521; *Eyrenci ve diğerleri*, s. 171; *Akyiğit*, s.509; *Yamakoğlu/Karaçöp*, s. 480; *Altunkaya*, s. 4.

63 *Süzek (2021)*, s. 526; *Süzek (1989)*, s. 97 vd.; *Eyrenci ve diğerleri*, s. 169-170; *Canbolat/Kayırgan*, s. 164; *Altunkaya*, s. 5.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından belirlenen kodlar suretiyle gerçekleşmektedir⁶⁴. 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesi'nde ücretsiz izne ilişkin "19- Ücretsiz doğum izni, 20- Ücretsiz yol izni, 21- Diğer ücretsiz izin, 28-Pandemi Ücretsiz İzin (4857 GEÇ.10.MD), 29-Pandemi Ücretsiz İzin ve Diğer Nedenler" kodları belirlenmiştir. Görüldüğü gibi, ücretsiz izinler, ücretsiz doğum izni, ücretsiz yol izni, diğer ücretsiz izinler ve pandemi ücretsiz izni olmak üzere dört farklı kodla ele alınmıştır.

Ücretsiz yol izni, Deniz İş Kanunu m.40'ta ve 4857 s. K. m.56'ta öngörülmektedir. Ücretsiz doğum izni ise 4857 s. K. m.74'te düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrasına göre, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık izni mevcuttur. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. 6663 sayılı Kanun'la 2016 yılında fıkraya eklenen cümle ile doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan sürelerin babaya kullandırılacağı ve üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene, çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren de sekiz hafta izin verileceği belirtilmiştir. 4857 s. K. m.74/f.6'ya göre ise, isteği halinde kadın işçiye, doğuma bağlı on altı haftalık izninin (çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık iznin) tamamlanmasından sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Hükümde bu iznin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene verileceği de düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki 4857 s. K. m.74'ün son fıkrası uyarınca, bu madde hükümleri, iş sözleşmesi ile çalışan ve 4857 sayılı Kanun'un kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanmaktadır.

4857 s. K. m.74/f.1'de öngörülen iznin hangi kod ile bildirileceği esasen somut olaya göre değişiklik göstermektedir. Eğer ilgili izin hamile kadın işçi tarafından doğum sebebiyle kullanı-

lıyorsa, ilgili doğuma yönelik sağlık raporu bulunacağı için eksik çalışma günleri "01 İstirahat" koduyla bildirilmektedir. Bu izin annenin vefatı sebebiyle babaya veriliyorsa yahut evlat edinme vesilesiyle kullanılıyorsa hangi kod üzerinden bildirim yapılacağına yönelik bir düzenleme ise bulunmamaktadır. Kanaatimizce ilgili izin annenin vefatından ötürü baba tarafından kullanılsa da evlat edinme sebebiyle kullanılsa da "19- Ücretsiz doğum izni" kodu tercih edilmelidir. Bu durumda "21- Diğer ücretsiz izin," kodunun daha yerinde olacağı düşünülebilirse de 21 no'lu kod kanuna dayanmayan ücretsiz izinler için öngörülmüş olup yukarıda detaylıca açıkladığımız üzere, SGK sigortalı hakları bakımından kanuna dayalı ücretsiz izinler ile kanuna dayanmayan ücretsiz izinler arasında ayırım yapmaktadır. Nitekim 4857 s. K. m.74/f.2'de, ilk fıkrada yer alan izinler, baba tarafından kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın genel olarak "analık hâli izni" olarak adlandırılmıştır. Uygulamada da söz konusu izinler için "analık izni" ve "doğum izni" ibareleri tercih edilmektedir⁶⁵.

İşçinin ücretsiz izinde 5510 sayılı Kanun'da yer alan sosyal sigorta kollarının kapsamında olup olmadığı, uzun ve kısa vadeli sigorta kolları bakımından Kanun'un 9. maddesinde, genel sağlık sigortası bakımından ise Kanun'un 67. maddesinde öngörülmüştür.

5510 s. K. m.9/f.1, a'ya göre, iş sözleşmesi ile çalışanlar için kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren sonlanır. Oysa ifade ettiğimiz üzere ücretsiz izinde iş sözleşmesi sadece askıda olup devam etmektedir⁶⁶. Öte yandan, 5510 s. K. m.9/f.2'de, hastalık ve analık hükümlerinin uygulanmasında sigortalılığın ilgili kanunlar gereği sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde, bu hallerin sona ermesini, diğer

64 Karakaş, s. 352.

65 Bkz. Süzek (2021), 887; Çelik ve diğerleri, s. 863; Yamakoğlu/Karaçöp, s.487; Ulusoy, s.746; Yiğit/Topkaya s.59.

66 Süzek (2021), s. 521; Süzek (1989), s. 97 vd.; Eyrenci ve diğerleri, s. 169-170; Altunkaya, s. 4.

hallerde ise birinci fıkrada belirtilen tarihleri takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılacağı öngörülmüştür. Bununla birlikte, işçinin ücretsiz izni sona erdikten sonra on gün içerisinde iş ilişkisi kaldığı yerden devam ediyorsa, sigortalılık ilişkisinin sona ermesinden bahsedilemez⁶⁷. Zira işçinin örneğin grevden sonra işine dönmeye rağmen sosyal sigortalar kapsamında çıkarılması, sosyal sigortalarda zorunluluk ilkesi ve Kanun'un pek çok hükmü ile çelişki oluşturacaktır.

Esasen ilgili düzenleme irdelendiğinde sosyal sigortalar bakımından işçiler için ücretsiz iznin kanundan ya da işverenle anlaşmasından kaynaklanmasının bir değişiklik yaratmadığı görülür. Ücretsiz iznin herhangi bir kanun maddesine dayanmaması halinde analık ve hastalık sigortası bakımından nasıl bir değerlendirme yapılacağı hükümde yer alan "*Diğer hallerde ise birinci fıkrada belirtilen tarihleri takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılır.*" cümlesiyle ortaya konmuştur. Bu tarih ise, 5510 s. K. m. m.9/f.1, a'ya göre iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir. O halde eğer işçinin ücretsiz izni kanuna dayanmıyorsa, iş sözleşmesi henüz sona ermediği için işçi kısa vadeli sigorta kollarının kapsamında kabul edilmelidir. İş sözleşmesi sona erdikten sonra iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası kapsamında çıksa da on gün boyunca hastalık ve analık sigortası yardımlarından yararlanabilir. Ücretsiz izin kanuna dayanıyorsa da ulaşacağımız sonuç budur.

Her ne kadar 5510 s. K. m.9'daki düzenleme bizi bu sonuca götürse de SSİY m.14/f.4'te, kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından, 5510 s. K. m.4/f.1, a kapsamında sigortalılar için aylık prim ve hizmet belgesinde gün ve kazanç bildiriminde bulunulmaması halinde en son primin ilişkin olduğu tarih itibarıyla sigortalılığın durdurulacağı; "*ilgili kanununda*" belirtilen ücretsiz izin halinde ise, iznin sona erdiği tarih itibarıyla sigortalılığın durdurulacağı hükme bağlanmış-

tır. 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta İşlemleri Genelgesi'nde ise, ücretsiz izinlerin tespitinde 4857 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinin dikkate alınacağı belirtilmiş; ama yol izni ve 4857 sayılı Kanun'a dayanmayan diğer ücretsiz izinler sebebiyle gün ve kazanç bildirilmeyen sigortalılar için en son primin ilişkin olduğu tarih itibarıyla sigortalılık niteliğinin yitirilmiş sayılacağı ifade edilmiştir.

Kanaatimizce 5510 s. K. m.9 hükmü, Yönetmelik ve Genelgede öngörülen hükümlere cevaz verecek nitelikte açık değildir. Sosyal sigorta ilişkisinin yitirilmesi sonucu doğuran ve sosyal sigorta haklarına önemli kısıtlamalar getiren böylesi bir düzenlemenin tereddüde yer vermeyecek bir şekilde Kanun'da yer alması gerekir. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu hususu ortaya koymaktadır. Keza Sosyal Güvenlik Kurumunun yasal ücretsiz izinler bakımından sadece 4857 sayılı Kanun'u dikkate alması, 5510 sayılı Kanun m.9'a aykırı olduğu gibi, Anayasa ile güvence altına alınan eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Genel sağlık sigortası açısından konu, 5510 s. K. m.67/f.5'te öngörülen, "*4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların 4857 sayılı İş Kanununun 56 ncı ve 74 üncü maddeleri ile diğer iş kanunlarında ücretsiz izin sayılan süreler haricinde ayrıca bir takvim yılı içerisinde toplam bir ayı aşmayan ve işverenlerince belgelendirilen ücretsiz izin sürelerinde genel sağlık sigortalılıkları devam eder.*" hükmü ile düzenlenmiştir. Genel sağlık sigortasının Anayasa'da güvence altına alınan yaşam hakkı ve sağlık hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğu dikkate alındığında, kanaatimizce ilgili hükümde kanuna dayanan ücretsiz izinler ile kanuna dayanmayan ücretsiz izinler arasında ayrıma gidilmesi yerinde olmamıştır. Hükümde 4857 sayılı Kanun m.56 ve m.74'ün özel olarak ifade edilmesi de kanun değişikliği ile yeni ücretsiz izin düzenlemeleri getirilmesi durumunda, bu izinlerin madde kapsamında yer almamasına yol açmaktadır.

Ücretsiz iznin sigorta kollarından sağlanan

67 Güzel ve diğerleri, s. 175.

yardımlara hak kazanma koşullarına etkisi irdelendiğinde ücretsiz iznin en temelde, belirli oranda primde gün sayısı koşulu aranan sosyal sigorta yardımlarından yararlanmayı zorlaştırdığı görülmektedir. Zira ücretsiz izinde prim ödeme gün sayısı bulunmaz. Gerek 5510 s. K. m.24'te gerekse 5510 s. K. m.67'de, kanuna dаяnsa dahi işçinin ücretsiz izinde geçirdiği sürenin, kural olarak analık ve hastalık sigortası ile genel sağlık sigortasından yararlanma koşulları çerçevesinde, Kanun'un aradığı prim ödeme gün sayısının bulunması gereken son bir yılın hesabında dikkate alınmayacağı ortaya konmuştur. Ücretsiz izinde iş sözleşmesi sona ermediği için, malullük yahut yaşlılık aylığı veya yaşlılık sigortasında toptan ödeme yardımlarında aranan işten ayrılma koşulunu da etkilemektedir. Bu doğrultuda, işçi ücretsiz izindeyken işten ayrılma koşulunu sağlamadığı için malullük yahut yaşlılık aylığı veya yaşlılık sigortasından toptan ödeme alması mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, E. (2021). İş Hukuku. 13. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Altunkaya, S. (2020). COVID-19 Salgınının Türk İş Hukukuna Etkileri Kapsamında Ücretsiz İzin. Ünye İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi. Cilt 3, Sayı 1, s.1-14.
- Aydın, U. (2020). COVID-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt 6, Sayı 2, s. 181-214.
- Aydın, U. (2017). Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri. Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, Seminer: İstanbul 25-26 Kasım 2016. İstanbul: Beta, s. 557-868.
- Canbolat, T., Kayırgan, H. (2020). Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt 5, Sayı 1, s. 637-688.
- Çelik, N., Caniklioğlu, N., Canbolat, T. Özkaraca, E. (2021). İş Hukuku Dersleri. 34. Baskı. İstanbul: Beta.
- Esen, B. (2016). Örneklerle Türk Sosyal Sigortalar Hukukuna Göre Sigortalıların Hiç Çalışmadığı Aylarda SGK'ya Bildiriminin Usulleri. Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi. Cilt 13, Sayı 56, s. 905-922.
- Eyrenci, Ö., Taşkent, S., Ulucan, D., Baskan, E. (2020). İş Hukuku. 10. Baskı. İstanbul: Beta.
- Güzel, A., Okur, A. R., Caniklioğlu, N. (2020). Sosyal Güvenlik Hukuku. 18. Bası. İstanbul: Beta.
- Karakaş, İ. (2019). Sosyal Güvenlik El Kitabı.5. Baskı. Ankara: Gözlem Yayıncılık.
- Özdemir, C. S. (2020). Korona Virüs (Covid-19) Salgını Kapsamında Her Yönüyle Nakdi Ücret Desteği. Mali Çözüm Dergisi. Temmuz-Ağustos, s. 297-306.
- Sümer, H. H. (2020). İş Hukuku. 25. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Sümer, H. H. (2021). Sosyal Güvenlik Hukuku. 2. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Süzek, S. (2021). İş Hukuku. 21. Baskı. İstanbul: Beta.
- Süzek, S. (1989). İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi. Ankara: Savaş Yayınları.
- Tuncay, C., Ekmekçi, Ö. (2019). Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri. 20. Bası, İstanbul: Beta.
- Ulusoy T. (2017). Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi. Çalışma ve Toplum. Sayı 53. s. 741-766.
- Uşan, F., Erdoğan, C. (2020). İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yamakoğlu E.; Karaçöp E. (2014). İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları. Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları

Dergisi. Cilt 20, Sayı 1 (Özel Sayı), s. 479-507.

- Yiğit, Y. (2020). Bireysel İş Hukuku Açısından Zorlayıcı ve Zorunlu Sebeplere Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Çalışma Koşullarının Yeni Koronavirüs (COVID-19) Nedeniyle Gerçekleştirilen Son Yasal Değişiklikler Bağlamında Değerlendirilmesi. İstanbul Hukuk Mecmuası. Cilt 78, Sayı 2, s. 265-297.
- Yiğit Y., Topkaya S. (2017). Türk İş Hukuku'nda Gebe ve Emziren Anne İşçilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler. HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi. Cilt 6, Yıl 6, Sayı 14. s. 47-67.

Dr. Öğr. Üyesi Pelin TUAÇ YILMAZ*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2021/II Sayı 46: 84-102
Makale Gönderim Tarihi: 2 Kasım 2021
Makale Kabul Tarihi: 9 Kasım 2021

Sosyal Güvenlik Hakkının Düzenlendiği Uluslararası Belgelerin İç Hukuka Etkisi^{***}

Öz

Uluslararası boyut kazanan insan hakları gibi sosyal haklar da uluslararası alanda korunmaktadır. Sosyal haklar kapsamında sosyal güvenlik hakkının düzenlendiği uluslararası belgelerin taraf devletlerin iç hukuklarında nasıl bir etki doğuracağı ise temel bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşme hükümleri esas alınacaktır. Söz konusu hükmün sosyal güvenlik hukukunda uygulanması bakımından sosyal güvenlik haklarına ilişkin uluslararası belgelerin Türk pozitif hukuku açısından iç hukuktaki konumunu belirleme gereği doğmuştur.

Sosyal güvenlik hukuku meselelerinde mahkemeler bazı kararlarında sosyal güvenlik hakkının düzenlendiği uluslararası belgelere başvurmuştur. Bu çerçevede çalışmada, uyuşmazlıkların çözümünde sosyal güvenlik haklarını düzenleyen belgelerin doğrudan uygulanabilirliği meselesi inceleme konusu yapılmıştır. Aynı zamanda, sosyal güvenlik haklarına ilişkin uluslararası belgelerin Türk pozitif hukuku açısından iç hukuktaki konumunun gelişen mevzuat ve içtihatlar ışığında incelenmesi amaçlanmıştır.

Sosyal güvenlik hukuku meselelerinde mahkemeler bazı kararlarında sosyal güvenlik hakkının düzenlendiği uluslararası belgelere başvurmuştur. Bu çerçevede çalışmada, uyuşmazlıkların çözümünde sosyal güvenlik haklarını düzenleyen belgelerin doğrudan uygulanabilirliği meselesi inceleme konusu yapılmıştır. Aynı zamanda, sosyal güvenlik haklarına ilişkin uluslararası belgelerin Türk pozitif hukuku açısından iç hukuktaki konumunun gelişen mevzuat ve içtihatlar ışığında incelenmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Sözcükler:

Sosyal güvenlik hakkı, uluslararası andlaşma, iç hukuk, uluslararası sözleşmenin doğrudan uygulanması.

The Impact of International Treaties Regulating the Right to Social Security on Domestic Law

Abstract

Social rights, like human rights that have gained an international dimension, are also

protected internationally. It is a fundamental problem that how the international docu-

* Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, pelin.tuac@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3912-2569.

** Bu çalışma, "Uluslararası Belgeler Işığında Sosyal Güvenlik Hakkı: Türk Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme" konulu doktora tezinden, güncellenerek ve geliştirilerek hazırlanmıştır.

ments, which regulate the right to social security within the scope of social rights, will have an effect on the domestic laws of the states parties. Pursuant to Article 90 of the Constitution, the provisions of international conventions will be taken as the basis for disputes that may arise in the event that international agreements on fundamental rights and freedoms that have been duly put into effect and laws contain different provisions on the same subject. In terms of the implementation of the said provision in social security law, it has become necessary to determine the position of international documents on social security

rights in domestic law in terms of Turkish positive law.

In matters of social security law, courts refer to international documents that regulate the right to social security in some of their decisions. In this framework, the issue of the direct applicability of the documents regulating social security rights in the resolution of disputes has been examined. At the same time, it is aimed to examine the position of international documents on social security rights in domestic law in terms of Turkish positive law in the light of developing legislation and case law.

Keywords:

Right to social security, international agreements, domestic law, direct application of the international agreement.

Giriş

Türkiye'nin taraf olduğu ve sosyal güvenlik hukukunu kapsamına alan uluslararası belgeler, temelde üç uluslararası kuruluş tarafından düzenlenmiştir. Söz konusu belgeler, Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiştir. Sosyal güvenlik hakkının düzenlendiği uluslararası belgeler arasında ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri de bulunmaktadır¹.

Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Çalışma Örgütü gibi kuruluşların sosyal güvenlik hukukuna ilişkin düzenlemeleri genel niteliktedir. Avrupa Konseyi belgeleri ise sadece Avrupa ülkeleri için geçerli olan bölgesel nitelikte düzenlemelerdir. Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenen ve sosyal güvenlik hakkına ilişkin hükümler içeren, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Ekonomik, Sosyal ve

Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşmeye Türkiye taraf olmuştur. Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından düzenlenen ve sosyal güvenlik hakkını içeren 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin Sözleşme ile 118 sayılı Sosyal Güvenlikte Vatandaşlarla, Vatandaş Olmayanlara Eşit Muamele Yapılması Hakkında Sözleşme Türkiye tarafından onaylanmıştır. Ayrıca Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu ve Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesine de Türkiye taraf olmuştur.

Söz konusu üç kuruluşun düzenlemelerinin Türk Hukuku bakımından bağlayıcı olabilmesi için Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca onaylanması ve TBMM'nin onaylamayı bir kanun ile uygun bulması gerekmektedir. Usulüne uygun olarak yürürlüğe giren andlaşmalar kanun hükmündedir. Uluslararası belgelerin aynı konuyu düzenleyen iç hukuk kuralı ile çatışması halinde hangi kuralın uygulanacağı ya da iç hukukta boşluk olması halinde doğrudan uygulanabilir (self

1 Ülkemiz ile ikili sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanan ülke sayısı Ekim 2021 itibarıyla 34'dür (http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/emekli/yurtdisi_islemler/sosyal_guvenlik_sozlesmeleri, (28.10.2021)).

executing) nitelikte olup olmadığı hukukumuzda tartışmalı bir konudur.

Son yıllarda yargı kararlarında, özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) Sözleşmelerine yapılan atıflar nedeniyle sosyal güvenlik hakkına ilişkin uluslararası belgelerin iç hukuka etkisi ve hukukumuzda yer alan tartışmalar konunun önemini ortaya koymaktadır.

Yargı kararlarında uyuşmazlığın çözümünde uluslararası belgelerin nasıl etki edeceğini ve doğrudan uygulanabilir kabiliyetlerinin olup olmadığını belirlemek amacıyla öncelikle söz konusu belgelerin yürürlüğe girme şekilleri ve iç hukukta normlar hiyerarşisi içindeki yerinin tespiti yapıldıktan sonra sosyal güvenlik haklarını düzenleyen belgelerin doğrudan uygulanabilirliği meselesi incelenecektir. Son olarak, uluslararası belgeleri referans alan yargı kararları örneklerine yer verilecektir.

I. Uluslararası Andlaşmaların Yürürlüğe Girmesi

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Anayasa'nın 87. maddesinde sayılan görev ve yetkilerinden biri de uluslararası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmaktır. Anayasada andlaşma yapma yetkisinin, yani görüşmeler yapma ve andlaşma metnini tespit etme yetkisinin kime veya hangi organa ait olduğunu gösteren bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak uygulamada andlaşma yapma yetkisinin yürütme organına ait olduğu kabul edilmektedir². Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi³ uyarınca, uluslararası andlaşmaların parafe edilmesi, imzalanması, nota teatisine konu teşkil etmesi veya bu

andlaşmalara katılma bildirimlerinin yapılması için atanacak Türkiye Cumhuriyeti temsilcileri ve bu temsilcilerin yetkileri, Cumhurbaşkanlığı kararıyla belirlenmektedir (m. 1).

Andlaşmaların iç hukuk sisteminde bağlayıcı olması için öngörülen iki işlem vardır. Bunlar, "uygun bulma kanunu" çıkarılması ile "onay ve Resmî Gazete'de yayımlama"dır⁴. Kural olarak, andlaşmalar öncelikle TBMM tarafından uygun bulma kanunu ile kabul edilir, sonra Cumhurbaşkanınca onaylanır (Anayasa m. 90/I). Uluslararası andlaşmaların onaylanması için ayrı bir uygun bulma kanununun çıkarılması gerekmektedir. Bazı andlaşmalar için ise uygun bulma kanunu gerekmemektedir⁵.

Uluslararası andlaşmaların iç hukukla bütünleşmesi için gerekli olan birinci işlem, TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasıdır⁶. Anayasa, söz konusu yetkiyi TBMM'ye tanıdığı, 87. maddesinde de belirtmiştir. Onay, uygun bulma kanununun çıkarılması dışında, başka bir yetkili organın da işlemini gerektirmektedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisinde uygun bulma kanunu ile kabul edilen bir andlaşma artık onaylanabilir duruma gelmiştir. Andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için gerekli ikinci işlem olan onaylama ve yayımlama yetkisi, Anayasa'nın 104. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanına

2 Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 71; Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayıncılık, 13. Baskı, İstanbul 2019, s. 26; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 26. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2021, s. 370.

3 Resmî Gazete, Tarih: 15.07.2018, Sayı: 30479.

4 Mesut Gülmez, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması", İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa md. 90/son), Türkiye Barolar Birliği (TBB), Ankara, 2005, s. 44; Sur, s. 43.

5 Anayasa'nın, uygun bulma kanunu çıkarılması koşulunu aramadığı ve salt "yayımlama" ile yürürlüğe konulabilmesine olanak tanıdığı andlaşmalar: ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmeyen, kişi hâllerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmayan andlaşmalardır (Anayasa m. 90/II ve III).

6 Bir andlaşmanın uygun bulunmasına ilişkin kanun tasarılarının Mecliste görüşülmesi sırasında andlaşma metninin bir bütün olarak oylanması gerekmektedir. Böylece andlaşma metninin maddeleri tek tek oya konulamayacağı gibi bunlara ilişkin değişiklik önerileri vermek olanağı da yoktur. Dolayısıyla TBMM bir andlaşmayı ya kabul etmek ya da reddetmekten başka bir olanağa sahip değildir (Pazarcı, s. 74; Sur, s. 44).

verilmiştir. 2/7/2018 tarihli 703 sayılı KHK'nin⁷ 181. maddesiyle, "Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun"⁸ adı "Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun" şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca Kararname ile Cumhurbaşkanının "onay ve yayımlama" yetkisini Bakanlar Kurulu'yla birlikte kullanmasını öngören, Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrası, yürürlükten kalkmıştır. Yine Kararname ile Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların Cumhurbaşkanı kararı ile onaylanması düzenlenmiştir (m. 2/1). Önceki uygulamada da olduğu gibi, bir uluslararası andlaşmanın onaylanması veya bunlara katılma, onaylamanın veya katılmanın Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından bir kanunla uygun bulunmasına bağlanmıştır (m. 2/1)⁹. Aynı şekilde, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca da Cumhurbaşkanının söz konusu onaylama yetkisini kullanabilmesi için, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin andlaşmanın onaylanmasını bir kanunla uygun bulması gerekmektedir (Anayasa, m. 90/1). Söz konusu iki işlemin tamamlanmasıyla Anayasa anlamında "usulüne göre yürürlüğe koyma" gerçekleşmiş olmaktadır.

II. Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuka Etkisi

A. Genel Olarak

Çalışmada sözü edilen belgelerin iç hukuktaki yerini tespit edebilmek için öncelikle uluslararası andlaşmaların Türk normlar hiyerarşisindeki ko-

numunu düzenleyen, Anayasa'nın 90. maddesindeki düzenlemesine ve bu konudaki görüşlere değinmek gerekmektedir.

Uluslararası ilişkilerde, uluslararası andlaşmalar ulusal mevzuattan üstün kabul edilmektedir. Bir devlet, "andlaşma yükümlülüklerinden kurtulmak için ulusal mevzuatını öne süremez" (Viyanaya Sözleşmesi, m. 27)¹⁰. Dolayısıyla uluslararası andlaşmalar yasama, yürütme ve yargı organları için bağlayıcı konumdadır. Taraf devlet de andlaşmaya uygun mevzuatı oluşturma yükümlüğü altındadır¹¹.

Uluslararası andlaşmalar uluslararası alanda güçlü bir etkiye sahip olsalar da ulusal hukuk düzenleri üzerindeki etkisi hukuk sistemlerine göre değişmektedir. Bu sebeple öncelikle çözülmesi gereken sorun, ülkemizde uluslararası hukuk ile ulusal hukukun ayrı hukuk düzenlerinin mi yoksa aynı düzenin parçaları olarak mı kabul edildiğine dair hangi anlayışın benimsendiğidir. Öğretide bu konuda başlıca iki anlayış bulunmaktadır: tek düzen (monist) anlayışı ve ikili düzen anlayışı. Çözülmesi gereken bir diğer mesele, uluslararası andlaşma ile iç hukuk kuralının çatışması halinde normlar hiyerarşisine göre hangi hükme üstünlük tanınacağıdır¹².

B. Tek Düzen (Monist)-İkili Düzen (Dualist) Anlayışı

Uluslararası hukukun iç hukuka etkisi ve düzenlemeler arasındaki norm değerleri konusunda öğretide başlıca iki görüş bulunmaktadır. Tek düzen anlayışına göre (monist, tekçi görüş), dünyada tek bir hukuk düzeni bulunmaktadır. Uluslararası hukuk ve iç hukuk düzenleri bu bütünün parçalarıdır ve aynı normlar hiyerarşisi içerisinde yer almaktadırlar¹³. Böylece uluslararası hukuk

7 Resmî Gazete, Tarih: 09.07.2018, Sayı: 30473, 3. Mükerrer.

8 Kabul Tarihi: 31.05.1963, Resmî Gazete, Tarih: 11.06.1963, Sayı: 11425.

9 Değişiklikten önce, bir uluslararası andlaşmanın onaylanması kanunla uygun bulunduktan sonra, bir "Bakanlar Kurulu Kararnamesi" ile andlaşma onaylanmaktaydı.

10 Sur, s. 57; Işıl Özkan, "Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi", Yaşar Üniversitesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliğe Armağan, Cilt: 8, Yıl: 2013, s. 2137.

11 Sur, s. 58; Özkan, s. 2128.

12 Sur, s. 58.

13 Pazarcı, s. 18 vd.; Sur, s. 59 vd.; Ali Güzel, "ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı", ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve

kuralları ayrıca bir düzenlemeye gerek olmadan iç hukukta doğrudan etki (self executing) doğurabilmektedir¹⁴. Her iki hukukun da sùjeleri fertlerdir. Tek düzen anlayışının temelinde, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü fikrinin gerekçesine göre iç hukuk uluslararası hukuktan türemiştir.

İkili düzen anlayışına göre (düalist, ikici görüş), uluslararası hukuk ile iç hukuk birbirinden ayrı ve bağımsız iki ayrı hukuk düzenidir. Her hukuk düzeninin kaynakları da birbirinden farklıdır. İç hukukun kuralları önemli ölçüde devletin hâkimiyeti altında bulunan kişileri konu almaktadır. Uluslararası hukuk sistemi ise birbiriyle eşit durumda olan devletler arasındaki ilişkileri konu almaktadır¹⁵. Uluslararası hukukun kaynağı birden fazla devletin iradesidir. İç hukuk ise kaynağını kanun koyucunun iradesinden almaktadır. Dolayısıyla bağlayıcılıkları farklı olan iki hukuk düzeninin kurallarından birinin diğerine doğrudan uygulanması olanağı bulunmamaktadır¹⁶. Bu nedenle aynı içerikli bir kanun çıkarmak suretiyle uluslararası norm bir iç hukuk normuna dönüştürüldükten sonra ülkede uygulanabilecektir. İkili düzen anlayışına göre uluslararası hukuk kuralının ulusal hukukta uygulanabilmesi için ulusal hukuka atıf veya aktarma yöntemiyle dâhil edilmesi gerekmektedir¹⁷.

Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, Ankara, 1997, s. 16-19; Mustafa Çolaker, Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Andlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 10, dn. 20; Pazarı, s. 19; Serkan Odaman, "Sosyal Hukuk Uluslararası Sözleşmeler İşığında Evrensel Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi, Legal İSGHD, Sayı: 3, 2004, s. 819; Edip F. Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl: 9, 1988, Sayı: 1-3, s. 47 vd.; Özkan, s. 2128-2138.

14 Sur, s. 59

15 Pazarı, s. 18; Sur, s. 58; Güzel, s. 16-19; Çolaker, s. 9, dn. 18; Odaman, s. 818; Özkan, s. 2128-2138.

16 Öner Eyrenci, "İş Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi ve Yargı Kararları", Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, İstanbul 2016, s. 382; Odaman, s. 5; Eda Manav Özdemir, "Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinin Türk İş Hukukunda Uygulanması", *Legal İSGHD*, Cilt: 13, Sayı: 52, 2016, s. 1964.

17 Sur, s. 59; Manav Özdemir, s. 1964.

Hukuk sistemleri incelendiğinde hiçbir sistemin tümüyle tek düzen veya ikili düzen anlayışını benimsediğini söylemek zordur. Tek düzen veya ikili düzen anlayışına sahip sistemler ise gerçekte birbirine yakındır. Özellikle iş hukukunun uluslararası kaynakları ve özellikle uluslararası çalışma sözleşmelerinin etkisi bakımından ikili düzeni benimseyen sistemlerde bile yargıçlar andlaşmaları dikkate alıp, yorum aracı olarak kullanmaktadır¹⁸. Aynı şekilde, tek düzen anlayışını benimseyen sistemler için de tam bir tek düzen anlayışından bahsetmek zordur. Nitekim bir andlaşmanın ihlalinin tespiti halinde ihlali gidermeye yönelik önlemler ulusal organlar tarafından alınacaktır¹⁹.

C. Türk Hukukunda Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuka Etkisi

Öğretide Türk Hukuk sisteminin hangi anlayışı benimsediğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, Anayasanın 90. maddesine 2004 yılında eklenen son cümle, temel hak ve özgürlüklerle ilgili anlaşmalar konusunda ülkemizde tek düzen (monist) anlayışının benimsendiğini göstermektedir²⁰. Ülkemizin ikili (düalist) anlayış ağırlıklı karma sistem içinde olduğunu ileri süren bir diğer görüşe göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin belgelerde uluslararası hukukun üstünlüğü bakımından tek düzen anlayışı benimsenmiştir. Ancak uluslararası belgelerin yargı organlarını bağlaması açısından Anayasa'nın düzenlediği usuller çerçevesinde ülkemizin bu andlaşmaya taraf olması gerekliliği ikili düzen anlayışının benimsendiğini göstermektedir²¹.

Esasen Türk Hukuk sisteminin tek düzen (monist) anlayışı benimsediği görüşüne katılmaktayız. Tek düzen anlayışı uyarınca Türk hukuk sisteminde, andlaşmalar onaylanıp yürürlüğe

18 Sur, s. 60.

19 Sur, s. 61; Manav Özdemir, s. 1965.

20 Pazarı, s. 18; Sur, s. 58; Çolaker, s. 9, dn. 18; Odaman, s. 818.

21 Yusuf Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 3. Baskı, Ankara, 2015, s. 171.

girdikten sonra kanun gücünde olup tüm organ ve kişileri bağlamaktadır. Bununla birlikte, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre onaylanmış temel hak ve özgürlükleri düzenleyen andlaşmalar kanun üstünde sayılmaktadır. Andlaşma içerik ve anlatım bakımından uygun olduğu sürece kişilere subjektif haklar getirmektedir. Diğer bir ifadeyle, kendi kendine yeterli, kesin içerikli ve doğrudan hak doğuracak hükümler söz konusu ise ek düzenlemelere ihtiyaç duymadan doğrudan uygulanmaktadır (self executing)²².

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, 1961 Anayasası'ndan bu yana benimsenen temel ilke yer almaktadır: "*Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*". Söz konusu maddeye 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun"²³ 7. maddesiyle eklenen cümle ise şöyledir: "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*".

Anayasa'nın 90. maddesine bir cümle eklenmesine ilişkin maddenin gerekçesi şöyledir: "*Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir*".²⁴.

Anayasa'nın anılan 90. madde hükmünde yer alan "kanun hükmündedir" ibaresi normlar hiyerarşisi bakımından farklı yorumlara sebebiyet vermiştir. Bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi-

ne anayasaya aykırılık iddiasıyla başvurulaması sebebiyle, uluslararası andlaşmaların Türk kanunlarının üstünde bir değere sahip olduğu ifade edilmektedir²⁵. Ayrıca andlaşmanın "kanun hükmünde" kabul edilmesinin hiyerarşik konumu belirlemediğini ve "kanun ile eşit değerde" olmadığını, daha ziyade kanunlar gibi kamu organları ve kişileri bağlayıcı özelliği olduğu ifade edilmektedir. Benzer yönde bir diğer görüşte ise, andlaşmaların kendinden sonra çıkan kanunlara aykırı olması halinde uygulanmamasının anayasal düzenle çeliştiği vurgulanmıştır. Uluslararası belgelerin kanun ile değiştirilemeyeceği ve bunun sonucu olarak söz konusu belgelerin iç hukuk kurallarından üstün olduğu kabul edilmektedir²⁶.

Ancak söz konusu görüş Anayasa'nın 90. maddesinin açıklığı karşısında eleştirilmektedir. Söz konusu aksi görüşe göre, Anayasa Mahkemesine başvurulamamasının andlaşmanın hiyerarşik konumuna ilişkin bir hüküm olmadığı ifade edilmiştir²⁷. Anayasa Mahkemesine başvurulamama koşulunun, ülkemizin uluslararası alanda zor duruma düşmesini engellemek amacıyla getirildiği belirtilmektedir²⁸. Diğer bir ifade ile andlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi bu belgelerin kanunlara üstün tutulduğu anlamına gelmemektir. Aksi takdirde, Anayasa'da andlaşmaların kanun hükmünde olduğunun değil, başka anayasalarda olduğu gibi açıkça anayasaların üstünde olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, Anayasa'nın 90. maddesinin açık hükmünden, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların iç hukuk normlar hiyerarşisinde kanunla aynı seviyede bulunduğu anlaşılacak-

22 Sur, s. 61; Özkan, s. 2149.

23 Resmî Gazete, Tarih: 22.05.2004, Sayı: 25469.

24 Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", TBB Sayı: 70, 2007, s. 201.

25 Aksar, s. 183; Süleyman Başterzi, "Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuk Kuralları Çerçevesinde Kamu Görevlilerinin Toplu Pazarlık ve Toplu Sözleşme Sorunu", TISK Akademi, 2006/II, s. 32,33.

26 Eyrenci, s. 383.

27 Sur, s. 62; Hande Bahar Aykaç, "94 Sayılı ILO Sözleşmesinin Türk İş Hukukuna Etkisi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, s. 244; Sarper Süzek, İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 92.

28 Sur, s. 62; Aykaç, s. 244; Süzek, s. 92.

tadır. Dolayısıyla Anayasa, tüm organ ve kişileri bağlamakta ve söz konusu uluslararası andlaşmalara uygun hareket etme yükümlülüğü getirmektedir Kaldı ki, Anayasa'nın 90. maddesine göre, "usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası *andlaşmalar kanun hükmündedir.*" Dolayısıyla, uluslararası andlaşmalar Türk normlar hiyerarşisinde Anayasa'nın altında ve kanunlar ile aynı düzeyde yer almaktadır²⁹. Bu nedenle, uluslararası andlaşmalar, kanunların üstünde bir değere, yani anayasal değere sahip değildir. Diğer bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi tarafından kanunların anayasaya uygunluğu denetlenirken ölçü norm olarak kullanılamaz³⁰.

Kanun hükmünde kabul edilen uluslararası andlaşmaların, "andlaşma" olma özelliğini koruduğunu, "kanun" niteliğinde olmadığını belirtmek gerekmektedir. Böylece, kanun koyucu andlaşmada herhangi bir değişiklik yapamayacak³¹, Anayasa Mahkemesi de andlaşmayı iptal edemeyecektir. Sonuç olarak, Anayasada yer alan kanun hükmündedir ifadesi ve sonradan temel haklara ilişkin uluslararası andlaşmalarla ilgili maddeye yapılan ekleme birlikte değerlendirildiğinde temel haklara ilişkin andlaşmalar dışındaki andlaşmaların kanun ile eş değer olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca bu durumda, sonradan çıkarılan bir kanun ile temel hakları konu alan andlaşma dışında mevcut andlaşma hükmünün ortadan kalması mümkündür³².

1. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Andlaşmaların İç Hukuka Etkisi

Anayasa'nın 90. maddesi, temel hak ve özgürlüklere dair andlaşmaların kanunlar ile çatışması durumunda üstün tutulduklarını belirterek, ayrıcalıklı konumda olduklarını vurgulamıştır. İç hukukumuzda kullanılan "temel hak ve özgürlükler" teriminden uluslararası hukukta kullanılan "insan hakları"nın anlaşılması gerekmektedir³³. Başka

bir deyişle, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş" olmaları koşuluyla Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları andlaşmaları iç hukukumuzda Anayasa değişikliğindeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar niteliğini kazanmaktadır³⁴. Nitekim Anayasa değişikliğinin madde gerekçesinde de temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar deyimi yerine ve onunla eş anlamlı olarak "insan haklarına ilişkin... andlaşmalar" deyimi kullanılmıştır.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına getirilen değişiklik çalışmaları sırasında Komisyon tarafından, değişiklik görüşmeleri sırasında ise Meclis Genel Kurulunda verilen bir önerge ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların sınırlandırılması talep edilmiştir³⁵. 5170 sayılı Kanun ile eklenen yukarıdaki son cümle, Anayasa Komisyon Raporunda hangi andlaşmaların temel hak ve özgürlükler alanında düzenlenmiş olarak değerlendirileceğine ilişkin çekince şöyle dile getirilmiştir: "Teklifin çerçeve 7. Maddesi, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile kanunların çatışması halinde milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınmasını öngörmektedir. Bu madde üzerindeki görüşmelerde, sayısı çok fazla olan milletlerarası andlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, hangi andlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin tatad edilmesinin gerekli olduğu, üyelerimizce ifade edilmiştir. Ancak bu öneri Komisyonumuzca kabul görmemiş ve çerçeve 7. madde teklifte yer aldığı şekliyle kabul edilmiştir." Söz konusu taleplerde Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde yapılan temel hak ve özgürlükleri

29 Sur, s. 62; Gözler, 2008, 374.

30 Gözler, 2013, s. 17.

31 Sur, İç Hukuk, s. 49-50

32 Sur, s. 62.

33 Hüseyin Pazarıcı, "Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Ya-

saların Çatışması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB) Yıl: 24, Sayı: 1-2, 2004, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, s. 661 vd.; Gülmez, s. 65.

34 Pazarıcı, Andlaşmalar, s. 663; Sur, İç Hukuk, s. 50 Gülmez, s. 65.

35 TBMM, Anayasa Komisyon Raporu, Esas No: 2/278, Karar No: 20, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>, (05.07.2020); Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 83. Birleşim, 04.05.2004, s. 49-50, [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=11785&P5=](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=11785&P5=,), (05.07.2020).

düzenleyen uluslararası andlaşmaların kanun üstü sayılması teklifi getirilmiştir. Ancak her iki aşamada da öne sürülen talepler, fazla kısıtlayıcı olarak öngörülüp, dinamik bir yaklaşımı engelleyeceği gerekçesiyle kabul edilmemiştir³⁶.

Temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası andlaşmalarla düzenlenen hakların birinci ve ikinci kuşak haklar olduğu düşünülebilir. Özellikle Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi'nin kurucu belgelerinde, sosyal haklar konusunda doğrudan yükümlülük getiren hükümler bulunmadığı görülmektedir³⁷. Ancak gerek Birleşmiş Milletler Anayasası'nda gerekse Avrupa Konseyi Statüsü'nde yer alan "insan haklarına saygı" ilkesinin sosyal hakları da kapsadığı söylenebilir³⁸. Bunun yanında, Türkiye'yi hukuksal anlamda bağlayan insan hakları andlaşmaları arasında doğrudan sosyal haklara özgülenmiş olanları da bulunmaktadır. Özellikle, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi doğrudan sosyal hakları düzenleyen ve özel önem taşıyan sözleşmelerdir³⁹.

Türkiye'de ise temel hak ve özgürlükler, Anayasa'nın 17. maddesi ile 74. maddesi arasında sayılmıştır. Anayasada yer alan kişisel haklar (m. 17-40) ile sosyal ve ekonomik haklar (m. 41-65) ve siyasal haklara (m. 66-74) dair andlaşma hükümlerinin kanun hükümlerinden üstün tutulduğu ifade edilebilir⁴⁰. Örneğin ikili ticaret and-

laşmaları çalışma, sözleşme ve özel teşebbüs hürriyetiyle (m. 48) ilişkilendirilebilir.

Öğretide "Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar" ifadesi iki farklı şekilde yorumlanmaktadır. Maddenin lâfzî yorumundan yola çıkarak, bir uluslararası andlaşma, insan haklarına ilişkin olmamakla birlikte, bazı hükümlerinde insan haklarını konu almışsa, söz konusu hükümlerin kanunların üstünde olmadığı ifade edilmektedir⁴¹. Özellikle Avrupa Birliği ile aday ülkelerin yaptıkları Ortaklık Andlaşmalarında bireylere doğrudan ekonomik ve sosyal haklar tanınmaktadır. İş kurma hakkı, işçiler arasında ayırım yapma yasağı nitelikleri gereği ekonomik haklardan sayıldıkları için, söz konusu hükümlerin ulusal kanunların üstünde olup olmadığı tartışma konusu olmaktadır. Lâfzî yorumla ulaşılan sonuç, Ankara Andlaşması, Katma Protokol, Ortaklık Konseyi kararları kanunlardan daha fazla güvence getirirse de üstün tutulmaları söz konusu olamayacaktır⁴². Amaçsal yorumla yaklaşıldığında ise, temel haklara ilişkin bir hükmün insan haklarını düzenlemeyen bir andlaşmada yer alması halinde kanunlardan üstün tutulacağı sonucuna ulaşılabilir⁴³. Meclis görüşmelerinde açıklayıcı bir metin oluşturulmadığı ve fikir birliğine varılamadığı için temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların hangileri olacağı tartışma konusu olmaya devam edecektir.

Sonuç olarak temel haklara ilişkin başlıca andlaşmaların kaynağını Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Uluslararası Çalışma Örgütü gibi üç önemli örgütte bulduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır⁴⁴.

36 Kemal Başlar, "Uluslararası Andlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Denetimi Üzerine", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, Cilt: 24, Sayı: 1-2, Yıl: 2004, s.309-310; Sur, İç Hukuk, s. 50.

37 Mesut Gülmez, "Sosyal İnsan Haklarının Gelişimi Temelinde, Sosyal Devlet İçin Öneriler", Prof. Dr. Sarper Sözek'e Armağan, III, İstanbul, 2011, s. 3139-3140.

38 Gülmez, Sosyal Haklar, s. 3139; Sur, İç Hukuk, s. 50; Murat Engin, "İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine", Sosyal Güvenlik Dergisi, Ekim 2015, C: 5, S: 2, s. 15; Eyrenci, s. 384.

39 Gülmez, Sosyal Haklar, s. 3141; ayrıca bkz. Mesut Gülmez, "2000'in Başında İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye'nin Onay Durumu", Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 1, Mart 2000, s. 1-26.

40 Başlar, s. 310; Gözler, s. 375.

41 Başlar, s. 313.

42 Frank Hoffmeister, "International Agreements in The Legal Orders of The Candidate Countries", in Ott, Andres ve Inglis, Kristyn, (Eds.), Handbook On European Enlargement: A Commentary On The Enlargement Process, TMC, Asser Press, The Hague, 2002, s. 213.

43 İbrahim Şahbaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül/Ekim 54, 2004, s. 188.

44 Sur, İç Hukuk, s. 52. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin kapsamlı bir liste için bkz. Mesut Gülmez, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi,

Değinilmesi gereken bir diğer nokta ise, herhangi bir uluslararası belgenin değil, sadece "milletlerarası andlaşmalar"ın Türk kanunlarından üstün olduğudur. "Şart" terimi de genellikle çok taraflı normatif andlaşmaları ifade etmektedir. 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı ile 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı Anayasası'nın 90. maddesinde ifade edilen "andlaşma" niteliğini taşımaktadır⁴⁵. Dolayısıyla Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) çerçevesinde hazırlanan, Helsinki Sonuç Belgesi veya Paris Şartı gibi hukuksal bağlayıcılık taşımayan insan haklarına ilişkin esnek hukuk (soft law)⁴⁶ belgeleri usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşma niteliğinde olmadığı için Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanmış olan temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası andlaşmalar gibi kanun üstü değerde bulunmamaktadır⁴⁷.

2. Temel Hak ve Özgürlükleri Düzenleyen Andlaşmaların Kanunlarla Çatışması

Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların ise kanun üstü konumda olduğu yukarıda belirtilmişti. Buna göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma ile bir kanunun çatışması durumunda, kanun değil, uluslararası andlaşma uygulanacaktır. Söz konusu ifadeden anlaşılacaktır ki, kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında hiyerarşi meydana gelmiştir. Artık bu tür uluslararası andlaşmalar Türk normlar hiyerarşisinde kanunlardan daha üstündür⁴⁸.

Eylül/Ekim 54, 2004, s. 154.

45 Sur, İç Hukuk, s. 22.

46 Alan Boyle, "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", International and Comparative Law Quarterly, 1999, vol. 48, No: 4, s. 901-913.

47 Pazarıcı, Andlaşmalar, s. 663; Başlar, s. 315; Gözler, 2013, s. 9.

48 Gözler, tali kurucu iktidarın, temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası andlaşmalara kanun üstü bir değer tanıırken, bu tür andlaşmaların TBMM tarafından üye tamsayısının beşte üçü veya üçte ikisi gibi nitelikli bir çoğunlukla uygun bulunmasını şart koşmasının, normlar hiyerarşisinin mantığı bakımından daha tutarlı olacağını ifade etmiştir (Kemal Gözler, "Milletlerarası And-

Ancak temel hak ve özgürlükleri daha iyi koruyan kanunlarla daha az koruyan uluslararası andlaşmalar arasında çelişki olduğunda hangi normun esas alınacağı noktasında farklı görüşler mevcuttur. Gözler'e göre, andlaşma kanun üstü kabul edildiği için aleyhe hüküm getirirse de andlaşma uygulanacaktır⁴⁹. Sur'a göre ise, iç hukuk kuralı ile uluslararası norm arasında çelişki olduğunda, daha ileri hak ve güvence getiren norm esas alınmalıdır⁵⁰. Nitekim insan haklarına ilişkin belgelerin amacından çıkan sonucun da lehe haklar getiren normun esas alınması yönünde olduğu vurgulanmıştır. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (m. 5/II) ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde (m. 5/II), benzer hükümler bulunmaktadır. İleride çıkacak böyle bir çatışma sonucunda yargı organlarının daha az güvence sağlayan uluslararası andlaşmayı uygulama yoluna gitmemeleri için Anayasa'da gerekli değişikliklerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında, insan hakları sözleşmelerini Anayasa ile özde aynı kabul etmesi veya bazen de Anayasa'dan üstün görmesi Mahkemenin uluslararası sözleşmelere Anayasa'nın üzerinde yer verdiği anlamına gelmemektir⁵¹. Çünkü Mahkeme kararlarında insan hakları belgelerini bağımsız norm olarak kullanmamaktadır. Bir başka ifadeyle, Mahkeme kararlarını Anayasa'ya göre verirken, kararını desteklemek için uluslararası insan hakları belgelerini destek norm olarak kullanmayı tercih etmektedir⁵².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2019 yılında verdiği bir karara göre, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/son maddesi uyarınca, yöntemince

laşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?", www.anayasa.gen.tr/madde90.htm (04.07.2020)).

49 Gözler, 2013, s. 9.

50 Sur, İç Hukuk, s. 52.

51 Olgun Akbulut, "AİHS ile AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar (5) Semineri, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul 28 Şubat 2015, Ankara 2015, s. 25.

52 Akbulut, s. 25.

yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde olduğu gibi, normlar hiyerarşisi yönünden uluslararası sözleşme kurallarına, uygulamada yasal güç tanınmakta ve bu kuralların uygulanma önceliği de bulunmaktadır⁵³.

Yargıtay da verdiği kararlarında hem AİHS'ne hem de Türkiye'nin taraf olduğu diğer sözleşmelerin hükümlerine gerek yorum gerekse tanım için doğrudan atıfta bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi Yargıtay kararlarında da uluslararası sözleşmeler destek norm olarak kullanılmaktadır. Bir Yargıtay üyesinin ifade ettiği şekliyle, uluslararası insan hakları sözleşmeleri "gerekçe güçlendirici norm" olarak kullanılmaktadır⁵⁴.

3. Sosyal Haklar İçeren Uluslararası Andlaşmaların Doğrudan Uygulanabilir Olması

a. Genel Olarak

Uluslararası andlaşmaların iç hukuk kurallarıyla arasında meydana gelen hiyerarşi sorunu, doğrudan uygulanabilir olma koşulundan farklıdır. Andlaşmalar sadece devletlere yükümlülük getirmemektedir. Aynı zamanda kişilere de subjektif birtakım haklar tanıyıp, yargı organları önünde doğrudan talep edilebilme ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. Sosyal haklar içeren düzenlemeler bakımından da doğrudan uygulanabilir

olup olmadıklarının tespiti önemli bir sorun teşkil etmektedir.

Hükümlerin doğrudan uygulanır (self executing) olması için genel olarak bir andlaşmanın iç hukuk bakımından kişilere subjektif haklar tanıyabilmesi ve yargı organları tarafından hukuk normu olarak uygulanabilmesi gerekmektedir⁵⁵. Andlaşmanın doğrudan uygulanabilir olması için, hükmün yeterince somut ve hemen uygulanabilir⁵⁶ olup, bütünsel anlatımı nedeniyle başka düzenlemeye ihtiyaç göstermeyen normlara sahip olması gerekmektedir⁵⁷. Dolayısıyla andlaşma normu, Devlete ve diğer birimlere belirli bir şekilde davranma ya da davranmama konusunda açık yükümlülük getirdiği; hak sahiplerine de doğrudan talep hakkı getirecek şekilde kesin nitelik taşıdığı sürece doğrudan uygulanabilir nitelikte olmaktadır⁵⁸.

Yukarıda sayılan nitelikleri taşıyan normlara genel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sahiptir. Doğrudan sosyal haklara ilişkin hükümler içermeyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, devletlere yükümlülükler getirmenin yanında, kişilere de haklar ve yükümlülükler getirmektedir⁵⁹. Nitekim 1. maddedeki ifade söz konusu

53 "Sigortalılık süresi", uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık süresini düzenleyen 5510 Sayılı Kanun'un 38. madde hükmü; malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcını; sigortalının, 5417, 6900, 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıklara veya bu Kanuna tabi olarak malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edileceğini; kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olanların sigortalılık süresinin, 18 yaşının ikmal edildiği tarihte başlamış olacağını, bu tarihten önceki süreler için ödenen malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin, prim ödeme gün sayısı hesabına dahil edileceğini öngörürken, uluslararası sosyal güvenlik sözleşme hükümlerini saklı tutmuştur." Yargıtay HGK, 15.10.2019 Tarih, 2015/21-3362 Esas, 2019/1067 Karar (kazanci.com.tr (04.07.2020)).

54 Akbulut, s 27.

55 Sur, İç Hukuk, s. 53; Melda Sur, "Sosyal Hakların Uluslararası Alanda Korunma Sistemleri", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 19-20, 1997-1998, s. 90; Melda Sur, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, İzmir 1995, s. 56; Odaman, s. 820.

56 Uluslararası andlaşma hükümlerinin hemen uygulanabilir olması öğretide hükümlerin "dakik" olması şeklinde ifade edilmektedir. Hükmün dakik olması, taraf devletlerin başka düzenleme yapmasına gerek olmadan andlaşmanın yürürlükte bulunduğu dönemde iç hukukta doğrudan uygulanabilirliğini ifade etmektedir. Dakik ve kesin içerikli sözleşmeler daha ziyade sosyal güvenlik, çalışma koşulları, işçi-işveren ilişkileri gibi hususları düzenlemektedir (Sur, Korunma Sistemleri, s. 67).

57 Güzel, s. 24; Martin Scheinin, "Direct Applicability of Economic, Social and Cultural Rights: A Critique of the Doctrine of Self Executing Treaties", Social Rights as Human Rights: a European Challenge, Institute For Human Rights, Abo Akademi University, Abo, Finland, 1994, s. 73 vd.; Sur, İç Hukuk, s. 53; Sur, Korunma Sistemleri, s. 90; Sur, Uluslararası Kaynaklar, s. 55; Odaman, s. 820.

58 Sur, Uluslararası Kaynaklar, s. 56.

59 Sur, İç Hukuk, s. 53; Sur, Uluslararası Kaynaklar, s. 54; Odaman, s. 822. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, yargılama esasında ücretsiz tercüman sağlanmasına dair kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/III-e mad-

durumu teyit etmektedir: “Yüksek Âkit Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan her ferde işbu Sözleşmenin Birinci Faslında tarif edilen hak ve hürriyetleri tanırlar”. Taraf devletler hak ve özgürlükleri “tanımayı taahhüt ederler” ifadesi yerine “tanırlar” ifadesinin tercih edilmesi hükmün kişilere doğrudan uygulanabilirliğini sağlamaktadır⁶⁰. Özellikle zorla çalıştırma yasağına ilişkin 4. madde ile sendika hakkı hükümleri hiç kuşkuyla yer vermeyecek şekilde “doğrudan uygulanır” özelliktedir⁶¹.

Yargının, taraflarca ileri sürülmesini beklemesizin, önündeki uyuşmazlıkla ilgili uluslararası kaynak bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırması, varsa çatıştığı yasalardan daha ileri haklar ve güvenceler öngören kurallarını doğrudan uygulaması, “tekçi sistemi” benimseyen anayasal düzenleme karşısında bir yükümlülüktür⁶².

b. Sosyal Güvenlik Haklarının Düzenlendiği Andlaşmaların Doğrudan Uygulanır Olması Koşulu

Sosyal hakların düzenlendiği uluslararası belgelerin, kişisel ve siyasal haklara nazaran doğrudan uygulanabilirliğinde bazı güçlüklerle karşılaşmaktadır. Özellikle yukarıda incelenen belgelerin içerdiği sosyal haklara ilişkin normların, nitelikleri itibarıyla doğrudan uygulanabilir olması hususuna değinmekte yarar bulunmaktadır.

Genel olarak sosyal haklara ilişkin hükümler içeren sözleşmeler ulaşılması istenen hedefleri gösteren program-hükümleri niteliği taşımaktadır⁶³. Ayrıca söz konusu sözleşmeler, farklı ekonomik ve sosyal gelişmişlik düzeyine sahip ülkeler tarafından uygulanacak olmasından do-

layı esnek hükümler de içermektedir. Böylece doğrudan uygulanma olasılığı önemli ölçüde azalmaktadır. Bu sebeple getirilen yöntem, âkit devletlerin sosyal politikalarını sözleşme normları ışığında düzenlemelerini sağlamak üzere bir denetime tâbi tutulmalarını öngörmektedir⁶⁴. Kaldı ki, sosyal hakların uygulanması bakımından devletlerin yasal veya idari ek düzenlemeleri getirmesi gerekmektedir.

Yüksek yargı organlarının kararlarında, Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde taraf olduğumuz uluslararası çalışma sözleşmeleri hükümlerinin iç hukukta uygulanabilmesi için ek düzenlemelere ihtiyaç olduğunu belirtmiştir. Örneğin, Yargıtay henüz Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu çıkarılmadan önce, taraf olduğumuz uluslararası çalışma sözleşmelerindeki (87, 98 ve 151 sayılı Sözleşmeler) sendikal hakların kişilere subjektif haklar verecek nitelikte olmadığını ve yasal düzenleme getirilmeden yargı önünde bu hakların öne sürülemeyeceğini belirtmiştir⁶⁵.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, sosyal hakların bazılarının niteliklerinden dolayı doğrudan uygulanabilir olduğu savunulabilir⁶⁶. Özellikle zorla çalıştırma yasağı ile sendika, grev ve toplu pazarlık özgürlükleri bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Âkit devletlerin iç hukuklarına etki biçimi bakımından sosyal hukuku düzenleyen Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinin normları hukuki nitelikleri bakımından benzerlik göstermemektedir. Fakat bu durum örgütün temel amaç ve ilkelerdeki özdeşliğini etkilememektedir⁶⁷. Özellikle UÇÖ Anayasası aracılığıyla bu husus belirtilmektedir. Zira UÇÖ Anayasası 19/5-b maddesi, “üye ülkelerden her biri, Konferans oturumunun

desinin doğrudan uygulamak suretiyle sonuca varmıştır (12.03.1996 tarih, 1996/6-2 Esas, 1996/33 Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (24.08.2013)).

60 Sur, Uluslararası Kaynaklar, s. 55.

61 Engin, s. 16 vd.

62 Mesut Gülmez, “Ulusalüstü Sözleşmelerin Doğrudan Uygulanması Sorunu: Çelişen İki Yargıtay Kararı, İş Hukuku Öğretisi ve Bir Öneri», Çalışma ve Toplum, 2013/3, s. 48.

63 Şükran Ertürk. İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 32.

64 Odaman, s. 821.

65 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24.05.1995 Tarih, 4-367/550, YKD, Temmuz, 1995.

66 Sur, İç Hukuk, s. 54.

67 Güzel, ILO, s. 8; Ali Güzel, “Türk İş Hukukunun Avrupa Topluluğu İş Hukuku Açısından Değerlendirilmesi», 1990’lı Yıllarda Türk Çalışma Mevzuatının Avrupa Topluluğu Çalışma Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi ATMER Yayın No:1, İzmir, 1992, s.19.

kapanışından itibaren bir yıllık süre içerisinde veya istisnai koşullar nedeniyle bir yıllık süre ve konferans oturumunun kapanışından itibaren 18 ayı geçmeyecek şekilde sözleşmeyi mevzuat haline getirecek makam veya makamlara sunmayı üstlenir” hükmünü getirmektedir. Gerçekten de UÇÖ sözleşmelerinin içerdiği “sosyal haklar”ın, niteliklerinden dolayı “doğrudan uygulanabilmeleri” çok zordur ve genellikle bazı ek düzenlemelerin ve önlemlerin alınması ihtiyacı hissedilmektedir⁶⁸. Kaldı ki, niteliklerinden ötürü zaman ve koşullara bağlı olan sosyal normların, andlaşmalarda dakik hükümlerle “dondurulması”, bu hakların değişen koşullara göre ayarlanmasını ve gelişmesini engelleyecektir⁶⁹. Ayrıca uluslararası çalışma standartlarının, kişilere sübjektif haklar tanımadığı (do not grant rights to individuals) için doğrudan uygulanabilirliğinin olmadığı da vurgulanmaktadır⁷⁰.

UÇÖ sözleşmeleri bakımından yedi sözleşme temel haklar kategorisinde kabul edilmiş⁷¹. Söz konusu sözleşmelerde yer alan sendika özgürlüğü, zorla çalıştırma yasağı, fırsat ve işlem eşitliği ve çocukların çalıştırılmasının yasaklanması hususları temel hak ve özgürlükler olarak sayılmıştır⁷². Fakat temel haklara ilişkin UÇÖ sözleşmeleri-

ni bu sözleşmelerle sınırlamak mümkün değildir. Özellikle sosyal güvenlik hakkının düzenlendiği “Avrupa Sosyal Şartı”, “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı” ile “Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi”ni de temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar arasında saymak gerekmektedir⁷³.

Pozitif statü haklarından sayılan sosyal hakların devletin somut müdahâle ve düzenlemelerine ihtiyaç duydukları kabul edilir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu ayırım belirgin değildir; zira klasik hakların da hayata geçirilmesi için devletin bir takım yasal ve kurumsal önlemler alma yükümlülüğü söz konusudur⁷⁴.

Bir diğer açıdan, sosyal haklar içeren uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanabilmesi için sözleşmede yer alan normların “uygulama anında hiçbir tartışmaya fırsat vermeyecek derecede” açık, ayrıntılı ve belirli olması gerekmektedir⁷⁵. Sözleşmelerin kişilere sübjektif haklar tanıyabilmesi için normlarının açık ve somut olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, ek düzenlemelere ihtiyaç olmadan, kesin içerikli ve doğrudan hak doğuracak hükümler yer aldığı takdirde doğrudan uygulanmaya da uygun hale gelmektedir⁷⁶. Sözleşme normunun hak sahiplerine talep hakkı getirecek ölçüde kesinlik taşıması için hükümlerin yeterince açık, hemen uygulanabilir nitelikte ve yeterli bir hukuki bütünlük içinde olması gerekmektedir. Ayrıca, başka iç hukuk düzenlemeleriyle tamamlamaya gerek duyulmaksızın doğrudan uygulanabilir olması aranmaktadır⁷⁷.

Söz konusu uluslararası belgelerin genellikle soyut düzenlemeler içermesinin sebebi her devlete kendi koşullarına uygun önlemleri seçme olanağı verilmesi imkânını yaratmaktadır⁷⁸.

68 Ursula Kulke and Germán López Morales, “Social Security – International Standards and the Right to Social Security”, *Social Security as a Human Right Drafting a General Comment on Article 9 ICESCR - Some Challenges*, Eibe Riedel, (Hrsg.), Springer, Berlin, 2006, s. 96.

69 Sur, Korunma Sistemleri, s. 75.

70 Kulke ve Morales, s. 96, dn. 14.

71 Söz konusu sözleşmeler:

- 29 sayılı “Zorla Çalıştırma Sözleşmesi”
- 87 sayılı “Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi”
- 98 sayılı “Örgütlenme ve Toplu Görüşme Sözleşmesi”
- 105 sayılı “Zorla Çalıştırmanın Kaldırılması Sözleşmesi”
- 111 sayılı “İstihdam ve Meslekte Ayrımcılık Sözleşmesi”
- 138 sayılı “İstihdama Kabulde Asgari Yaş Sözleşmesi”
- 182 sayılı “En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Kaldırılması Sözleşmesi”dir. (Eyrenci, s. 385).

72 Eyrenci, s. 384; Manav Özdemir, s. 1983.

73 Sur, İç Hukuk, s. 51; Eyrenci, s. 385.

74 Sur, İç Hukuk, s. 55.

75 Odaman, s. 822.

76 Sur, Uluslararası Kaynaklar, s. 55.

77 Sur, s.62.

78 Belirtmek gerekir ki; “böyle bir sorun bütün hukuk sistemlerinde çıkmaz. Dar anlamda “hukuksal düalizm”in, yani “ikili hukuk düzeni” anlayışının benimsendiği İngiltere ve İskandinav ülkeleri gibi devletlerde, andlaşmalarda yer alan normlar, ancak çıkarılacak benzer içerikli yasalar yo-

UÇÖ'nün denetim organları da âkit devletlerin, onay işlemi dışında, kanun ya da idari işlemler yoluyla, sözleşmelerin doğrudan uygulanabilir olabilmesi için iç hukukta düzenlemeler yapmak mecburiyetinde olduklarını belirtmektedir⁷⁹. Kaldı ki, UÇÖ sözleşmelerinin yaygın ve etkili bir biçimde uygulanamamasının bir nedeni de iç hukuk düzenlemelerinin yapılmasının neredeyse kaçınılmaz olmasıdır⁸⁰. Bu sebeple, UÇÖ Yönetim Kurulu, âkit devletlerden, sözleşmenin uygulanması yolunda alınan önlemlerin belirtildiği raporlar düzenlenmesini talep etmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, sosyal haklara ilişkin uluslararası denetim mekanizmaları da klasik haklara nazaran farklıdır. Burada ne uluslararası yargı mekanizması ne de bireysel başvurunun benimsendiğini görüyoruz. Sosyal hakların denetiminde hükümetler tarafından sunulan raporlar ve kolektif şikâyet mekanizmaları tercih edilmektedir. İnsan hakları sınıflandırılması içerisinde sosyal haklara ilişkin belgelerin klasik haklardan ayrı düzenlendiği ve öngörülen uluslararası denetimin klasik haklar için öngörülenden daha zayıf olduğu eleştirilmektedir.

Anılan nedenlerle, her ne kadar UÇÖ sözleşmeleri onaylansa da, normları doğrudan uygulanabilirliğe elverişli olmadığından, uyum yasaları çıkarılmadığı sürece, sosyal güvenlik hakkını sağlarken söz konusu sözleşmelerin getirdiği güvencelerin doğrudan uygulanabilirliği noktasında sorunlarla karşılaşılması mümkündür.

UÇÖ sözleşme hükmünün, iç hukukta bir düzenleme olmadan doğrudan uygulanıp iç hukuk kuralından üstün kabul edilemeyeceği Yargıtay tarafından verilen bir kararda vurgulanmıştır⁸¹.

luyla iç hukuka dâhil edildikten sonra ulusal düzenin parçasını oluşturur". Bkz. Sur, Uluslararası Kaynaklar, s.109.

79 Odaman, s. 823.

80 Odaman, s. 823.

81 Karara uyumsuzluk konusu olayda, öncelikle çözümlenmesi gereken temel sorun; uluslararası bir sözleşmenin, iç hukuk sistemimize yansması ve sözleşme kurallarının iç hukuk kurallarına üstünlük taşıyarak uygulanma önceliği bulunup bulunmadığı konusuna yöneliktir.

"... İLO Sözleşmesi hükümlerine sonradan yaptığı yasal düzenlemelerde yer vermemiş TİS hükümlerinden, aracı

Kararda andlaşmalar ile kanun arasındaki ilişkide, eşit düzeyde normlar oldukları için, önceki norm sonraki norm ilişkisi esas alınmıştır. Diğer taraftan andlaşmanın doğrudan etkisi, iç hukukta aynı doğrultuda düzenleme olmadığı için reddedilmiştir.

Genel sağlık sigortası kapsamında verilmesi söz konusu olan edimlerle ilgili Yargıtay'ın vermiş olduğu kararları uluslararası belgeler ışığında inceleme gereği bulunmaktadır. Yargıtay'ın benzer konuları içeren kararları, davacının bakmakla yükümlü olduğu eşine alınan "portatif merdiven çıkma cihazı (yumuşak ve tek basamak modlu, güvenlik frenli)" bedelinin tahsiline karar verilmesi istemini içermektedir⁸². Kararın gerekçesinde Anayasa'nın 90. maddesine atıf yapılarak, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında 102 Nolu UÇÖ Sözleşmesi'nin 10/3. maddesinde; yapılacak yardımların, korunan kimsenin sağlığını korumaya, çalışma gücünü iadeye ve şahsi ihtiyaçlarını karşılayabilme kabiliyetini artırmaya yönelik olduğu açıklanmıştır. Sigortalı veya hak sahibine "dik pozisyonlandırma cihazı" temini yönünden; ara-

işçilerinin yararlanacağı yolunda bir ayırımı kabul etmemiştir. Sözleşmeden sonra yapılan Ulusal Hukukun açık düzenleme ve kuralları karşısında, artık, uluslararası bir sözleşme kuralına öncelik geçerlilik tanınması Anayasal sistemimize ters düşer ve kabul edilemez. Mahkemenin belirtilen ilke ve esasları dikkate almaksızın sonuca gitmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır".

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 18.10.1996 Tarih, 1996/2261 Esas, 1996/5790 Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (01.09.2021).

82 Yargıtay HGK., 04.03.2009 Tarih, 2009/10-34 Esas, 2009/104 Karar (www.legalbank.net, 15.09.2021); Yargıtay 10. HD., 12.05.2009 Tarih, 2007/22876 Esas, 2009/8710 Karar, (Çalışma ve Toplum, Sayı: 24, 2010/1, s. 445-448); Yargıtay 21. HD., 09.04.2012 Tarih, 2010/10507 Esas, 2012/5567 Karar, (Çalışma ve Toplum, Sayı: 35, 2012/4).

nacak temel unsur; iyileşmesine yardımcı olması unsurudur. İyileşmeye yardımcı olma kavramının ise, açık yasal düzenlemeler uyarınca; sağlığı koruma, çalışma gücünü yeniden kazandırma ve kendi ihtiyaçlarını görme kabiliyetini artırma olarak kabulü zorunludur; aksinin kabulü halinde iyileşme kavramına ilk günkü sağlığına kavuşma anlamının verilmesi halinde, ortez ve protez kullanımının hiçbir zaman mümkün olmayacağı hususu da açıktır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 63. maddesinde Yargıtay kararında yer alan açıklamalar doğrultusunda düzenleme bulunmaktadır. Buna göre; iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanması, temini amacıyla Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri içinde (f) bendinde ortez ve proteze yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, yukarıda özellikleri açıklanan portatif merdiven çıkma ve dik pozisyonlandırma cihazlarının bedellerinin Kurumca karşılanması hususunda aranacak şartları belirlerken 102 sayılı Sözleşme'nin "iyileşmesine yardımcı olma" unsurunun göz önüne alınması gerektiği Kararlarda vurgulanmıştır. Benzer kararları değerlendiren Akın'a göre, sigortalının tedavisinde gerekli görülerek, tıbbi yetkililer tarafından reçetelendirilen tıbbi malzeme bedelinin sosyal güvenlik hakkının özüne dokunan sınırlamalar getirilmeden Kurum'ca sağlanması gerekmektedir⁸³.

Avrupa Sosyal Şartı, o güne kadar kabul edilmiş bulunan UÇÖ sözleşmelerindeki kuralları tek bir metinde bir araya getirmeyi amaçlamıştır. Bu nedenle, hukuki nitelik bakımından UÇÖ Sözleşmeleri ile aralarında büyük bir fark bulunmamaktadır⁸⁴. Avrupa Sosyal Şartı da kişilere subjektif

haklar vermemektedir. Avrupa Sosyal Şartı'nda sadece kamu otoritesine bazı yükümlülükler getirilmiştir. Bu nedenle, Avrupa Sosyal Şartı'nda düzenlenen normların da mahkemeler önünde ek bir düzenleme olmaksızın talep edilmeleri büyük zorluk taşımaktadır⁸⁵. Avrupa Sosyal Şartı hükümleri genellikle doğrudan uygulanmaya uygun olmayan, taraf devletlerin iç hukuklarında yapacakları gerekli düzenlemeler sonucunda gerçekleştirmeleri beklenen kurallar olarak nitelendirilmektedir⁸⁶. Ancak belirtmek gerekir ki, Avrupa Sosyal Şartı gibi sosyal hakları içeren andlaşmaların ifadelerindeki genelliğin Devletleri güç duruma sokma amacı bulunmamaktadır. Aksine Devletlerin inisiyatif alanının geniş tutulması amacı gözetilmektedir⁸⁷.

Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi'nde de diğer sosyal hakları düzenleyen sözleşmelerde olduğu gibi sosyal hakların uygulanması bakımından âkit devletlere yükümlülük getirilmiştir. Fakat Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nden farklı olarak, burada özellikle gelişmekte olan ülkeler bakımından bazı istisnalar getirilmiştir. Sözleşmeye göre, her devlet "kendi imkânları ölçüsünde" gerek tek tek gerekse uluslararası işbirliği yoluyla başta yasama tedbirleri olmak üzere var olan bütün uygun araçları tüketerek Sözleşmede tanınan hakları "zaman içerisinde" sağlamak yükümlülüğü altındadır⁸⁸.

Türk Hukukunda da özellikle yargı kararları ile sosyal hakları düzenleyen sözleşmelerin Anayasa madde 90 gereğince, kanunların üstünde olduğu vurgulanmıştır. Danıştay İçtihatı Birleştirme Genel Kurulu'nun kararına göre, kanun koyucunun, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşma-

83 Levent Akın, "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Kamu-İş, Ankara 2012, s. 440.

84 Güzel, ILO, s. 24; ancak, bazı açılardan Avrupa Sosyal Şartı metni ve buna bağlı içtihat, UÇÖ sisteminden daha ileri ya da geniş bir koruma öngörmektedir. Bkz. Tekin Akıllıoğlu, "Avrupa Toplumsal Andlaşması ve Türkiye", Anayasa Yargısı No:15, Anayasa Mahkemesinin 36. Ku-

runluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara, 27-28 Nisan 1998, s. 30.

85 Sur, Uluslararası Kaynaklar, s. 111.

86 Akıllıoğlu, s. 30.

87 Sur, Korunma Sistemleri, s. 75.

88 Taraf Devletlerin bu unsuru yerine getirip getirmediğinin belirlenmesi ile ilgili olarak bkz. Robert E. Robertson, "Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the "Maximum Available Resources" to Realizing Economic, Social and Cultural Rights", HRQ, Vol. 16, No. 4, 1994, s. 693-714.

lara kanun önünde önem ve öncelik verdiği, bu konudaki iradesini açık ve net bir şekilde ortaya koyduğu belirtilmiştir⁸⁹. Bu bağlamda, temel insan haklarından biri sayılan, demokratik ve sosyal hukuk devleti olmanın en önemli göstergelerinden biri olan örgütlenme özgürlüğüne ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin uluslararası andlaşmalar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Almanya ile aramızda yapılan ikili sosyal güvenlik sözleşmesinin, Anayasa madde 90 anlamında kanunların üstünde olduğuna karar vermiştir⁹⁰. Karara konu olayda, Almanya’da geçen çalışma sürelerini borçlanan kişinin sigortalılık başlangıç tarihi 3201 sayılı “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun”a göre, borcunu tamamen ödediği tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye gidilerek bulunur. Bu uygulama sonucu sigortalının yaşlılık aylığı alma koşulları intibak tablosuna göre (5675 gün prim) ağırlaşmaktadır. Kişi, kendisine Almanya-Türkiye Sosyal Güvenlik Sözleşmesi hükümlerinin uygulanarak sigortalılık başlangıcının Almanya’da çalışmaya başladığı tarih olarak belirlenmesini istemektedir. Böylece, daha kolay koşullarda (5000 gün prim) yaşlılık aylığı alabilecektir. Yerel mahkemenin istemi kabul yolunda verdiği karar, temyizde bozulunca direnen yerel mahkeme kararı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından kabul edilir. Kararı inceleyen ve isabetli bulan *Canbolat*, Anayasa madde 90 ve bazı sosyal güvenlik sözleşmesi hükümlerine değinerek sigortalılığın başlangıcının yurt dışı hizmetler dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini ifade

etmektedir⁹¹. Kaldı ki, 2014 yılında 3201 sayılı Kanun’un 5. maddesine bu doğrultuda ek bir cümle getirilmiştir. Getirilen ek cümle ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır (3201 m. 5/V).

Yargıtay tarafından aynı konuda verilen bir başka karara göre, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*» düzenlemesinin de, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkı konusundaki uluslararası sözleşme hükmünün uygulanmasını zorunlu kıldığı gözetilerek ikili sözleşmeye üstünlük tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁹².

Yargıtay Anayasa madde 90 değişikliği gerçekleşmeden önce verdiği bir kararında ise, Anayasa hükmü ile uluslararası sözleşme hükümlerinin çatışması halinde Anayasa hükmüne geçerlilik tanınmasının gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu karara konu olay, ücrete ilişkin taraflar arasındaki uyuşmazlık; iş kazasına uğrayan bir kamu kuruluşunun aracısı işçisinin maddi zarar hesabı yapılırken, ücrete esas olarak; gerçek ücret belli iken, “UÇÖ Sözleşmesi” gereği, kamu kuruluşu işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanıp uygulanma-

89 Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 03.03.2006 Tarih, 2005/1 Esas, 2006/1 Karar., www.kazanci.com.tr (04.09.2021).

90 Yargıtay HGK., 29.09.2010 Tarih, 2010/10-472 Esas, 2010/440 Karar (Talat Canbolat, “Yurt Dışı Hizmet Borçlanması Yapanlar da Kademeli Geçişten Yararlanır ve Sigortalılığın Başlangıç Tarihi İkili Sosyal Güvenlik Andlaşmalarına Göre Belirlenir (Karar İncelemesi)», Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, III, İstanbul, 2011, s. 2242-2248).

91 Canbolat, Yurt dışı, s. 2259; Saim Ocak, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Yurt Dışı Hizmet Borçlanması Hakkında 29.9.2010 Tarihli Kararın İncelenmesi”, Çalışma ve Toplum, 2/2011, s. 311-323.

92 Yargıtay, 10. HD., 29.09.2009, 2009/9360 Esas, 2009/14802 Karar (www.kazanci.com, 29.08.2021); Yargıtay HGK, 21.03.2001 Tarih, 2001/10-232 Esas, 2001/272 Karar, (www.kazanci.com, 29.08.2021); Yargıtay 21. HD., 08.05.2008, 2007/8441 Esas, 2008/7485 Karar, (www.kazanci.com, 29.08.2021); Yargıtay HGK, 12.02.2019, 2015/21-839 Esas, 2019/136 Karar (www.kazanci.com, 29.08.2021); Yargıtay HGK, 06.04.2016, 2014/10-454 Esas, 2016/481 Karar, www.kazanci.com, 29.08.2021).

yacağı konusuna ilişkindir. Mahkeme, aracı işçisi için de; kamu kuruluşuna bağlı sendikalı işçiler yönünden uygulanan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin aynen uygulanacağını kabul etmiş ve buna göre hesaplama yapan bilirkişi raporunu hükme dayanak yapmıştır. Yerel Mahkemenin, "UÇÖ Sözleşmesi" hükümlerine iç hukuk kurallarını dikkate almadan öncelik vermesini, Yargıtay Anayasal sisteme uygun bulmamıştır. Ayrıca ücret konusunda egemen İş Hukuku kurallarına da aykırı olduğunu vurgulamıştır⁹³. Görüldüğü üzere, uluslararası sözleşmeler kanun üstünde kabul edilse de, Anayasa'nın üstünde sayılmamaktadır ve Anayasa hükmü ile uluslararası sözleşme hükümlerinin çatışması halinde Anayasa hükmüne geçerlilik tanınması gerekmektedir.

Sonuç

Sosyal haklar içinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkının yer aldığı uluslararası belgelerin iç hukukumuzda etkisi önem arz etmektedir. Anayasa'nın 90. maddesinde, temel hak ve özgürlüklere dair andlaşmaların kanunlar ile çatışması durumunda üstün tutuldukları ve ayrıcalıklı konumda oldukları belirtilmiştir. İç hukukumuzda kullanılan "temel hak ve özgürlükler" teriminden ise uluslararası hukukta kullanılan "insan hakları"nın anlaşılmasının gerektiği vurgulanmıştır. Bu durumda, bir insan hakkı olan sosyal güvenlik hakkını düzenleyen andlaşmaların da "temel hak ve özgürlükleri düzenleyen andlaşmalar" kapsamında değerlendirilmesi sonucuna varılmaktadır.

Buna göre, temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir uluslararası andlaşma ile bir kanunun çatışması durumunda, kanun değil, uluslararası andlaşma uygulanacaktır. Söz konusu ifadeden anlaşılmaktadır ki, kanunlar ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında hiyerarşi bulunmaktadır. Artık bu tür uluslararası andlaşmaların Türk normlar hiyerarşisinde kanunlardan

daha üstün olduğu kabul edilmelidir.

Sosyal hakları içeren düzenlemelerin doğrudan uygulanabilir olup olmadıklarının tespiti önemli bir sorun teşkil etmektedir. Genel olarak sosyal haklara ilişkin hükümler içeren sözleşmeler ulaşılmaması istenen hedefleri gösteren program-hükümleri niteliği taşımaktadır. Ayrıca söz konusu sözleşmeler, farklı ekonomik ve sosyal gelişmişlik düzeyine sahip ülkeler tarafından uygulanacak olmasından dolayı esnek hükümler de içermektedir. Böylece doğrudan uygulanma olasılığı önemli ölçüde azalmaktadır. Bu sebeple getirilen yöntem, üye devletlerin sosyal politikalarını sözleşme normları ışığında düzenlemelerini sağlamak üzere bir denetime tâbi tutulmalarını öngörmektedir. Ayrıca hükümlerin doğrudan uygulanır (self executing) olması için andlaşmanın iç hukuk bakımından kişilere subjektif haklar tanıması, hükmün yeterince açık ve hemen uygulanabilir nitelikte olup, bütünsel anlatımı nedeniyle başka düzenlemeye ihtiyaç göstermeyen normlara sahip olması gerektiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla andlaşma normu, Devlete ve diğer birimlere belirli bir şekilde davranma ya da davranmama konusunda açık yükümlülük getirdiği; hak sahiplerine de doğrudan talep hakkı getirecek şekilde kesin nitelik taşıdığı sürece doğrudan uygulanabilir nitelikte olmaktadır.

Yüksek yargı organlarının kararlarında, sosyal güvenlik hakkının düzenlendiği uluslararası andlaşma hükümlerinin iç hukukta uygulanabilmesi için ek düzenlemelere ihtiyaç olduğunu belirtmiştir. Gerçekten de UÇÖ sözleşmelerinin içerdiği "sosyal haklar"ın, niteliklerinden dolayı "doğrudan uygulanabilmeleri" çok zordur ve genellikle bazı ek düzenlemelerin ve önlemlerin alınması ihtiyacı hissedilmektedir. Söz konusu uluslararası belgelerin genellikle soyut düzenlemeler içermesinin sebebi her devlete kendi koşullarına uygun önlemleri seçme olanağı verilmesi imkânını yaratmaktır⁹⁴. UÇÖ'nün denetim

93 Yargıtay 21. HD., 02.11.2000 Tarih, 2000/7262 Esas, 2000/7540 Karar (www.kazanci.com, 29.08.2021).

94 Belirtmek gerekir ki; "böyle bir sorun bütün hukuk sistemlerinde çıkmaz. Dar anlamda "hukuksal düalizm" in, yani "ikili hukuk düzeni" anlayışının benimsendiği İngiltere ve

organları da âkit devletlerin, onay işlemi dışında, kanun ya da idari işlemler yoluyla, sözleşmelerin doğrudan uygulanabilir olabilmesi için iç hukukta düzenlemeler yapmak mecburiyetinde olduklarını belirtmektedir

Soyut düzenleme niteliğindeki uluslararası sözleşme normlarının, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun bazı düzenlemeleri yoluyla doğrudan uygulanabilir hale geldiğini söylemek mümkündür. Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında 102 No'lu UÇÖ Sözleşmesi'nde yer alan, yapılacak sağlık yardımlarının, korunan kimsenin sağlığını korumaya, çalışma gücünü iadeye ve şahsi ihtiyaçlarını karşılayabilme kabiliyetini artırmaya yönelik olduğuna ilişkin norm, 5510 sayılı Kanun'da yer alan düzenleme ile doğrudan uygulanabilir hale gelmiştir. Ayrıca ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri ile iç hukuk normunun çatışması halinde, sigortalı lehine hükümler getiren ikili sosyal güvenlik sözleşmesi normunun esas alındığı yargı kararları da bulunmaktadır. Buna rağmen, yargı organlarının sosyal güvenlik hakkının düzenlendiği uluslararası belgeleri referans alarak verdikleri kararların az olması bir eksiklik. Söz konusu eksikliğin giderilmesi için uluslararası belgelerin çevirilerinin yaptırılıp mahkeme kararlarında referans alınması sağlanmalıdır. Böylece, uluslararası kuruluşların denetim mekanizmaları tarafından talep edilen raporlarda ve uluslararası anlaşmaların uygulanması yolunda alınması gereken önlemlerden biri alınmış olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Olgun. "AİHS ile AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar (5) Semineri, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul 28 Şubat 2015, Ankara 2015, s. 21-52.
- Akıllıoğlu, Tekin. "Avrupa Toplumsal Anlaşması ve Türkiye", Anayasa Yargısı No:15, Ana-

İskandinav ülkeleri gibi devletlerde, anlaşmalarda yer alan normlar, ancak çıkarılacak benzer içerikli yasalar yoluyla iç hukuka dâhil edildikten sonra ulusal düzenin parçasını oluşturur". Bkz. Sur, Uluslararası Kaynaklar, s.109.

yasa Mahkemesinin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara, 27-28 Nisan 1998.

- Akın, Levent. "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Kamu-İş, Ankara 2012, s. 405-595.
- Aksar, Yusuf. Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 3. Baskı, Ankara, 2015.
- Aybay, Rona. "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", TBB Sayı: 70, 2007, s. 187-213.
- Aykaç, Hande Bahar. "94 Sayılı ILO Sözleşmesinin Türk İş Hukukuna Etkisi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, s. 241-264.
- Başlar, Kemal: "Uluslararası Anlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Denetimi Üzerine", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, Cilt: 24, Sayı: 1-2, Yıl: 2004, s. 279-336.
- Başterzi, Süleyman. "Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuk Kuralları Çerçevesinde Kamu Görevlilerinin Toplu Pazarlık ve Toplu Sözleşme Sorunu", TİSK Akademi, 2006/II, s. 14-49.
- Boyle, Alan. "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", International and Comparative Law Quarterly, 1999, vol. 48, No: 4, s. 901-913.
- Canbolat, Talat. "Yurt Dışı Hizmet Borçlanması Yapanlar da Kademeli Geçişten Yararlanırlar ve Sigortalılığın Başlangıç Tarihi İkili Sosyal Güvenlik Anlaşmalarına Göre Belirlenir (Karar İncelemesi)", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, III, İstanbul, 2011, s. 2242-2265.
- Çelik, Edip F. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl: 9, 1988, Sayı: 1-3, s. 47-56.
- Çolaker, Mustafa. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Anlaşmaların İç Hukuk-

- ta Doğrudan Uygulanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Engin, Murat. "İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine", Sosyal Güvenlik Dergisi, Ekim 2015, C: 5, S: 2, s. 9-36.
 - Ertürk, Şükran. İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
 - Eyrenci, Öner. "İş Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi ve Yargı Kararları", Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, İstanbul 2016, s. 381-396.
 - Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku, 26. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2021.
 - Gözler, Kemal. "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?", www.anayasa.gen.tr/madde90.htm (04.07.2020).
 - Gülmez, Mesut. "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması", İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa md. 90/son), Türkiye Barolar Birliği (TBB), Ankara, 2005, s. 38-82.
 - Gülmez, Mesut. "Sosyal İnsan Haklarının Gelişimi Temelinde, Sosyal Devlet İçin Öneriler", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, III, İstanbul, 2011, s. 3131-3174.
 - Gülmez, Mesut. "2000'in Başında İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye'nin Onay Durumu", Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 1, Mart 2000, s. 1-26.
 - Gülmez, Mesut. "Ulusalüstü Sözleşmelerin Doğrudan Uygulanması Sorunu: Çelişen İki Yargıtay Kararı, İş Hukuku Öğretisi ve Bir Öneri", Çalışma ve Toplum, 2013/3, s. 13-56.
 - Güzel, Ali. "ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı", ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20.Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, Ankara, 1997, s. 3-73.
 - Gülmez, Mesut. "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül/Ekim 54, 2004, s. 147-161.
 - Güzel, Ali. "Türk İş Hukukunun Avrupa Topluluğu İş Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", 1990'lı Yıllarda Türk Çalışma Mevzuatının Avrupa Topluluğu Çalışma Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi ATMER Yayın No:1, İzmir, 1992.
 - Hoffmeister, Frank. "International Agreements in The Legal Orders of The Candidate Countries", in Ott, Andres ve Inglis, Kristyn, (Eds.), Handbook On European Enlargment: A Commentary On The Enlargement Process, TMC, Asser Press, The Hague, 2002, s. 209-220.
 - Kulke, Ursula ve Germán López Morales. "Social Security – International Standards and the Right to Social Security", Social Security as a Human Right Drafting a General Comment on Article 9 ICESCR - Some Challenges, Eibe Riedel, (Hrsg.), Springer, Berlin, 2006, s. 91-102.
 - Manav Özdemir, Eda. "Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinin Türk İş Hukukunda Uygulanması", Legal İSGHD, Sayı: 52, 2016, s. 1957-2007.
 - Ocak, Saim. "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Yurt Dışı Hizmet Borçlanması Hakkında 29.9.2010 Tarihli Kararın İncelenmesi", Çalışma ve Toplum, 2/2011, s. 311-323.
 - Odaman, Serkan. "Sosyal Hukuk Uluslararası Sözleşmeler Işığında Evrensel Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi", Legal İSGHD, Sayı: 3, 2004, s. 816-834.
 - Özkan, Işıl. "Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi", Yaşar Üniversitesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevklilere Armağan, Cilt: 8, Yıl: 2013, s. 2127-2176.
 - Pazarıcı, Hüseyin Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 71; Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayıncılık, 13. Baskı, İstanbul, 2019.

- Pazarıcı, Hüseyin. "Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB) Yıl: 24, Sayı: 1-2, 2004, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, s. 651-674.
- Robertson Robert E., "Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the "Maximum Available Resources" to Realizing Economic, Social and Cultural Rights", HRQ, Vol. 16, No. 4, 1994, s. 693-714.
- Scheinin, Martin, "Direct Applicability of Economic, Social and Cultural Rights: A Critique of The Doctrine of Self Executing Treaties", Social Rights as Human Rights: a European Challenge, Institute For Human Rights, Abo Akademi University, Abo, Finland, 1994, s. 73-90.
- Sur, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayıncılık, 13. Baskı, İstanbul 2019.
- Sur, Melda. "Sosyal Hakların Uluslararası Alanda Korunma Sistemleri", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 19-20, 1997-1998, s. 65-91.
- Sur, Melda. İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, İzmir 1995.
- Süzek, Sarper. İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018.
- Şahbaz, İbrahim. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül/Ekim 54, 2004, s. 178-216.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1993.

Uygulanmakta Olan Yasal Grevin Mahkeme Kararı ile Sona Erdirilmesinin Taraf İşçi Sendikasının Yetkisini Sona Erdirip Erdirmeyeceği ve Yasal Boşluk Sorunu

Öz

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 75. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "Grev uygulayan sendikanın, yetki tespiti için başvurduğu tarihte işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde, ilgililerden biri grevin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurabilir. Mahkemece belirlenecek tarihte grevin sona ereceği ikinci fıkradaki usule göre ilan edilir." hükmüne dayanılarak davacı işveren tarafından davalı sendika aleyhine açılan "Grevin sona erdirilmesi ve yetki belgesinin geçersizliğinin tespiti" davası, Kocaeli 6. İş Mahkemesi'nce kabul edilmiş ve davalının temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nce mahalli mahkeme kararı "grevin sona erdirilmesi" yönünde onanmış, Yasa'da düzenleme mevcut olmadığı gerekçesi ile "yetki belgesinin geçersizliğinin tespiti" isteği-

nin reddi gerekirken kabulü ise bozma nedeni yapılmıştır.

Mahalli mahkemenin önceki kararında direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu'nca 6356 sayılı Yasa'nın 75. maddesinin altıncı bendinde "yetkinin sona ereceği" düzenlenmesinin yasa koyucu tarafından unutulduğu, Yasa'da açık boşluk bulunduğu, bunun yargı tarafından doldurulması gerektiği, zira grevin mahkeme tarafından sona erdirilmesi halinde yetkinin ne kadar süreceğinin belli olmadığı gerekçeleri ile mahalli mahkeme kararının onanmasına karar verilmiştir. İnceleme konumuzda çözümü gereken sorun, kanun koyucunun "bilinçli susmasının" mı yoksa "unutmasının" mı söz konusu olduğu ve mahkemenin Yasa'nın düzenlenmediği somut uyuşmazlıkta "yetkinin sona erdiğinin tespitine" karar verip vermeyeceğidir.

Anahtar Sözcükler:

Grevin sona erdirilmesi, yetki, yasal boşluk.

Whether The End of The Legal Strike in Action by Court Decision Will End The Authority of The Party Trade Union and The Issue of Legal Gap

Abstract

In accordance with the sixth paragraph of Article 75 of Act No. 6356 on Trade Unions and

Collective Labour Agreements that says "If it is determined that three-quarters of the workers

*Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı, cankayaosmanguven@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0421-4287.

in the workplace have resigned from the union membership on the date the strike union applied for authorization, one of the relevant parties may apply to the court to end the strike. The end of the strike is announced according to the procedure in the second paragraph on the date to be determined by the court.", the lawsuit filed by the plaintiff employer against the defendant union for the termination of the strike and the determination of the invalidity of the authorization certificate by the Kocaeli 6th Labor Court and upon the appeal of the defendant, the 9th Civil Chamber of the Supreme Court of Appeals. The local court decision was upheld to "end the strike", and the request for "detection of the invalidity of the authorization certificate" was rejected on the grounds that there was no regulation in the law, but the reason for annulment of the ac-

ceptance was made.

After the local court's resistance in its previous decision, the Act No. 6356 on Trade Unions and Collective Labour Agreements' 75 Article sixth clause of the "authority ends" by the General Assembly was forgotten by the legislator, there is an open gap in the law, this should be filled by the judiciary, because it is not clear how long the authority will last if the strike is terminated by the court. It was decided to uphold the decision of the local court on the grounds that it was not clear. The problem that needs to be resolved is whether the legal gap is the result of legislator's "conscious silence" or "forgetting" is in question and whether the court will decide to "determine that the authority has ended" in a concrete dispute where the law is not drawn up.

Keywords:

Ending the strike, authority, legal gap.

I. Mahkeme Kararı

T.C.

YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU

Esas No. : 2017/9-2783

Karar No. : 2017/1427

Tarihi : 22.11.2017

Dava

Taraflar arasındaki "grevin sona erdirilmesi ve yetki belgesinin geçersizliğinin tespiti" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Kocaeli 6.

İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 14.06.2016 gün ve 2016/594 E.-2016/734 K. sayılı kararın temyiz incelenmesi davalı ... vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 22.09.2016 gün ve 2016/26723 E.- 2016/16531 K. sayılı kararı ile;

"... A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde; davalı sendika üyesi işçilerin 3/4 ünün sendikadan istifa ettiklerini iddia ederek grev kararının durdurulmasını ve davalı sendikanın yetki belgesinin geçersizliğine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı taraf davacı işverenin sendikal hakları engellemek istediğini ve sendikaya üye işçi sayısının 3/4 oranında eksilmesi halinde dahi sendika-

nın yetkisinin düşmeyeceğini bu sebeple davanın usulden ve esastan reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemenin önceki kararı Dairemizin 29.03.2016 Gün, 2016/9772 Esas, 2016/7725 Karar sayılı kararıyla dava dilekçesinin davalı tarafa tebliği ile ön inceleme prosedürü işletilip duruşma açılarak tarafların açıklamaları dinlendikten sonra iddia ve savunmaları çerçevesinde deliller toplanıp bilirkişi raporu taraflara tebliğ edilerek taraflara rapora karşı itirazlarını sunma hakkı verildikten sonra oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle sair temyiz itirazları incelenmesizin bozulmuş, mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda yetki başvuru tarihi itibarıyla işyerinde 614 işçi bulunduğu bunlardan 457'sinin davalı sendika üyesi olduğu, grevin uygulamaya konduğu 04.12.2015 tarihinde ise üyelerin dörtte üçünün davalı sendikadan ayrıldıklarının tespit edildiği gerekçesiyle davanın kabulüyle grevin 10.02.2016 tarihi itibarıyla sonlandırılmasına davalı sendikanın yetki belgesinin geçersizliğine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-) Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-) Dava dilekçesinde, davalı sendikanın yetki belgesinin geçersizliğine karar verilmesi de talep edilmiştir.

6356 Sayılı Kanunda, hangi durumlarda işçi sendikasının yetkisinin hükümsüz olacağı, sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Ancak 6356 Sayılı Kanun'un 75. maddesinin son fıkrasında $\frac{3}{4}$ oranında üye kaybı olması halinde yetkinin düşeceğine dair herhangi bir hüküm getirilmemiştir. Bu sebeple yetki belgesinin bu sebeple düşeceğini kabul etmek mümkün değildir. Mahkemece yetki belgesinin geçersizliği-

ne dair talebin reddi gerekirken yetki belgesinin geçersizliğine karar verilmesi hatalıdır.

3-) Hükümün ilk fıkrasında grevin 10.02.2016 itibarıyla sonlandırılması yönünde hüküm kurulduktan sonra ikinci fıkrasında 25.06.2016 tarihinde grevin sona ermesine şeklinde grevin sona ereceği tarih itibarıyla çelişkili hüküm kurulması isabetsizdir.

4-) Gerekçeli karar başlığında dava tarihinin 22.12.2015 yerine 02.05.2016 olarak gösterilmesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..."

gerekçesiyle oyçokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Karar

Dava grevin sona erdirilmesi ve yetki belgesinin geçersizliğinin tespiti istemine ilişkindir.

Davacı şirket vekili davalı sendikanın başvurusu üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yetki tespit başvuru tarihi itibarı ile işyerinde çalışan 614 (altıyüzdört) işçiden 457 (dörtüzelliyedi) işçiyi üye kaydederek Kanunun aradığı çoğunluğu sağlayan davalı sendika lehine yetki tespiti yapıldığını, yetki tespitinin itiraz edilmeksizin kesinleşmesi üzerine davalı sendikaya yetki belgesi verildiğini, toplu iş sözleşmesine dair yasal prosedürü tamamlayan davalı sendikanın 04.05.2015 tarihinde aldığı grev kararını uygulamaya koyduğunu, ancak başvuru tarihinde 457 (dörtüzelliyedi) olan üye sayısının grevin uygulamaya konulduğu 04.12.2015 tarihinde 6 (altı)'ya düştüğünü, greve sadece 5 (beş) işçinin katıldığını, bu sebeple yetki tespit başvuru tarihindeki üye sayısının $\frac{3}{4}$ 'ünü kaybeden davalı sendikanın uygulamaya koyduğu grevin 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 75/6. maddesi hükmü uyarınca kaldırılmasına ve davalı sendikanın yetkisini

kaybettiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı ... vekili davalı sendikanın aldığı ve kesinleşen yetki uyarınca davacı şirketi toplu iş sözleşmesi görüşmelerine davet ettiğini ancak davacı işverenin sendika ile görüşmek yerine davalı sendikanın gücünü kırmaya ve toplu iş sözleşmesi görüşmelerini akamete uğratma çabası içine girdiğini, bazı işçilerin işveren ve yandaşlarının baskılarına dayanamayıp sendikadan istifa ettiğini, baskılara direnen işçilerin ise greve katıldığını, davacı işverenin kendisine ve üretimine hiçbir engeli olmayan grevin kaldırılmasını talep ederek hakkını kötüye kullandığını ayrıca 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda hüküm bulunmadığından davalı sendikanın yetkisini kaybettiğinin tespitine karar verilemeyeceğini belirterek davanın reddini istemiştir.

İkinci bozma kararı sonrasında davacı yanında davaya ferî müdahil olarak katılan ...-İş Sendikası vekili davanın reddini istemiştir.

Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra gün tayin edilip ön inceleme duruşması yapılmadan dosya üzerinden davanın kabulüne, davalı sendika tarafından davacı ... yerinde alınan grevin 10.02.2016 tarihi itibari ile sonlandırılmasına ve davalı sendikanın yetki belgesinin geçersizliğine dair verilen karar, davalı sendika vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece dava dilekçesinin davalı tarafa tebliği ile ön inceleme prosedürü işletilip duruşma açılarak tarafların açıklamaları dinlendikten, iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplandıktan ayrıca bilirkişi raporu taraflara tebliğ edilerek taraflara bilirkişi raporuna karşı itirazlarını sunma hakkı verildikten sonra oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, tarafların hukuki dinlenilme hakkını ihlal edecek biçimde dosya üzerinden yapılan inceleme ile karar verilmesinin hatalı olduğu belirtilerek bozma sebebine göre sair temyiz itirazları incelenmeksiz kararın bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkeme bozma kararına uymuş, bilirkişi raporunu davalı sendikaya tebliğ edip rapora ve davanın esasına dair beyanda bulunması için bir

haftalık süre verdikten sonra davalı sendikanın yetki tespit başvuru tarihinde 457 (dört yüzelli yedi) olan üye sayısının grevin uygulamaya konulduğu 04.12.2015 tarihinde 33 (otuz üç)'e düştüğü, 424 (dört yüz yirmi dört) işçinin sendika üyeliğinden ayrıldığı, grev yapan sendikanın yetki tespit başvuru tarihindeki üye sayısının 3/4'ünü (343 üye) kaybettiği yönünde tespit yapıldığından 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 75/6. maddesine göre davacı ... işyerinde uygulanmakta olan grevin 10.02.2016 tarihi itibari ile sonlandırılmasına, davalı sendikanın yetki belgesinin geçersizliğine dair verdiği karar, davalı sendika vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan sebeplerle oy çokluğu ile bozulmuştur.

Mahkemece bozma kararının 3 ve 4 numaralı bentlerine uyulmuş, 2 numaralı bozma nedenine yetki belgesinin hükümsüz kalacağı hâllerin 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 46/2, 47/2, 51/1, 59/4, 60/1 ve 61/3. maddelerinde düzenlendiği, Kanunun 75/6. maddesinde grevin mahkeme kararı ile sona erdirilmesi konusu kurala bağlanırken sendikanın nasıl işlem yapacağı ve yetki belgesinin akıbeti hakkında olumlu ya da olumsuz bir düzenlemeye yer verilmediği, aynı durumun 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda da söz konusu olduğu, burada açık bir boşluk olup, bunun bilinçli bir boşluk olup olmadığının kanun gerekçesinden anlaşılmadığı, konunun doktrinde de tartışmalı olduğu, grevin mahkeme kararı ile sona erdirilmesi hâlinde sendikanın yetkisinin bir süre daha devam edeceği yönünde görüşler olduğu gibi, yetki belgesinin hükümsüz kalacağı yönünde de görüşler bulunduğu, gerek 2822, gerek 6356 sayılı Kanunlarda grevin mahkeme kararı ile sona erdirilmesi hâlinde sendikanın yetki belgesinin hükümsüzlüğü ya da yetkinin ne kadar devam edeceği konusunda açık boşluk bulunduğundan, kanunun gerekçesine, benzer hükümlere bakmak ve kıyas yolu ile yorum yapmak sureti ile boşluğun doldurulması gerektiği, Kanunda benzer düzenlemelere bakıldığında grev oylaması sonucunda grev yapılmaması yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü

İçinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurulmamasının, süresi içinde grev kararının uygulamaya konulmamasının, grev kararının uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden itibaren altmış gün içinde alınmaması ve bu süre içinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilmemesinin ve grev oylaması sonucunda grevin yapılmaması kararının verilmesi ve grev kararının uygulanmaması üzerine altmış gün içinde anlaşma sağlanmamasının veya altı iş günü içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurulmamasının yetki belgesini hükümsüz kılan haller olarak düzenlendiği, bu düzenlemelerde yetki belgesinin geçersizliğinin çoğunluğu kaybetmeden sendikanın iradi bir davranışına bağlandığı, yetki belgesi alan sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmak üzere gerekli işlemleri bir an önce yapması zorunluluğu getirildiği, aksi takdirde yetki belgesinin geçersiz sayılacağına öngörüldüğü, kısaca kanunda yetki belgesinin hükümden düşmesine, grevin uygulanamaz hâle gelmesinin zorunlu bir sonucu olarak yer verildiğini, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 75/6. maddesinde sendikanın 3/4 çoğunluğu kaybetmesi hâlinde grevin sonlandırılmasının mahkeme kararına bağlandığı, sendikanın iradi bir davranışına yer verilmediği, toplu iş sözleşmesi imzalamak için en büyük silahı olan grevi uygulama şansını ve olanağını yitiren bir işçi sendikasının yetki belgesinin geçerliliğini hâlâ sürdürmesinde kanun koyucunun bir yarar görmediği, kanundaki düzenlemeler ve kanun koyucunun getirdiği sistem dikkate alındığında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 75/son maddesi uyarınca iş yerinde grev uygulaması sonucu 3/4 oranında üyesini yitiren sendikanın uygulamaya koyduğu grevin sonlandırılması yanında işçiler adına hareket gücü ortadan kalkan sendikanın yetkisinin de hükümsüz sayılmasının yerinde olacağına dair karşı oy yazısındaki görüşe aynen yer verilip, Anayasanın 54 ve 90. maddeleri hükümleri ile bu husustaki uluslararası düzenlemelere ve Anayasa Mahkemesi'nin 2013/8463 Sayılı kararındaki uluslararası sözleşmelerin iç hukukta doğrudan uygulanacağı, sendikal hakların güvencesinin Anayasa ve sendika hakkı ile ilgili uluslararası sözleşmeler

birlikte ele alınarak saptanmasının anayasal bir zorunluluk olduğu, yine sendika hakkının kapsamı belirlenirken uluslararası sözleşmelere göre kurulan denetim organlarının yorumlarının da dikkate alınması gerektiği şeklindeki tespitine de dikkat çekilerek 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 75/son maddesi uyarınca uygulamaya koyduğu greve mahkeme kararı ile son verilen sendikanın yetkisinin ne olacağı konusundaki boşluk nedeni ile hâkimin davayı reddedemeyeceği, işçi haklarının korunması, işçilerin sendika seçme özgürlüğü, uluslararası anlaşmalar, Anayasa Mahkemesi'nin 2013/8463 sayılı kararı, grev gücü olmayan sendikanın yetkisinin devam etmesinin işçiye zarar vereceği gerekçesi de eklenerek önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararı davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, somut olay bakımından yetki tespit başvuru tarihinde sahip olduğu üyelerinin 3/4'ünü kaybettiği için mahkeme kararı ile uygulamaya koyduğu grevin sona erdirilmesine karar verilen sendikanın yetki belgesinin bu sebeple geçersiz hâle gelip gelmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında işin esasına geçilmeden önce, mahkemenin birinci bozma kararına uyararak verdiği 16.06.2016 tarih ve 2016/594 E.-2016/734 K. sayılı kararında "5-Davacı tarafından bozmadan önce sarf edilen 27,70-TL peşin harç gideri, 4,10-TL vekalet harcı gideri, 44,10-TL çeşitli posta ve tebligat gideri, 300,00-TL bilirkişi ücreti toplam 375,90-TL ile bozmadan sonra sarf edilen 75,00-TL çeşitli posta ve tebligat gideri, 300,00-TL bilirkişi ücreti olmak üzere toplam 750,00-TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,..” şeklinde karar vermiş iken, bozma sonrası kurduğu direnme hükmünde "5-Davacı tarafından sarf edilen 27,70-TL peşin harç gideri, 4,10-TL vekalet harcı gideri, bozmadan önce 87,40-TL ve bozmadan sonra 22,00-TL çeşitli posta ve tebligat gideri, 300,00-TL bilirkişi ücreti toplam 141,20-TL yargılama giderinin da-

valıdan alınıp davacıya verilmesine,..” karar vermesinin, davacı şirket temyizinin olmadığı dikkate alındığında usuli bir sorun teşkil edip etmediği ön sorun olarak tartışılıp değerlendirilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca mahkemenin birinci bozma kararı sonrası verdiği kararın hüküm fıkrasının yargılama giderlerine dair “5” numaralı bendi ile direnme kararının aynı konunun yer aldığı “5” numaralı bendi arasındaki farklılığın maddi hataya dayalı olduğu ayrıca davacı şirket vekilinin temyizinin olmadığı dikkate alındığında usuli bir sorun teşkil etmediği ve ön sorun bulunmadığı oybirliği ile kabul edilerek işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

Öncelikle 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’ndaki yetki tespiti ve yetki tespitinin kesinleşmesi ile yetkinin düşeceği ve yetki belgesinin hükümsüz kalacağı hâller ve ayrıca greve dair düzenlemeler üzerinde kısaca durmakta fayda vardır.

I. Yetki Tespiti ve Kesinleşmesi, Yetki Belgesi:

Toplu iş hukukunun asıl sükreleri sendikalar dır. Birer özel hukuk tüzel kişisi olan sendikalar, üyelerinin çalışma koşullarını iyileştirmek, mevcut olanları korumak ve mensuplarının ortak menfaatlerini savunmak amacıyla kurulmuş dernek niteliğindeki kuruluşlardır. Nitekim 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 2/1-ğ maddesinde tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olarak tanımlanan sendikaların amacı, yine aynı maddede, üyelerinin ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak olarak ifade edilmiştir. Şüphesiz, sendikaların belirtilen amacı gerçekleştirebilecekleri en iyi araç, serbest toplu pazarlık hakkı çerçevesinde bağtlanacak bir toplu iş sözleşmesidir.

Toplu iş sözleşmesi ise işçi kuruluşları ile işveren kuruluşları veya işveren arasında hizmet (iş) sözleşmelerine uygulanabilecek çalışma şartlarını belirleyen ya da düzenleyen sözleşmelerdir

Toplu iş sözleşmesi işçilerle işverenler arasındaki iş ilişkisini değil, sadece bir veya birçok iş yerinde, işletmede yahut da bir iş kolunda uygulanabi-

lecek çalışma/çalıştırma şartlarını düzenlemekte; bu konuda genel, objektif ve emredici kurallar öngörmek (koymak) suretiyle tarafların üyeleri arasındaki ilişkilerin de tabi olacağı bir statü yaratmaktadır. Öte yandan, aynı zamanda ve doğal olarak toplu iş sözleşmesi onu bağtlayanlar, akit taraflar arasında da hukuki ilişkiler doğurmaktadır (Narmanlıoğlu, Ü.: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. Baskı, s.292).

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 33. maddesinde bu husus, “(1) Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine dair hükümleri içerir.

(2) Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir.” şeklinde ifade edilmiştir.

O hâlde toplu iş sözleşmesi, kanunen ehliyetli (ve yetkili) işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında, kanunun belirlediği usule (prosedüre) göre kurulan, tarafların hak ve borçları dışında taraf üyelerinin de iş ilişkilerine uygulanabilecek çalışma şartlarını düzenleyen ve yazılı şekilde yapılması gereken bir sözleşmedir (Narmanlıoğlu, age. s.295).

Görüldüğü üzere bir işçi sendikasının işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren ile Kanunun düzenlediği biçimi ile bir “toplu iş sözleşmesi” yapabilmesi için kanunen ehliyetli ve yetkili işçi sendikası olması şarttır.

Toplu iş sözleşmesi ehliyetine işçi sendikaları ile işveren ya da işverenin üyesi olduğu işveren sendikası sahiptir.

Toplu iş sözleşmesi yetkisi ise toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip kuruluş veya kişinin belli bir toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için Kanunun aradığı niteliğe sahip olmasını gösterir (Günay, C. İlhan: İş Hukuku, Yeni İş Yasaları, Ankara, 2013, s. 942).

Başka bir anlatımla, toplu iş sözleşmesinin yer bakımından konusunu oluşturacak iş yeri, iş yerleri ya da işletmede hangi sendikanın iş kolu temsil gücü ve iş yeri çoğunluğuna sahip olduğunun be-

lirlenmesine “yetki tespiti” denir.

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun “Yetki” başlıklı 41. maddesinin birinci fıkrasına göre, kurulu bulunduğu iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek iş yerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu iş yeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

Bu durumda toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip işçi sendikasının işveren ya da işverenin üyesi olduğu işveren sendikası ile toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için kurulu bulunduğu iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydetmesi gerektiği gibi, başvuru tarihi itibari ile toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek iş yerindeki işçilerin yarısından fazlasını; işletmede ise yüzde kırkını temsil etmesi gereklidir.

Toplu iş sözleşmesi yetkisi için gerekli şartları taşıdığını düşünen ve bu sebeple toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurarak yetkili olduğunun tespitini isteyebilir. İşveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverenin de Bakanlığa başvurarak yetkili işçi sendikasının tespitini istemesi mümkündür. Bakanlık, kayıtlarına göre başvuru tarihi itibarıyla bir işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiğinde, başvuruyu, iş yeri veya işletmedeki işçi ve üye sayısını, o iş kolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene altı iş günü içinde bildirir (6356 Sayılı Kanun'un 42. maddesi).

6356 Sayılı Kanun'un 43. maddesine göre ise;

(1) Kendilerine 42. madde uyarınca gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını, nedenlerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapabilir.

(2) İtiraz dilekçesi görevli makama kayıt ettiril-

dikten sonra mahkemeye verilir. Kurulu bulunduğu iş kolunda çalışan işçilerin yüzde birinden daha az üyesi bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunamaz.

(3) İtiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması hâlinde itiraz incelenmeksizin reddedilir. İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye dair itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar. Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme, duruşma yaparak karar verir ve karar temyiz edildiği takdirde Yargıtay tarafından on beş gün içinde kesin olarak karara bağlanır.

(4) 42. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikası, altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilir. Mahkeme açılan davayı o iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir. Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır.

(5) İtiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur.”

12.10.2017 tarih ve 30221 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 34. maddesiyle 43. maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikte yetki tespitine itirazlar hakkında verilecek kararlar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesinin bir ay içinde karar vereceği; bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde ise Yargıtay'ın bir ay içinde kesin olarak temyiz incelemesini hükme bağlayacağı düzenlemesi yapılmıştır.

Bu şekilde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından bir iş yerinde ya da işletmede toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğu tespit edilen işçi sendikasının yetkisi Kanunun 43. maddesi hükmü uyarınca açılan yetki tespitine itiraz davasının reddedilmesi ya da 6 iş günü içinde yetki tespitine itiraz edilmemesi halinde kesinleşecektir. Bakanlıkça kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen sendikanın yetkisi ise olumsuz yetki tespitine itirazı sonucunda yetki şartlarına sahip

olduğunu tespit eden mahkeme kararının kesinleşmesi ile kesinleşecektir.

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 44. maddesine göre ise tespit yazısına süresi içinde itiraz edilmemişse sürenin bitimini takip eden altı iş günü içinde; yapılan itiraz reddedilmişse ya da kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen sendikanın itirazı sonucunda yetki şartlarına sahip olduğunu tespit eden kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde; ilgili sendikaya, Bakanlıkça bir yetki belgesi verilir.

II. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Düzenlenen Yetkinin Düşeceği veya Yetki Belgesinin Hükümsüz Kalacağı Hâller:

Yetkisi kesinleşen ve Bakanlık tarafından kendisine yetki belgesi verilen işçi sendikasının bu aşamadan sonra toplu görüşmeye başlaması şarttır. 6356 sayılı Kanun'un 46. maddesinin birinci fıkrasına göre taraflardan biri, yetki belgesinin alındığı tarihten itibaren on beş gün içinde karşı tarafı toplu görüşmeye çağırır. Çağrı tarihi, çağrıyı yapan tarafça derhâl görevli makama bildirilir; aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise bu süre içerisinde çağrı yapılmazsa, yetki belgesinin hükmü kalmaz.

6356 Sayılı Kanun'un 47. maddesinde ise;

“(1) Çağrının karşı tarafa tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde taraflar toplu görüşmenin yer, gün ve saatini aralarında anlaşarak belirler ve bunu görevli makama yazı ile bildirir. Anlaşmaya varılamazsa, taraflardan birinin başvurusu üzerine, yapılacak ilk toplantının yeri, günü ve saati görevli makamca derhâl belirlenir ve taraflara bildirilir.

(2) İşçi sendikası, çağrı tarihinden itibaren otuz gün içinde yapılacak olan ilk toplantıya gelmez veya aynı süre içinde toplu görüşmeye başlamazsa yetkisi düşer.

(3) Toplu görüşmenin süresi, ilk toplantı tarihinden itibaren altmış gündür.”

den itibaren altmış gündür.”

hükmü bulunmaktadır.

Bunun gibi 6356 Sayılı Kanun'un 49. maddesine göre, “(1)Toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya taraflardan biri gelmez veya geldiği hâlde görüşmeye başlamazsa, toplu görüşmeye başladıktan sonra toplantıya devam etmezse veya taraflar toplu görüşme süresi içerisinde anlaşamadıkları bir tutanakla tespit ederlerse ya da toplu görüşme süresi anlaşma olmaksızın sona ererse, taraflardan biri uyuşmazlığı altı iş günü içinde görevli makama bildirir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer.”

Öte yandan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 50. maddesi hükmü uyarınca işçi sendikası ile işverenin üyesi olduğu işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren arasındaki toplu görüşme toplantılarının anlaşmazlıkla sonuçlanması ve uyuşmazlığın altı iş günü içinde görevli makama bildirilmesi hâlinde, uyuşmazlık yazısını alan görevli makam altı iş günü içinde taraflardan en az birinin katılımı ile veya katılım olmazsa resen, resmî listeden bir arabulucu görevlendirecektir. Şüphesiz ki, tarafların resmî arabulucu listesinde ismi yazılı bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde üzerinde anlaşılacak bu kişi resmî arabulucu olarak görevlendirilecektir. Resmî arabulucu tarafların anlaşmaya varması için her türlü çabayı harcayacak ve gerektiğinde onlara önerilerde bulunabilecektir. Görevi bildirim tarihinden itibaren on beş gün sürecek olan resmî arabulucunun görev süresi tarafların anlaşması hâlinde en çok altı iş günü daha uzatılabilecektir. Resmî arabuluculuk aşamasında tarafların anlaşması hâlinde taraflar arasında toplu iş sözleşmesi imzalanacak ve iş yeri ya da işletmede ilan edilecektir.

Taraflar arasında anlaşma sağlanamaması durumunda resmî arabuluculuk aşamasının anlaşmazlıkla sonuçlandığını belirleyen ve üç iş günü içinde arabulucu tarafından görevli makama bildirilecek tutanağın görevli makamca en geç üç iş günü içinde taraflara tebliği üzerine işçi sendikası Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrası hükmü

gereği altmış gün içinde grev kararı alabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya koyabilir. Bu süre içerisinde, grev kararının alınmaması veya uygulanacağı tarihin karşı tarafa bildirilmemesi hâlinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi düşer.

Uyuşmazlığın tarafı olan işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren de 60. maddesinin ikinci fıkrasına göre grev kararının kendisine tebliğinden itibaren altmış gün içinde lokavt kararı alabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya koyabilir.

İşçi sendikasının birinci fıkrada belirlenen süre içinde aldığı grev kararını, karşı tarafa bildirdiği tarihte uygulamaya koymaması hâlinde grev hakkı; işveren veya işveren sendikasının da aldığı lokavt kararını karşı tarafa bildirdiği tarihte uygulamaya koymaması durumunda lokavt düşecektir.

İşçi sendikasının süresi içinde aldığı grev kararını uygulamaya koymaması hâlinde, alınmış bir lokavt kararı yoksa veya lokavt da süresi içinde uygulamaya konulmamışsa yetki belgesinin hükmü kalmayacaktır.

6356 Sayılı Kanun'un "Grev oylaması" başlıklı 61. maddesinde;

"(1) Grev kararının işyerinde ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte birinin ilan tarihinden itibaren altı iş günü içinde işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yazılı başvurusu üzerine, görevli makamca talebin yapılmasından başlayarak altı iş günü içinde grev oylaması yapılır.

(2) Oylamaya dair itirazlar, oylama gününden başlayarak üç iş günü içinde mahkemeye yapılır. İtiraz, mahkemece üç iş günü içinde kesin olarak karara bağlanır.

(3) Oylamada grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde karar verirse, bu uyuşmazlıkta alınan grev kararı uygulanamaz. Bu durumda 60. maddenin birinci fıkrasında belirtilen sürenin sonuna kadar an-

laşma sağlanamazsa veya 51. maddenin birinci fıkrasında belirtilen süre içerisinde işçi sendikası Yüksek Hakem Kuruluna başvurmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz.

(4) İşletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına dair uyuşmazlıkta grev oylaması talebi, işletmenin her bir iş yerinin bağlı bulunduğu görevli makama yapılır. Grev oylaması isteyen işçilerin sayısının yeterli orana ulaşmış olup olmadığının tespiti ile grev oylamasının sonuçları işletme merkezinin bağlı bulunduğu görevli makamda toplanır ve toplu sonuç orada belirlenir.

(5) Grup toplu iş sözleşmesi yapılmasına dair uyuşmazlıkta grev oylaması talebi, grubun her bir işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yapılır. Grev oylaması isteyen işçilerin sayısının yeterli orana ulaşmış olup olmadığının tespiti ile grev oylamasının sonuçları her işyeri için ayrıca belirlenir." düzenlemesi bulunmaktadır.

Grev ve lokavt yasakları 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 62. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğal gazdan başlayan petrokimya işlerinde; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen iş yerlerinde; kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve hastanelerde grev ve lokavt yapılamaz.

Bakanlar Kurulu, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü iş yerlerinde grev ve lokavtı yasaklayabilir. Yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı iş günü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev ve lokavt uygulamasına devam edilir.

Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamaz.

Ayrıca Kanun'un 63. maddesi uyarınca, "(1) Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt; genel sağlığı veya millî güvenliği,

büyükşehir belediyelerinin şehir içi toplu taşıma hizmetlerini, bankacılık hizmetlerinde ekonomik veya finansal istikrarı bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı almış gün süre ile erteleyebilir. Erteleme süresi, kararın yayımı tarihinde başlar.

(2) Erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, 60. maddenin yedinci fıkrasına göre belirlenen arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için erteleme süresince her türlü çabayı gösterir. Erteleme süresi içerisinde taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme de götürebilir.

(3) Erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa, altı iş günü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer.”

Yargıtay'ın bu Kanundan doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevli dairelerinin başkanlarından başkanlık süresi en fazla olanın başkanlığında Kanunun 54. maddesinde belirlenen kurum ve kuruluşlardan Kanunun öngördüğü usule göre seçilen üyelerden oluşan Yüksek Hakem Kurulu, Kanunun 55 ve 56. maddelerinde yönetim yapısı ve çalışma esasları düzenlenen Anayasal bir kurum olup Kanun'da belirlenen prosedüre uygun olarak önüne getirilen toplu iş uyuşmazlıkları hakkında karar verir.

Kanunun 61. maddesi gereğince grev oylamasında işçi sendikasının aldığı grevin yapılmaması yönünde karar çıktığı takdirde 60. maddenin birinci fıkrasında yazılı süre içinde anlaşma sağlanamaması durumunda veya işçi sendikası grev oylaması sonucunda grev yapılmaması yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurmadığı takdirde yetkisi düşecektir.

Yine Kanunun 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca grev ve lokavtın yasak olduğu uyuşmazlıklarda 50'nci maddenin beşinci fıkrasında belirtilen tutanağın tebliğinden ya da erteleme süresinin uyuşmazlıkla sonuçlanması hâlinde sürenin bitiminden itibaren taraflardan biri altı iş günü içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Aksi takdir-

de işçi sendikasının yetkisi düşer.

Bundan başka 6356 Sayılı Kanun'un 75. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince grevi uygulayan işçi sendikasının herhangi bir sebeple kapatılması, feshedilmesi veya infisah etmesi hâllerinde grev ve alınmış bir karar varsa lokavt kendiliğinden sona erer ve yetki belgesi hükümsüz olur.

Yukarıda belirtilen normatif düzenlemelerden 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 46/2, 47/2, 49. maddelerindeki hükümlere göre taraflar arasındaki toplu görüşme aşamasında sözü edilen maddelerde belirlenen sürelerde belirli işlemlerin yapılmaması hâlinde işçi sendikasının yetkisi düşeceği gibi; toplu görüşmelerin anlaşmazlıkla sonuçlanmasından sonra resmî arabuluculuk aşamasında da anlaşma sağlanamaması hâlinde işçi sendikasının Kanunda belirlenen süre içinde grev kararı almaması veya grev kararını süresinde almasına rağmen Kanunda belirlenen süre içinde karşı tarafa bildirmemesi ya da bildirilen tarihte greve başlanmaması (bu son hâlde alınmış lokavt kararının olmaması ya da lokavtın düşmüş olması şartı ile) işçi sendikasının yetkisinin hükümsüz kalmasına yol açacaktır.

Ayrıca grev ve lokavtın yasak olduğu iş ve iş yerleri bakımından resmî arabulucunun uyuşmazlığın çözümlenemediğine dair tutanağının tebliğinden, grev ve lokavt yasağı olmamakla birlikte Bakanlar Kurulu kararı ile grev ve lokavtın ertelenmesi hâlinde ise erteleme süresinin uyuşmazlıkla sonuçlanması üzerine erteleme süresinin bitiminden itibaren altı iş günü içinde taraflardan birinin Yüksek Hakem Kuruluna başvurmaması durumunda işçi sendikasının yetkisi düşecektir.

Bunun gibi grevi uygulayan işçi sendikasının herhangi bir sebeple kapatılması, feshedilmesi veya infisah etmesi hâllerinde grev ve alınmış bir karar varsa lokavt kendiliğinden sona erer ve yetki belgesi hükümsüz olur.

III. Grev ve Kanuni Düzenlemeler:

Literatürde bazen “savaşa” benzetilen grev, gerçekten bir baskı aracıdır. Savaşta olduğu gibi, grevde de mücadeleyi haklı olan değil, en güçlü ve

dirençli olan taraf kazanır. İşin durdurulması kimi daha çok etkilerse, taleplere o taraf boyun eğmek zorunda kalacaktır. Sonuç tümü ile tarafların direnme gücüne bağlıdır (Sur, M.: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara 2017, s. 399).

Hukukumuz açısından grev hakkı dayanağını Anayasa'da bulan temel ve sosyal ekonomik bir haktır. Sendika, toplu iş sözleşmesi gibi haklarla beraber grev hakkının da içinde bulunduğu sosyal hakların karakteristik özellikleri; bunların sosyal adaletin sağlanması, sosyal eşitsizliklerin azaltılması, ekonomik yönden güçsüzlerin korunması amacını taşımalarıdır. Bu itibarla grev işçilere özgü ekonomik bir baskı aracıdır. Mevcut çalışma şartlarını beğenmeyen ve bunları düzeltmeyi amaçlayan işçiler işverenin bu talepleri ret etmesi durumunda toplu hâde işi bırakarak işvereni isteklerini kabule zorlarlar (Tuncay, A.Can/Kutsal Savaş, B.: Toplu İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul Kasım 2016, s. 373).

Grev esas itibariyle işçiler ile işverenler arasında bir güç mücadelesidir. Ücretlerinden ve bazı işçilik alacaklarından bir süre mahrum kalmayı göze alan işçiler, üretimin durması nedeni ile sermayesi atıl kalan, kârı azalan, buna karşılık masraf yapmaya devam eden, müşteri çevresini ve itibarını kaybetme riski ile karşı karşıya kalan işverenin pes ederek isteklerine boğun eğmesini ve onları kabul etmesini amaçlamaktadırlar. Görülüyor ki, grev bir amaç olmayıp toplu iş uyuşmazlığı aşamasında başvurulmuş ve işverene zarar verdiği oranda etkili olan işçilerin ve dolayısıyla işçi sendikasının tek etkin aracıdır.

Önceleri şiddet olgusu olarak kabul edilip hor görülen, hoş karşılanmayan grev, zaman içerisinde gelişim göstererek demokratik toplumlarda mesleki yararların korunması noktasında bir denge unsuru olarak kolektif olarak kullanılan, özünde "başkasına zarar verme amacı" bulunan bir özgürlük ve hak şekline bürünmüştür.

Nitekim Anayasa'nın 54. maddesinde "Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması hâlinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu

hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir.

Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz.

Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği hâller ve iş yerleri kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilerek grev hakkı düzenlenmiş, bu çerçevede içinde grev hakkı hem devlete hem de işverenlere karşı Anayasa ile koruma altına alınmıştır.

Kullanılma şartları ve kapsamının kanunla düzenlenmesi Anayasa ile öngörülen grev hakkını düzenleyen 6356 Sayılı Kanun hangi hâllerde greve başvurulabileceğini düzenlemiştir. Gerçekten de 6356 Sayılı Kanun'un 58. maddesine göre, " (1) İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle iş yerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmaması için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir.

(2) Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir.

(3) Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışıdır."

Görüldüğü üzere kanuni bir grevden söz edilebilmesi için toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde kolektif olarak kullanılması gerekir. Kanuna uygun grev kararı, yetkili işçi sendikası ile işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren arasında sürdürülen toplu görüşmelerde uzlaşmaya varılamamış ve resmî arabuluculuk aşamasında da sonuç alınmamış olması durumunda mümkündür. Tarafların resmî arabuluculuk aşamasında da anlaşamadıklarını belirleyen resmî arabulucu tutanağının görevli makam tarafından taraflara tebliğinden sonra yetkili işçi sendikasının grev kararı alma yetkisi doğar.

Grev hakkı da işçiler tarafından bu çerçevede ancak yetkili sendika tarafından kanundaki prosedüre uygun olarak alınan grev kararına istinaden kullanılabilir.

IV. Sendikal Hak ve Özgürlükler:

Modern (çağdaş) demokrasiyi kendisine şiar edinmiş devlet sistemlerinde, işçilerle işverenler arasında daha geniş bir anlatımla bağımlı çalışanlarla onları çalıştıranlar arasındaki iş ilişkileri örgütsel bağlamda söz konusu olmakta; işçiler ve işverenler iş ilişkilerinde örgütlerini (sendikalarını) ön plana çıkaran bir düzenleme eğilimi göstermektedirler. Gerçekten de, "evrensel demokrasi-lerde işçi-işveren ilişkilerinin en önemli özelliği bu ilişkilerin kişiler arasında olmaktan çok örgütler arasında düzenlenmesi" noktasında kendini göstermekte, " bu durum işçi ve işverenleri serbestçe sendika kurma, sendikalara serbestçe üye olabileme, toplu pazarlık ve grev haklarını gündeme getirmektedir (Narmanlıoğlu, age. s.8).

Sendikal hak veya sendika hakkı olarak adlandırılabilir olan bu hak birbiri içine geçmiş, bireysel ve kolektif yönü olan birçok haktan oluşan bir haklar bütünüdür. Öyle ki, birden çok sendikanın ilgililerin istemine bağlı olarak kurulabilmesini, sendikaların başta devlet olmak üzere diğer kişi ve kuruluşlara karşı bağımsız olmalarını ve temsil ettikleri grubun hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için serbestçe faaliyette bulunabilmelerini esas alan yönü bakımından kolektif olan sendika hakkı, bireyin sendikaya üye olup olma- ma, dilediği sendikaya üye olma ve istediği zaman sendika üyeliğinden çıkmayı teminat altına alan yönü bakımından ise bireyseldir.

Toplu iş sözleşmesi hakkı ise işçiler ve işverenlere karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacı ile tanınmış bir haktır.

Nitekim Anayasa'nın 51. maddesine göre, "Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara

serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz."

Bunun gibi Anayasa'nın 53. maddesinde, "İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler." hükümlerine yer verilerek, "sendika hakkı" ve "toplu iş sözleşmesi hakkı" düzenlenmiş ve Anayasal temele oturtularak en üst düzeyde koruma altına alınmıştır.

Hemen belirtelim ki Türkiye, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün 87 Sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi ile 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmelerini kabul etmiştir.

3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe konulan ve ülkemiz tarafından 1954 yılında onaylanan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)'nin 11/1. maddesinde "Herkesin barışçıl amaçlarla toplanma ve başkalarıyla dernek kurma özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak, yine herkesin çıkarlarını korumak amacı ile sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını da içerir."

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ise 5 ve 6. maddelerine çekince konulmak sureti ile imzalanmış ve iç hukuka dâhil edilmiştir.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere dair milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi sebebiyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.» hükmüne yer verilmiştir.

V. Somut Uyuşmazlıkla İlgili Düzenlemeler:

6356 Sayılı Kanun'un 75. maddesinin altıncı fıkrasında "Grevi uygulayan sendikanın, yetki tespiti

için başvurduğu tarihte işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti hâlinde, ilgililerden biri grevin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurabilir. Mahkemece belirlenecek tarihte grevin sona ereceği ikinci fıkradaki usule göre ilan edilir.” hükmü ile, yetki tespit başvuru tarihinde sahip olduğu üyelerinin 3/4’ünü kaybeden işçi sendikasının aldığı ve uygulamaya koyduğu grevin mahkeme kararı ile sona erdirilmesi düzenlenmiş olup, bu durumda işçi sendikasının yetkisinin devam edip etmeyeceği, başka bir deyişle yetki belgesinin hükümden düşüp düşmeyeceği konusunda bir hükme yer verilmemiştir.

6356 Sayılı Kanun’un 81. maddesiyle yürürlükten kaldırılan 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun aynı konuyu düzenleyen 51. maddesinin son fıkrasında da “Grevi uygulayan sendikanın, bu grevin uygulandığı işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde, ilgililerden biri grevin sona erdirilmesi için 15. maddeye göre yetkili mahkemeye başvurabilir. Mahkemece belirlenecek tarihte grevin sona ereceği birinci fıkradaki usul uyarınca ilan edilir.” hükmü bulunmasına rağmen, grevi uygulayan sendikanın üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrılması nedeni ile uygulamakta olduğu grevin mahkeme kararı ile sona erdirilmesi durumunda sendikanın yetkisinin akıbeti hakkında düzenleme yapılmamıştır.

Gerek hâlen yürürlükte bulunan 6356 Sayılı Kanun’un 75/6, gerekse mülga 2822 Sayılı Kanun’un 51/son fıkrası hükümlerinde dörtte üç oranında üye çoğunluğunu kaybettiği için uyguladığı grevin mahkeme kararı ile sonlandırılmasına karar verilen işçi sendikasının yetki belgesinin akıbeti ile ilgili doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

VI. Doktrindeki Görüşler:

Yetkinin düşmesi gerektiğini savunan ilk görüşe göre, her ne kadar 6356 Sayılı Kanunda yetki belgesinin hükümsüz sayılacağı hâller belirtilirken örneğin yetki belgesi alındıktan sonra on beş gün içinde çağrı yapılmaması (madde 46); çağrı tari-

hinden itibaren işçi sendikasının otuz gün içinde toplantıya gelmemesi (madde 48); uyuşmazlığın altı iş günü içerisinde görevli makama bildirilmemesi (madde 49); grev yasaklarında; grev oylamasında greve hayır çıkması hâlinde, Bakanlar Kurulu’nun grevi ertelemesi sonunda 6 iş günü içerisinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurulmamış olması (madde 51); süresinde grev kararının alınmamış ve bildirilen tarihte grevin başlatılmaması (madde 60/7,4) hâllerinde olduğu gibi dörtte üç üye kaybı sebebiyle grevin mahkeme kararı ile kaldırılması durumunda sendikanın yetkisinin düşeceğine dair açık bir yasa hükmü mevcut değil ise de bu konuda yasal sistemin dayandığı esaslardan yola çıkılarak bir sonuca varmak gerektiği, süresinde grev kararı almayan ve uygulamayan sendikanın yetkisinin düşeceğinin kabul edildiği bir sistemde, üstelik de mahkeme kararı ile iş yerinde üye tabanı kalmadığı için grev uygulaması kaldırılan bir sendikanın yetkisinin düşeceğinin evleviyetle söylenebilmesi gerektiği, kaldı ki aksine yorumun toplu iş sözleşme sisteminin tıkanmasına yol açacak sonuçlar da doğurabileceği, gerçekten iş yerinde yetki belgesine sahip bir sendika varken Bakanlığın bir başka işçi sendikasının yetki başvurusunu işleme koyması ve bir başka işçi sendikasına yetki vermesinin mümkün olmadığı, iş yerinde çalışanların büyük çoğunluğunun üye olarak kalmak istemedikleri uyguladığı greve de katılmadıkları bir durumda, hâlâ sendikanın yetkisinin devam ettiğini ileri sürmenin, iş yerinde yeni ve belki de daha etkili olabilecek başka bir sendikal örgütlenmenin önünün tıkanması ve iş yerinin etkili bir sendikal düzenin dışında tutulması sonucunu doğuracağı, bunun ise Anayasa’nın sendikal örgütlenmeyi bir hak olarak tanıdığı bir sistem içerisinde böyle bir sonucun kabul edilmesinin isabetli bir yorum tarzı olmadığı, ayrıca böyle bir yorumda, toplu iş sözleşmesi yetkisinin daha ne kadar süre geçerliliğini devam ettireceği sorusunun cevapsız kalacağı belirtilmiştir (Şahlanan, F.: Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Aylık Dergisi, Tekstil İşveren Hukuk 115, sayı 431, Temmuz-Ağustos 2017, s. 1-5.).

Aynı yönde diğer bir görüş ise, grevi uygulayan sendikanın dörtte üç oranında üye kaybı sebebiyle

grevin mahkeme kararı ile ortadan kaldırılması-
nın yetki belgesinin geçerliliğine etkisi konusun-
da 2822 Sayılı Kanunda bir hüküm bulunmadığı,
bu konuda tüm sistemin dayandığı esaslar göz
önünde bulundurulur bir sonuca varılması ge-
rektiği, üyeliğe bağlı ve sendikanın temsil gücü
esasına dayalı bir sistemi benimseyen 2822 Sayılı
Kanun'un hiçbir yerinde sendikanın üye kaybının
yetki belgesinin geçerliliği üzerinde ve toplu iş
sözleşmesi prosedürünün yürütülmesi konusunda
olumsuz bir etkisi olacağı düzenlenmemiş iken,
51. maddede dörtte üç gibi yüksek bir oranda üye
kaybının grevin sürdürülmesine engel olduğunun
hükme bağlandığı, zira bu olasılıkta üye kaybı o
denli fazladır ki, Kanun bu durumda iş yerinde ta-
banı kalmayan ve artık iş yerindeki işçiler adına
hareket etme gücünü yitiren bir sendikanın grev
gibi önemli bir hakkı sürdürmesine izin vermediği,
buradan hareketle işçileri temsil yeteneğini yitir-
diği için grevi sürdürmesi mahkeme kararı ile en-
gellenen bir işçi sendikasının hâlâ işçiler için toplu
iş sözleşmesi imzalayabilmesini ve onlar için kural
koyabilmesini kabul etmenin evleviyetle mümkün
olmadığı, bu yorumu Kanunun sisteminde de ye-
rini bulduğunu, Kanunda yetki belgesinin geçer-
liliğini yitirmesinin iki temel hâlde kabul edildiği,
bunlardan ilkinde, üzerine düşen yükümlülükle-
rini yerine getirmeyerek süresinde çağrıda bulun-
mayan, süresinde toplu görüşmeye gelmeyen,
işçilerin "greve hayır" kararına rağmen süresinde
Yüksek Hakem Kuruluna başvurmayan işçi sendi-
kasının yetkisini yitireceğinin düzenlendiği; ikin-
cisinde süresinde grev kararı almadığı için grevi
uygulayamayan, grev kararını süresinde uygula-
maya koymadığı için artık greve gitmesi mümkün
olmayan işçi sendikasının yetki belgesinin de ge-
çerliliğini yitireceğinin hükme bağlandığı, başka
bir anlatımla Kanunda yetki belgesinin hükümden
düşmesine, grevin uygulanamaz hâle gelmesinin
zorunlu sonucu olarak yer verildiği, bu düzenle-
mesiyle Kanunun toplu iş sözleşmesi imzalayabil-
mesi için en büyük silahı olan grevi uygulama şan-
sını ve olanağını yitiren bir işçi sendikasının yetki
belgesinin geçerliliğini hâlâ sürdürmesinde bir
yarar görmediği, üye kaybı olmaksızın salt sürele-

re uymadığı için grevi uygulama olanağını yitiren
bir işçi sendikasının yetki belgesinin geçerliliğini
devam ettirmesine izin verilmeyen bir yasal sistem
içerisinde, yüksek oranda üye kaybı ve işçiler adı-
na hareket etme gücünü yitirmesi nedeni ile grevi
sürdürme olanağını hem de mahkeme kararı ile yi-
tiren işçi sendikasının yetki belgesinin geçerliliğini
devam ettirmesine izin verilmesinin düşünüleme-
yeceği, aksine yorumun toplu sözleşme sisteminin
tıkanmasına yol açacak sonuçlar doğurabileceği,
iş yerinde yetki belgesine sahip sendika varken
Bakanlığın başka bir sendikaya yetki vermesinin
mümkün olmadığı, iş yerinde çalışanların üye ola-
rak kalmak istemedikleri ve böyle bir sendikanın
uyguladığı greve de katılmadıkları bir durumda
hâlâ sendikanın yetkisinin devam ettiğini ileri
sürmenin, iş yerinde yeni ve belki de daha etkili
bir sendikal örgütlenmenin önünün tıkanması ve
iş yerinin etkili bir sendikal düzenin dışında tutul-
ması sonucunu doğuracağını, Anayasa'nın sendi-
kal örgütlenmeyi bir hak olarak tanıdığı bir sistem
içerisinde böyle bir sonucun kabul edilmesinin
düşünülemeyeceğini, yetkinin devam edeceğinin
kâbulü hâlinde toplu iş sözleşmesi yetkisinin daha
ne kadar süre geçerliliğini devam ettireceği soru-
sunu da yanıtızsız bıraktığı, bu sebeple 51. maddede
iş yerinde grev uygulayan bir sendikanın dörtte üç
oranında üye kaybına uğraması ve işçiler adına
hareket etme gücünü yitirmesi sebebiyle grevin
mahkeme kararı ile ortadan kaldırılmış olmasının
sendikanın toplu sözleşme yetkisinin de sona er-
diğinin yargı kararı ile tespiti anlamına geleceği
görüşü ileri sürülmüştür (Ekmekçi, Ö.: Legal YKI
2006/2 242-244).

Kanunda açık düzenleme olmaması nedeni ile
yetki belgesinin geçersiz olmayacağı yönündeki
görüşte ise sendikanın üye sayısının dörtte üçünü
kaybetmesi halinde yetki belgesinin hükmünün
ne olacağı konusunun da oldukça önemli olduğu,
burada bir boşluk bulunduğu, ancak yetki belge-
sinin düşeceğini savunmanın mümkün olmadığı,
her ne kadar bu kadar çok işçinin ayrılmış olması
bir taban yokluğuna, sendikanın iş yerindeki des-
tekten yoksun kalmasına ve grev gibi önemli bir
mücadele aracının elinden alınması sonucunu do-

ğuruyorsa da yetkinin yine de düşmeyeceği, zira 2822 Sayılı Kanunda yetkinin hangi hâllerde düşeceğinin tek tek sayıldığı, böyle bir düzenlemeye bu maddede yer verilmediği, kaldı ki kanun koyucu grev gibi önemli bir mücadele aracının işçi sendikasının elinden alınmasını bir noksanlık olarak değerlendirseydi, grev oylamasında “hayır” çıkması durumunda da yetkinin hükümsüz kalacağını belirteceği, tam aksine grev oylamasında “hayır” çıkması durumunda yetki belgesinin düşmediği, belli bir süre müzakere ve en nihayet anlaşma olmazsa toplu iş sözleşmesinin Yüksek Hakem Kurulunca çözümlenmesinin öngörüldüğü, bu hâlde yetki belgesinin akıbeti hakkında kanun koyucunun bir düzenlemeye gitmesi gerektiği savunulmuştur (Güler, Ş.: Sendikanın Üye Kaybı Sebebiyle Yasal Grevin Sona Erdirilmesi, Çalışma ve Toplu Dergisi, sayı 30, s. 291-306).

Bu yönde başka bir görüşte ise grevin kaldırılmasının yetki belgesini etkilemeyeceği, zira farklı olsaydı yasada belirtilmesi gerektiği, sendikanın yetkisinin düşeceği hâllerin 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun çeşitli hükümlerinde yer aldığı, esas itibarıyla gecikmeden toplu görüşme çağrısında bulunmak (m.17/ I-II), toplantıya katılmak (m.19/III), grev oylaması sonucu Yüksek Hakem Kuruluna başvurmak (m.36/III); grev kararı almak (m.27/II) ve grevi uygulamaya koymak (m.37/II) için öngörülen sürelerden birinin geçirilmesi durumlarında yetki düştüğü, öğretide sendikanın dörtte üç gibi yüksek bir oranda üye kaybı durumunda, mahkeme kararıyla grevin düşmesi ile birlikte sendikanın yetkisinin de düşmesi gerektiği, zira bu durumda “işçileri temsil yeteneğini yitirdiği için grevi sürdürmesi mahkeme kararıyla engellenen bir işçi sendikasının halâ işçiler için toplu iş sözleşmesi imzalayabilmesi ve onlar için kural koyabilmesini kabul etmenin evleviyetle mümkün olmadığı ileri sürülmesine rağmen sistemin şekilci olduğu kadar güven ve istikrarı da gözettiği, toplu sözleşme bağtlama yetkisi bakımından başvuru tarihindeki şartlar esas alınarak sonraki değişikliklerin dikkate alınmamasının tercih edildiği, buna karşılık grev uygulamasının farklı olduğu, grevin önemli sosyal ve ekonomik

sonuçları ile getirdiği sorumluluk dikkate alınarak, temsil gücünü önemli ölçüde yitiren bir örgütün kararlaştırdığı eylemin mahkeme kararıyla sona erdirilmesinin öngörüldüğü, bu durumun toplu iş sözleşmesi yetkisinden farklı olduğu, toplu sözleşme yetkisinin de yitirilmesinin düşünülebileceği ancak bunun için bir yasa değişikliği gerektiği, örneğin yasaya eklenen bir hükümlerle sendikanın grev esnasında dörtte üç oranında üye kaybı durumunda yetkinin de düşeceği öngörülebileceği ileri sürülmüştür (Sur, M: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Toplu İş İlişkileri, Ankara, TİSK, Yayın No:299, s.241-243).

Keza bu konuda son görüşe göre ise “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 75/3. maddesine göre, “Grevin uygulanmasına son verilmesi lokavtın, lokavtın uygulanmasına son verilmesi grevin kaldırılmasını gerektirmez.”. Yine aynı Kanununun 60/4. maddesine göre, “Bildirilen tarihte başlamayan grev hakkı veya lokavt düşer. Süresi içinde grev kararı uygulamaya konulmamışsa ve alınmış bir lokavt kararı da yoksa veya lokavt da süresi içinde uygulamaya konulmamışsa yetki belgesinin hükmü kalmaz.”. O hâlde mahkeme kararı ile grevin sona erdirildiği olayda kanuni bir lokavtın bulunup bulunmaması önem ifade eder. Eğer alınmış bir lokavt kararı yoksa veya lokavt da süresi içinde uygulamaya konulmamışsa mahkemenin grevi sona erdirmeye kararı ile birlikte sendikanın yetkisi de düşmelidir. Alınmış bir lokavt kararı varsa ve lokavt süresi içerisinde uygulamaya konulmuş ise, mahkemenin grevi sona erdirmeye kararı vermesi sendikanın yetkisini düşürmez. İşçi sendikası lokavt uygulayan işveren karşısında yetkili bir sendika olarak konumunu korur (Sümer, H. Hadi: Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 2016 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi. Yayınlanmamış Tebliğ).

VII. Kanun Hükümlerinin Yorumlanması, Kanun Boşluğu ve Kanun Boşluğunun Doldurulması:

Türk Medeni Kanunu’nun 1’inci maddesi uyarınca “ Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün

konularda uygulanır." Bu hüküm gereğince kanunun sözünden çıkan anlam ile özünden çıkan anlam birbirine uygun değilse, bu durumda kanunun özüne uygun anlamın tespit edilmesi gerekir. Kanunun özüne uygun anlamın tespiti bakımından ise, onun amacının belirlenmesi şarttır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 22.02.1997 gün ve 1996/1 E., 1997/1 K. sayılı kararında da "... Kanunun yorumu, kanun metninin anlamı ve ruhudur. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorumu denilir. Bir kanun hükmünün, kanunun konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelere ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören Medeni Kanun'un 1. maddesine uygun düşmez." şeklinde kanunun özüne (amacına) uygun yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Hukuk Genel Kurulu da 15.12.2004 gün ve 2004/13-664 E.-2004/719 K. sayılı kararında aynı ilkeleri benimsemiştir.

Türk Medeni Kanunu, kanunun ruhunun (özünün) da dikkate alınarak kanunun yorumlanmasını ve uygulanmasını emretmekte ise de, kanunun özünden ne anlaşılması gerektiği ve kanunun özünün nasıl tespit edileceği konusunda bir açıklığa yer vermemiştir.

Doktrinde de kabul edildiği üzere kanunun sözü ve özü ile birlikte yorumlanması ve anlamının tespit edilerek uygulanması aşamasında kanunun sistematiği başka bir deyişle kanun hükmünün bulunduğu yer ve diğer hükümlerle ilişkisi göz önünde tutulmalıdır. Zira kanun tesadüfen bir araya getirilmiş parça parça hükümlerden ibaret olmayıp anlamlı bir bütündür. Kanunun özünün tespitinde gerekçe, tasarıların gelişimi, komisyon ve meclis görüşmeleri gibi kanunun hazırlık çalışmaları, hükmün konuluş amacı ve yorumun yapıldığı zamandaki şartlar ve ihtiyaçlar da önem arz edip bunların da dikkate alınması gerekir.

Kanun hükümlerinin yorumlanması sonucunda hukuksal soruna cevap veren, eş anlatımla olaya uygulanabilir bir hüküm bulunamazsa bu konuda bir kanun boşluğundan bahsedilir.

Kanun boşluğundan bahsedebilmek için, öncelikle ortada hukuk düzeni tarafından düzenlenmesi gereken bir konunun bulunması şarttır. Münhasıran görgü, ahlâk veya din alanına giren bir konuda kanunda hüküm bulunmaması, o noktada bir kanun boşluğu bulunduğunu göstermez. Çünkü bu alanlar hukukun dışındaki bir takım kurallara tabidir; bunlar için bir hukuk kuralı bulunması gerekmez; hâl böyle olunca da böyle bir konuda kanunda hüküm bulunmaması, ortada bir "kanun boşluğu" olduğu anlamına gelmez.

Kanunda uygulanabilir hüküm bulunmadığını kabul edebilmek için, bir olayın, sadece düz anlam itibariyle hiçbir hükmün kapsamına girmemesi gerekir. Diğer bir ifade ile kanun koyucu hükmü koyarken, hükmün düz anlamı dışında kalan unsurları kanunun himayesi dışında bırakmışsa, düz anlamın dışında kalan unsurlar için kanun boşluğu bulunduğu söylenemez. "Bilinçli susma" olarak adlandırılan bu hâllerde kanun, bir meseleyi olumsuz şekilde çözmüştür. Bu durumda ortada bir kanun boşluğu bulunmadığından, hâkim tarafından boşluk doldurma faaliyeti değil, anılan kanun hükmünün zıt anlamı itibariyle uygulanması (argumentum a contrario) söz konusu olacaktır (Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar 22.Bası, İstanbul 2016, s. 98-99).

Kanun koyucu, bir kanun boşluğunu bilerek ve isteyerek bırakmışsa ortada "bilinçli boşluk" mevcuttur. Buna karşılık, kanun koyucu özen eksikliğinden dolayı, aslında düzenlemesi gereken bir hususta hüküm getirmeyi ihmal etmişse veya boşluk, değişen durumlar sebebiyle ortaya çıkmışsa "bilinçsiz boşluk" konusu olur (Oğuzman/Barlas, age. s. 100).

Başka bir açıdan kanundaki boşluklar "açık boşluk" ve "örtülü boşluk" olarak sınıflandırılmaktadır.

Hukuken çözüme varılması gerekli olan ve bu yüzden de kanun tarafından düzenlenmesi icap eden bir konuda kanunda ne lafzî, ne de yorumla belirlenen içeriği itibariyle uygulanabilir hiçbir hüküm yoksa "açık boşluk" (offene Lücke, Lacune ouverte) söz konusu olur.

Buna karşılık, kanunda somut olayda çözüm- lenmesi gereken soruna dair bir hüküm bulunma- sına rağmen, bu hükmün lafzî ile ruhunun bağ- daştırılmasının mümkün olmadığı hâllerde veya mevcut hükmün aynı değerde başka bir hükümle çatıştığı durumlarda ya da hükmün lafzî ve ruhu itibarıyla tespit edilen anlamda uygulanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı hâllerde yine de kanun uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı sonucuna varılır. Bu hâllerde "örtülü (gizli) kanun boşluğu"ndan (verdeckte Lücke, lacune occulte) bahsedilir (Oğuzman/Barlas, age. s.104).

Ortada bir hukuki düzenleme eksikliğinin mi (kanun boşluğu), yoksa yasa koyucunun bilinç- li bir susmasının mı bulunduğu belirlenmesi önem taşımaktadır.

Hukuk düzeninin bir kuralın varlığını gerektir- mesine karşın, kanun bunu düzenlememiş ise bir kanun boşluğundan söz edilmelidir.

Hukukun görevi toplumsal yaşamı düzenlemek ve ilişkilerden doğacak sorunları gidermektir. Ka- nun'un bir düzenleme öngörmediği davranış biç- minin çözümsüz bırakılması düşünülemez.

Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinin ikinci fıkrasında kanun boşluğu bulunması halinde hâ- kimin yapması gereken gösterilmiştir. Buna göre böyle bir durumda yani kanun boşluğu bulunması hâlinde hâkim diğer hukuk kaynaklarına başvu- racaktır. Hâkim önce örf ve adet hukukunda bir kural bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Örf ve adet hukukunda somut olaya uygulanabilecek bir kural mevcut ise boşluğun örf ve adet huku- kunun sözü edilen kuralı ile doldurularak çözüme gidilmesi gerekecektir. Örf ve adet hukukunda da kural yok ise, hâkim kendisi bir hukuk kuralı koy- cak ve koyduğu bu kurala göre hüküm verecektir. Başka bir anlatımla hâkimin kanun boşluğunu doldururken takip edeceği yol; Türk Medeni Ka- nunu'nun 1. maddesinde açıklandığı üzere kanun koyucu gibi hareket etmekten ibarettir. Bu aşama- da hâkim, kanun koyucunun yapacağı gibi, taraf- ların karşılıklı menfaatlerini tespit ederek, bunları adalet süzgecinden geçirip hayat ihtiyaçlarını karşılayan ve aynı zamanda mevcut hukuk düzeni

ve hukuki güvenlikle bağdaşan bir kural bulacak- tır (HGK'nun 27.02.2008 gün ve 2008/21-140 E.- 2008/205 K. sayılı kararı).

Hâkimin kanun boşluğunu doldurması onun için bir yetki olduğu kadar aynı zamanda bir gö- revdir. Zira Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca hiç- bir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bak- maktan kaçınmaz. Başka bir anlatımla somut olaya uygulanabilecek bir kural yok diye uyuşmaz- lığı çözmekten imtina edemez.

Kanun boşluklarının doldurulmasında en önemli araç kıyastır. Boşlukların kıyas yoluyla dol- durulması, adaletin bir gereği olan eşitlik ilkesi, benzer olana benzer şekilde davranma ilkesinin de bir gereğidir.

Kıyas ise, belli bir olay, olgu veya durum için ko- nulmuş olan kuraldaki ilkenin hakkında açık dü- zenleme bulunmayan bir olay için uygulanmasına denilir. Bir normun kıyas yolu ile uygulanabilmesi için o normun düzenlediği olay ya da hukuki ilişki- deki çıkar uyuşmazlığı ile hakkında kural öngörül- memiş olay ya da hukuki ilişkideki çıkar uyuşmaz- lığı arasında az çok benzerlik bulunması gerekir, başka bir anlatımla kanun boşluğunu doldurmak için kıyasen uygulanacak kuralın buna elverişli olması için aynı veya benzer bir çıkar uyuşmazlı- ğını çözüme bağlamış olması ve ayrıca hakkında düzenleme bulunmayan çıkar uyuşmazlığı için de uygun çözüm sağlaması gereklidir.

VIII. Somut Olayın Kanun Boşluğu Bulunup Bulunmadığı Bakımından Değerlendirilmesi:

Davacı şirket vekili davalı sendikanın aldığı grev kararını uygulamaya başladığı tarihte mev- cut üyelerinin dörtte üçünü (3/4'ünü) kaybettiği için uygulamaya konulan grevin mahkeme kararı ile sona erdirilmesini ve yetkisini kaybettiğinin tes- pitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı sendika vekili ise yetki belgesinin geçeri- siz olacağına dair kanunda bir hüküm bulunmadı- ğından bu talebin reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davalı sendikanın yetki tespit baş-

vuru tarihindeki üyelerinin dörtte üçünü kaybettiği için uygulamaya konulan grevin sonlandırılmasına ve yetki belgesinin de geçersizliğinin tespitine karar verilmiştir.

Özel Daire ile mahkeme arasında grevin sona erdirilmesi gerektiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık, yetki tespit başvuru tarihindeki üyelerinin dörtte üçünü kaybettiği için mahkeme kararı ile uygulamaya başladığı grevin sona erdirilmesine karar verilen sendikanın bu sebeple yetki belgesinin geçersiz hâle gelip gelmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 75/6. maddesinde yetki tespit başvuru tarihindeki üyelerinin dörtte üçünü kaybettiği tespit edilen sendikanın uygulamaya koyduğu grevin sona erdirilmesine mahkemece karar verileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak Kanun maddesinde bu durumda yani yetki tespit başvuru tarihindeki üyelerinin dörtte üçünü kaybeden, bu sebeple uygulamaya koyduğu grev, mahkeme kararı ile sonlandırılan sendikanın yetkisinin devam edip edemeyeceği, yetki belgesinin hükümsüz hâle gelip gelmeyeceği konusunda bir düzenleme yapılmamıştır.

6356 Sayılı Kanun'un çeşitli hükümlerinde işçi sendikasının yetkisinin hangi hallerde düşeceğine veya yetki belgesinin hükümsüz kalacağına dair düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

Bu durumda Kanunun 75/6. maddesinde bu yönde bir düzenleme yapılmamış olmasının kanun koyucunun "bilinçli susması" mı olduğu yoksa ortada kanun koyucu tarafından düzenlenmesi unutulmuş bir "açık boşluk" mu bulunduğu hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

Bilinçli boşluk bulunduğu kabulü hâlinde sendikanın yetki belgesinin hükümden düşmeyeceği başka bir anlatımla yetkisinin devam edeceği benimsenmelidir. Ancak yetkinin devam edeceğinin kabulü durumunda bundan sonraki aşamada ne yapılacağını, yetkinin daha ne kadar süre devam edeceğini Kanunun sistematiğine bakarak belirlemek olanaklı değildir.

Kanunun 75. maddesinin gerekçesinde de "Maddede grev ve lokavtın sona erdirilmesi düzenlenmiştir. Ancak grevin sona erdirilmesinin lokavtı sona erdirmeyeceği hükmü getirilmiştir. Lokavtın devam edebilmesi imkânı, lokavtı saldırı lokavtına dönüştürmeyecektir. Çünkü menfaat uyuşmazlığı çıkarılmadan ve işçi sendikasının grev kararı alması koşuluna bağlı olarak kullanılan bu hakkın, grevi sona erdirilmesine rağmen devam etmesini haklı kılan olgu, menfaat uyuşmazlığı bitmemiş olmasıdır.

İşçi sendikasının veya işveren sendikasının tüzel kişiliğinin sona ermesi, grev ve lokavtı da sona erdirecek ve yetki belgesi hükümsüz kalacaktır. Ayrıca yetki tespiti tarihindeki üye işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrılmaları hâlinde iş mahkemesinin tespit kararı ile grev sona erecektir." şeklinde açıklamalara yer verilmiştir.

Şu hâlde maddenin gerekçesinden yola çıkarak bir sonuca ulaşmak mümkün değildir.

Sendikanın yetkisinin daha ne kadar süre devam edeceğini ve böyle bir durumda ne yapılması gerektiğini mevcut hükümler uyarınca belirlemek mümkün olmadığına göre, burada kanun koyucu tarafından düzenlenmesi unutulmuş açık bir kanun boşluğu olduğunu kabul etmek zorunludur. Nitekim sendikanın yetkisinin devam edeceğini belirten doktrindeki görüşler dahi bu durumda kanunda bir boşluk bulunduğunu kabul etmekte ancak kanuni bir düzenleme yapılması gerektiğine dikkat çekmektedir.

Başka bir anlatımla doktrin görüşleri değerlendirildiğinde, kanunda düzenleme olmaması nedeni ile işçi sendikasının yetkisinin düşmemesi gerektiğini belirten görüşler de grevin mahkeme kararı ile sona erdirilmesi hâlinde yetkinin de düşmesi gerektiğini, ancak bunun için kanuni düzenleme yapılmasına ihtiyaç olduğunu belirtmektedirler.

O hâlde ortada bir açık kanun boşluğu bulunduğu ve bunun doldurulması gerektiğine göre Kanunun sistematiği ile benzer hukuki durum ve olguların düzenlendiği hükümlerden yararlanılmalı başka bir deyişle kıyas yapılmalıdır.

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi

Kanununun sistematiğine bakıldığında Kanunun esas itibari ile sendikanın yetkisinin düşeceği hâlleri ikili bir ayırım içinde düzenlediği görülmektedir.

Birinci gruptaki yetkinin düşeceği veya yetki belgesinin hükümsüz kalacağı kabul edilen hâller toplu görüşme aşamasına dair olup sendikanın Kanunda öngörülen belirli süreler içinde belirlenen yükümlülükleri yerine getirmemesinin sonucu olarak öngörülmüştür. Bunlar sendikanın belirlenen süreler içinde işvereni ya da işveren sendikasını toplu görüşmeye çağırması, ilk toplantıya katılmaması, uyuşmazlığı görevli makama bildirilmemesi hâlleridir.

İkinci gruptaki hâller ise, grev yasaklarında; grev oylaması sonucu grev yapılmaması yönünde karar çıkması ya da Bakanlar Kurulu kararı ile grevin ertelenmesi durumlarında Kanunda öngörülen süreler içerisinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurulmaması, süresinde grev kararı alınmaması, süresinde alınan grevin bildirilen tarihte uygulamaya konulmaması hallerini kapsamaktadır.

İkinci gruptaki yetkinin düşeceği ya da yetki belgesinin hükümsüz sayılacağı hâllere bakıldığında; esas itibari ile grevin yapılamaması ya da yapılamaz hâle gelmesine bağlanan sonuç olduğu açıktır. Yetkili sendika işvereni ya da işverenin üyesi olduğu sendikayı toplu görüşme masasına oturmaya zorlayacak elindeki tek ve en etkin aracı başka bir deyişle silahı kaybettiğine göre artık yetkisinin devamında fayda kalmadığını öngören kanun koyucu bu durumlarda sendikanın yetkisinin düşeceğini, yetki belgesinin hükümsüz kalacağını, geçerliğini yitireceğini kabul etmiştir.

Belirtmek gerekir ki, iş yerinde grev uygulaması sonucu dörtte üç oranında üyesini yitiren sendikanın işçiler adına hareket gücü ortadan kalkar. Kanun işçilerin haklarına bir an önce ulaşabilmelerini sağlamak üzere, yetki belgesi alan sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmak üzere gerekli işlemleri bir an önce yapması zorunluluğu getirmiş, aksi takdirde yetki belgesinin geçersiz sayılmasını öngörmüştür. Kısaca, kanunda yetki belgesinin hükümden düşmesine, grevin uygulanamaz hâle gel-

mesinin zorunlu bir sonucu olarak yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere ikinci grupta sayılan ve işçi sendikasının yetkisinin düşmesi ya da yetki belgesinin hükümsüz kalması sonucunu doğuran hâllere dair kanun hükümlerinin düzenlediği olay ve hukuki durum yetki tespit başvuru tarihinde sahip olduğu üyelerinin dörtte üçünü kaybettiği için uyguladığı grev mahkeme kararı ile sonlandırılan başka bir anlatımla grev yapamaz hâle gelen sendikanın hukuki durumu ile benzerlik göstermektedir. Bu sebeple bu hükümlerin kıyasen uygulanması sureti ile yetki tespit başvuru tarihinde sahip olduğu üyelerinin dörtte üçünü kaybeden, artık işçilerin çoğunluğunu temsil gücünü yitiren, tabanı kalmayan işçi sendikasının uyguladığı grev mahkeme kararı ile sonlandırıldığına göre yetki belgesinin hükmünün de kalmayacağını, yetkisinin düşeceğini kabul etmek gerekir.

Aksi durum yeni bir sendikanın örgütlenerek sağladığı çoğunlukla işçileri temsil etmesi, işçilerin sosyal ve ekonomik durumları düzeltmek için işverenle toplu pazarlık masasına oturarak toplu iş sözleşmesi yapmasını giderek işçilerin Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan ve korunan sendikal hak ve özgürlüklerini kullanmasını engelleyecektir.

Aynı zamanda uyguladığı grev, mahkeme kararı ile sonlandırılan sendikanın yetkisinin daha ne zamana kadar devam edeceği konusu askıda kalacağından bu durum toplu iş sözleşmesi düzeninin tıkanmasına, işleyemez hâle gelmesine yol açacaktır.

Somut uyuşmazlığa tekrar dönecek olursak; davalı sendikanın başvurusu üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca 21.05.2015 tarih ve 74038328/103.02.-10348 Sayılı yazı ile 14.05.2015 başvuru tarihi itibari ile davacı şirkete ait adreslerinde kurulu 1102414.041 ve 1122704.041 SGK sicil numaralı işyerlerinde çalışan 614 (altıyüzdört) işçiden 457 (dört yüzelliyedisi)'sini üye kaydederek kanunun aradığı çoğunluğu sağladığı belirtilen davalı sendika lehine olumlu yetki tespiti yapılmış; 10.06.2015 tarih ve 74038328-103.03-E-12291 Sayılı yazı ile de yetki tespitinin itiraz edil-

meden kesinleşmesi nedeni ile davalı sendikanın işletme toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğuna dair yetki belgesi verilmiştir.

Bu aşamadan sonra davalı sendika yönetim kurulunun 11.11.2015 tarih ve 68 Sayılı kararı ile davacı şirkete ait Kartepe ilçesinde bulunan iki adet iş yerinde toplu iş sözleşmesi müzakerelerinde anlaşma sağlanamaması nedeni ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 60. maddesinde öngörülen sürede grev kararı alınmasına, grevin 04.12.2015 tarihinde uygulanmasına, prosedürün ikmali konusunda Kocaeli Şubesinin yetkilendirilmesine karar verilmiş; davalı sendika 13.11.2015 tarih ve 001528 yevmiye numaralı Ankara 43. Noterliğinden keşide ettiği ihtarname ile davacı şirkete ve Kocaeli Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne sendika yönetim kurulunun 11.11.2015 tarih ve 68 Sayılı kararı ile grev kararı alındığı ve grevin 04.12.2015 tarihinde uygulanacağını bildirdiği, davacı işverence alınmış veya uygulamaya konulmuş bir lokavt kararının olmadığı görülmüştür.

Bununla birlikte Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının mahkemeye hitaben yazdığı 11.01.2016 tarih ve 74038328-103-E-697 Sayılı yazıda ise 23.12.2015 tarihinde iş yerinde 617 (altıyüzyedi) işçinin çalıştığı, 16 (onaltı) işçinin davalı sendikaya üye olduğu, 04.12.2015 günü ve sonrasında ise toplam 622 (altıyüzyirmiiki) çalışan işçiden 33 (otuzüç) işçinin davalı sendikaya üye olduğunun sistemdeki verilerden anlaşıldığı belirtilmiştir.

Sonuç olarak yetki tespit başvuru tarihinde sahip olduğu üyelerinin dörtte üçünü kaybeden ve bu sebeple uygulamaya başladığı grevin mahkeme kararı ile sona erdirilmesine karar verilen davalı sendikanın yetkisinin düştüğünü kabul etmek gerekir.

Hâl böyle olunca, mahkemece davalı sendikanın yetki tespit başvuru tarihinde sahip olduğu üyelerinin dörtte üçünü kaybettiği için 04.12.2015 tarihinde uygulamaya koyduğu grevin sonlandırılmasına ve buna bağlı olarak yetki belgesinin geçersizliğine karar verilmesine dair direnme kararı yerindedir.

Bu sebeple direnme kararı onanmalıdır.

Sonuç

Davalı sendika vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının ONANMASINA, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına yer olmadığına, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 22.11.2017 gününde oybirliği ile karar verildi.

II. Uyuşmazlığa Konu Olay

Davacı işveren ile davalı sendika arasındaki "Grevin sona erdirilmesi ve yetki belgesinin geçersizliğinin tespiti" davasında Kocaeli 6. İş Mahkemesi'nce yapılan yargılama sonucu 14.6.2016 gün ve 2016/594 E. 2016/734 K. sayılı ilamı ile davanın kabulüne karar verilmiş, davalının temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.9.2016 gün 2016/26723 E. 2016/16531 K. sayılı Kararı ile ".....mahkemece yetki belgesinin geçersizliğine ilişkin talebin reddi gerekirken, geçersizliğine karar verilmesi hatalıdır." gerekçesi ile karar bozulmuş, mahalli mahkemenin önceki kararda direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca 22.11.2017 gün 2017/9-2783 E. 2017/1427 K. sayılı yukarıda aynen alınan kararda açıklanan gerekçelerle mahalli mahkemenin kararı onanmıştır.

III. Hukuki Sorun

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 75. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen uygulanmakta olan grevin mahkeme kararı ile sona erdirilmesi halinde Yasa'da düzenlenmemesine rağmen, yasal boşluğun varlığı kabul edilerek Medeni Kanun'un 1. maddesinin hükmüne dayanılarak mahkemelerce kanun koyucu gibi kural koyarak sendikanın yetkisinin düştüğünün tespitine karar verilip verilemeyeceğidir.

IV. Değerlendirme

İncelemeye konu hukuk Genel Kurulu Kara-

rı'ndan yetki tespiti, toplu görüşmeye çağrı, toplu görüşmelerinin başlaması ve süreler, toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü prosedürü, grev ve lokavtlarla ilgili düzenlemeler, yasal boşluk konusundaki tartışmalar, uyuşmazlığa neden olan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 75. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen grevin mahkeme kararı ile sona erdirilmesi ve neticeleri ile ilgili doktrindeki farklı görüşler, geniş şekilde açıklandığından, mümkün olduğu kadar tekrardan kaçınılarak çekişme konusu değerlendirilecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; gerek yürürlükteki 6356 sayılı ve gerekse yürürlükten kalkan 2822 sayılı Yasa'da yetkinin yetki başvuru tarihindeki koşullara, başka bir anlatımla yetki başvuru tarihindeki işyeri veya işletmedeki çalışan işçi ve sendikaya üye sayılarına göre belirleneceği bu tarihten sonraki çalışan veya sendika üyesi işçi sayılarındaki değişimin sendikanın yetkisine etkili olmayacağı kabul edilmiştir. Yargıtay'ın içtihatları da istikrarlı olarak bu doğrultuda olmuştur.

Grev oylamasında ise sendika üyeliği değil grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların (sendika üyesi olsun olmasın) salt çoğunluğunun oyları etkili olmaktadır. Üye olmayanlar da greve katılabilir.

Görüldüğü gibi sendikanın yetkisinin belirlenmesinde ve sona ermesinde, grev kararı alınmasında ve grevin sona ermesinde kistaslar ve prosedürler farklıdır.

6356 sayılı Yasa'daki yetkinin düşeceği (hükümsüz kalacağı) halleri ve yasal düzenlemeleri üç ayrı başlık altında incelemek gerekir.

1- 6356 sayılı Yasa'nın;

a) 46. maddesinin ikinci fıkrasına göre, birinci fıkrada düzenlenen süre içerisinde toplu görüşmeye çağrı yapılmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz.

b) 47. maddesinin ikinci fıkrasına göre işçi sendikası çağrı tarihinden itibaren otuz gün içinde yapılacak olan ilk toplantıya gelmez veya

aynı süre içerisinde toplu görüşmeye başlamazsa yetkisinin düşer.

c) 49. maddesine göre toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya taraflardan biri gelmez veya geldiği halde görüşmeye katılmazsa, toplu görüşme başladıktan sonra toplantıya devam etmezse veya taraflar toplu görüşme süresi içerisinde anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit ederlerse veya toplu görüşme süresi anlaşma olmaksızın sona ererse taraflardan biri 6 işgünü içerisinde görevli makama bildirir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer.

d) 60. maddesinin birinci fıkrasına göre grev kararı 50. maddenin birinci fıkrasında belirtilen uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden itibaren altmış gün içinde alınabilir ve bu süre içerisinde altı gün önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir. Bu süre içerisinde grev kararının alınmaması veya uygulanacağı tarihin karşı tarafa bildirilmemesi halinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi düşer.

e) 60. maddenin dördüncü fıkrasında ise bildirilen tarihte başlamayan grev hakkı ve lokavt hakkı düşer. Süresi içinde grev kararı uygulamaya konulmamışsa ve alınmış bir lokavt kararı da yoksa veya lokavtta süresi içerisinde uygulanmaya konulmamışsa yetki belgesinin hükmü kalmaz.

2- 6356 sayılı Yasa'nın;

a) Grev oylamasını düzenleyen 61. maddenin üçüncü fıkrasında oylamada grev oylamasının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu grev yapılmaması yönünde karar verirse bu uyuşmazlıkta grev kararı uygulanamaz. Bu durumda 60. maddenin birinci fıkrasında belirtilen sürenin sonuna kadar anlaşma sağlanamazsa veya 51. maddenin birinci fıkrasında belirtilen süre içerisinde işçi sendikası Yüksek Hakem Kurulu'na başvurmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz.

b) Grev ve lokavtın ertelenmesini düzenleyen 63. maddenin üçüncü fıkrası erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa altı işgünü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuş-

mazlık Yüksek Hakem Kurulu'na çözülür. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer.

c) Yüksek Hakem Kurulu'na başvuruyu düzenleyen 51. maddenin birinci fıkrasında "grev oylaması sonunda grev yapılmaması yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren altı işgünü içinde işçi sendikası; grev ve lokavtın yasak olduğu uyuşmazlıklarda 50. maddenin beşinci fıkrasında belirtilen tutanağın tebliğinden ya da erteleme süresinin uyuşmazlıkla sonuçlanması halinde, sürenin bitiminden itibaren taraflardan biri altı işgünü içinde Yüksek Hakem Kurulu'na başvurabilir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer.

3- 6356 sayılı Yasa'nın 75. maddesinin dördüncü fıkrasında grevi uygulayan işçi sendikasının herhangi bir nedenle kapanması, feshedilmesi veya infisah etmesi hallerinde grev veya alınmış bir lokavt kararı varsa lokavt kendiliğinden sona erer ve yetki belgesi hükümsüz kalır.

Yasa'nın taraf sendikanın yetkisinin düşeceği ni;

Birinci bölümde açıklananlar toplu iş sözleşmesine çağrıdan itibaren gelişen prosedür içerisinde taraf sendikaya düşen yükümlülüklerin süresinde yerine getirilmemesi sonucu görüşmelere devamın imkânsız hale gelmesidir. Bu sebeplerle Yüksek Hakem Kurulu'na gidilmeksizin yetkinin düştüğü kabul edilmektedir.

İkinci bölümde incelenen hallerde ise grev ve lokavt yasağı bulunması, grev oylaması sonucu grev yapılmamasına karar verilmesi, grevin ertelenmesi sonucu 51. maddede belirtilen koşulların sonucu taraflara Yüksek Hakem Kurulu'na başvurma imkânı tanınmış başvurmaması halinde işçi sendikasının yetkisinin düşeceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde ise sendikanın hükmi şahsiyetinin sona ermesi halinde yetkinin sona ermesi söz konusudur.

Bu ayırım ve yukarıda yetkinin sona ermesi ile ilgili açıklamalar, incelemenin asıl kaynağı olan 6356 sayılı Yasa'nın 75. maddesinin ve özellikle

altıncı fıkrasının irdelenmesinde önem arz edecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına esas alınan 75. maddenin altıncı fıkrasında aynen

"Grevi uygulayan sendikanın yetki tespiti için başvurduğu tarihte işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde ilgililerden biri grevin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurabilir. Mahkemece belirlenecek tarihte grevin sona ereceği ikinci fıkradaki usule göre ilan edilir." hükmü getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre mahkeme grevin sona erdirilmesine karar verebilir.

Ancak, açıklanan 75. maddenin altıncı fıkrasında mahkemece grevin sona erdirilmesine karar verilmesi halinde sendikanın yetkisinin de düşeceği veya mahkemeden bu yönde bir talepte bulunulabileceği yönünde yasal bir düzenleme mevcut değildir.

Grevin mahkeme kararı ile sona erdirilmesi sendikanın yetkisini ve toplu iş görüşmelerini sona erdirmez. Uygulanan yasal grev ve lokavt taraflarca 75. maddenin birinci fıkrasına göre sona erdirilebilir, bu halde de yetki sona ermez. Toplu iş sözleşmesi görüşmelerine devam edilir.

Literatürde bazen savaşa benzetilen grev bir amaç olmayıp, toplu iş uyuşmazlığı aşamasında başvuru olan etkin bir araçtır.

Hukuk Genel Kurulu Yasa'nın yalnız 75. maddenin altıncı fıkrasındaki düzenlemesini nazara alarak sonuca varmış, 75. maddenin bir, iki, üç, dört ve beşinci fıkralarını irdelemiştir.

Hukuk Genel Kurulu 75. maddenin altıncı fıkrasının düzenlemesinde "açık kanun boşluğu" nun varlığını kabul ederek Medeni Kanun'un 1. maddesi gereğince mahkemenin kanun koyucu gibi davranarak somut uyuşmazlıkta kanun boşluğunun doldurulabileceğini kabul etmektedir.

Yürürlükten kalkan 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 51. maddesinin dördüncü fıkrasında da 6356 sayılı Yasa'nın

75. maddesinin altıncı fıkrasındaki gibi benzer düzenleme mevcut idi.

Ne yürürlükten kalkan 2822 sayılı Yasa ne de yürürlükteki 6356 sayılı Kanun döneminde 22.11.2017 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı'na kadar grevin mahkeme tarafından sona erdirilmesini düzenleyen maddelerinde Kanun boşluğunun varlığını kabul eden, bu maddelere göre mahkemece grevin sona erdirilmesine karar verilmesi halinde sendikanın yetkisinin düşeceği yönünde Yargıtay kararına rastlanamamıştır.

Ancak doktrinde farklı görüşler savunulmuştur. Bu görüşler Hukuk Genel Kurulu'nun Kararı'nda ayrıntılı şekilde açıklandığından bu aşamada tekrarlanmamıştır. Karardan sonra yayımlanan andaçta Prof. Fevzi ŞAHLANAN önceden savunduğu görüşünü Hukuku Genel Kurulu Kararı'nı benimseyerek sürdürmüştür. (Prof. Sa-vaş TAŞKENT'e armağan sayfa 235-273)

6356 sayılı Yasa'nın yukarıda etraflıca açıklanan 46/2, 47/2, 49, 60/1, 60/4, 61/3, 63/3, 51 ve 75/4 maddelerinde işçi sendikasının yetkisinin hangi hallerde düşeceğine veya yetki belgesinin hükümsüz kalacağına dair çok açık düzenlemeler yapılmıştır.

Kanun koyucunun işçi sendikasının yetkisinin düşeceği halleri bu kadar teferruatlı düzenlemesine rağmen aynı Yasa maddesi içinde 75. maddenin dördüncü fıkrasında açıklanan hallerde yetkinin düşeceğini kabul edip aynı maddenin altıncı fıkrasında bu düzenlemeyi unutmaması mümkün değildir. 75. maddenin birinci fıkrasına göre vazgeçme ile grev düştüğünde yetki devam ettiğine göre, 75. maddenin altıncı fıkrasına göre mahkeme kararı ile grev sona erdirildiğinde yetki düşmez. Grev amaç olmayıp toplu iş uyuşmazlığı aşamasında kullanılan etkin bir araçtır. 75. maddenin birinci fıkrasına göre sendika da işçi sendikası da grevden vazgeçebilir.

Bu nedenlerle 75. maddenin altıncı fıkrasından mahkemece grevin sona erdirilmesi halinde, yetkinin düşeceği yönünde bir düzenleme yapılmaması Hukuk Genel Kurulu'nun kabul ettiği gibi kanun koyucu tarafından unutulmuş

“açık bir boşluk” olmayıp; kanun koyucunun bu konuda “bilinçli susması” söz konusudur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kanun boşluklarının tartışıldığı gerekçe bölümünde de kabul edildiği gibi “bilinçli boşluk” bulunduğu kabulü halinde sendikanın yetki belgesinin hükümden düşmeyeceği başka bir anlatımla yetkinin devam edeceği benimsenmelidir. Yetkinin ne zamana kadar devam edeceğinin belirlenmemiş olması, kanun koyucunun “bilinçli susmasını” “açık boşluk” haline getirmez.

Bu sebeplerle yasa koyucunun bilinçli olarak sustuğu “bilinçli boşluk” bulunan 75. maddenin altıncı fıkrası düzenlemesi ile ilgili somut uyuşmazlıkta yargı, kanun koyucunun yerine geçerek Medeni Yasa'nın birinci maddesine göre yasa koyucu gibi davranamaz.

Toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin uzanmasının taraflar için bazı sorunlar doğuracağı muhakkaktır. Hiçbir düzenleme mükemmel olamaz. Önemi olan tarafların objektif iyi niyet kurallarına göre davranmalarıdır. Zaman içerisinde yasalarda da değişiklik yapma ihtiyacı doğmaktadır. Zorlayıcı yorumlarla devlet ve hukuk düzeninin temeli olan kuvvetler ayrılığı prensipleri zedelenmemelidir.

Yapılacak iş ihtiyaç duyuluyorsa uyuşmazlık konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne yasa değişikliği önerisi götürmektir.

Böyle bir değişiklik ihtiyacı duyuluyorsa önerim; grevin 6356 sayılı Yasa'nın 75. maddesinin altıncı fıkrası gereğince mahkemece sona erdirilmesi, 75. maddenin birinci fıkrasına göre sendikanın grevden vazgeçmesi hallerinde, bu aşamaya kadar verilen emekler ve yapılan çalışmalar nazara alınarak taraflara grevin sona erdiği tarihten itibaren anlaşmaları için makul bir süre verilmeli, bu süre sonunda anlaşamamaları ve altı iş günü içerisinde Yüksek Hakem Kurulu'na başvurmaması halinde sendikanın yetkisinin sona ereceği kabul edilmelidir. Böyle bir değişiklik yetkinin sona ermesini düzenleyen ve yukarıda 2 numaralı bölümde açıklanan Yasa'nın 61/3, 63/3 ve 51. maddelerdeki düzenlemelerle

uyum sağlayacaktır.

V. Sonuç

Yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun incelemeye konu 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 75. maddesinin altıncı fıkrasına göre mahkeme kararı ile uygulanmakta olan grevin sona erdirilmesi halinde taraf sendikanın toplu iş sözleşmesi bağtlama yetkisinin de sona ereceğini kabul eden Kocaeli 6. İş Mahkemesi'nin kararının onanması görüşüne katılmıyorum.

Somut uyuşmazlıkta yetkinin sona ereceği halleri açık şekilde etraflıca düzenleyen kanun koyucunun bilinçli susması söz konusudur. Açık bir kanun boşluğu yoktur. Bunun sonucu olarak yargının kanun koyucunun yerine geçerek hüküm kurmasının mümkün olmadığı kanısındayım.

Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi)

Öz

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit davranma ilkesi başlığını taşımakla birlikte maddede işverenin dar anlamda eşit davranma borcu düzenlenmemiş; maddede sayılan ve benzeri temellere dayalı ayırım yapmama borcu ile belirli-belirsiz, kısmi-tam süreli sözleşme türlerine dayalı ayırım yapmama borcu düzenlenmiştir. Maddenin 6. fıkrasında ise işverenin ayırım yapmama borcuna aykırılık halinde yaptırım olarak ayrımcılık tazminatı öngörülmüştür.

Yargıtay da yerleşik kararlarında işverenin

dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık hallerinde ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceğine karar vermektedir. Ancak inceleme konumuz olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.10.2020 tarihli ve 2017/16279 Esas, 2020/10415 Karar sayılı kararında kullandığı ifadeler bu içtihattan dönüldüğü izlenimi yaratmaktadır. Çalışmamızda bu karar, eleştirel bir bakış açısıyla incelenecek olup yerleşik içtihadın sürdürülmesi yönündeki görüşümüz ortaya konacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Eşit davranma borcu, dar anlamda eşit davranma borcu, ayrımcılık yasağı, ayrımcılık tazminatı.

Can Employee Be Entitled to Discrimination Compensation in Case of The Breach of Equal Treatment in The Narrow Sense? (Decision Review)

Abstract

Although Article 5 of the Employment Law no. 4857 has the title of the principle of equal

treatment, only the obligation of non-discrimination based on similar grounds listed in the

* 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, canan.unal@yahoo.com, ORCID: 0000-0003-3783-5637.

Article and the obligation of non-discrimination based on definite-indefinite, part-full-term contract types are regulated. Such Article does not cover the employer's obligation of equal treatment in the narrow sense. Also, in the 6. paragraph of the article, discrimination compensation is regulated in case of breach of the non-discrimination obligation.

In parallel, the Court of Appeals has not decided on discrimination compensation in case of breach of equal treatment in the narrow sense. In this work, a judgment of the 9th Civil Chamber of the Court of Appeals, dated 05.10.2020 and numbered 16279/10415, which is in a different direction, will be discussed and criticized.

Keywords:

Obligation for equal treatment, obligation of equal treatment in the narrow sense, prohibition of discrimination, discrimination compensation.

T.C.

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. : 2017/16279

Karar No. : 2020/10415

Tarihi : 05.10.2020

Mahkemesi: İş Mahkemesi

Dava Türü: Alacak

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar

Davacı İsteminin Özeti

Davacı vekili; davacının 16.02.2006 tarihinde işyerine girdiğini, 27.12.2011 tarihinde deverececi olarak çalışmaya başladığını, davacı ile beraber aynı işi yapan... ve ... isimli deverececi-lerin her iki deverececinin de aynı kıdemde olmamalarına rağmen aynı

ücreti aldıklarını, davacının sırf kadın olduğu için diğer deverececi ile aynı işi yapmasına rağmen daha az ücret aldığını, davalı işverenin işyerinde ücret konusunda cinsiyet ayrımı yaptığını, İş Kanunu'na göre işverenin eşit iş yapan işçiye eşit ücret ödemekle yükümlü olduğunu, bu borca aykırı davranan işverenin işçiye 4 aylık ücreti tutarında tazminat ödemesi gerektiğini, ayrıca çalıştığı süre boyunca diğer işçilere ödenen ücret farkını da işçiye ödemek zorunda olduğunu, davalı işverenin eşit işlem borcuna aykırı davranışından dolayı davacının 25.03.2014 tarihinde iş akdini haklı sebeple feshettiğini ileri sürerek kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, ücret farkı ile eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti

Davalı vekili; davacının, kendisi ile aynı işi yaptığını zikrettiği...in 16.02.2006 tarihinde deverececi olarak iş başı yaptığını, İ... A...in kıdemi ve tecrübesinin davacıya oranla daha fazla olduğunu, diğer isim olan ...in ise davacı gibi başka bir görevdeyken davacıdan önce 2010 yılında deverececi-liğe geçtiğini, davacıdan daha fazla iş tecrübesi kazandığını ve davacıya oranla daha fazla çalışma sergilemesi nedeniyle ücretinde Haziran 2012 yılında yapılan genel iyileştirmede daha fazla ücrete hak kazandığını, davacının diğer deverececi-lerle oranla daha az üretim kapasitesine sahip

olduğunu, çalışmasında arkadaşlarının yardımını alarak işine devam ettiğini, ancak deverece arkadaşlarının buldukları makinanın başında davacıya oranla daha fazla efor sergileyerek yarımsız işlerini gördüğünü, davacının şirket içindeki yararlılığı, işi kavrama yeteneği ve kıdemi de gözönüne alınarak daha az bir iyileştirme yapılarak ücret ödeme yolu seçildiğini, işverenin aynı işi yapan çalışanlar arasında üretime katkıları ve işteki kıdemlerini gözönüne alarak ücret belirleme hakkının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini, zira davacı ile belirtilen isimler arasında üretim ve diğer hususlar bakımından bir eşitlik söz konusu olmadığını, davacının, kendisinden daha fazla mesleki tecrübesi bulunan ve kendisine oranla daha fazla üretim yapan çalışanlarla maaşını kıyaslayarak haksızlık yapıldığı gerekçesiyle iş akdini haksız ve kötüniyetle feshettiğini, bu sebeple kıdem tazminatı ile ücret alacağı farkına hak kazanamadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Yerel Mahkeme Kararının Özeti

Mahkemece davanın kısmen kabulü ile yıllık izin ücreti alacağının tahsiline, diğer taleplerin reddine hükmedilmiştir.

Temyiz

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Uyuşmazlık işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır.

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

işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.

“Eşitlik İlkesi” en temel anlamda T.C. Anayasasının 10 uncu ve 55 inci maddelerinde ifade edilmiş, 10 uncu maddede “Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” kuralına yer verilmiştir. 55 inci maddenin kenar başlığı ise “Ücrette Adalet Sağlanması” şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslararası Çalışma Örgütünün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematüğinde, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna karşın eşitlik ilkesini düzenleyen 5 inci maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiştir. Dairemiz kararlarında “esaslı nedenler olmadıkça” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılma-dıkça” bu yükümlülüğün bulunmadığı vurgulanmıştır (Yargıtay 9.HD. 25.7.2008 gün 2008/ 27310 E, 2008/ 22095 K.).

İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez (Yargıtay 9.HD. 2.12.2009 gün, 2009/33837 E, 2009/ 32939 K.).

4857 sayılı Yasanın 5 inci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayırım yapamayacağından söz edilmektedir. Burada sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, pirim v.b. ödemeleri de kapsadığı açıktır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü

işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, davacı aynı bölümde çalıştığı diğer personellerle aynı işi yaptığı halde kendisine daha az ücret ödeyen işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı ve iş sözleşmesini bu nedenle haklı olarak feshettiği iddiasıyla tazminat ve fark ücret isteminde bulunmuştur.

Mahkemece; “.. aynı bölümde çalışan işçilere farklı ücret zamları uygulandığı, ... ve ... davacıdan daha yüksek ücret aldığı anlaşılmıştır. İşe daha sonra bir tarihte giren ... ise, Tamer ile İsak'tan daha yüksek ücret ile çalışmaktadır. Dolayısıyla erkek işçiler arasında da ücret konusunda farklılıklar olduğu, hatta davacıdan daha düşük ücret ile çalışan erkek işçilerin dahi olduğu görülmektedir. Dava dilekçesinde anılan İsak ve Tamer'in dahi ücretlerinin her dönem aynı olmadığı, farklı zam oranlarının uygulandığı görülmektedir. Davacı tarafca tabloda emsal işçi olarak yer alan...ve ...'in her ne kadar carlıkçı sıfatı ile çalıştığı beyan edilmiş ve bu beyanlar tanık ifadeleri ile sabit ise de yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda diğer emsal işçilerin ücret ve zam tabloları göz önüne alındığında neticeden davacıya bu konuda bir ayırım yapıldığında dair delil bulunmadığı anlaşılmıştır. İşverenin (asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla) zam yapmasını öngören yasal bir zorunluluk mevcut değildir. Zam yapılmasının kararlaştırıldığı iş sözleşmesi de bulunmamaktadır. Özel bir nedene dayanmadan (cinsiyet ayrımcılığı vs.) performans, verimlilik ve bunun gibi kriterlere göre zam oranlarının belirlenmesi ise işverenin yönetim yetkisi kapsamında kalmakta olup, esasen daha fazla efor sarf eden, daha fazla verimli olan işçi açısından diğer işçilere göre yüksek zam verilmesi de eşitliğin gereğidir. Davacı ile aynı bölümde çalışan işçilerin ücretlerinin dökümünün verildiği tablodan da anlaşılacağı üzere, davacıdan daha düşük ücret alan işçilerin olması, erkek işçiler arasında da zam oranlarının farklılık göstermesi karşısında, davacıya cinsiyet ayrımı

nedeni ile ücretinden kesinti veya düşük zam yapılmadığı...davalı işyerinde cinsiyet ayrımından dolayı eşit işlem borcuna aykırı davranılmadığı ve bu sebeple düşük ücret ödenmediği...” bu bağlamda fesih haklı olmadığı gerekçesiyle davacının kıdem tazminatı, ücret [f]arkı ve eşit işlem borcuna aykırılık tazminatı taleplerinin reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamına göre davacı işçiye işyerinde çalışan diğer devereçilere kıyasla daha az ücret öndendiği konusunda tartışma yoktur. Dosya içeriği ve özellikle davalı işveren tanıklarının anlatımlarından, davacının işyerinde başarılı bir işçi olduğu, diğer devereçiler hangi işi yapıyorlarsa davacının da aynı işi yaptığı, yeteneğinde veya performansında hiç bir yetersizlik bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacı cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlayamamış ise de işverenin eşit işe eşit ücret ödememesi eşit işlem borcunun ihlali niteliğindedir ve ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmuştur. Mahkemece davacının çalışma süresi de dikkate alınarak, anılan yasanın 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekirken tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır. Buna göre davacının fark ücretleri de hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır.

Diğer yandan davacının aynı kıdem ve aynı işte çalışan işçi ile aynı ücretle çalıştırılmaması suretiyle eşit işlem borcunun ihlal edilmesi 4857 sayılı Yasa'nın 24/II-e maddesi uyarınca işçiye haklı fesih yetkisi verir. Bu itibarla iş akdini bu nedenle haklı nedene dayalı olarak fesheden davacının kıdem tazminatı isteğinin de kabulü gerekirken yanılığ- lı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgisine iadesine, 05/10/2020 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Kararın İncelenmesi

I. Uyuşmazlık ve Çözümü Gereken Hukuki Sorun

İnceleme konusu Yargıtay Kararından anlaşıldığı kadarıyla, karara konu olayda davacı işçi, 16.02.2006 ila 25.03.2014 tarihlerinde davalının işyerinde iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışmıştır. Davacı işçi, aynı bölümde çalıştığı diğer işçilerle aynı işi yaptığı halde kendisine sırf kadın olduğu için daha az ücret öndendiği, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı ve iş sözleşmesini bu nedenle haklı olarak feshettiği iddiasıyla “kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, ücret farkı ile eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının davalıdan tahsilini” talep etmiştir.

Yerel Mahkeme tarafından davanın kısmen kabulü ile yıllık izin ücreti alacağının tahsiline karar verilirken diğer talepler reddedilmiştir.

Karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, uyuşmazlığın işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplandığını belirtmiş ve bu çerçevede değerlendirmede bulunmuştur. Özel Daire, dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacının cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlayamamış olduğu sonucuna ulaşmış ancak işverenin eşit işe eşit ücret ödememesi eşit işlem borcunun ihlali niteliğinde olduğundan hareketle ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğuna hükmetmiştir. Bu çalışma ile, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yerleşmiş içtihatlarından sapan bu kararının isabetli olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu bağlamda da öncelikle işverenin dar anlamda eşit davranma borcu ile ayrımcılık yapmama borcu yasal dayanakları ile izah edilecek, ardından da ayrımcılık tazminatına hak kazanma koşulları Yargıtay'ın içtihatları ışığında irdelenecektir.

II. Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayırmıcılık Yapmama Borcunun Hukuki Dayanakları

İş hukukunda eşitlik ilkesi, işverenin yönetim

yetkisini sınırlayan ve biçimlendiren bir kurum¹ olup birbiri ile ilişkili iki bileşenden meydana gelmektedir. Bu bileşenler, *dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzer* ayrımcılık temellerine dayalı olarak işçiler arasında farklı işlem ve etki yasağı anlamına gelen “ayırmıcılık yasağı” ile ayrımcılık temellerine dayanmaksızın aynı ve benzer kişilere eşit davranılması olarak tanımlanabilecek “dar (genel) anlamda eşit davranma ilkesi”dir².

Gerek ayrımcılık yasağı gerekse de dar anlamda eşit davranma ilkesi, işveren için yükümlülükler oluşturmaktadır; işveren eşit davranma borcu altındadır. Bu borç gereği, işverenin işçilere ayrımcılık yapmama borcu yanında aynı ve benzer işçilere eşit davranma yükümlülüğü (dar-genel anlamda eşit davranma borcu) da bulunmaktadır.

İşverenin ayrımcılık yapmama ve dar anlamda eşit davranma borçlarının farklı hukuki dayanakları söz konusudur. İnceleme konusu kararda Yargıtay'ın hükmettiği ayrımcılık tazminatını düzenleyen İş Kanunu m. 5 hükmü, sadece ayrımcılık yasağını öngörmekte olup³ işverenin dar anlamda eşit davranma borcunu düzenlememektedir⁴. Gerçekten, her ne kadar İş

1 Devrim Ulucan, 'Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık' (2013) 5(Özel Sayı) DEÜHFD 369, 372; Sükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar (Seçkin 2002) 96; benzer yönde Mesut Gülmez, 'İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler' (2010) 2(25) Çalışma ve Toplum 217, 238, 260; Seçkin Nazlı, 'İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler' (2016) 74(Özel Sayı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası Dergisi (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan) 571, 571; Ünal C, İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı (On İki Levha 2018) 53.

2 Gülmez (n 1) 240; Ünal (n 1) 54.

3 Zeki Okur, 'İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı', 2016) 74(Özel Sayı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası Dergisi (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan), 587, 590; Ünal (n 1) 102-104.

4 Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri (34. Bası, Beta 2021) 456-457; Süzek S, İş Hukuku (21. Bası, Beta 2021) 493-494; Ünal (n 1) 102-104; Hande Bahar Aykaç, 'Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlandırılması' iç T Centel (ed), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II (On İki Levha 2016) 47, 116; Deniz Ugan Çatalkaya, 'İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit

Kanunu'nun 5. maddesinin başlığı "Eşit Davranma İlkesi" olsa da madde lafzı itibarıyla sadece ayırimcılık yasaklarını ve bu kapsamda işverenin ayırimcılık yapmama borcunu düzenlemiştir. Söz konusu maddeye göre;

"İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."

İşverenin dar anlamda eşit davranma borcu, dayanağını ise bu maddeden değil, Anayasa m.

10 hükmünden almaktadır⁵.

Ayırimcılık yasağı ile dar anlamda eşit davranma ilkesi ya da işverenin borçları kapsamında düşünülürse ayırimcılık yapmama borcu ile dar anlamda eşit davranma borcu arasındaki ayırt edici unsur, "ayırimcılık temeli"dir. İşverenin ayırimcılık yapmama borcuna aykırılığın bahsedebilmek için farklı işlem ya da etkinin dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayanması gerekir. İşverenin işçiye uyguladığı farklı işlem, ayırimcılık temeline dayanmasa da ayırimcılık yapmama borcuna aykırılığın ortaya çıkması, ancak sözleşmenin türünden kaynaklanabilir. Zira İş Kanunu m. 5 hükmünde ayırimcılık yasakları düzenlenirken maddenin ikinci fıkrası ile belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmesi çalışan işçilere sözleşme türleri nedeniyle ayırimcılık da yasaklanmıştır. Söz konusu fıkra göre, "İşveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz."

III. Ayırimcılık Tazminatına Hak Kazanma Koşulları

İş ilişkisinde ayırimcılık yasağını düzenleyen İş Kanunu m. 5 hükmünün 6. fıkrasında yasağa aykırılığın yaptırımını "ayırimcılık tazminatı" olarak düzenlenmiştir. Söz konusu fıkra göre, "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir."

Ayırimcılık tazminatı, İş Kanunu m. 5/1 hük-

5 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 4) 454; Kübra Doğan Yenisey, 'İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayırimcılık Yasağı' (2006) 4(11) Çalışma ve Toplum 63, 66; Yıldız (n 4) 64-65; Şükran Ertürk ve İlke Gürsel, 'İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi' iç S Başterzi (ed), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan (Beta 2011) 425, 429; Aykaç (n 4) 52; Ünal (n 1) 104; Murat Kandemir ve Didem Yardımcıoğlu, 'İş Hukukunda Eşitlik İlkesi' (2014) 19 (1) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1, 8; Uğan Çatalıkaya (n 4) 864; krş. Süzek (n 4) 469.

Davranma Borcu ve Ayırım Yasağı' (2021) 2(69) Çalışma ve Toplum 859, 888-889. Hükmün eleştirisi için bkz Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu (Yetkin 2008) 64; Nazlı (n 1) 573-574.

mündeki genel ve onu izleyen özel kurallarla yasaklanan ayırmıcılığın yaptırımı olarak öngörülmüştür. Bu bağlamda; ayırmıcılık temellerine dayalı doğrudan veya dolaylı ayırmıcılıkta (m. 5/1,3,4,5) ve belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere ayırmıcılık yapılmasında (m. 5/2) işçi ayırmıcılık tazminatına hak kazanacaktır⁶.

İşverenin dar anlamda eşit davranma borcu ise yukarıda izah edildiği üzere İş Kanunu m. 5 hükmünde düzenlenmediğinden bu borcuna aykırılık halinde de aynı maddenin 6. fıkrasında yer alan ayırmıcılık tazminatına hak kazanılamaz⁷. Salt madde başlığının "Eşit davranma ilkesi" olduğundan hareketle aksi sonuca varılamayacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar maddenin başlığı ve gerekçesi⁸, maddede dar anlamda eşit davranma

borcunun düzenlendiği izlenimi yaratsa da maddenin lafzı tereddüde yer bırakmayacak kadar açıktır.

Belirtelim ki doktrinde diğer görüş, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık halinde kanun boşluğunun hâkim tarafından doldurulması suretiyle ayırmıcılık tazminatına hükmedilebileceğini savunmaktadır⁹. Bazı yazarlar ise aynı sonuca adalet ve hakkaniyet gereği ulaşılmaması gerektiğini ileri sürmektedirler¹⁰. Bu sonuç, kanaatimizce, ancak İş Kanunu m. 5 hükmünün dar anlamda eşit davranma borcunu da kapsayacak şekilde değiştirilmesi ile uygulanabilir¹¹.

Yargıtay'ın son yıllardaki yaklaşımı da görüşümüz yönündedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.01.2021 tarihinde verdiği bir kararda¹² belirtildiği üzere, "*Yerleşik hale gelen içtihatlar uyarınca; 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ayırmıcılık tazminatı koşullarının oluşması için öncelikle işverence yapılan farklı muamelenin ırk, dil, siyasi düşünce, inanç gibi sebeplere dayalı olması gerekmekte olup madde dar yorumlanmalıdır. Davacı işçi bu madde kap[s]amında değerlendirilebilecek bir sebebe dayalı olarak kendisine ayırmıcılık yapıldığını yöntemince ve yeterli delillerle ispatlayamamıştır. Dolayısıyla, salt davacının ücretine zam yapılmamış olması ya da mailine cevap verilmemesi gibi sebeplerin ayırmıcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. (Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 12.11.2018 tarih 2015/26907 esas ve 2018/20333 karar sayılı ilamı; Yargıtay (Kapatılan)22. Hukuk Dairesi 'nin*

6 Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Başkan, *Bireysel İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020) 80, a87-88; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (1. Bası, On İki Levha 2020), 277; Gülsevil Alpagut, 'Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayırım Yasağı ve Oranlık İlkesi' iç T Canbolat (ed), *Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan* (Beta 2010) 25, 43; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (1. Bası, Seçkin 2020), 211; Ünal (n 1) 432; Ahmet Sevimli, *4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (Beta 2019) 78; Yarg. 9. HD, 14.03.2011, E. 2010/26763, K. 2011/6748, Çalışma ve Toplum, 2011/4; Süzek (n 4) 493-494; Süzek, İş Kanunu m. 5/2 hükmü uyarınca belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere farklı işlemi dar anlamda eşit davranma borcu kapsamında değerlendirmekte olup aynı maddenin 6. fıkrasında ayırmıcılık tazminatı düzenlenirken "yukarıdaki fıkra hükümleri" ifadesine yer verilmesi nedeniyle, bu halde de ayırmıcılık tazminatına hak kazanılacağını ileri sürmüştür.

7 Ünal (n 1) 433; işverenin ayırmıcılık temellerine dayanmaksızın bazı işçilere ücret ödemesi yapmaması veya ekik ödeme yapmasının ayırmıcılık oluşturmadığını ifade eden Ekmekçi ve Yiğit, eşit davranma borcuna aykırılık da olmadığını, konunun ücret ödeme borcuna aykırılık olduğunu ifade etmiştir, Ekmekçi ve Yiğit (n 6) 280.

8 Gerekçeye göre, "İşverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü, çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak tüm ülkelerin, uluslararası ve uluslararası hukukun gündemine girmiş ve çok sayıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer almıştır... İşverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu en önemli dayanağını Anayasanın 10 uncu maddesinde bulmaktadır. Maddede işverenin borçlarından biri olan eşit davranma ilkesi genel olarak belirlendikten sonra, değinilen bazı iş sözleşmelerinde eşit davranılmasına, arkadan cinsiyet ayırımını

engellenen sınırlamanın temel kurallarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Eşit davranma ilkesi ve cinsiyet ayırımı yasağına aykırı davranmanın hukuki yaptırımının da yer aldığı maddeye, Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin ispat yükümlülüğü hakkındaki 97/80 sayılı Yönerge hükümlerine uyum sağlayan bir hüküm eklenmiştir."; İş Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/534), TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı:1, S.Sayı: 73.

9 Yıldız (n 4) 329; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları (7. Bası, Seçkin 2019) 101; Ulaş Baysal, 'İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması' (2010) 7(25) Legal İHSGHD 59, 76.

10 Ertürk ve Gürsel (n 5) 449.

11 Ünal (n 1) 103.

12 Yarg. 9 HD, E. 2018/7135 K. 2021/920, 14.01.2021.

03.07.2019 tarih 2017/23268 esas ve 2019/14998 karar sayılı ilamı) Hal böyle olunca; İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen tazminata karar verilmesi kanuna açık aykırılık hali oluşturduğundan temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir."

Özel Dairenin benzer değerlendirmelere yer verdiği 26.01.2021¹³ ve 17.03.2021¹⁴ tarihli kararlarında belirtildiği üzere; "4857 Sayılı Kanun'un 5. maddesiyle Dairemiz yerleşik uygulamasına göre işverenin her eşit işlem borcuna aykırılık hali için tazminat yaptırımı öngörülmemiş, bu yaptırımın olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinden (örneğin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce v.b.) birinin gerçekleşmesi şartı aranmıştır.". Dolayısıyla da örneğin 26.01.2021 tarihli kararda, davalı işveren tarafından davacının harcırah, kira, ücret, yemek yardımının eksik yapılmamasının nedeni olarak davacının dil, ırk, cinsiyet ya da siyasal düşüncesinden dolayı yapılmış ayrımcılığı ortaya koyan bir saptama bulunmadığı için davacının ayrımcılık tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü isabetsiz bulunarak bozma kararı verilmiştir.

Yüksek Mahkemenin başka kararlarında da ayrımcılık tazminatına hükmedilebilmesi için ayrımcılığın dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayanması gerektiği belirtildikten sonra başka işçilere nazaran olumsuz işlem iddiasına rağmen bu işlemlerin ayrımcılık temeline dayandığı iddia ve ispatı söz konusu değil ise ayrımcılık tazminatına hak kazanılamayacağı belirtilmiştir. Bahsedilen kararlara göre, "dosya kapsamında davacıya dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplerle ayrımcılık yapıldığına dair delil de bulunmamaktadır. Dava dilekçesinde, davacıya fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti alacakları ödenmezken başka işçilere ödendiği, maaşları geç ödenirken başka işçilere zamanında ödendiği, 01/09/2014 öncesinde başkaları hafta tatili kullanırken davacının kullanmadığı, izne ihtiyacı olun-

ca yıllık izninden düşüldüğü..., başka işçilere zam yapıldığı, davacıya yapılmadığı yönünde iddialar m[e]vcut ise de dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere davacıya eşitsiz davranıldığına dair bir iddia da mevcut değildir. Neticeten, ayrımcılık tazminatı talebinin sübut bulmadığından tamamen reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalıdır."¹⁵

Özel Dairenin 09.12.2020¹⁶ ve 15.02.2021¹⁷ tarihlerinde verdiği kararlarda da benzer bir yaklaşımla, "Yapılan yargılamada, davacıya emsallerinden daha düşük ücret ödenmesinin; dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi bir nedene dayandığının iddia ve ispat edilememesi karşısında davacının şartları bulunmayan ayrımcılık tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." şeklinde hüküm kurulmuştur¹⁸.

İnceleme konusu kararımız ise, bu kararlar ile çelişmektedir. Aynı Daire tarafından 05.10.2020 tarihinde yani bu kararlardan önce verilen inceleme konusu kararda, davacının cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlayamamasına rağmen işverenin eşit işe eşit ücret ödememesi eşit işlem borcunun ihlali niteliğinde olduğuna değinilerek ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu sonucuna ulaşılmıştır. Hukuki bir dayanakta yoksun olan bu karar, isabet taşımamaktadır. Nitekim doktrinde de önceki içtihatlarından farklılaşan Yargıtay'ın bu kararı ile görüşünü mü değiştirdiği sorgulanmıştır. Ugan Çatalkaya tarafından karar metninden açıkça anlaşılama-

15 Yarg. 9. HD, E. 2017/17933 K. 2021/184, 11.01.2021; Yarg. 9. HD, E. 2017/17932 K. 2021/183, 11.01.2021; Yarg. 9. HD, E. 2017/18432 K. 2021/186, 11.01.2021.

16 Yarg. 9. HD, E. 2016/34268 K. 2020/17873, 09.12.2020.

17 Yarg. 9. HD, E. 2020/7393 K. 2021/3768, 15.02.2021.

18 Bursa Bölge Adliye Mahkemesinin benzer yönde kararlarına göre; "Somut uyumsuzlukta; (emsal Yargıtay 9.H.D.'nin 24/03/2020 tarih, 2019/8034 E., 2020/4426 K.) ücret alacaklarının muvazaaya dayalı olarak eksik ödenmesinin, fazla mesai yaptırılmaması, erzak yardımının ödenmemesinin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep vb. sebeplere dayalı olduğunun iddia ve ispat edilemediğinin anlaşılması karşısında, ayrımcılık tazminatı talebinin reddine karar verilmesi de yerindedir." Bursa 3. BAM, E. 2019/2091 K. 2020/1944, 05.11.2020; Bursa 3. BAM, E. 2019/2090 K. 2020/1945, 05.11.2020.

13 Yarg. 9 HD, E. 2020/4817 K. 2021/2405, 26.01.2021.

14 Yarg. 9. HD, E. 2020/9093 K. 2021/6337, 17.03.2021.

yan ve somut uyumsuzluğa özgü bir durum olabileceğine işaret edilmiştir¹⁹.

Aynı Dairenin daha sonra verdiği kararlarında Yargıtay'ın yerleşik hale gelen içtihadı olarak nitelendirilen kararlarına atıf yapılarak ayırıcılık tazminatına hak kazanmak için işverenin ayırıcılık yapmama borcuna ayırıcılığının aranması karşısında, inceleme konumuz karar ile görüş değişikliğine gidilmediği ve "kaçak" bir kararın söz konusu olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Söz konusu karar, karar metni ile sınırlı olarak incelendiğinde, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları arasında ayırık kalmış olup eleştiriye açıktır.

Bu tespitimizi destekleyen bir başka karar, inceleme konusu kararımızdan sadece bir gün sonra verilmiştir. Özel Dairenin 06.10.2020 tarihli kararına²⁰ göre, "Somut uyumsuzlukta, ücret alacaklarının muvazaaya dayalı olarak eksik ödenmesinin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep vb. sebeplere dayalı olduğunun iddia ve ispat edilemediğinin anlaşılması karşısında şartları oluşmayan ayırıcılık tazminatının reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."

IV. Sonuç

İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit davranma ilkesi başlığını taşımakla birlikte maddede işverenin dar (genel) anlamda eşit davranma borcu düzenlenmemiş; maddede sayılan temellere dayalı ve benzeri sebeplerle ayırım yapmama borcu ile belirli-belirsiz, kısmi-tam süreli sözleşme türlerine dayalı ayırım yapmama borcu düzenlenmiştir. Maddenin lafzı tereddüde yer bırakmayacak kadar açık olup, ayırıcılık tazminatını düzenleyen altıncı fıkrada açıkça "yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında" ifadelerine yer verilmiştir.

Yargıtay da İş Kanunu m. 5 hükmüne ilişkin yerleşik kararlarında bu esaslardan hareketle işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna ayırıcılık hallerinde ayırıcılık tazminatına hük-

medilemeyeceğine karar vermiştir. Yasal durum ve yerleşik içtihat bu şekilde iken, Yüksek Mahkeme'nin inceleme konusu yaptığımız kararında kullandığı ifadeler bu içtihattan dönüldüğü izlenimi yaratsa da daha sonra verilen kararlarda önceki içtihadın sürdürüldüğü görülmekte, inceleme konusu kararın "ayırık" bir karar olabileceği değerlendirilmektedir. Yasal düzenlemenin açıklığı karşısında, farklı muamelenin bir ayırıcılık temeline dayanmadığının açıkça belirtildiği kararda ayırıcılık tazminatına hükmedilmiş olmasının isabet taşımadığı ve daha sonra verilen kararlarda yerleşik içtihadın sürdürülmesinin isabetli olduğu kanısındayız.

KAYNAKÇA

- Akyiğit E., *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (1. Bası, Seçkin 2020).
- Alpagut G., 'Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayırım Yasağı ve Oransallık İlkesi' iç T Canbolat (ed), Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan (Beta 2010).
- Aykaç H.B., 'Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlandırılması' iç T Centel (ed), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II (On İki Levha 2016) 47-133.
- Baysal U., 'İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması' (2010) 7(25) Legal İHSGHD 59-100.
- Çelik N., Caniklioğlu N., Canbolat T. ve Özkara E., *İş Hukuku Dersleri* (34. Bası, Beta 2021).
- Doğan Yenisey K., 'İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayırıcılık Yasağı' (2006) 4(11) Çalışma ve Toplum 63-82.
- Ekmekçi Ö. ve Yiğit E., *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (1. Bası, On İki Levha 2020).
- Ertürk Ş. ve Gürsel İ., 'İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi' iç S Başterzi (ed), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan (Beta 2011) 425-458.
- Ertürk Ş., *İş İlişkisinde Temel Haklar* (Seçkin 2002).
- Eyrenci Ö., Taşkent S., Ulucan D. ve Baskan E., *Bireysel İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2021).

¹⁹ Ugan Çatalkaya (n 4) 890.

²⁰ Yarg. 9. HD, E.2016/24252 K. 2020/10625, 06.10.2020.

- Gülmez M., 'İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler' (2010) 2(25) Çalışma ve Toplum 217-266.
- Kandemir M. ve Yardımcıoğlu D., 'İş Hukukunda Eşitlik İlkesi' (2014) 19 (1) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1-44.
- Nazlı S., 'İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler' (2016) 74(Özel Sayı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası Dergisi (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan) 571-586.
- Okur Z., 'İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı', 2016) 74(Özel Sayı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası Dergisi (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan), 587-600.
- Sevimli A., *4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (Beta 2019).
- Sümer H.H., *İş Hukuku Uygulamaları* (7. Bası, Seçkin 2019).
- Süzek S., *İş Hukuku* (21. Bası, Beta 2021).
- Ugan Çatalkaya D., 'İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasası' (2021) 2(69) Çalışma ve Toplum 859-898.
- Ulucan D., 'Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık' (2013) 5(Özel Sayı) DEÜHFD 369-384
- Ünal C., *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı* (On İki Levha 2018).
- Yıldız G.B., *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu* (Yetkin 2008).

Dr. Öğr. Üyesi Asiye ŞAHİN EMİR*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2021/II Sayı 46: 137-154
Makale Gönderim Tarihi: 9 Aralık 2021
Makale Kabul Tarihi: 16 Aralık 2021

İşveren İşçinin Talebi Olmaksızın Yeni İş Arama İzni Kullandırmak Zorunda Mıdır? (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2021 Tarihli Kararı'nın Değerlendirilmesi)

Öz

Belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen taraf haklı bir neden bulunmaması durumunda bildirimli fesih ile sözleşmeyi sona erdirebilir (İş K. md. 17). İş Kanunu'nda öngörülen bildirim sürelerinin amacı, tarafları sürpriz bir şekilde iş sözleşmesinin feshedilmesinin sonuçlarından korumaktır. Bildirim süresi boyunca işçi yeni iş arama, işveren de yeni bir işçi bulma imkânına sahiptir. Bu kapsamda kanun koyucu, işverenin bildirim

süresi boyunca işçiye yeni bir iş bulması için iş saatleri içinde ve işçinin ücretinde kesinti yapmaksızın iş arama izni vermesini öngörmüştür. Çalışmada, Türk hukukundaki ve Alman hukukundaki düzenlemeler dikkate alınarak işverenin işçinin talebi olmaksızın işçiye yeni iş arama iznini kullandırmak zorunda olup olmadığı hususu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2021 tarihli kararı çerçevesinde değerlendirilecektir.

Anahtar Sözcükler:

İş sözleşmesinin bildirimli feshi, ihbar süresi, yeni iş arama izni, yeni iş arama izni ücreti.

Does the Employer is Obligated to Grant the Permission to Employee to Seek New Employment Even Though the Lack of Employee's Demand? (Evaluation of the Decision of the Supreme Court of Appeals General Assembly, dated 15.04.2021)

Abstract

The party wishing to terminate an indefinite period employment contract, may terminate

the contract with notice of termination, unless there is a just reason (Labor Code art. 17).

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

The purpose of the notice periods stipulated in the Labor Law is to protect the parties from the consequences of the unexpected termination of the employment contract. During the notification period, the employee has the opportunity to look for a new job, where as the employer has the opportunity to find a new worker. In this context, the legislator envisaged that the employer should give the employee a job search permit during the notification peri-

od to find a new job within working hours and without deduction from the employee's wages. In the study, the obligation of the employer about granting permission to employee to seek new employment, whether the employee demanded it or not, will be discussed by taking into account the regulations in Turkish and German law, within the framework of the decision of the Supreme Court of Appeals General Assembly dated 15.04.2021.

Keywords:

Termination of employment contract with notice, notice period, new job search permit, new job search permit fee.

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI'

Esas No. : 2018/757

Karar No. : 2021/488

Tarihi : 15.04.2021

1. Taraflar arasındaki "işçilik alacağı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Diyarbakır 1. İş Mahkemesi tarafından verilen davanın kabulüne ilişkin kararın davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesi tarafından yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. Yargılama Süreci

Davacı İstemi

4. Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin uzun süreden beri davalı şirket bünyesinde çalış-

tırıldığını, işveren tarafından tebliğ edilen 25.08.2012 tarihli bildirimde müvekkilinin 55 yaşını doldurması nedeniyle Toplu İş Sözleşmesinin (TİS) 13/A-1. maddesi gereğince 25.01.2013 tarihi itibarıyla emekliye ayrılmasının kararlaştırıldığını, 22 haftalık ihbar öneli kullanabileceğinin bildirildiğini ve iş sözleşmesinin de 26.01.2013 tarihinde feshedildiğini, TİS'nin 12/C maddesi uyarınca kıdemi 5 yıldan fazla olan işçinin ihbar önelinin 22 hafta olduğu ve ihbar öneli içerisinde işverenin her gün günde 4 saat iş arama izni vermek mecburiyetinde olduğunun düzenlendiği, iş arama izni kullanılmayıp çalıştırılan ve fiilen işine son verilen müvekkiline iş arama izinlerine ilişkin ücretin %100 zamlı olarak ödenmesi gerektiğini ileri sürerek iş arama izni alacağına faiziyle davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabı

5. Davalı vekili cevap dilekçesinde; müvekkili şirket tarafından 29.06.2012 tarihli yazı ile davacının 2012 yılı içinde 55 yaşını doldurmuş olduğundan TİS'nin 13/A-1. maddesi gereğince ve objektif olarak uygulanan işyeri uygulaması kapsamında ayrıca emekliliğe hak kazanılmadığına ilişkin resmi bir yazı getirilmediği takdirde 25.01.2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere emekliye ayrılmasının kararlaştırıldığının davacıya 05.07.2012 tarihinde tebliğ edildiğini, ayrıca davacının yazılı bir bildirimde bulunmaması durumunda 25.08.2012

1 <https://legalbank.net/>, (ET.: 16.11.2021).

tarihine kadar yıllık iznini, 25.08.2012-25.01.2013 tarihleri arasında 22 haftalık ihbar önelini kullanacağı, TİS'nin 12/C fıkrası gereğince ihbar süresini toplu olarak kullanmayı yazılı olarak bildirmediği taktirde ihbar öneli müddetince günde 4 saat çalışacağı, toplu olarak kullanmayı bildirdiği durumda 25.08.2012-09.11.2012 tarihleri arasında 1. ihbar süresini (tam gün çalışarak), 10.11.2012-25.01.2013 tarihleri arasında 2. ihbar süresini (iş arama iznini) kullanacağını davacıya bildirildiği, davacının bu bildirimde istinaden 05.07.2012 tarihli yazılı beyanında 55 yaşın Kanunda belirtilen iş sözleşmesinin feshi için geçerli ya da haklı sebeplerden olmadığını, bildirimde belirtilen toplu iş arama izni ile ilgili bir talebi bulunmadığını belirttiği, davacının fesih bildirimine itirazı üzerine müvekkili tarafından 01.11.2012 tarihli yazı ile davacıya haklarının tekrardan hatırlatıldığını ve halen iznini toplu olarak kullanabilme olanağının bulunduğu belirtiltiğini, yazıda TİS'nin 13/A-1. maddesi gereğince ve objektif bir şekilde ve genel olarak gerçekleştirilen uygulamaya göre 25.01.2013 tarihinde emekliye ayrılmasının kararlaştırıldığını, ihbar sürelerindeki iş arama izni kullanımı konusunda tercihli sürelerin tarafına bildirildiği, bugüne kadar iş arama izni konusunda herhangi bir yazılı talepte bulunmadığını, ihbar süresindeki iş arama izinlerinin davacı tarafından kullanılması gerektiği, yazının 3. maddesinin (b) bendinde yer alan 2. ihbar süresinin 10.11.2012 tarihinde başlayacağını, 10.11.2012-25.01.2013 tarihleri arasında iş arama iznini toplu olarak kullanabileceğinin ihtar edildiğini, bu bildirimde de davacının fesih işleminin hukuki olarak geçerli olmadığını daha önceki yazılı itirazını tekrar ettiğini beyanla 06.11.2012 tarihinde itiraz ettiğini, müvekkili işveren tarafından usulüne uygun bir fesih gerçekleştirildiği gibi iş arama izni kullanması konusunda işçiye bildirimde bulunulduğu ve izin verme yükümlülüğünü yerine getirdiğini, davacıya bu konuda seçimlik hakların sunulduğu ve kendisine iki kez bildirimde bulunulduğu ancak davacının bu konuda beyanının bulunmadığını, talebi bulunmadığı hâlde kendisine günde 4 saat çalışacağını belirtildiğini, bu noktada müvekkilinin kanuni yükümlülüklerini yerine

getirerek işçiye yeni iş arama iznini TİS'ye uygun olarak sağladığını, iş arama iznini kullanıp kullanmama hakkına işçinin sahip olduğu işverenin sorumluluğunun bu izni sağlamakla sınırlı olduğu, bununla birlikte işçinin bu hakkını kötüye kullanarak işverenin yazılı bildirimlerini yanıtsız bıraktığını, bu durumun işverence iş arama izninin verilmediğini değil, işçinin iş arama iznini kendi iradesiyle kullanmadığını gösterdiğini, davacının 2. bildirimde karşı itirazında izninin kullanılmadığına ilişkin beyanda bulunmadığını ayrıca talep edilen alacağın zamanaşımına uğradığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı

6. Diyarbakır 1. İş Mahkemesinin 20.11.2015 tarihli ve 2015/428 E., 2015/1499 K. sayılı kararı ile; iş sözleşmesinin feshedileceğinin bildirildiği tarih itibariyle 22 haftalık ihbar süresinin 28.08.2012 tarihinden başlatılması gerektiği, raporun dosya kapsamına uygun denetime açık olduğu, delilerin değerlendirilmesi sonucunda mahkemenin emsal nitelikteki dosyaları da dikkate alındığında davacının bilirkişi tarafından hesaplanan iş arama izni alacağına hak kazandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı

7. Diyarbakır 1. İş Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 25.04.2017 tarihli ve 2017/18642 E., 2017/9418 K. sayılı kararı ile; "...Davacının uyuşmazlık konusu olan ihbar süresince, davacıya kullanması yönünde ihtarlar yapılmış ise de; davacının bu süre zarfında davalı işyerinde tam gün mesai ile çalıştığı uyuşmazlık dışındadır.

4857 sayılı Kanun'un 27. maddesinde; işçiyi fesihten sonraki hayata hazırlamak için, işverenin işçiye, yeni iş arama izni vermesi zorunlu tutulmuştur. Bildirim süresi sonunda işten ayrılacağını bilen işçi, iş arama izni ile çeşitli girişimlerde bulunabilecektir. Bunun yanında davacının bu iznini sadece toplu kullanmak isteği için talep

etme şartı getirmişken, her gün için ayrı ayrı kullanılması halinde davalıya sorumluluk yüklenmiştir. Davalı işverenin bu madde kapsamında davacıya işten çıkarılacağına dair ihtarda ve ayrıca yapılan izne dair hatırlatma içerikli ihtar ile iş arama iznini seçenekli olarak kullanabileceğini, ihbar süreleri ile açık tarihleri de içerecek şekilde bildirmiştir.

Yasal düzenlemenin tümüne bakıldığında; maddede geçtiği şekli ile açık amacı işten ayrılacak olan işçiye "yeni iş bulması için" iş aramasını sağlamaktır. İş arama izni dinlenme hakkı değildir. İşveren bu doğrultuda yükümlülüğünü yerine getirmişken; davacı işçi ise bu hakkını izni kullanmayacağını bildirerek, eylemli olarak ta çalışarak, kendi serbest iradesiyle bu hakkını kullanmama yönünde tercihte bulunmuştur. Söz konusu izin kullanma hakkı davacının kendisinin, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir haktır. Kendisine işveren tarafından verilen ihtar ve ayrıca hatırlatmalara rağmen bu hakkını kullanmayıp daha sonra, bu yöndeki talebi, iş akdi artık fiili olarak ta sonlandıktan sonra iş arama izninin amacına göre artık iyiniyetli bir talep olmayacaktır. Bu doğrultuda işverenin iş arama izninin kullandırmadığının kabulü doğru olmamıştır. Davanın reddine karar vermek gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirir..." gerekçesiyle hükmün bozulmasına oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Direnme Kararı

9. Diyarbakır 1. İş Mahkemesinin 21.12.2017 tarihli ve 2017/596 E., 2017/680 K. sayılı kararı ile; yasal düzenleme gereğince bildirim süreleri içinde işveren işçiye iş arama iznini vermek zorunda olup, işçinin bu süre içerisinde çalışmadığı hâlde ücrete hak kazanacağı, davacıya iş arama izninin kullandırılmadığının ispatlandığı, davacı tarafından yapılan feshi itiraz edilmiş ise de bu itirazdan iş arama iznini kullanmak istemediği sonucunun çıkarılamayacağı, bu sonuca varılsa dahi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 27. maddesine göre iş arama izninde işçi çalıştırılır ise çalıştığı sürenin ücretinin zamlı ödeneceğinin düzenlendiği, zamlı ücret ödendiğinin ise davalı işveren tarafından ispatlanamadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi

10. Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. Uyuşmazlık

11. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; ihbar öneli verilerek iş sözleşmesi feshedilen davacıya işveren tarafından iş arama izni kullanmasının önerildiği ve davacının da iş arama iznini kullanmayarak çalışmaya devam ettiği dikkate alındığında iş arama izni alacağına hak kazanıp kazanamayacağı noktasında toplanmaktadır.

III. Gerekçe

12. 4857 sayılı İş Kanunu'nun (4857 s. Kanun/İK.) işçiye bildirim süresi içinde iş arama imkânının tanındığı 27. maddesine göre; "Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatlerin içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanılabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır.

İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir.

İşveren, iş arama izni esnasında işçiye çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder."

13. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 421. maddesinde de iş arama iznine ilişkin İş Kanunu ile paralel bir şekilde düzenleme yapılmıştır. İşverenin belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin feshi hâlinde bildirim süresi içinde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın günde iki saat iş arama izni vermekle yükümlü olduğu izin saatleri ve günlerinin belirlenmesinde işyerinin ve işçinin haklı menfaatlerinin göz önünde tutulacağı hükme bağlanmıştır.

14. Süreli fesih yoluyla yapılan fesihte bildirim

İşveren İşçinin Talebi Olmaksızın Yeni İş Arama İzni Kullandırmak Zorunda Mıdır? (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2021 Tarihli Kararı'nın Değerlendirilmesi)

süresi öngörülmesinin nedeni; işçinin bir anda işsiz ve ücretsiz kalmasını engellemek ve bu süre zarfında yeni bir iş aramasına fırsat vermek amacına yöneliktir. Bu amacın bir gereği olarak da İş Kanunu ve Borçlar Kanununda işçiye yeni iş arama izni hakkı tanınmıştır. İş arama izni, sözleşmenin kim tarafından feshedildiğine bakılmaksızın belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim öneli içinde kullanılmak üzere işçiye tanınan bir hak olarak tanımlanabilir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde veya belirsiz olmakla beraber peşin ücret ödenmek suretiyle fesih durumunda ya da sözleşmenin işçi tarafından haklı nedenle feshinde iş arama izni uygulanmaz zira bu hak süreli fesih beyanının bildirim süresine özgü bir hükmü olarak ancak bildirim süresinin uygulanmaya başlaması şartıyla doğar (Mollamahmutoğlu, H./ Astarlı, M. / Baysal, U.: İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 289).

15. Bildirim öneli içinde işveren iş arama iznini kullandırmak zorundadır, işverenin bu yükümlülüğünü azaltacak ya da ortadan kaldıracak sözleşme hükümleri geçersizdir. İş Kanunda belirlenen iki saatlik süre de asgari nitelik arz etmekte olup işveren tarafından arttırılabileceği gibi sözleşme ile iş arama süresinin daha uzun bir süre olarak kararlaştırılabilmesi mümkündür.

16. İş arama izni işçinin talebi ile toplu olarak kullanılabilir. İşçi toplu izin kullanımını işten ayrılacağı günden önceki günlere rastlamak ve işverene bildirmekle yükümlüdür. Aksi hâlde işveren iş arama iznini her iş günü itibarıyla kullandırma imkânına sahip olur. İşveren iş süresinin hangi zamanında iş arama iznini kullandıracağını yönetim hakkına dayanarak taktir eder.

17. Hemen belirtilmelidir ki, işveren tarafından iş arama izninin kullandırılmaması ya da eksik kullandırılması hâlinde işçinin iş sözleşmesini derhal fesih hakkı mevcuttur.

18. Ayrıca yeni iş arama izni ihbar öneli içindeki çalışılan günler için söz konusu olur. Dolayısıyla hafta tatili, ulusal bayram genel tatil günleri gibi çalışılmayan günler için işverenin yeni iş arama izni vermesi ya da bu sürelerde dahil olacak şekilde iş arama izni alacağı hesaplaması söz konusu

olmaz (Mollamahmutoğlu/Astarlı /Baysal; s.290).

19. Nitekim çalışılmayan tatil günleri için iş arama izin ücreti hesaplanmaması gerektiği HGK'nun 27.01.2010 tarihli ve 2009/9-593 E.,2010/20 K. sayılı kararında da kabul edilmiştir.

20. İşçinin talebi olmaksızın işveren iş arama izni vermek ve kullandırmak zorundadır. İş arama iznine ilişkin düzenlemede işverenin talep koşulundan bahsetmeksizin işçiye iş arama izninin verilmesi gerektiği belirtilerek bu zorunluluk hükme bağlanmıştır. Aksi hâlde işçinin talebi bulunmadığında işverenin iş arama izni verme yükümlülüğünün bulunmadığı sonucuna varılır ki bu sonuç Kanun hükmüyle bağdaşmaz. Dolayısıyla bu borç bizzat Kanundan kaynaklanmakta olup işçinin işverenden iş arama izin isteğinde bulunması gerekmediği gibi izin istenmesi hâlinde de işverenin kabul edip etmeme yetkisi bulunmamaktadır. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlendiği gibi işçinin talebi sadece iznin kullanılma şekli ve zamanı yönünden dikkate alınması gereken bir şarttır.

21. Yukarıda yapılan anlatımlar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalı işveren tarafından 29.06.2012 tarihli bildirim ile davacıya 55 yaşını doldurduğundan TİS hükümlerine göre 25.01.2013 tarihi itibarıyla emekliye ayrılmasının kararlaştırıldığı, 22 haftalık ihbar önelinin bulunduğu, iş arama iznini toplu ya da kısmi olarak hangi tarihler arasında kullanabileceği de belirtilerek seçenekli şekilde kullanmasının mümkün olduğunun bildirildiği, bildirimde ayrıca toplu kullanmadığı taktirde günde 4 saat çalışacağını belirtildiği, davacının da iş sözleşmesinin feshinin yasaya, işyeri uygulamasına aykırı olduğu ve toplu izinle ilgili yazılı ya da sözlü bir talebinin bulunmadığını belirterek itirazda bulunduğu, iş arama izninin kullanılması gerektiğine ilişkin hatırlatma amaçlı yapılan ikinci ihtara yönelik olarak da daha önceki yazılı itirazını tekrarladığını, fesih işleminin hukuki olarak geçerli olmadığını ileri sürdüğü anlaşılmıştır.

22. Davacının iş arama iznini kullanmadığı ihbar süresince davalı işyerinde tam gün mesai ile çalıştığı ise sabittir.

23. Gerçekten de İş Kanunundaki amir hükme göre iş arama izninden yararlanma işçinin isteği koşuluna bağlı tutulmamıştır. Talep bulunmasa da işçiye iş arama izni verilmesi zorunlu olup işveren bu konuda bir taktir hakkına sahip değildir. Somut olayda olduğu gibi davalı işveren tarafından iş arama izninin kullanılması için yapılan bildirimler de işvereni bu yükümlülükten kurtarmaz. İşverenin izin verildiğini belirttiği gün ve saatlerde çalışılmak istenmesi durumunda işçiye iş verilmemesi gerekir. Ayrıca davacı işçi bildirimlere yaptığı itirazında fesih yasaya ve işyeri uygulamasına aykırı olduğunu belirtmiş olup iş arama iznini kullanmak istemediği yönünde bir beyan veya bir itiraz ileri sürmemiştir. Bu nedenle iznin kullandırılması gerekirken çalıştırılan davacıya izin kullanmaksızın alacağı ücrete ilaveten çalıştırıldığı sürenin ücreti de yüzde yüz zamlı ödenmelidir.

24. Bu nedenle emredici düzenleme gereği iznin kullandırılmasının zorunlu olduğunun kabulü ile alacağın hüküm altına alınması gerektiğini karara bağlayan direnme kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

25. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, davalı işverenin yaptığı hatırlatmalarla yükümlülüğünü yerine getirdiği, davacının serbest iradesiyle izin hakkını kullanmama yönünde tercihte bulunduğu bu nedenle bozma kararının yerinde olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğunca kabul edilmemiştir.

26. O hâlde mahkemece yukarıda açılanan hususlara değinilerek verilen direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, yerindedir.

27. Ne var ki Özel Dairece bozma nedenine göre, hüküm altına alınan alacak miktarına ilişkin temyiz incelemesi yapılmadığından dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

IV. Sonuç

Açıklanan nedenlerle;

Direnme uygun bulunduğundan hüküm altına alınan alacağın miktarına ilişkin davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 9. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,

Karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 15.04.2021 tarihinde yapılan ikinci görüşmede oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.

I. Uyuşmazlık Konusu Olay

Karara konu uyuşmazlıkta davacı işçi, iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirimli olarak feshedildiğini ve toplu iş sözleşmesi gereğince 22 hafta olan bildirim süresi boyunca sahip olduğu günlük 4 saatlik yeni iş arama izninin kullandırılmayıp çalıştığını iddia ederek çalışılan yeni iş arama izni süresine ilişkin ücretin yüzde yüz zamlı olarak ödenmesi amacıyla davalı işverene karşı işçilik alacağı davası açmıştır.

Davalı işveren tarafından, 29.06.2012 tarihli yazı ile davacının 55 yaşını doldurmuş olması nedeniyle toplu iş sözleşmesinin 13/A-1 maddesi gereğince ve objektif olarak uygulanan işyeri uygulaması kapsamında 25.01.2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere emekliye ayrılması kararlaştırılmıştır. Bunun üzerine işveren, ihbar süresi boyunca sahip olduğu günlük 4 saat yeni iş arama iznini toplu olarak kullanmayı yazılı olarak bildirmediği takdirde ihbar süresi boyunca günde 4 saat çalışacağını, toplu olarak kullanmayı bildirmediği durumda hangi tarihlerde izni kullanacağını belirtmesi gerektiğine ilişkin davacı işçiye bildirimde bulunmuştur. Davacı işçi bu bildirimde, 55 yaşın İş Kanunu'nda belirtilen iş sözleşmesinin feshi için geçerli ya da haklı sebeplerden olmadığını, yeni iş arama izninin toplu kullanımı ile ilgili bir talebi bulunmadığını belirterek itiraz etmiştir. Bunun üzerine davalı işveren, davacı işçiye haklarını tekrardan hatırlatmış ve halen iznini toplu olarak kullanabilme olanağının bulunduğunu belirtmiştir. 25.01.2013 tarihinde işçi emekliye ayrılmış ve bu tarihe kadar yeni iş arama izni konusunda herhangi bir yazılı talepte bulunmamıştır.

İşveren, ihbar süresindeki iş arama izinlerinin davacı tarafından kullanılması gerektiğini, usulüne uygun bir fesih gerçekleştirdiği gibi iş arama izni kullanması konusunda işçiye bildirimde bulunduğunu, izin verme yükümlülüğünü yerine

getirdiğini ve iş arama iznini kullanıp kullanmama hakkına işçinin sahip olduğunu, kendisinin sorumluluğunun bu izni sağlamakla sınırlı olduğunu ileri sürmüştür. Bununla birlikte işveren, işçinin yazılı bildirimlerini yanıtsız bırakmasının kendisi tarafından işçiye iş arama izni verilmediği olarak değil, işçinin iş arama iznini kendi iradesiyle kullanmadığı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve ayrıca talep edilen alacağın zamanaşımına uğradığı gerekçesi ile davanın reddini savunmuştur.

II. Yargı Organlarının Kararları

A. Yerel Mahkeme Kararı

Yerel mahkeme tarafından yapılan yargılama sonucunda, davacı işçinin bilirkişi raporunda hesaplanan yeni iş arama izni ücretine hak kazandığına karar verilmiştir. Yerel mahkemenin bu kararı davalı işveren tarafından temyiz edilmiştir.

B. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi (Kapatılan) Kararı

Davalı işverenin temyiz başvurusu üzerine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi (Kapatılan) 25.04.2017 tarihli ve 2017/18642 E., 2017/9418 K. sayılı Kararında², yeni iş arama izni kullanma hakkının davacı işçinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak olduğunu, işveren tarafından verilen ihtar ve hatırlatmalara rağmen işçi tarafından bu hakkın kullanılmayıp iş sözleşmesi fiili olarak sonlandıktan sonra talepte bulunulmasının iş arama izninin amacına göre iyiniyetli bir talep olmadığını belirtmiştir. Daire, bu gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesini hatalı bulmuş ve kararı oy çokluğu ile bozmuştur.

C. Yerel Mahkemenin Direnme Kararı

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bozmaya ilişkin

kararı sonrası uyuşmazlık yeniden yerel mahkeme tarafından incelenmiştir. Yerel mahkeme kararında, öncelikle yasal düzenleme nedeniyle işverenin bildirim süreleri içinde işçiye yeni iş arama izni vermek zorunda olduğuna ve işçinin bu süre içerisinde çalışmadığı hâlde ücrete hak kazanacağına yer vermiştir. Daha sonra mahkeme, somut olay bakımından davacıya yeni iş arama izninin kullandırılmadığının ispatlandığı, davacı tarafından yapılan feshe itiraz edilmiş ise de bu itirazdan iş arama iznini kullanmak istemediği sonucunun çıkarılamayacağı, bu sonuca varılsa dahi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 27. maddesinde yeni iş arama izninde işçi çalıştırılırsa çalıştığı sürenin ücretinin zamlı olarak ödeneceği düzenlendiği için ve zamlı ücret ödendiğinin davalı işveren tarafından ispatlanamadığı gerekçesiyle direnme kararı vermiştir. Bu direnme kararı da davalı işveren tarafından temyiz edilmiştir.

D. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı

Yerel mahkemenin direnme kararı üzerine dava dosyası Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na gönderilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, İş Kanunu'ndaki amir hükmünde yeni iş arama izninden yararlanmanın işçinin isteği koşuluna bağlı tutulmadığına yer vermiştir. Hukuk Genel Kurulu'na göre, işçi talepte bulunmasa da işveren izin vermek zorundadır. İşverenin işçiye izin verip vermeme konusunda herhangi bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Uyuşmazlık konusu somut olayda olduğu gibi davalı işveren tarafından iş arama izninin kullanılması için yapılan bildirimler de işvereni bu yükümlülükten kurtarmaz. İşverenin izin verdiğini belirttiği gün ve saatlerde işçinin çalışmak istemesi durumunda işçiye iş vermemesi gerekir. Ayrıca davacı işçi, işverence yapılan bildirimlere yaptığı itirazında sadece feshin yasaya ve işyeri uygulamasına aykırı olduğunu belirtmiş, yeni iş arama iznini kullanmak istemediği yönünde herhangi bir beyan veya bir itiraz ileri sürmemiştir. Bu sebeple, işveren tarafından iznin kullandırılması gerekirken

2 <https://www.lexpera.com.tr>, (ET.: 20.11.2021).

çalıştırılan davacıya izin kullanmaksızın alacağı ücrete ilaveten çalıştırıldığı sürenin ücreti de yüzde yüz zamlı ödenmesi gerektiğinden yeni iş arama izni alacağına hüküm altına alınmasını karara bağlayan direnme kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Yerel mahkeme tarafından verilen direnme kararı usul ve yasaya uygundur.

III. İncelenmesi Gereken Hukuki Sorun

Dava konusu uyuşmazlıkta incelenmesi gereken hukuki sorun, ihbar süresi verilerek iş sözleşmesi feshedilen davacı işçiye, işveren tarafından yeni iş arama izni kullanmasının önerildiği ve davacının da iş arama iznini kullanmayarak çalışmaya devam ettiği durumda işçinin yeni iş arama izni alacağına hak kazanıp kazanamayacağı noktasında toplanmaktadır. Bu kapsamda somut uyuşmazlıkta öncelikle, işçinin yeni iş arama izni talebinde bulunmaması durumunda işverenin işçiye izin vermek zorunda olup olmadığı hususunun aydınlatılması gerekmektedir.

IV. Hukuki Değerlendirme

A. İşçinin Yeni İş Arama İzni Hakkı

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi için 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İş K.)³ 24 ve 25. maddelerinde belirtilen haklı nedenlerin bulunmaması durumunda taraflar Kanun'un 17. maddesi hükümlerine göre sözleşmeyi feshedebilirler. Bu şekilde yapılan fesih, Kanun'da belirtilen sürelerin geçmesi gerektiği için "*bildirimli fesih*", "*süreli fesih*", "*olağan fesih*", "*ihbarlı fesih*"; feshin hüküm doğurması için geçmesi gereken süreler de "*bildirim süresi*", "*ihbar süresi*", "*ihbar öneli*" gibi çeşitli şekillerde adlandırılmaktadır⁴. Belirsiz süreli

iş sözleşmesinin bildirimli feshinde, ihbar süresi bittiği andan itibaren sözleşmenin sona erdiği kabul edilmektedir. Bu düzenlemenin amacı, kanun koyucu tarafından ihbar süresi boyunca işverene yeni bir işçi, işçiye de yeni bir iş bulma imkânı sağlanmak istenmesidir⁵. Bildirim süresi boyunca işçinin yeni iş araması ve bulması güçtür. Zira bu süre boyunca iş ilişkisi ve tarafların hak ve borçları varlığını sürdürmektedir⁶. Bu nedenle, İş Kanunu'nun 27. maddesinde yeni bir iş araması için işveren tarafından işçiye iş arama izni hakkı tanınması gerektiği düzenlenmiştir⁷. Kanun'daki düzenlemeye göre, işveren bildirim süreleri içinde işçiye ücretinde kesinti yapmadan ve iş saatleri içinde yeni bir iş bulması için izin

2021, s. 275; Akyiğit, Ercan: Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 237; Biz çalışmamızda İş Kanunu'nun 17. maddesi hükümleri dikkate alınarak yapılan fesih için "*bildirimli fesih*", geçmesi gereken süre için de "*ihbar süresi*" ifadesini kullanmayı tercih ettik.

- 5 Süzek, s. 549; Ekonomi, Münir: "Yeni İş Arama İzni ve Uygulaması", Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 124; Taşkent, Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2020, s. 181, 184; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 282; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri) Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2015, s. 366; Sümer, H. Hadi: "İş Arama İzninin Verilmemesi-Karar İncelemesi", Çimento İşveren Dergisi, Kasım, Kasım 1996, (Karar İncelemesi), s. 25; Sümer, H. Hadi: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 99; Korkmaz, Fahrettin/Seyhun, A. Nihat: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 189; Akyiğit, s. 268; Şen, Murat: "Yargıtay Kararları Işığında Süreli Fesih'te Yeni İş Arama İzni", AÜEHFD, C. X, S.1-2, 2006, s. 278; Özkaraca, Ercüment: "Yeni İş Arama İzninin Süresi ve İspatı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, S. 20, s. 105.
- 6 Süzek, s. 548-549; / Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2018, s. 204-205; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 282; Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 182; Narmanlıoğlu, s. 364; Sümer, Karar İncelemesi, s. 123; Sümer, s. 101; Senyen Kaplan, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2020, s. 272; Şen, s. 279; Ekonomi, s. 124; Özkaraca, s. 105; Laçiner, Vedat: "Yeni İş Arama İzni", Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 10, S. 19, 2012, s. 136; Sevimli, Ahmet: "Bir Normlar Çatışması Sorunu Olarak İş Kanunu Kapsamındaki İşçilere Yeni İş Arama İzni Verilmemesinin Yaptırımı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayı, C.1, 2016, s. 646.
- 7 Benzer bir hükme, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 421. maddesinin 2. fıkrasında yer verilmiştir.

3 RG.: 10.06.2003, S.: 25134.

4 Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2021, s. 540; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Bası, Beta Basım, İstanbul 2021, s. 507; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 5. Baskı, Ankara: Lykeion Yayınları

İşveren İşçinin Talebi Olmaksızın Yeni İş Arama İzni Kullandırmak Zorunda Mıdır? (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2021 Tarihli Kararı'nın Değerlendirilmesi)

vermek zorundadır (İş K. md. 27/1). İşveren, işçinin çalıştırıldığı günlerde yeni iş araması için izin vermekle yükümlüdür. Bildirim sürelerine rastlayan tatil günleri için işverenin izin verme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸.

İşveren tarafından yeni iş arama izni verilmesi için iş sözleşmesinin kim tarafından bildirimli feshedildiği önemli değildir. Kanun'da bu konuda herhangi bir ayırım öngörülmemiştir. Bu kapsamda iş sözleşmesi işçi tarafından bildirimli feshedildiğinde de iznin verilmesi gerektiği söylenmelidir⁹. Yeni iş arama izni ihbar süresi içinde

kullanılacağı için İş Kanunu'nun 25. maddesi hükümleri uyarınca derhal fesih yoluyla, işveren tarafından bildirim süresi tanınmaksızın (usulsüz) ya da ihbar süresine ait ücretin peşin ödenmesi ile iş sözleşmesi sona erdirildiğinde iznin kullanılması söz konusu olmaz¹⁰.

Alman hukukunda da Türk hukukundaki yeni iş arama iznine benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nun (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) 629. paragrafı "*İş aramak için serbest zaman*" başlığı taşımaktadır. Paragrafta yer alan düzenlemeye göre, iş sözleşmesinin feshinde, işveren işçiye başka bir iş bulması için uygun bir süre izin vermelidir. Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da iş sözleşmesi feshedilen işçiye iznin verilmesi için sözleşmesinin kim tarafından feshedildiğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹¹. İşçinin yeni iş arama izni talep edebilmesi için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekir¹². Bununla birlikte Alman doktrininde Alman Medeni Kanunu'nda yer

8 Süzek, s. 551; YHGK., 27.01.2010, 2009/9-593 E., 2010-20 K., "*Davacı işçi ihbar önceli kullandırılmasına rağmen iş arama izni verilmediğini ileri sürerek iş arama izin ücretlerinin ödetilmesini talep etmiştir. Yeni iş arama izni, işçinin ihbar önceli içinde çalıştırıldığı günler için geçerli olur. İşçinin hafta tatili, bayram ve genel tatil izinlerini kullandığı günler için iş arama izni verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çalışılmayan günler için iş arama izni verilmesi gerekmediğine göre, iş arama izin ücretine de hak kazanılamaz.*" Kararın değerlendirmesi için bkz., Özkaraca, s. 102-110; Akın, s. 24-27; Laçiner, s. 151.

9 Süzek, s. 549; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 513; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 282; Tunçomağ/Centel, s. 205; Narmanlioğlu, s. 367; Ekonomi, s. 130; Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 184-185; Sümer, Karar İncelemesi, s. 23; Şahlanan, Fevzi: "*İş Arama İzninin Verilmemesinin Hukuki Sonucu*", Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 2005, s.13; Senyen Kaplan, s. 272; Sümer, s. 101; İren, Ertan: "*İşverence Yeni İş Arama İzni Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi*", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, S. 13, s. 129; Şen, s. 281-282; Özkaraca, s. 106; Caniklioğlu, Nursen: "*Hizmet Akdinin Devri-Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı-İş Arama İzni Verilmemesi (Karar İncelemesi)*", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S.1, 2002, s. 44; Akın, Levent: "*Tatil Günlerine İlişkin Yeni İş Arama İzni Ücreti*", Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2011, s. 25; Sevimli, s. 646-647; Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 547; Yarg. 22. HD., 01.12.2015, 2015/19880 E., 2015/33173 K., <https://www.calismatoplum.org/>, (ET.: 22.11.2021), "*İşçinin, bildirim süresi tanımak suretiyle fesih yoluna gitmesi halinde de, işverence yeni iş arama izni verilmesi gerekir. Gerçekten Kanunda sadece bildirim süresinden söz edilmiş, bu süreyi işçinin ya da işverenin tanımış olması arasında ayırım yapılmamıştır. İşçinin ihbar önceli tanımak suretiyle feshinden sonra da iş arama ihtiyacı devam edebilecektir. Hatta işçi bu arada yeni bir iş bulmuş olsa dahi, iş arama ihtiyacı devam eder. Çünkü iş arama iznini değerlendirerek daha iyi bir iş bulma imkânına kavuşabilecektir.*" Aksi yönde görüş için bkz., Odaman, Serkan: "*İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı*", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Kamu-İş Yayınları,

Ankara 2013, s. 214-215.

10 Süzek, s. 549; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 282; Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 184; Şahlanan, s. 13; Ekonomi, s. 131; İren, s. 129; Özkaraca, s. 136; Laçiner, s. 141-142; Yarg. 22. HD. 30.10.2017, 2017/9134 E., 2017/23498 K., "*Belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshinde işçiye tanınması gereken bildirim önceli, işçiyi fesihten sonraki hayata hazırlamak için önemlidir. Bildirim süresi sonunda işten ayrılacağını bilen işçi, bu süre içinde bir başka iş arayarak bir başka işyerinde çalışabilmek için girişimlerde bulunabilecektir. Yeni iş arama izni, bildirim süresi tanınarak yapılan fesihlerde söz konusu olur. İşverence Kanunun 25 inci maddesine dayanılarak yapılan fesihlerde böyle bir yükümlülük olmadığı gibi, belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirim süresi tanınmaksızın derhal fesihte ya da bildirim sürelerine ait ücretin veya ihbar tazminatının ödendiği hallerde yeni iş arama izni verilmesi gerekmez.*" <https://www.lexpera.com.tr>, (ET.: 22.11.2021).

11 Säcker, F. Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, Verlag C. H. BECK München 2020. (MüKoBGB/Bölüm Yazarı), MüKoBGB/Henssler BGB § 629 Rn. 9; Schaub, Günter/Koch, Ulrich: Arbeitsrecht von A-Z 25. Auflage 2021, <https://beck-online.beck.de>, (ET.: 26.11.2021); Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Rolf/Udsching, Peter: BeckOK Arbeitsrecht, 61. Edition, Verlag C. H. BECK München 2021, (BekOK/ArbR/Bölüm Yazarı), BeckOK ArbR/Stoffels BGB § 629 Rn. 3.

12 Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank: Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, Band I, 7. Aufl., Springer, Berlin 2018, s. 553; MüKoBGB/Henssler, BGB § 629 Rn. 1.

alan bu düzenlemenin uzun süre için imzalanmış olan belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinde ya da feshedilmesi durumunda da uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹³. Buna karşın, geçici nitelikteki deneme süreli iş sözleşmelerinde ya da sadece bir iş gücünün geçici olarak karşılanmasını amaçlayan belirli süreli iş sözleşmelerinde Alman Medeni Kanunu § 629 uygulama alanı bulmaz¹⁴.

B. İşverenin Yeni İş Arama İzni Kullandırma Yükümlülüğü

1. Türk Hukukunda

İş Kanunu'nun 27. maddesinde işverenin yeni iş arama izni vermeye mecbur olduğu emredici nitelikte düzenlenmiştir. Maddede işçinin bu haktan yararlanabilmesi için talepte bulunmasına ilişkin bir şarta yer verilmemiştir. Bu nedenle de işçinin bu izne hak kazanması için talepte bulunmasına gerek yoktur¹⁵. Aksinin kabulü kanun koyucunun amacı ile örtüşmez. İşçiye yeni iş arama izni verilmesi zorunluluğunun, işverenin işçiyi koruma borcunun (TBK md. 417) bir gereği olduğu¹⁶ dikkate alındığında da iznin kullanımı için işçinin talebinin aranması gerekmediği sonucuna ulaşmak mümkündür¹⁷. Yeni iş arama iznine hak kazanmak için gerekli şartların gerçek-

leşmesi durumunda, işçinin talebi olsun olmasın işveren kanun hükmü gereğince izin vermek zorundadır. Başka bir ifade ile işveren herhangi bir talep beklemeksizin bu izni verme yükümlülüğünü kendiliğinden yerine getirmelidir¹⁸. Bununla birlikte öğretide bir görüş tarafından işverenin yeni iş arama izni verme yükümlülüğünün doğması için işçinin talepte bulunmasına gerek olmadığı yönündeki çoğunluk görüşünün tartışmaya açık olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşü ileri süren *Ekmekçi ve Yiğit'e* göre, yeni iş arama izni, işçiye yeni bir iş bulması amacıyla verilmiştir. İşçi bu izni kullanmayı gerekli görmediği ya da üzerindeki işleri bir an önce devretme amacıyla olduğu durumda, işveren yeni iş arama izni kullanmaya zorlayarak işçiyi korumuş olmayacaktır¹⁹. Başka bir görüş tarafından da işçinin talepte bulunması durumunda işverenin izin vermekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir²⁰.

İşverenin işçiye izin verip vermeme konusunda herhangi bir takdir hakkı bulunmamaktadır²¹. Ayrıca işçinin izni kullanması işverenin kabulüne de bağlı değildir. Diğer bir ifade ile işçinin izni kullanması için talepte bulunması gerekmediği gibi, işçinin izin talebinde bulunması durumunda işverenin bunu kabul edip etmeme yetkisi bulunmamaktadır²².

4857 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nda²³ da yeni iş arama iznine ilişkin hüküm bulunmaktadır. İş Kanunu'nun 19. maddesinde bildirim süresi sırasında işverenin, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama süresini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecbur olduğu düzenlen-

13 Hromadka/Maschmann, s. 553; MüKoBGB/Henssler, BGB § 629 Rn. 7; Schulze, Reiner ua Bürgerliches Gesetzbuch 11. Auflage, Nomos, 2021, (HK-BGB/Bölüm Yazarı), HK-BGB/Christoph Schreiber BGB § 629 Rn. 1.

14 Hromadka/Maschmann, s. 553.

15 Süzek, s. 550; Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 185; Korkmaz/Alp, s. 190; Senyen Kaplan, s. 272; Caniklioğlu, s. 46; Şen, s. 290; İren, s. 129; Özkaraca, s. 106; Sümer, H. Hadi/Kayırğan, Hasan: İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 322.

16 Ulusan'a göre, "Gerçekten bildirim öneli içinde esas itibariyle taraflar arasındaki ilişkide bir değişiklik meydana gelmemesi nedeniyle, işçinin yeni iş bulabilmesi ve böylece geçiminin sağlayabilmesi için kendine izin verilmesi ve bu yolla korunması ve desteklenmesi zorunludur." Ulusan, İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu-Bundan Doğan Sorumluluğu, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990, s. 27. Ayrıca bkz., Sümer, Karar İncelemesi, s. 23; Şen, s. 290; Ekonomi, s. 129.

17 Sevimli, s. 649.

18 Caniklioğlu, s. 46.

19 Ekmekçi/Yiğit, s. 547.

20 Saymen, H. Ferit: Türk İş Hukuku, Hak Kitabevi, İstanbul 1954, s. 560-561; Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955, s. 195; Selçuki, Sabih: İlmî Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, 3. Bası, Ali Baba Basımevi, İstanbul 1973, s. 446; Çalık, Şefik: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Legal Kitabevi, İstanbul 2005, s. 113.

21 Şen, s. 290-291.

22 Şen, s. 291.

23 RG.: 01.09.1971, S.: 13943.

İşveren İşçinin Talebi Olmaksızın Yeni İş Arama İzni Kullandırmak Zorunda Mıdır? (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2021 Tarihli Kararı'nın Değerlendirilmesi)

miştir. Bu hükmün yürürlükte olduğu dönemde öğretilde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin "işverenin, ihbar önellerine dayanarak iş sözleşmesini bozacağını bildirdiği takdirde işçiye her gün için iki saatlik iş arama izni verilir, eğer bu izin verilmezse, o zaman işçi iş arama izin süresinin karşılığını ücret olarak ister" görüşü ile işçiden yeni iş arama izni kullanma yönünde bir talebin varlığına bakılmaksızın işverenin izin vermekle yükümlü olduğu sonucuna ulaşıldığı belirtilmiştir²⁴. Aynı daire başka bir kararında, "Davacıya iş arama izni kullanma olanağı başlangıçta tanınmış olmakla birlikte bu iznin kullanılarak kullanılmadığı taraflar arasında uyuşmazlık konusunu oluşturmaktadır. Her ne kadar Bölge Çalışma Müdürlüğüne konuyla ilgili yapılan soruşturmada davacının 7,5 saat çalıştırılmak suretiyle 2 saat izin verilmediği biçiminde bir açıklamaya yer verilmiş ise de başlangıçta kendisine tanınan 2 saatlik iş arama izni kullanmak istediği halde kullanılmadığını davacının ispat etmesi gerekir. Bölge Çalışma Müdürlüğüne düzenlenen raporda aksi sonuca varmak imkanı yoktur. Davacı işçi bu izni kullanmak istediğini ancak davalı tarafça kullanılmadığını dava dilekçesinde dahi ileri sürmüştür. Fesih bildirimindeki kendisine tanınan olanağın, istemesine rağmen kullanılmadığını eş değer bir belge ile iddia ve ispat etmediğinden ihbar tazminatı isteğinin reddine karar vermek gerekir"²⁵. Öğretilde Yargıtay'ın bu kararında ise yeni iş arama izni için işçinin talebinin gerekli olduğu görüşüne ulaşıldığı belirtilmiştir²⁶.

Kanun'da işçinin yeni iş arama iznini toplu olarak kullanmasına imkân tanınmıştır. Ancak bunun için işçinin talepte bulunması gerekir. İşveren, işçinin bu yönde bir talebi olmaksızın iznin toplu olarak kullanılmasını isteyemez²⁷. İş arama

iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır (İş K. md. 27/1). İşçinin izni toplu kullanma talebinin işveren tarafından kabulü gerekmez. Bu talep, işvereni bilgilendirme amacı taşır²⁸. İşçi bu talebi zamanında bildirmezse izni toplu kullanma hakkını yitirir²⁹. Kanun'da sadece işçinin izni toplu kullanma konusunda bir talebi var ise bunu işverene iletmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yukarıda açıklanan durumlar dışında bu husus da bizi iznin toplu kullanımını dışında işçinin talepte bulunması gerekmediği sonucuna ulaştıracaktır.

2. Alman Hukukunda

Konuya ilişkin Alman hukukundaki düzenlemelere baktığımızda, Türk hukukundan farklı olarak Alman Medeni Kanunu'nda iş sözleşmesi feshedilen işçiye işveren tarafından yeni bir iş araması için uygun bir zaman verilmesi açıkça işçinin bu yönde talepte bulunmasına bağlanmıştır (BGB § 629)³⁰. İşçinin talep etme hakkı, feshedilen belirsiz süreli iş sözleşmesinin ihbar süresinin başlaması ile doğar³¹. Hükümden de anlaşılacağı üzere, işçinin iş aramak için izin hakkı iş sözleşmesinin feshedilmesiyle doğrudan doğmamaktadır. İşçiden gelen istek üzerine işveren söz konusu zamanı işçiye tanımakla yükümlüdür³². Başka bir ifade ile iş sözleşmesi sona eren işçiye, işveren tarafından iş aramak için serbest zaman tanınması kanundan doğan bir hak olmakla birlikte ancak işçinin talebi halinde verilmektedir. İşçiden gelen bir talep olmadığı sürece

28 Şen, s. 304; Laçiner, s. 144.

29 Süzek, s. 551.

30 Hromadka/Maschmann, s. 553; Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. neubearbeitete Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2021, (ErfK/Bölüm Yazarı), ErfK/Müller-Glöge, BGB § 629 Rn. 4; BeckOK ArbR/Stoffels BGB § 629 Rn. 5; HK-BGB/Christoph Schreiber BGB § 629 Rn. 1.

31 ErfK/Müller-Glöge, BGB § 629 Rn. 3; BeckOK ArbR/Stoffels BGB § 629 Rn. 2.

32 Moritz, Michael: Die Freistellung zur Stellensuche gem. § 629 BGB, Beiträge zum deutschen und europäischen Arbeits- und Sozialrecht herausgegeben von Kerstin Tillmanns Band 5, <https://d-nb.info/1137181532/34>, (ET.: 27.11.2021), s. 75.

24 Yarg. 9. HD., 09.10.1969, 5527/9642, Selçuki, s. 443; Ekonomi, s. 140.

25 Yarg. 9. HD., 07.05.1996, 1995/35613 E., 1996/9803 K., <https://legalbank.net/>, (ET.: 26.11.2021). Bu karar öğretilde yeni iş arama iznine ilişkin ispat yükü bakımından eleştirilmiştir. Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz., IV., D.

26 Ekonomi, s. 140.

27 Şen, s. 304; Laçiner, s. 144-145.

işveren kendiliğinden işçiye iş araması için izin vermek zorunda değildir³³. Bununla birlikte işçinin de işverenden talep etmeksizin kendiliğinden iş aramak için işten ayrılma hakkı yoktur³⁴. İşverenden herhangi bir talepte bulunmaksızın işçinin bu hakkı kullanması devamsızlık, haksız yere işten ayrılma teşkil eder³⁵.

İşçinin iş aramak için izin talebi işveren tarafından haksız yere reddedilirse, işçi iş sözleşmesini BGB § 626 dayanarak feshedebilir ve § 628 Abs. 2 uyarınca tazminat talep edebilir. Bunun yanı sıra böyle bir durumda işçi, talebini reddeden işverenden iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği için § 280 Abs. 1-3 ve § 283 hükümleri uyarınca da tazminat isteyebilir³⁶.

Alman Medeni Kanunu § 629'da izin verilen süre boyunca işçiye ücret ödenip ödenmeyeceğine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmiştir. Bu konuda Alman Medeni Kanunu § 616 dikkate alınmalı ve işveren işçiye izin süresince ücretini tam olarak ödemelidir³⁷.

C. Yeni İş Arama İzni Süresi ve Kullanımı

İş Kanunu'nda, "*Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş*

arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır (İş K. md. 27/1)" denilmektedir. Hüküm, kamu düzenine ilişkin olup, nispi emredici niteliktedir³⁸. Bu nedenle de izin hakkı, sözleşmeyle ortadan kaldırılamayacağı gibi işçinin bu haktan önceden vazgeçmesi geçerli değildir³⁹. İşçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde yeni iş arama izni kullanmaktan vazgeçtiğini belirten ya da izin süresini azaltan sözleşme hükmünün geçersiz olduğu söylenmelidir⁴⁰. Kanun'da belirtilen izin süresi asgari olduğu için daha uzun bir sürenin kararlaştırılması mümkündür⁴¹.

Alman hukukunda yeni iş arama izni için sabit bir süre öngörülmemiştir. Alman Medeni Kanunu § 629'da, işçiye yeni bir iş aramak için uygun bir zaman verilir denilmekle yetinilmiştir⁴². Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da bu hükmün sözleşme ile kaldırılamayacağı kabul edilmektedir⁴³. İznin süresi her somut olayın özelliğine göre belirlenir⁴⁴. Uygun bir zaman kavramını süre, zaman ve sıklık bakımından bireysel ve toplu iş sözleşmeleri ile belirlemek mümkündür⁴⁵. İşçiye iş araması için verilecek olan uygun zaman işçinin konumu, işyerindeki pozisyonu, yaşı, eğitim düzeyi gibi kriterler ile işverenin operasyonel kaygıları dikkate alınarak belirlen-

33 Moritz, s. 76.

34 ErfK/Müller-Glöge, BGB § 629 Rn. 8; MüKoBGB/Henssler, BGB § 629 Rn. 17, 19; Moritz, s. 76.

35 MüKoBGB/Henssler, BGB § 629 Rn. 18.

36 MüKoBGB/Henssler, BGB § 629 Rn. 23. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda acil işletmesel nedenler izin verilmesine engel oluyorsa, işveren işçinin yeni iş arama izin talebini reddedebilir. Bkz., MüKoBGB/Henssler BGB § 629 Rn. 21.

37 Moritz, s. 156. Alman hukukunda bireysel iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi ile yeni iş arama izni süresince ödenmesi gereken ücretten feragat edilmesi mümkündür. Bkz., Schaub/Koch, <https://beck-online.beck.de>, (ET.: 26.11.2021); Hromadka/Maschmann, s. 553; MüKoBGB/Henssler BGB § 629 Rn. 25; ErfK/Müller-Glöge BGB § 629 Rn. 16; BeckOK ArbR/Stoffels BGB § 629 Rn. 1; HK-BGB/Christoph Schreiber BGB § 629 Rn. 5.

38 Yarg. 9. HD., 23.12.2008, 2008/42707 E., 2008/34977 K., <https://www.calismatoplum.org>, (ET.: 25.11.2021).

39 Süzek, s. 550; Şen, s. 291; Laçiner, s. 146, 150; Aksi yönde görüş için bkz., Saymen, s. 562; Oğuzman, s. 195.

40 Süzek, s. 550; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 282; Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 184; Caniklioğlu, s. 45; Şen, s. 291.

41 Süzek, s. 550; Caniklioğlu, s. 45; Şen, s. 294; Laçiner, s. 137; Özkaraca, s. 106; Sevimli, s. 650.

42 Laçiner'e göre, Alman hukukundaki düzenlemenin aksine Türk hukukunda işçinin yeni iş araması için sabit bir izin süresinin belirlenmesi isabetli olmuştur. Zira ülkemizde somut olayın özelliğine göre daha uzun ya da daha kısa bir izin süresi verilmesini gerektiren bir durum olup olmadığını değerlendirebilecek bir denetim ve yargı mekanizması olgunlaşmamıştır. Bkz., Laçiner, s. 138.

43 MüKoBGB/Henssler, BGB § 629 Rn. 2; Moritz, s. 24.

44 Hromadka/Maschmann, s. 553.

45 MüKoBGB/Henssler, BGB § 629 Rn. 2, 21; ErfK/Müller-Glöge BGB § 629 Rn. 16; BeckOK ArbR/Stoffels BGB § 629 Rn. 1.

İşveren İşçinin Talebi Olmaksızın Yeni İş Arama İzni Kullandırmak Zorunda Mıdır? (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2021 Tarihli Kararı'nın Değerlendirilmesi)

melidir⁴⁶. İşveren, iznin kullanma zamanını belirlerken hakkaniyete uygun hareket etmelidir (BGB § 315)⁴⁷.

İş Kanunu'nda iznin iş saatleri içinde kullanılacağı belirtilmekle yetinilmiş olup iznin kullanımının hangi zamana rastlayacağı belirtilmemiştir. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu'nda⁴⁸ izin saatlerinin ve günlerinin belirlenmesinde işyerinin ve işçinin haklı menfaatlerinin göz önünde tutulması gerektiği belirtilmiştir (TBK md. 421/3). Öğretide haklı olarak İş Kanunu'ndaki boşluğun Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu hüküm ile doldurulabileceği ifade edilmiştir⁴⁹.

İşçi, iş günü içinde izni kullanacağı zamanı kendisi belirleyemez⁵⁰. İzin, günün hangi zaman diliminde kullanılacağını belirleme yetkisi işverene aittir⁵¹. Yönetim hakkı kapsamında işveren, işyerine bir zarar vermemesi şartıyla iş arama iznini mümkün olduğu ölçüde işçinin iş bulma olanağına en uygun düşecek zamanlarda kullandırmalıdır⁵². Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, iş arama izninin işveren tarafından verileceğini, bu itibarla iznin kullanma zamanını işverenin belirlemesi gerektiğini, ihbar süresi içinde iş görme borcu eksiksiz devam ettiğinden işçinin kendiliğinden bu izni kullandığını belirterek ayrılmasının doğru olmayacağına yer vermiştir⁵³. Aksi halde, işveren işçinin iş sözleşmesini devamsızlık nedeniyle İş Kanunu md. 25/II-g uyarınca haklı nedenle feshedebilir⁵⁴.

İşçi, iş saatleri içinde izni kullanmak istediği zamana ilişkin istekte bulunabilir. Ancak şuna dikkat çekmek isteriz ki, işçi izni kullanmak için değil, işveren tarafından verilmesi gereken izni

kullanacağı zamana ilişkin istekte bulunmaktır. Daha önce ifade ettiğimiz gibi, yeni iş arama izni işçinin talebi olmaksızın işveren tarafından verilmesi gereken bir izindir. Başka bir ifade ile işçinin iş arama iznini kullanmak istediği zamana ilişkin herhangi bir talepte bulunmamış olması işverenin işçiye izin vermek zorunda olmadığı anlamına gelmez⁵⁵. İşçi, işveren ile anlaşarak iş arama iznini işe başlamadan önce, ara dinlenmeden sonra ya da işin bitiminden önceki zamanda kullanabilir⁵⁶. İşveren, işçinin talebi işin yürütümü açısından hiçbir sakınca oluşturmadığı halde işçinin iş bulma olanaklarını dikkate almaksızın kendi belirlediği zamanda iş arama izninin kullanılmasında ısrar ederse, işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilir (İş K. md. 24/II-f)⁵⁷.

D. Yeni İş Arama İzni'nin Kullanımında İspat Yükü

İşveren tarafından işçiye yeni iş arama izninin hangi saatlerde ve ne zaman kullandırıldığının somut bir şekilde ispat edilmesi gerekir⁵⁸. Yeni iş arama izni de yıllık ücretli izin hakkı gibi kandan doğan bir haktır, nasıl ki yıllık ücretli izin hakkının kullandırıldığının işveren tarafından ispat edilmesi gerektiği kabul ediliyorsa⁵⁹, aynı husus yeni iş arama izni için de geçerli olmalıdır⁶⁰. İşveren, işçiye iş arama izni kullandırdığını, iznin

55 Ekonomi, s. 144.

56 Ekonomi, s. 144.

57 Ekonomi, s. 144.

58 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 515; Narmanlioğlu, s. 368; Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 185; Ekonomi, s. 141; Korkmaz/Alp, s. 190; Özdemir, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta Basım, İstanbul 2006, s. 286-287; Şen, s. 292; Özkaraca, s. 102; Sevimli, s. 647; Sümer/Kayırgan, s. 324. Alman hukukunda işçi, BGB § 629 kapsamında yeni iş arama hakkına sahip olduğunu ve talepte bulunduğunu kanıtlamakla yükümlüdür. Bkz., ErfK/Müller-Glöge BGB § 629 Rn. 17; BeckOK ArbR/Stoffels BGB § 629 Rn. 1.

59 Yarg. 7. HD., 22.10.2015, 2014/20225 E., 2015/20127 K., <https://www.calismatoplum.org>, (ET: 27.11.2021), "Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktada ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir."

60 Şen, s. 292; Özkaraca, s. 108-109.

46 MüKoBGB/Henssler, BGB § 629 Rn. 21.

47 Hromadka/Maschmann, s. 553; ErfK/Müller-Glöge BGB § 629 Rn. 16; HK-BGB/Christoph Schreiber BGB § 629 Rn. 2; Moritz, s. 25.

48 RG.: 04.02.2011, S.: 27836.

49 Süzek, s. 550.

50 Süzek, s. 550.

51 Tunçomağ/Centel, s. 205; Ekmekçi/Yiğit, s. 548.

52 Oğuzman, s. 195; Süzek, s. 550; Ekonomi, s. 143-144.

53 Yarg. 9. HD., 21.03.2011, 2009/7616 E., 2011/7531 K.; Yarg. 7. HD., 28.04.2015, 2015/8862 E., 2015/7426 K., <https://www.lexpera.com.tr>, (ET: 24.12.2021).

54 Tunçomağ/Centel, s. 205; Ekonomi, s. 144.

kullanıldığı tarihi gösteren ve işçi tarafından imzalanan bir belge ile ya da inandırıcı tanik delili ile ispatlayabilir⁶¹. İşveren tarafından yapılan fesih bildiriminde işçinin hangi saatlerde ve kaç saat izin kullanacağını yer alması iznin kullanıldığı anlamına gelmeyeceği için işveren ispat yükümlülüğünü yerine getirmiş olmayacaktır⁶². Fesih bildiriminde yer alan bu açıklamalar ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmalıdır⁶³.

Tüm bu açıklamalara karşılık, Yargıtay eski tarihli kararlarında işveren tarafından yapılan fesih bildiriminde işçiye bildirim süresi içinde yeni iş arama izni kullanabileceğinin belirtilmesi halinde iznin kullanılmadığını iddia eden işçinin bunu ispatlaması gerektiğine yer vermiştir⁶⁴. Yargıtay öğretide yapılan eleştirileri dikkate alarak işverenin yaptığı fesih bildiriminde, ihbar süresi içinde işçinin yeni iş arama iznini kullanılabileceğine ilişkin açıklamaların işveren tarafından

iznin kullanıldığı iznin ispatlandığı anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir. Bununla birlikte Yargıtay'a göre, işçiye yapılan bildirimde ayrıntılı bir şekilde işçinin hangi saatlerde izin kullanabileceği bilgisinin bulunması durumunda da iznin kullanıldığı iznin ispat yükü işverendedir⁶⁵.

E. İşçiye Usulüne Uygun Yeni İş Arama İzni Verilmemesinin Sonuçları

İşveren tarafından işçiye usulüne uygun yeni iş arama izni verilmemesinin sonuçlarına İş Kanunu'nun 27. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında yer verilmiştir. Bu düzenlemelere göre, "İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir.

İşveren, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder." Öğretide haklı olarak bu iki fıkranın birbiriyle çatıştığı ve bu durumun kanun boşluğuna neden olduğu ifade edilmiştir⁶⁶. Hâkimin bu boşluğu daha ağır bir yaptırım öngören İş Kanunu'nun 27. maddesinin 3. fıkrasını uygulayarak doldurması hakkaniyete uygun olacaktır⁶⁷. Zira işveren tarafından yeni iş arama izni verilmemesi durumunda bu fıkranın uygulanması işçinin daha fazla yararınadır⁶⁸. Sonuç olarak, işveren tarafından yeni iş arama izni verilmeyen ve çalıştırılan işçiye bir çalışma karşılığı olmaksızın ödenecek ücrete ek olarak çalıştığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı ödenmelidir.

61 Şen, s. 292; Yarg., 9. HD., 22.02.2012, 2009/44373 E., 2012/7589 K., www.legalbank.net, (ET.: 26.11.2021), "...davacıya iş arama izni verildiği veya ücretinin ödendiğini gösterir delil ibraz edilmediğinden, bu dönem açısından iş arama izni ücreti alacağı kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir..."

62 Şen, s. 292.

63 Özkaraca, s. 108.

64 Yarg. 9. HD., 07.05.1996, 1995/35613 E., 1996/9803 K., Özdemir, s. 285, "...Davalı 28.05.1993 tarihlerinde davacıya tebliğ edilen fesih bildiriminde 30.07.1993 tarihi itibarıyla aradaki hizmet akdini feshettiğini ve günde 2 saat iş arama izni kullanabileceğini duyurmuştur. Davacı iş arama izninin kullanılmadığını, böylece ihbar tazminatına hak kazandığını iddia ederek talepte bulunmuş ve mahkemece de talep gibi hüküm kurulmuştur. Davacıya iş arama izni kullanma olanağı başlangıçta tanınmış olmakla birlikte, bu iznin kullanılarak kullanılmadığı taraflar arasında uyuşmazlık konusunu oluşturmaktadır. Her ne kadar Bölge Çalışma Müdürlüğü'nce konuyla ilgili yapılan soruşturmada davacının 7.5 saat çalıştırılmak suretiyle 2 saat izin verilmediği biçiminde bir açıklamaya yer verilmiş ise de, başlangıçta kendisine tanınan 2 saatlik iş arama izni kullanmak istediği halde kullanılmadığını davacının ispat etmesi gerekir. Bölge Çalışma Müdürlüğü'nce düzenlenen raporda aksi sonuca varmak imkanı yoktur. Davacı işçi bu izni kullanmak istediğini ancak davalı tarafça kullanılmadığını dava dilekçesinde dahi ileri sürmüş değildir. Fesih bildirimindeki kendisine tanınan olanağın, istemesine rağmen kullanılmadığını eşdeğer bir belge ile iddia ve ispat etmediğinden ihbar tazminatı isteginin reddine karar vermek gerekir."

65 YHGK., 27.01.2010 2009/9-593 E., 2010/20 K., "Somut olayda davalı işveren, ihbar öneli içinde yeni iş arama izinlerini kullandığını kanıtlayabilmiş değildir. İşçinin ihbar öneli içinde çalıştığı günler bakımından her gün için iki saat iş arama izin ücretinin 4857 sayılı İş Kanununun 27. maddesi hükmüne uygun olarak %100 olarak hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir." Aynı yönde kararlar için bkz., Yargıtay HGK. 27.01.2010. E. 2009/9-593-K. 2010/20, Yarg. 22. HD., 18.04.2013, 2012/20028 E., 2013/8193 K., Sümer/Kayırhan, s. 324-325; Yarg. 9. HD., 11.03.2010, 2008/42568 E., 2010/6437 K.; Yarg. 9. HD., 07.10.2008, 2007/27704 E., 2008/25951 K., https://legalbank.net/, (ET.: 29.11.2021).

66 Süzek, s. 551-552; Sevimli, s. 659-664.

67 Süzek, s. 552. Ayrıca bkz., Şen, s. 312; Laçiner, s. 161-162.

68 Ekonomi, s. 150.

Yeni iş arama izni kullandırılmayan ya da eksik kullandırılan işçi, zamlı ücrete hak kazanmanın yanı sıra işveren tarafından çalışma şartlarına uyulmaması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkânına sahiptir (İş K md. 24/ II-f)⁶⁹.

F. Kararın Değerlendirilmesi

İnceleme konumuz olan kararda, davacı işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirimli feshedildiği, işçinin 22 hafta ihbar öneline sahip olduğu, bu ihbar süresinde günlük 4 saat yeni iş arama izni hakkı bulunduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak buna rağmen işçi, bildirim süresi içinde sahip olduğu yeni iş arama iznini kullanmamış ve çalışmaya devam etmiştir.

İşveren, yaptığı fesih bildiriminde ihbar süresi içinde işçinin yeni iş arama iznini kullanabileceğine ilişkin açıklamalar yapmasına rağmen işçiden bu yönde herhangi bir talep gelmediğini, hatta bunun işçiye tekrar hatırlatılmasına karşılık işçinin izni nasıl kullanmak istediği konusunda yazılı bir talebi olmadığını, kendisinin izni kullandırma konusunda kanuni yükümlülüklerini yerine getirdiğini ileri sürerek işçinin izin süresince çalışması karşılığı hak ettiği ücreti ödemekten kaçınmaz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da belirttiği gibi İş Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenen yeni iş arama iznine ilişkin hüküm emredici nitelikte olduğundan iznin verilmesi işçinin talebine bağlı kılınmamıştır. İzin kullanılmasının işçinin talebine bağlı olması halinde, işçinin izin kullanma yönünde isteğini işverene iletmemesi izin hakkını kaybetmesine yol açacak ve aynı zamanda işverenin de izin verme yükümlülüğünün ortadan kalktığının kabulü gerekecektir. Bu durum da İş Kanunu'nun 27. maddesinin amacı ile örtüşmemektedir⁷⁰. Kanun koyucu bildirimli fe-

sih halinde işvereni işçiye yeni iş arama izni tanımakla yükümlü tutmuştur. Kanun'un 27. maddesinde işçinin izin hakkını kullanması için talepte bulunması gerektiğine ilişkin herhangi bir koşula yer verilmemiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2017 yılında inceleme konumuz olan kararın aksi yönünde bir karar vermiştir. Ancak Daire'nin kararından önemli bir muhalefet şerhi bulunmaktadır. Kararda "Somut olayda, gerek 24.05.2011 tarihli bildirimde gerekse de 27.10.2011 tarihli ihtarnamede işverence işçiye iş arama izni kullanması önerilmiştir. Davacı işçi verdiği cevapta işe iade davası açtığından bahisle yapılan feshi kabul etmediğini, bu nedenle de iş arama iznine ilişkin davalı işverenin kendisince imzalanmış ihtarnamelerini de kabul etmediğini beyanla iş arama iznini kendisi kullanmamıştır. Yani işverenin davacıya iş arama iznini kullandırmadığının kabulü doğru olmamıştır. Davanın reddine karar vermek gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirir⁷¹." denilmiştir. Kararda yazılan muhalefet şerhine göre, İş Kanunu'nun 27. maddesi dikkate alındığında yeni iş arama izninin ücretli olduğu, işçinin bu süre içinde çalışmadığı halde ücretinin ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Maddede çalışmadığı hâlde ücrete hak kazanan işçinin çalışması durumunda ayrıca bir ücrete hak kazanacağı da açıkça düzenlenmiştir. Dava konusu uyuşmazlıkta davacı, iş arama iznini kullanmak istememişse de bu süre içinde çalıştığı tartışmasızdır. Davalı işveren, işçiye iş arama iznini kullanması gerektiğini bildirmişse de davacının bu süre içinde iş görmesini fiilen engellememiş, aksine kabul etmiştir. Somut olayda, davacı işçinin iş arama iznini kullanmak istememesi çalışma karşılığı olan ücretinin zamlı olup olmamasını etkileyebilir. Başka bir anlatımla, davacının iş arama iznini kullanmak istemediği dikkate alınarak, çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalışma karşılığı ücretin zamlı olarak ödenmesi gerekir. Çalışma karşılığı ücretin zamsız dahi ödenme-

69 Süzek, s. 552; Ekonomi, s. 151; Narmanlıoğlu, s. 368; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 283; Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 186; Senyen Kaplan, s. 273.

70 Süzek, s. 550; Ekonomi, s. 140.

71 Yarg. 22. HD., 06.07.2017, 2017/33076 E., 2017/16193 K., <https://www.lexpera.com.t>, (ET.: 24.11.2021).

mesi Anayasamızın 18. maddesinde öngörülen angarya yasağına aykırı olur. Öğretide *Süzek* tarafından bu muhalefet şerhi isabetli bulunmuştur⁷².

İnceleme konumuz olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ve yukarıdaki kararın muhalefet şerhinde de belirtildiği gibi işçinin bir talebi olmasa da işveren yeni iş arama iznini kullanmakla yükümlüdür. İşverenin fesih bildiriminde işçiye yeni iş arama iznine sahip olduğunu iletmesi ve işçiden bir talep gelmemesi işvereni bu sorumluktan kurtarmaz. İşçiye izin verilmemiş ve işçi bu sürede çalıştırılmış ise çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştığı sürenin ücreti yüzde yüz zamlı olarak ödenmelidir. İşveren bu yükümlülükten kurtulmak istiyorsa işçinin talebi olmasa da işçiye iş arama izni vermeli ve izin saatlerinde işçiyi çalıştırmamalıdır. Açıklamış olduğumuz gerekçelerle incelemiş olduğumuz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına katılmaktayız.

V. Sonuç

İşçi ya da işveren tarafından iş sözleşmesi bildirimli feshedildiğinde, İş Kanunu'nun 27. maddesi gereğince işçi ihbar süresi boyunca iş saatleri içerisinde en az iki saat yeni iş aramak için izin hakkına sahiptir. Hüküm emredici nitelikte düzenlenmiş olup iznin kullanılması işçinin talepte bulunmasına bağlanmamıştır. Kanun'da sadece işçinin izni toplu olarak kullanmak istemesi durumunda bildirimde bulunması gerektiğine yer verilmiştir. İşveren şartların oluşması halinde işçiye iş araması için izin vermek zorundadır.

İşçiye yapılan fesih bildiriminde iş aramak için izin hakkına sahip olduğunun belirtilmesi işveren tarafından bu hakkın kullanıldığı anlamına gelmemektedir. Bunun yanı sıra böyle bir durumda işveren, işçiyi bilgilendirmesine rağmen işçiden izin hakkını kullanma yönünde bir talep gelmediğinden izin kullanmadığını ileri süremez. İşverenin aynı gerekçeyi ileri sürerek

izin süresince çalışan işçiye zamlı ücret ödemek zorunda olmadığı yönündeki savunması da haklı görülmez. Zira Türk hukukunda Alman hukukundan farklı olarak işçiden herhangi bir talep gelmesi de işveren işçiye bu hakkı kullandırmalıdır. İnceleme konumuz olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında isabetli olarak belirtildiği gibi işveren tarafından işçiden talep gelmediği gerekçesi ile izin kullanılmamış ve işçi çalıştırılmış ise izin süresinde işçinin çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştığı sürenin ücreti zamlı ödenmelidir.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent: "Tatil Günlerine İlişkin Yeni İş Arama İzni Ücreti", *Çimento İşveren Dergisi*, Mayıs 2011, s. 22-27.
- Akyiğit, Ercan: *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Caniklioğlu, Nurşen: "Hizmet Akdinin Devri-Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı-İş Arama İzni Verilmemesi (Karar İncelemesi)", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S.1, 2002, s. 33-49.
- Çalık, Şefik: *İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi*, Legal Kitabevi, İstanbul 2005.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 33. Bası, Beta Basım, İstanbul 2021.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: *Bireysel İş Hukuku*, 2. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Ekonomi, Münir: "Yeni İş Arama İzni ve Uygulaması", *Osman Güven Çankaya'ya Armağan*, Ankara, s.123-151.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra: *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2020.
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank: *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht*, Band I, 7. Aufl., Springer, Berlin 2018.
- İren, Ertan: "İşverence Yeni İş Arama İzni Veril-

72 Süzek, s. 550, dn. 51.

İşveren İşçinin Talebi Olmaksızın Yeni İş Arama İzni Kullandırmak Zorunda Mıdır? (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2021 Tarihli Kararı'nın Değerlendirilmesi)

- mesine ilişkin Yargıtay Kararı İncelemesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, S. 13, s.126-133.
- Korkmaz, Fahrettin/Seyhun, A. Nihat: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
 - Laçiner, Vedat: "Yeni İş Arama İzni", Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 10, S. 19, 2012, s. 135-175.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara: Lykeion Yayınları 2021.
 - Moritz, Michael: Die Freistellung zur Stellensuche gem. § 629 BGB, Beiträge zum deutschen und europäischen Arbeits- und Sozialrecht herausgegeben von Kerstin Tillmanns Band 5, <https://d-nb.info/1137181532/34>, (ET.: 27.11.2021).
 - Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. neubearbeitete Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2021, (ErfK/Bölüm Yazarı).
 - Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri) Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2015.
 - Odaman, Serkan: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Kamu-İş Yayınları, Ankara 2013, s.129-134.
 - Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955.
 - Özdemir, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta Basım, İstanbul 2006.
 - Özkaraca, Ercüment: "Yeni İş Arama İzninin Süresi ve İspatı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, S. 20, s. 102-110.
 - Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Rolf/Udsching, Peter: BeckOK Arbeitsrecht, 61. Edition, Verlag C. H. BECK München 2021, (Be-
kOK/ArbR/Bölüm Yazarı).
 - Säcker, F. Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, Verlag C. H. BECK München 2020. (MüKo-BGB/Bölüm Yazarı).
 - Saymen, H. Ferit: Türk İş Hukuku, Hak Kitabevi, İstanbul 1954.
 - Schaub, Günter/Koch, Ulrich: Arbeitsrecht von A-Z 25. Auflage 2021, <https://beck-online.beck.de>, (ET.: 26.11.2021).
 - Schulze, Reiner ua Bürgerliches Gesetzbuch 11. Auflage, Nomos, 2021, (HK-BGB/Bölüm Yazarı).
 - Selçuki, Sabih: İlmi Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, 3. Bası, Ali Baba Basımevi, İstanbul 1973.
 - Senyen Kaplan, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2020.
 - Sevimli, Ahmet: "Bir Normlar Çatışması Sorunu Olarak İş Kanunu Kapsamındaki İşçilere Yeni İş Arama İzni Verilmemesinin Yaptırımını", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayı, C.1, 2016, s. 645-665.
 - Sümer, H. Hadi: "İş Arama İzninin Verilmemesi-Karar İncelemesi", Çimento İşveren Dergisi, Kasım, Kasım 1996, s. 22-25, (Karar İncelemesi).
 - Sümer, H. Hadi: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
 - Sümer, H. Hadi/Kayırgan, Hasan: İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2021.
 - Şahlanan, Fevzi: "İş Arama İzninin Verilmemesinin Hukuki Sonucu", Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 2005, s. 37-39.
 - Şen, Murat: "Yargıtay Kararları Işığında Süreli

Fesihte Yeni İş Arama İzni", AÜEHFD, C. X, S.1-2, 2006, s. 277-314.

- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2018.
- Ulusan, İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu-Bundan Doğan Sorumluluğu, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990.

Dr. Öğr. Üyesi İlke GÜRSEL*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2021/II Sayı 46: 155-187
Makale Gönderim Tarihi: 23 Ekim 2021
Makale Kabul Tarihi: 28 Ekim 2021

Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk – Yargıtay Karar İncelemesi

Öz

Yabancılık unsuru içermesi nedeniyle birden fazla hukuk düzeni ile ilişkili hâle gelen iş sözleşmelerine 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun gereğince belirlenecek hukuk uygulanmalıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 24.11.2020 tarihli ve 2020/5617 Esas-2020/16556 Karar sayılı Kararı da göstermektedir ki, yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri bakımından, hukuk

seçimi, mutad işyeri hukuku, daha sıkı ilişkili yer hukuku, kamu düzeni, doğrudan uygulanan kural gibi kavramlar ön plana çıkmakta ve bu kavramların iş hukuku ile bağlantılı olarak açıklanmaları gerekmektedir. Ayrıca, incelenecek olan karardaki iş sözleşmesinde yer alan hukuk seçiminin genel iş koşulu niteliği dikkate alınarak genel işlem koşulları bakımından denetimi gerçekleştirilmelidir.

Anahtar Sözcükler:

İş sözleşmesi, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, hukuk seçimi, genel iş koşulu.

Law Applicable to Disputes Arising from Employment Contracts in Private International Law – Review of The Court of Cassation's Decision

Abstract

The law to be determined in accordance with Turkish Private International and Procedural Law no. 5718 should be applied to employment contracts that have become associated with more than one legal system because of containing foreign element. The decision of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation dated 24.11.2020 and numbered 2020/5617 E. - 2020/16556 K. also

shows that notions such as choice of law, law of the state in which the employee habitually carries out his work, law of the state with which the contractual relation is more closely connected, public order, overriding mandatory rules become prominent in terms of employment contracts with foreign element and these concepts need to be explained in connection with labour law. Additionally,

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ilkekdas@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7212-2953

the choice of law designated in this employment contract in the decision to be examined should be controlled with respect to stand-

ard contract terms by taking into account of its nature of general terms and conditions of employment.

Keywords:

Employment contract, Private International and Procedural Law No. 5718, choice of law, general terms and conditions of employment.

T.C.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ'

Esas No. : 2020/5617

Karar No. : 2020/16556

Tarihi : 24.11.2020

Dava

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, süresi içinde taraflar vekillerince temyiz edilmesi ve davacı vekilince duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 24.11.2020 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü Davacı adına vekili ile karşı taraf adına davalılardan Ö... İnşaat San. ve Tic. A.Ş. vekili ile A... A.Ş. (S.P.A.) adına vekili geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar

Davacı İsteminin Özeti

Davacı vekili, davacının davalı işverenlik bünyesinde Umman'da 25.05.2012-29.05.2014 tarihleri arası konkasör operatörü olarak çalıştığını, davacının ücretinin net 2.200.00 USD olduğunu,

mesai saatlerinin iki vardiyalı şekilde 06.00-19.00, 19.00-06.00 saatleri arası olduğunu, ancak davacının gündüz vardiyasında 21.00-22.00 saatlerine kadar, gece vardiyasında 08.00-09.00 saatlerine kadar çalıştığını, iki haftada bir gün hafta tatili kullandığını, dini bayramların ilk günü dışında tüm ulusal bayram ve genel tatillerde çalıştığını, davalı işverenlik tarafından davacının iş sözleşmesinin feshedildiğini, pasaportunun verilmesi karşılığında ibraname imzalatıldığını belirterek kıdem ve ihbar tazminatı ile birlikte bir kısım işçilik alacaklarının davalılardan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti

Davalı A... A.Ş. (S.P.A.) vekili, davalı işverenin Umman'da her hangi bir faaliyette bulunmadığını, davalı işverenle davalı Ö... İnşaat arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığından bir iş ilişkisinden bahsedilemeyeceğini, davacının yurt dışı hizmet akdinin diğer davalı Ö... İnşaat ile arasında akdedildiğini, davacının davalı işverenin işçisi olmadığını, diğer davalı Ö... İnşaatın işçisi olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Ö... İnşaat San. ve Tic. A.Ş. Vekili, taraflar arasındaki iş sözleşmesi uyarınca Umman Sultanlığı Kanunlarının geçerli olduğunu ve Umman Mahkemelerinin yetkili olduğunu, Türk Mahkemelerinin yetkili kabul edilmesi halinde taraflar arasında akdedilen İşkur sözleşmesinde yer alan düzenlemeler uyarınca çalışılan ülke hukukunun uygulanması gerektiğini, MÖHUK uyarınca kural olarak işçinin işini ifa ettiği Umman Hukukunun

1 Karara ulaşmak için bkz. www.kazanci.com.tr, (01.09.2021).

uygulanması gerektiğini, davacıyla davalı işverenlik arasında yapılan iş sözleşmesinde “ücretler” başlıklı maddede brüt ücretin 2.200,00 USD olduğu, asli ücret 1.581,00 USD sabit fazla mesai 619,00 USD olarak belirtildiğini, davacının daha fazla mesai yaptığı durumlarda ücretlerinin o ay ücretiyle birlikte ödendiğini davacının haftalık tatillerini kullandığını, kullanmadığı hafta tatillerinin özlük dosyasında görüleceği üzere o ay ücretiyle beraber ödendiğini, davacının Umman Kanunlarına göre ulusal bayram ve genel tatillerde çalıştığını, buna göre tüm izinlerini kullandığını, ulusal bayram ve genel tatil alacağını bulunmadığını, davacının davalı işyerinde iş sözleşmesini 10.05.2014 tarihli belgeyle istifa ederek sonlandırıldığını, davalı işveren tarafından davacının bütün alacaklarının Mayıs 2014 tarihinde altında davacının imzasının bulunduğu nihai tasfiye hesabı yapılarak ödendiğini, davacının Umman’da yaptığı çalışmasından dolayı Umman Kanunları uyarınca alması gereken tüm haklarını aldığını, davacının davalı işverenden hiç bir alacağını kalmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti

İlk derece mahkemesince, yapılan yargılama sonucunda toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, yazılı gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İstinaf Başvurusu

İlk derece mahkemesinin kararına karşı, davalılar vekilleri istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti

Bölge Adliye Mahkemesince, davalıların istinaf başvurusunun HMK 353/1-b.2 maddesi uyarınca kabulü ile, İlk Derece Mahkemesinin kararının ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir.

Temyiz Başvurusu

Kararı, davacı ve davalılar vekilleri temyiz etmiştir.

Gerekçe

Taraflar arasında iş sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Yabancılık unsuru, bir hukukî işlemi veya ilişkiyi ya da olayı birden fazla devletin hukuku ile irtibatlı hâle getiren unsurdur. İşçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede bulunması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapması veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşılması gibi hâllerde iş sözleşmesinde yabancılık unsurunun bulunduğu söz edilir.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)’un 40. maddesine göre, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları belirler. Aynı Kanun’un 44. maddesi ise, bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden özel bir yetki kuralı getirmiştir. Buna göre, bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. İşçinin, işverene karşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri, işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkilidir.

MÖHUK’un 2. maddesinin birinci fıkrasında hâkimin, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygulayacağı ve yetkili yabancı hukukun içeriğinin tespitinde taraflardan yardım isteyebileceği belirtilmiştir. Yabancı hukukun içeriğinin tespiti, özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden, hâkim gerekirse bilirkişi incelemesine de gidebilir. Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m. 2(2)).

MÖHUK'un 5. maddesine göre, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır. Kamu düzeni müdahalesi sınırlı ve istisnâî niteliktedir. Türk kamu düzeninin ihlâlini gerektirecek hâller, çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlâlî halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlâlî halinde veya her emredici hükmü ihlâl eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, E. 2010/1 K. 2012/1 T. 10.02.2012). Örneğin, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin, fazla mesai, hafta ve genel tatil haklarına ilişkin hükümler iç hukukumuz bakımından emredici nitelikte olmakla birlikte, bunlara dair yabancı hukukun farklı düzenlenmeleri, sırf farklılıkları nedeniyle somut uyuşmazlıkta ortaya çıkan durum değerlendirilmeden MÖHUK m. 5 uyarınca kamu düzeni müdahalesine neden olmaz. Keza uygulanması gereken yabancı hukukun işçiye Türk hukukundan daha az koruma getirmesi de tek başına kamu düzeni müdahalesi için yeterli bir sebep değildir. Kanunlar ihtilâfı hukukundaki kamu düzeni anlayışı, iç hukukun kamu düzeni anlayışından farklı ve daha dar kapsamlıdır.

Bir yabancı hukuk kuralı Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine aykırı olması halinde kamu düzenimize aykırılığı söz konusu olabilir (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, E. 2010/1 K. 2012/1 T. 10.02.2012). Örneğin yabancı hukukun, küçük çocukların çalışmasına ya da ücret ve diğer haklarda ırka dayalı ayrımcılık yapılmasına izin vermesi kamu düzenimize aykırıdır.

Yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen diğer bir durum ise, doğrudan uygulanan kurallardır (müdahaleci normlar). Bu kurallar, taraflardan ziyade, devlet organizasyonunun sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini gerçekleştirmeyi amaçlar. Bu açıdan vatandaş yabancı ayrımı gözetilmeden, yabancılık unsuru taşısın taşınmasın, hukuk seçimi yapılıp yapılmamasın, uygulama alanına giren her ilgili olay ve hukukî ilişkide mutlaka uygulanması gereken kurallardır (ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2019, s. 7; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2020, s. 155). İş hukukunda işçiyi koruyan her emredici kural, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmez; ayrıca devlet organizasyonunun sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini de koruması gerekir. Bununla birlikte, emredici hükümler ile doğrudan uygulanan kuralların ayırt edilmesi her zaman kolay değildir ve tartışmalıdır. Doğrudan uygulanan kurallara, kamu hukuku nitelikli iş güvenliği hükümleri, özel işçi gruplarını koruyucu hükümler ve yasal greve ilişkin hükümler ve asgarî ücrete ilişkin düzenlemeler örnek olarak gösterilebilir (ELÇİN, Doğa, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2012, s. 189-195). Devlet organizasyonunun korunması, çoğu olayda ülke ile belirli bir şekilde irtibatlı ya da ülkede gerçekleştirilen iş sözleşmelerinde söz konusu olur. Örneğin, tamamen yurt dışından ifa edilen bir iş ilişkisinde Türk hukukundaki asgarî ücrete ilişkin kuralın uygulama alanına giren bir olay ya da ihtilâf söz konusu olmaz (AYGÜL, Musa, "Yabancı Unsurlu İş Hukuku İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", (Editörler, TANRIBİLİR, Feriha Bilge/GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞI) Gülce, 10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ankara 2017, s. 525-526; VURAL ÇELENK, Belkıs, "Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017/1, s. 286).

MÖHUK m. 27(1) uyarınca iş sözleşmesinin tarafları, sözleşme ile irtibatlı olsun olmasın di-

ledikleri bir ülkenin hukukunu seçebilirler. Ancak tarafların seçmiş oldukları bu hukuk düzeninin, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî korumanın altında kalması hâlinde mutad işyeri hukuku uygulanır. Bu durumda, seçilen hukuk ile mutad işyeri hukuku arasında bir yararlılık karşılaştırması yapılmaz (DOĞAN, Vahit, "5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. XI, S. 1-2, s. 153; BÜYÜKALP SARIÖZ, A. İpek, "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m.27/f.3'ün Uygulanması Sorunu", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 8, S. 2, s. 211-212; ELÇİN, s. 89-100). Mutad işyeri, işin zaman ve içerik olarak ağırlıklı ifa edildiği işyeridir. Başka bir anlatımla, mutad işyeri, işçinin işini fiilen yaptığı yerdir. İşçinin ücretinin ne şekilde ve hangi para biriminden ödendiği mutad işyerinin belirlenmesi açısından belirleyici değildir. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması, örneğin montaj için yurt dışında görevlendirilmesi durumunda, bu işyeri mutad işyeri sayılmayacaktır. Geçici çalışmanın ne kadar olacağı her olayın özelliğine göre hâkim tarafından belirlenmelidir. İşçi sadece yabancı ülkede çalışmak için işe alınmışsa ya da işveren çalışmak üzere yabancı ülkeye gönderdiği işçisini geri alma niyetinden veya işçi geri dönme niyetinden vazgeçerse, yabancı ülkeye gönderilen işçinin fiilen çalıştığı yer, mutad işyeri hâline gelir (AYGÜL, Musa/ÇOBAN, Nazlı, "Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti", Terazi Hukuk Dergisi, 2020, S. 169, s.1822-1824;ELÇİN, s. 118-137; BÜYÜKALP SARIÖZ, s. 217).

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse veya yapmış oldukları hukuk seçimi anlaşması herhangi bir sebepten geçerli değilse, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz (MÖHUK m. 27(2)). İşin birden fazla ülkede ifa edilmesinde de, mutad işyerinin tespitine çalışılmalıdır. Bu hâlde mutad işyeri, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında

ve doktrinde belirtildiği üzere, işçinin işini ifa faaliyetlerini veya ifa faaliyetlerinin çoğunluğunu gerçekleştirdiği yer, işçinin esas olarak işverene karşı yükümlülüklerini yerine getirdiği yer, işçinin işini ifa etmek üzere hangi ülkede daha çok zaman geçirdiği, işin organize edildiği yer, işin esas kısmının ve ağırlıklı bölümünün yapıldığı yer gibi kriterlerden hareket edilebilir (Yargıtay 22. HD, E. 2016/9339 K. 2019/16564, T. 18.09.2019; AYGÜL/ÇOBAN, 1822-1824). Ancak işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 27(3)). Esas işyeri ile kastedilen, işverenin işyeri merkezinin bulunduğu ülkedir. Örneğin açık denizlerde görev alan gemi adamları bakımından esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku önem taşır. Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye mutad işyeri hukuku ve işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku yerine bu hukuk uygulanabilir (MÖHUK m. 27(4)). Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasındaki önemli unsur, işçinin menfaattir (ELÇİN, s. 147). Örneğin, işçinin sosyal çevresinin Türkiye'de bulunması, Türkiye'nin sosyal güvence sistemi içinde yer alması, ücretinin Türkiye'de ve Türk Lirası üzerinden ödenmesi, işverenin Türk olması, iş sözleşmesinin Türk hukukuna özgü kurumlar gözetilerek düzenlenmesi, Türk hukukuna tâbi daha önceki bir iş sözleşmesine gönderme yapılması, iş sözleşmesinin Türkçe kaleme alınması gibi unsurların tamamının ya da önemli bir bölümünün varlığı hâlinde, iş sözleşmesinin Türk hukuku ile sıkı ilişki içinde olduğu sonucuna varılabilir (ELÇİN, 152).

Sözleşmenin belirli süreli olarak yapıp yapılmayacağı, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle işçinin hak kazanacağı tazminatlar, fazla çalışma, yıllık izin, işverence yapılan uygulama ve ödemelerin niteliği, zamanaşımı gibi hususlar MÖHUK m. 27 uyarınca tayin edilen hukuka göre değerlendirilmelidir. Hafta tatili, dinî ve millî bayram günleri ve ücretlerini düzenleyen hükümler, doğrudan uygulanan kuraldır; ancak uygulama alanına

giren iş ilişkilerine uygulanır. Örneğin tamamen yurt dışında ifa edilen bir iş ilişkisinde, dinî ve millî bayram günleri Türk hukukuna göre belirlenemez (AYGÜL, s. 528; ERDOĞAN, Ersin/ERDOĞAN, Canan, "Türkiye'den Yurt Dışına Götürülen İşçiler Hakkında Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2016, C. 13, S. 50, s. 971-972).

Somut uyuşmazlıkta, davalı Ö... şirketi davacının Umman'da çalıştırılmak üzere işe alındığını ve sadece bu ülkede çalıştırıldığı için MÖHUK 27.maddesi uyarınca işçinin işini ifa ettiği yer olan Umman Hukukunun geçerli olması gerektiğini savunmuştur. Bölge Adliye Mahkemesince davalılar arasında iş ortaklığı bulunsa da davacının iş ortaklarından Ö... şirketi tarafından götürüldüğü, iş ortağı davalı A...nin Türkiyede şubesinin bulunduğu gerekçesi ile uyuşmazlığa Türk Hukukunun uygulanmasında isabetsizlik bulunmadığı belirtilmiştir.

Davacı ile davalı işveren Ö... İnşaat San. ve T.A.Ş. arasında imzalanan yurt dışı iş sözleşmesinin fesih, yıllık izin, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil alacaklarına ilişkin maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağını belirtildiği, yine sözleşmenin 16. maddesinde de sözleşme maddelerinde belirtilen hususlarda çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun ifade edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla tarafların hukuk seçimi anlaşması yaptıkları görülmektedir. Diğer yandan, davacı söz konusu iş sözleşmesi kapsamında tüm hizmet süresi boyunca sadece davalıların Umman'da bulunan işyerinde çalışmış olup, bu durumda mutad işyerinin de işçinin işini fiilen yaptığı yer olan Umman olduğu sabittir.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, taraflar arasında MÖHUK'un 27/1 hükmü kapsamında hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan uyuşmazlığa Umman hukukunun uygulanması gerekmektedir. Umman hukuku, dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığı üzere aynı zamanda mutad işyeri hukukudur. Hal böyle olunca gerekirse Umman hukukunda uzman bir bilirkişiden de rapor alınmak suretiyle dava konusu uyuşmazlık

bakımından değerlendirme yapılması gerekli iken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, davalılar yararına takdir edilen 3.050,00.- TL duruşma vekalet ücretinin karşı tarafa yükletilmesine, dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgililere iadesine, 24.11.2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

I- Uyuşmazlığa Konu Olan Olay ve Yargıtay Kararı

Davacı işçi, davalı işverenler Ö. AŞ. ile A. AŞ.'ye ait Umman'da kurulu işyerinde yurtdışı hizmet sözleşmesine binaen konkasör (kıрма-eleme) operatörü olarak çalışmış ve iş sözleşmesinin işveren tarafından feshiyle birlikte kıdem-ihbar tazminatları, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram-genel tatil ile yıllık ücretli izin alacaklarının tahsilini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi alacak taleplerinin kısmen kabulüne karar verirken, yapılan istinaf başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesi ilk derece mahkemesine ait kararın ortadan kaldırılmasına hükmetmiştir. Kararın temyiziyle birlikte Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yabancılık unsuru taşıyan yurtdışı hizmet sözleşmesine dayalı işçilik alacaklarının talep edildiği davada uyuşmazlığın 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) çerçevesinde ele alınması gerektiğine işaret etmiştir. Bu bağlamda, yabancılık unsuru, kamu düzeni, doğrudan uygulanan kurallar, MÖHUK m. 27'de düzenlenen subjektif bağlama kuralı (hukuk seçimi) ile objektif bağlama kuralları (mutad işyeri hukuku, işverenin esas işyeri hukuku, daha sıkı ilişkili yer hukuku) hakkında kararda genel bilgiler verilmiştir. Yüksek Mahkeme, tarafların imzalamış olduğu yurtdışı hizmet sözleşmesinin fesih, yıllık izin, fazla çalışma, hafta tatili

ve genel tatil alacaklarına ilişkin maddeleri ile 16. maddesinde yer alan “çalışılan ülke mevzuatına” yönelik hukuk seçimi doğrultusunda mevcut vakıya Umman hukukunun uygulanması gerektiğine ve bu doğrultuda Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulmasına hükmetmiştir.

II- Hukuki Sorun

İncelemekte olduğumuz kararda yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku tespit yöntemi, kamu düzeni müdahalesinin tatbik koşulları, doğrudan uygulanan kural kavramının iş hukuku boyutuyla ele alınması, aynı zamanda tip iş sözleşmesi niteliği taşıyan söz konusu yurtdışı hizmet sözleşmesindeki hukuk seçiminin genel iş koşulu çerçevesinde denetimi, hukuk seçiminin geçersizliği ihtimalinde işçinin menfaatini gözeten bir hüküm olarak MÖHUK m. 27/4'deki daha sıkı ilişkili hukukun uygulanma şartları gibi çeşitli konu başlıkları karşımıza çıkmaktadır.

Somut uyuşmazlığın odak noktası milletlerarası özel hukuk olduğundan, kararın yalnızca iş hukuku perspektifinde ele alınması incelememizi eksik bırakırdı. Bu doğrultuda, MÖHUK'da iş sözleşmelerine ilişkin ihtilaf kurallarının düzenlendiği m. 27 hükmüne, bu alandaki uygulama örnekleriyle doktrin görüşlerine özet bilginin ötesine geçerek ayrıntılı şekilde yer verilmeye çalışılmıştır. Karar hakkında vardığımız sonuçları yerinde gerekçelerle aktarabilmek için çalışmamızda ilk olarak MÖHUK m. 27 hükmü açıklanmış, ardından iş hukuku boyutundaki etkileri dikkate alınarak Yüksek Mahkeme kararı incelenmiştir.

III- Değerlendirme

A. Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Yönelik Esaslar

1. Genel Olarak

İş ilişkileri milletlerarası özel hukukta bazı özel

kurallar ile düzenlenmişlerdir. Söz konusu kurallar, işçinin sözleşmedeki ekonomik açıdan zayıf konumunu ve hukuki açıdan tecrübesizliğini dikkate alarak işçiye belli bir koruma sağlamayı amaçlamaktadır. İş sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıması şartıyla bu ilişkiden kaynaklı uyuşmazlıklara milletlerarası özel hukuktaki kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde çözüm bulunur. Bu noktada, hangi iş sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıdığı sorusu karşımıza çıkar. Öğretimizde ifade edildiği üzere, işçinin ya da işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı ülkede bulunması, işin yabancı ülkede ifa edilmesi gibi hâllerde iş sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıdığı kabul edilmelidir². Benzer şekilde, İsviçre hukukunda da iş sözleşmesi taraflarından birinin ikametgâhının ya da işin mutad olarak görüldüğü yerin yurtdışı olması iş sözleşmesinde yabancılık unsuru olarak nitelendirilir³.

2 Nuray Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul, 1997, s. 118; Vahit Doğan, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 49; Tankut Centel, “Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları”, Sosyal Siyaset Konferansları, Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, İstanbul, 1983, s. 217-219; Zeynep Derya Tarman, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59(3), 2010, s. 526; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu/Beste Gemici Filiz, “Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:1-1, Ocak-Şubat 2016, s. 598; “Dava, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği iddiasına dayalı kıdem tazminatı istemine ilişkin olup, mahkemece yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir... Toplanan delillerden, somut uyuşmazlığın, davalı şirketin KKTC uyuşmazlığına hasebiyle 5718 Sayılı Yasa'nın 1. maddesi anlamında yabancılık unsuru taşıdığı anlaşılmaktadır... Bu durumda, mahkemece, öncelikle, 5718 Sayılı Yasa'nın 44. maddesi gözetilerek, davalının yetki ilk itirazı hakkında bir karar verilmesi, Türk mahkemelerinin yetkili olduğunun kabulü halinde ise, aynı Yasa'nın 27. maddesi hükmü kapsamında uyuşmazlığa uygulanacak hukuk belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken...”, Yarg. 11. HD., 29.04.2019, 2019/1537 E. – 2019/3206 K., www.kazanci.com.tr, (25.09.2021)

3 Florence Guillaume, “Le contrat de travail international: règles de droit international privé et plateformes numériques/I-II”, Les aspects internationaux du droit du travail, (Ed.) Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon,

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmesel ilişki bakımından milletlerarası özel hukuktaki iş sözleşmesine özgü kuralların uygulanabilmesinin bir koşulu da uyuşmazlık konusu olan hukuki ilişkinin iş sözleşmesi niteliği taşımasıdır. Uyuşmazlığa bakan hâkim, aynı zamanda hukuki nitelendirmeyi yapmakla yükümlüdür ve söz konusu vasıflandırma yapılırken temel alınacak hukuk, hâkimin hukuku (lex fori) olur⁴. Dolayısıyla, Türk mahkemesi nezdinde görülmekte olan yabancı unsurlu bir uyuşmazlık açısından hâkim Türk hukukuna göre vasıflandırma yapar. 4857 sayılı İş Kanunu m. 8/1'deki tanım gereğince, iş sözleşmesinin iş görme, ücret ve bağımlılık olmak üzere üç temel unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir⁵. İş hukuku doktrininde açıklandığı gibi, işçi ile işveren arasında hiyerarşik bir bağın varlığını gerektiren iş ilişkisinde, işçi işverenin emir ve otoritesi altında ve bir ücret karşılığında iş görme borcunu ifa eder⁶. O hâlde, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmesel ilişkinin iş ilişkisi olarak nitelendirilebilmesi, burada değindiğimiz iş sözleşmesine özgü ayırıcı unsurların davaya bakan hâkim tarafından somut uyuşmazlıkta tespit edilmesine bağlıdır.

Hâkim yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinin

varlığına kanaat getirdikten sonra, davanın esasına yönelik hükümler açısından hangi ülke hukukunu uygulayacağına ilişkin kararını verirken yine kendi kanunlar ihtilafı kurallarını takip etmelidir⁷. 2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 1'de ifade edildiği gibi, "yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir." Dolayısıyla, yabancılık unsuru içermesi nedeniyle birden fazla hukuk düzeni ile bağlantılı hâle gelen bir iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlığın çözümünde MÖHUK'un tayin ettiği ülke hukuku kuralları uygulanır. 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK, mülga 1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanundan farklı olarak, iş sözleşmeleri hakkında uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları bakımından özel bir hüküm getirmiştir. "İş sözleşmeleri" başlığını taşıyan MÖHUK m. 27 düzenlemesi inceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararı bakımından da temel teşkil ettiğinden, hükmün ayrıntılarına taraflarca hukuk seçimi yapılması/ yapılmaması ihtimalleri dikkate alınarak bir sonraki alt başlıkta değinilmiştir.

2. MÖHUK m. 27'de Öngörülen Bağlama Kuralları

Milletlerarası özel hukukta, yabancılık unsuru içeren borç ilişkilerine uygulanacak hukuka karar verilirken (i) taraf iradelerine bağlama (irade özerkliği-sübjektif bağlama kuralı) ve (ii) objektif ölçütlere bağlama (objektif bağlama kuralı) olmak üzere ikili bir sistemin varlığı kabul edilmiştir⁸. İrade özerkliği (muhtariyeti), milletlerarası özel hukuk alanında taraf iradesinin bir görünümü olup, borç ilişkisine uygulanacak hukukun seçiminde sözleşme taraflarının sahip olduğu

Schulthess Editions romandes, 2019, s. 194; Werner Glor, "Contrat de travail international", Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag AG, 1996, s. 1509, bkz. www.swisslex.ch, (10.09.2021).

4 Ekşi, s. 117; Tarman, s. 526; Ergin Nomer, Devletler Hukuku, Beta, İstanbul, 2013, s. 380 vd.; Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 418; Doğa Elçin, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 13-14; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemicci Filiz, s. 602.

5 İK m. 8/1: "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir..."

6 Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2020, s. 223-232; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul, 2020, s. 176- 185; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan/Esra Başkan, İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2020, s. 63-65; Gilles Auzero/Dirk Baurgard/Emmanuel Dockès, Droit du travail, Dalloz, 2017, s. 261 vd.; İsviçre Borçlar Kanunu m. 319/1'de iş sözleşmesinin temel özellikleri olarak, iş görme, süre unsuru (sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olması), bağımlılık ilişkisi ve ücret sayılmaktadır. Bkz. Guillaume, s. 196.

7 Ekşi, s. 116-117; Elçin, s. 40.

8 Doğan, s. 15; Beyza Çağla Şahin, Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2020, s. 48, https://tez.yok.gov.tr, (16.09.2021).

özgürlüğe işaret etmektedir⁹. Buna karşılık, sözleşmesel ilişkiye uygulanacak yetkili hukukun taraflarca seçilmediği yahut seçilen hukukun geçersiz kabul edildiği durumlarda uygulanacak hukukun tespitinde, kanun koyucu tarafından önceden öngörülen objektif bağlama kuralları rol oynar¹⁰.

Milletlerarası özel hukuk alanındaki bağlama kuralları açısından yukarıda kısaca açıkladığımız ikili ayırım, iş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarımızı düzenleyen MÖHUK m. 27'de¹¹ de aynı şekilde benimsenmiştir.

a. Sübjektif Bağlama Kuralı (İrade Özerkliği)

aa. Asgari Koruma Şartının Gözetildiği Hukuk Seçimi

İş sözleşmesinde işçinin işveren karşısındaki zayıf konumu ve bu nedenle sözleşmeye uygulanacak hukukun seçiminde işçinin işverenle eşit pazarlık gücüne sahip olmaması sebebiyle, milletlerarası özel hukuk doktrininde iş sözleşmesine uygulanacak hukuk seçimi bakımından sözleşmenin taraflarına irade özerkliği tanınıp tanınamayacağı hususu etraflıca tartışılmış ve farklı görüşler ileri sürülmüştür¹². Günümüz iti-

bariyle gerek iç hukukumuzda gerekse de yabancı hukukta iş sözleşmesi taraflarının belirli koşullar altında hukuk seçimine yetkili oldukları kabul edilmektedir. Örneğin, Türk hukuku bakımından MÖHUK m. 27/1 hükmü gereği, *asgari koruma şartının gözetilmesi şartıyla* iş sözleşmesi taraflarının seçtiği hukuk yabancı unsurlu iş sözleşmesine uygulanır. MÖHUK m. 27 uyarınca tarafların seçtiği hukukun uygulanabilmesi, seçilen hukuk ile mutad işyeri hukuku arasında bir yararlılık karşılaştırmasını¹³ gerekli kılmakta ve hangi hukukun işçiye daha fazla koruma sağladığının tespiti zorunluluğunu getirmektedir. Şayet yararlılık karşılaştırması neticesinde taraflarca seçilen hukukun mutad işyeri hukukuna göre işçinin daha lehine olduğu saptanabiliyorsa, o vakit hukuk seçiminin somut uyuşmazlıkta uygulanabileceği kabul edilir. Asgari koruma şartının sağlanmadığı durumlarda ise, hukuk seçimine rağmen, mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyucu hükümleri uygulama alanı bulur¹⁴. Doktrinde vurgulandığı üzere, MÖHUK m. 27/1'in öngördüğü sistem, mutad işyeri hukukunun işçiye sağladığı asgari korumanın taraflara ait hukuk seçimi ile bertaraf edilemeyeceği esasına dayalıdır¹⁵.

MÖHUK m. 27 tarafından benimsenen asgari koruma şartlı hukuk seçiminin yapılabileceğine yönelik esas, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyinin 17.06.2008 tarihli ve sözleşmesel yükümlülüklerle uygulanacak hukuk hakkındaki

9 Aslı Bayata Canyaş, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 7; Doğan, s. 15; Nomer, s. 307.

10 Doğan, s. 17; Tarman, s. 538; Şahin, s. 48; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 608.

11 MÖHUK m. 27: (1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.

(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkrâ hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.

12 İrade özerkliğini kabul eden ve reddeden görüşler hakkında bilgi için bkz. Centel, s. 229-230; Vahit Doğan, "5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,

Cilt: XI, Sayı:1-2, 2007, s. 150-152, (5718 Sayılı Kanun); Elçin, s. 65-71.

13 İlgili hukuk düzenlerinden hangisi işçinin daha lehine ise, o hukuk düzeninin olaya uygulanmasını sağlayan yararlılık karşılaştırmasında toplu olarak karşılaştırma, tekil karşılaştırma ve grup olarak karşılaştırma olmak üzere üç yöntem mevcuttur. Bu yönde bkz. Doğan, 5718 Sayılı Kanun, s. 155-157; Elçin, s. 100-104; Bağlantılı hükümlerin bir grup oluşturduğu kabul edilerek söz konusu hüküm gruplarının karşılaştırılmasının daha yerinde sonuçlar vereceği yönünde bkz. Doğan, 5718 Sayılı Kanun, s. 157; Tarman, s. 532; Elçin, s. 104; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 607.

14 Doğan, 5718 Sayılı Kanun, s. 153; Tarman, s. 532-533; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 279; Şahin, s. 59.

15 Tekinalp, s. 420; Nomer, s. 332; Elçin, s. 92.

593/2008 sayılı Tüzüğü¹⁶ (uygulamada kısaca Roma I Tüzüğü/Rome I Regulation ifadesi kullanılmaktadır) iş sözleşmelerine yönelik 8. madde düzenlemesiyle de benzerlikler içerir. Roma I Tüzüğü m. 8/1 incelendiğinde, iş sözleşmesine uygulanacak hukuk açısından taraflarca m. 3 hükmüne uygun olarak seçilen hukuka diğer bir deyişle irade özerkliğine öncelik verildiği anlaşılmaktadır¹⁷. Hatta, taraflarca seçilen hukukun sözleşmesel ilişki ile objektif bir bağlantısı olmasa dahi hukuk seçiminin geçerli olacağı doktrinde dile getirilmiştir¹⁸. Ancak, işverenin belirli bir hukuku uygulanabilir hukuk olarak dayatmasına karşılık işçilerin ihtiyaç duyduğu özel korumanın Tüzük m. 8/1'deki düzeltici mekanizma ile sağlanması mümkündür¹⁹. Zira, hukuk seçimi yapılmamış olsaydı hükmün 2., 3. ve 4. fıkralarınca uygulanacak olası hukukların (objektif bağlama kurallarının)²⁰ sağlayacağı korumadan işçinin yoksun kalmasına neden olacak nitelikte bir hukuk seçimine izin verilmemektedir. Görüldüğü gibi, Roma I Tüzüğü m. 8/1'deki asgari koruma sınırı, MÖHUK m. 27/1'den farklı olarak sadece mutad işyeri hukukunun emredici kurallarının

sağladığı koruma seviyesi ile sınırlı değildir ve işçiye daha kapsamlı bir koruma sağlamaktadır²¹.

İsviçre hukukuna baktığımızda, bu hukuk sisteminde de bazı sınırlamalara yer verilmek suretiyle iş sözleşmesi taraflarına hukuk seçiminde bulunma imkânının tanındığı söylenmelidir. Fakat, İsviçre hukukundaki sınırlı hukuk seçimi asgari koruma şartı çerçevesinde değil, bizzat seçilebilecek ülke hukuklarının kanun koyucu tarafından kısıtlanması suretiyle tesis edilmiştir. Buna göre, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun (Loi fédérale sur le droit international privé-LDIP) m. 121/3 uyarınca, hukuk seçimi, işçinin mutad meskeninin²² (résidence habituelle) bulunduğu ülke hukukunun yahut işverenin işletme merkezinin²³, ikametgâhının (domicile) ya da mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuklarından birinin tercihi yönünde dar bir şekilde sınırlandırılmıştır²⁴.

Türkiye'den yurtdışına çalıştırmak üzere işçi

16 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>, (17.09.2021).

17 Tüzüğün gerekçesinde, irade özerkliği ilkesinin sözleşmeden doğan borç ilişkilerine yönelik kanunlar ihtilafı kurallarının temel taşlarından biri olduğu teyit edilmiştir. Bkz. Yves Chagny, "La détermination de la loi applicable au contrat de travail par la chambre sociale de la cour de cassation", Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé, Année, 2008-2010, Paris 2011, s. 202, https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1158-3428_2011_num_19_2008_1997, (01.09.2021); Jan-Jaap Kuipers, EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, s. 44.

18 Ivana Kunda, "Law Applicable to Employment Contracts Under the Rome I Regulation", Transnational, European, and National Labour Relations, (Ed.) G.G. Sander vd., Springer International, 2018, s. 77.

19 Kunda, s. 78.

20 Hukuk seçimi yapılmaması ihtimalinde Roma I Tüzüğü m. 8/2-3-4 hükmünün öngördüğü bağlama kuralları sırasıyla, işçinin işini mutad olarak yerine getirdiği ülke hukuku/bunun bulunmaması hâlinde işçi işini mutad olarak *hangi ülkeden* yerine getiriyorsa o ülke hukuku; işçinin işe alındığı (iş sözleşmesiyle bağlandığı) işyerinin bulunduğu ülke hukuku; iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili ülke hukuku olarak ifade edilebilir.

21 Bu yönde bkz. Elçin, s. 92.

22 "Mutad mesken" kavramı LDIP m. 20/1-b'de tanımlanmıştır. Buna göre, gerçek kişinin belirli bir süre (ki bu süre başlangıçta sınırlı dahi olsa) yaşadığı yer onun mutad meskeni olarak kabul edilmektedir. Mutad meskenin oluşumu için gerekli sürenin uzunluğu her bir olay bakımından incelenmelidir. Asgari bir süre bulunmamakta ve süredeki kısa bir kesintinin mutad meskeni ortadan kaldırmayacağı ifade edilmektedir. Bu konuda, Federal Mahkeme üçüncü kişiler tarafından görülebilen ya da dış unsurlar üzerinde durmakta, iradenin bir parçası olduğu subjektif yönlere daha az önem atfetmektedir. Çıkarların merkezinin belirlenmesi bu açıdan önemini devam ettirmektedir. Bkz. François Knoepfler/Philippe Schwizer/Simon Othenin-Girard, Droit international privé suisse, Staempfli Editions SA, Berne, 2005, s. 231.

23 LDIP m. 121/3'de geçen "établissement" kelimesi doktrinde Almanca karşılığı olan "niederlassung" kelimesinden hareketle Türkçeye "işletme merkezi" olarak çevrilmiştir. Bu yönde bkz. Doğan, s. 83; Tuğrul Ansay, "Devletler Özel Hukukunda Uluslararası Boyutlu İş Uyuşmazlıklarının Düşündürdükleri", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:1-1, Ocak-Şubat 2016, s. 18; "İşverenin ticari faaliyetlerinin yoğun yönetildiği yerleşim yeri" açıklaması için bkz. Emine Tuncay Senyen Kaplan, "Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İntes Yayınları, Ankara, 2017, s. 73.

24 Knoepfler/Schwizer/Othenin-Girard, s. 250; Guillaume, s. 221.

götüren işverenlerin işçilerle yaptığı sözleşmeler, Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği (bkz. 16.02.2008 tarihli ve 26789 sayılı Resmî Gazete) gereğince Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanmış sözleşme örneği esas alınarak akdedilmektedir. Nitekim, Yönetmelik m. 8'de, *işverenlerin Kurumca hazırlanan iş sözleşmesini işçilere imzalatıldıktan sonra Kuruma onaylattırmaları zorunlu kılınmıştır*. İŞKUR'un internet sitesinde örneğine yer verilen yurtdışı hizmet sözleşmesinde, uyuşmazlık hâlinde uygulanacak mevzuat bakımından *“sözleşme maddelerinde, çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatı, çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması halinde Türk mevzuatı uygulanacaktır.”* hükmü mevcuttur. Dolayısıyla, inceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararındaki sözleşmede de mevcut olduğu üzere, işçilerin çalıştırılmak üzere yurtdışına götürülmeleri sebebiyle yabancılık unsuru taşıyan bu tür iş sözleşmelerinde, tarafların *“çalışılan ülke hukuku”* yönünde bir hukuk seçiminde buldukları sonucu ortaya çıkmaktadır.

MÖHUK m. 27/1'de asgari koruma koşuluyla hukuk seçimine izin verilmesinin amacı, sözleşmesel ilişkide zayıf konumda olan işçinin korunması suretiyle taraflar arasındaki dengenin tesis edilmeye çalışılmasıdır²⁵. Ne var ki, uygulamada İŞKUR'un örnek sözleşmesinden hareket edilerek *“çalışılan ülke hukukunun”* taraflar açısından seçilen hukuk olarak kabulü ve Türk işçilerinin çalıştırıldıkları ülkelerin de genelde gelişmekte olan ülkeler kategorisinde olması/iş hukuku düzenlemelerinin yeterince gelişmiş olmaması neticesinde zayıf tarafın korunması amacı planlandığı ölçüde gerçekleştirilememektedir. Örneğin, incelemekte olduğumuz Yargıtay kararında taraflar iş sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak Umman hukukunu seçmişlerdir. Somut olayımız bakımından Umman hukuku uygulanırken MÖHUK m. 27/1 gereğince mutad işyeri hukukundaki emredici iş hukuku kurallarının iş-

çiye sağladığı asgari koruma seviyesinin altına inilemez. Somut olayımızda (ileride açıklanacağı üzere) mutad işyeri hukuku da Umman hukuku olduğundan, bu iş sözleşmesine dayalı çalışması nedeniyle işçinin sahip olabileceği asgari koruma(!) ne yazık ki Umman hukukunda öngörülen düzenlemelerin ötesine geçemeyecektir. Yurtdışı hizmet sözleşmesinde belirtildiği gibi, Umman hukukunda hüküm bulunmayan hâllerde Türk iş hukuku kuralları gündeme gelebileceğinden, ancak bu ihtimal dâhilinde işçinin daha gelişmiş iş hukuku kurallarından yararlanacağı söylenebilir. Bu nedenle, kanımızca İsviçre hukukunda olduğu gibi kanun koyucu tarafından sınırlı şekilde sayılan hukuk düzenlerinden birinin seçilmesi yönünde bir iç hukuk düzenlememiz söz konusu olsaydı, iş sözleşmelerine ilişkin hukuk seçiminde MÖHUK'un amaçladığı zayıf tarafın korunması ilkesine daha çok hizmet edilebilirdi.

bb. Hukuk Seçiminin Şekli

MÖHUK m. 27'de hukuk seçiminin yapılış şekline dair bir hüküm mevcut değildir. Madde 24'deki sözleşmeden doğan borç ilişkileri hakkında öngörülen genel düzenlemeden yola çıkılarak iş sözleşmesi taraflarının hukuk seçimini açık ya da örtülü şekilde yapabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Böylece, açık hukuk seçimi yanında, MÖHUK m. 24/1'in ifadesiyle *“sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi”* diğer bir deyişle örtülü hukuk seçimi de mümkün kılınmıştır²⁶. Milletlerarası özel hukuk sistemimizde yabancı unsurlu iş sözleşmesine uygulanacak hukukun açık/örtülü seçim şekli ile Avrupa Birliği uygulaması açısından önem arz eden Roma I Tüzüğündeki seçim şekli anlayışı (m. 3/1) eşdeğerdir²⁷. Yine, İsviçre hukukunda işçi ile işverenin hukuk seçiminin biçimsel bir geçerlik koşuluna tâbi olmadığı, seçimin açık ya da örtülü olabileceği kabul edilmektedir (LDIP m. 116/2)²⁸.

26 Doğan, 5718 Sayılı Kanun, s. 154; Tarman, s. 528; Elçin, s. 78.

27 Kunda, s. 75; Kuipers, s. 46.

28 Guillaume, s. 221.

25 Kunda, s. 77; Tekinalp, s. 420; Tarman, s. 530.

Taraflarca hukuk seçiminin açık şekilde²⁹ yapılması durumunda, hâkim seçilen hukuk ile işin mutaden yapıldığı yer hukuku arasında yukarıda açıklandığı gibi bir yararlılık karşılaştırmasına girişecek ve hangi hukuk düzeninin işçiye daha elverişli hükümler içerdiğini tespit ederek o hukuk kuralını uygulayacaktır. Buna karşılık, açık bir hukuk seçiminin yapılmadığı hâllerde hâkim tarafından aydınlatılması gereken soru, iş sözleşmesi taraflarının örtülü bir hukuk seçimde bulunup bulunmadıklarıdır. MÖHUK m. 24'de öngörüldüğü üzere, örtülü seçimden bahsedilebilmesi için sözleşme hükümlerinin ya da somut vakıadaki koşulların *duraksamaya yer bırakmayacak şekilde* bir hukuk seçimine işaret ediyor olması gereklidir. Bu açıdan, yabancı hukukta örtülü seçim hukuk seçimi olarak kabul edilebilmesine yönelik geliştirilmiş kıstaslar hukukumuz bakımından da dikkate alınabilir. Örnek vermek gerekirse, yetkili mahkemenin seçimi, sözleşmenin kaleme alındığı dil, ödemelerin yapılacağı para birimi, belirli bir yasal sisteme özgü olan hukuki bir kaynağa yapılan atıflar³⁰, belli bir ülke hukuku tarafından düzenlendiği bilinen standart bir formun kullanımı gibi somut vakıaya mahsus koşulların değerlendirilmesi yoluyla tarafların örtülü hukuk seçimine ilişkin iradeleri ortaya çıkarılabilir³¹. Hatta doktrinde bir görüşe göre, örtülü hukuk seçimi yapıldığının kabul edilebilmesi için taraf iradelerinin tereddüde yer vermeyecek ölçüde tespit edilebilmesi gerektiğinden, yukarıda say-

29 Hukuk seçiminin açık olması ile kastedilen, tarafların belli bir hukuk seçimine yönelik iradelerini yoruma gerek kalmayacak ölçüde net ve anlaşılır şekilde beyan etmiş olmalarıdır. Bkz. Elçin, s. 79.

30 Örneğin, İtalyan mahkemesi, İtalya ile Libya'ya ilişkin bir vakıada iş sözleşmesi taraflarınca İtalyan İş Kanunu ile İtalyan Medeni Kanununda yer alan hükümlere benzer birçok hükme sözleşmede yer verilmiş olması nedeniyle iş sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak İtalyan hukukunun zımnî şekilde seçildiğine kanaat getirmiştir. Bkz. Kunda, s. 75.

31 Kunda, s. 76; Tarman, s. 529; Elçin, s. 73-75; Fransız Yargıtayı da örtülü hukuk seçimine yönelik araştırma yapılırken, sözleşme taraflarının ortak vatandaşlığı, sözleşmenin dili, bir sosyal güvenlik ya da emeklilik sistemi ile olan bağlantı, belirli bir toplu sözleşmenin uygulanması gibi çeşitli kıstasların dikkate alınabileceğine hükmetmiştir. Bkz. Chagny, s. 203.

duğumuz koşulların her zaman kendi başlarına yeterli olmayabileceği, yalnızca belirli bir vakıada eş zamanlı ortaya çıkmaları hâlinde örtülü hukuk seçiminin söz konusu olabileceği savunulmuştur³².

MÖHUK m. 24/3 uyarınca, sözleşmenin akdedildiği anda hukuk seçiminin yapılması zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla, yabancı unsurlu iş sözleşmesine uygulanacak hukukun sonraki bir aşamada da seçilmesi mümkündür. Keza, evvelce seçilmiş olan hukuk sonradan bir başka hukuk ile değiştirilebilir. Bununla birlikte, seçilen hukukun değiştirilmesi ile oluşacak geriye etkinin sözleşmenin biçimsel geçerliliği ile üçüncü kişilerin elde ettiği haklar üzerinde sonuç doğurmayacağı kabul edilmelidir³³.

İnceleme konumuz olan Yargıtay kararındaki iş sözleşmesine dönecek olursak, hukuk seçiminin İŞKUR'un örnek sözleşmesindeki seçime ilişkin ifadelerin aynen kullanılması yoluyla gerçekleştirildiğini söyleyebiliriz. Doktrinde *Akyiğit* tarafından İŞKUR'un sunduğu yurtdışı hizmet sözleşmesindeki "*çalışılan ülke hukuku*" ifadesinin MÖHUK m. 27/2'de geçen "*işin mutad olarak yapıldığı işyeri hukuku*" kavramı ile örtüşmediği, zira "*çalışılan ülke hukuku*" ifadesinin işçinin geçi-

32 Kunda, s. 76; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 18.09.2019 tarihli ve 2016/9339 E. - 2019/16564 K. sayılı kararında Yunanistan bayrağı taşıyan turistik yabancı bir teknede çalışan davacının iş sözleşmesinin haksız şekilde feshe edildiği iddiasıyla açtığı davada, Yunanistan'da ve yabancı dille düzenlenen iş sözleşmesinde açık bir hukuk seçimi yapılmadığını tespit ettikten sonra, iş sözleşmesinde yer alan fesihle ilgili hükümde MK m. 672'ye yapılan atfın Yunan Medeni Kanununun haklı nedenle feshi düzenleyen hükmü olduğunu ortaya koymuş, ancak yalnızca sözleşmenin haklı nedenle feshi bakımından Yunan Medeni Kanununa yapılan atfın yeterli olmayacağı, somut olayda tarafların hukuk seçimine dair iradeleri tereddüde yer bırakmayacak şekilde ortaya konmadığından taraflarca herhangi bir hukuk seçimi yapılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için bkz. www.calismatoplum.org, (13.09.2021); İş sözleşmeleri açısından kısmi hukuk seçiminin belirsizliği ve karmaşıklığı arttıracığı yönündeki haklı eleştiri için bkz. Elçin, s. 106-107.

33 Roma I Tüzüğünde bu yöndeki düzenleme (m. 3/2) için bkz. Kunda, s. 76; Türk hukuku için bkz. Elçin, s. 107-109; İsviçre hukukundaki benzer düzenleme için bkz. LDIP m. 116/3, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr, (14.09.2021).

ci olarak bir başka yabancı ülkeye çalışmaya gönderilmesi hâlinde sözleşmeye uygulanacak ülke hukukunun da değişmesine neden olacağından MÖHUK m. 27/2'deki "işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz." hükmüne aykırılığın oluşacağı isabetli bir şekilde vurgulanmıştır³⁴. Mevcut iş sözleşmesindeki hukuk seçiminde tercih edilen ifade ile MÖHUK m. 27/2 hükmü uyum göstermesi de, taraflarca açık şekilde bir hukuk seçimi yapıldığı (Umman hukukunun seçildiği) anlaşılmaktadır. Somut olayımızda aynı zamanda tip iş sözleşmesi niteliği taşıyan bu sözleşmedeki hukuk seçiminin geçerli olup olmaması uyuşmazlığın esasına uygulanabilmesi için ayrı bir önem arz ettiğinden, hukuk seçimine yönelik hüküm aşağıda bir kez daha genel iş koşulu özelliği göz önüne alınarak incelenecektir.

b. Objektif Bağlama Kuralları

Hukuk seçiminin yapılmadığı yahut yapılsa bile geçersiz kabul edildiği durumlarda yabancı unsurlu iş sözleşmesine uygulanacak hukuka karar verilirken kanun koyucu tarafından öngörülen objektif bağlama kuralları dikkate alınır. Ayrıca, hukuk seçiminin yapıldığı durumlarda dahi somut olayın işaret ettiği objektif bağlama kuralının ortaya konulması önem taşır. Çünkü, tarafların yapacağı hukuk seçiminin somut uyuşmazlık bakımından uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa hangi hükümlerinin uygulanacağı yararlılık karşılaştırması öncesinde objektif bağlama kuralınca tespit edilecek hukuka göre açıklığa kavuşacaktır³⁵.

MÖHUK m. 27/2-3-4'de farklı olasılıklara göre gündeme gelen objektif bağlama kurallarına yer verilmiştir.

aa. İş Sözleşmesi Uyarınca İşin Mutad Olarak Yapıldığı İşyeri Hukuku

MÖHUK m. 27/2'ye göre, "tarafların hukuk se-

çimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır." Hükmün hemen devamında geçici süre ile çalışma üzerinde durulmuş ve işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyerinin mutad işyeri sayılmayacağı ifade edilmiştir.

İşin mutad olarak yapıldığı işyeri hukuku ile ifade edilmek istenen, ne işverenin işyerinin bulunduğu yer hukukudur ne de işin belirli bir anda fiilen ifa edildiği yer hukukudur³⁶. Mutad işyeri kavramı, işin esas kısmının ya da ağırlıklı bölümünün mutad olarak yapıldığı yer anlamına gelmektedir³⁷. İşçinin iş görme edimini sürekli olarak aynı ülkede ifa etmesi hâlinde mutad işyeri hukukunun belirlenmesinde zorluk yaşanmaz. Öte yandan, işin birden fazla ülkede yerine getirilmesi ihtimalinde mutad işyerinin tespitinde sorunlar yaşanacağı açıktır. Bu nedenle, doktrinde mutad işyeri belirlenirken, iş sözleşmesinin bir bütün olarak ele alınması gerektiği, işin nitelik-nicelik yönünden ve süre bakımından ağırlıklı bölümünün nerede ifa edildiğinin tespit edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır³⁸.

Yabancı hukuka bakıldığında, işin birden fazla ülkede görüldüğü durumlarda Avrupa Birliği Adalet Divanının farklı tarihli kararlarında işin mutad olarak yerine getirildiği yeri belirlerken bazı unsurlara atıf yaptığı görülmektedir. Örneğin, 13.06.1993 tarihli *Mulox Kararında* (C-

36 Bu yönde bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 280; İpek Sarıöz Büyükalp, "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), 2018, s. 206.

37 Ekşi, s. 126.

38 Ekşi, s. 126-127; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 280; Sarıöz Büyükalp, s. 206; Tarman, s. 534; "Somut olayda olduğu gibi işin birden fazla ülkede ifa edilmesi durumunda, gerek Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları gerekse de doktrin görüşleriyle mutad işyeri tespiti bakımından birtakım kriterler geliştirilmiştir. Buna göre işçinin işini ifa faaliyetlerini veya ifa faaliyetlerinin çoğunluğunu gerçekleştirdiği yer, işçinin esas olarak işverene karşı yükümlülüklerini yerine getirdiği yer, işçinin işini ifa etmek üzere hangi ülkede daha çok zaman geçirdiği, işin organize edildiği yer, işin esas kısmının ve ağırlıklı bölümünün mutad olarak yapıldığı yer gibi kriterler mutad işyeri tespitinde önem taşımaktadır.", bkz. Yarg. 22. HD., 18.09.2019, 2016/9339 E. - 2019/16564 K., www.calismatoplum.org., /13.09.2021).

34 Ercan Akyiğit, Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulanması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, Konferans Sunumları, Birinci Oturum, İntes Yayınları, Ankara, 2017, s. 31.

35 Tarman, s. 534.

125/92) işçi işverene karşı yükümlülüklerini esas olarak nereden yerine getiriyorsa buna göre işin mutaden yapıldığı yerin tespit edilebileceği ifade edilmiştir. Yine, 09.01.1997 tarihli *Petrus Wilhelmus Rutten v. Cross Medical Ltd. Kararında* (C-383/95) işçinin iş görme faaliyetleri açısından etkin merkez olarak tesis ettiği bir yer mevcutsa o yerin söz konusu araştırmada dikkate alınabileceği vurgulanmıştır. Bu doğrultuda, işçinin işvereni yararına faaliyetlerini organize ettiği ve her bir yurtdışı seyahatinden sonra geriye döndüğü bir ofisinin olup olmadığı araştırılabilir. Şayet somut olayda işçi bakımından faaliyetlerin etkin merkezini oluşturan bir yer mevcut değilse, 27.02.2002 tarihli *Herbert Weber v. Universal Ogden Services Ltd. Kararında* (C-37/00) olduğu gibi, ya işçinin işvereni için en çok zamanını harcadığı yerin ya da uyumsuzluk ile en belirgin bağlantısı olan yerin bulunması düşünülebilir³⁹.

Avrupa Birliği hukukunda işin mutad olarak yapıldığı yere karar verilirken iş görme ediminin ifa edildiği yer/ülke yanında, işçinin faaliyetlerinin hangi yerden/ülkeden ifa edildiği de araştırılabilmektedir. Roma I Tüzüğü m. 8/2 hükmüne yapılan bu önemli ekleme, mutad olarak herhangi bir yerde işini ifa etmeyen örneğin uluslararası taşımacılıkta görev yapan uçuş ekibi, gemi mürettebatı, tır şoförü gibi işçilerin uluslararası hareketlilik durumu dikkate alınarak gerçekleştirilmiştir. Bu gibi vakılarda, işin nereden organize edildiği, iş talimatlarının nereden alındığı,

39 Bu yönde bilgi için bkz. François Taquet, "De la loi applicable dans les contrats de travail internationaux", *Revue de droit du travail et d'assurance-chômage*, Fascicule 4, 2015, s. 296, www.swisslex.ch, (02.09.2021); Kunda, s. 83, Aukje A.H. van Hoek, "Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union", *Erasmus Law Review*, 7(3), 2014, s. 160; Alessandra Zanobetti, "Employment Contracts and the Rome Convention: The Koelzsch Ruling of the European Court of Justice", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), 2011, s. 346-347; İsviçre hukukunda da işin birden fazla ülkede yerine getirildiği durumlarda, işçinin faaliyetini karakterize eden tüm unsurlar dikkate alınmak suretiyle, işçi tarafından işverene karşı yükümlülüklerin büyük kısmı nerede ya da nereden yerine getiriliyorsa (etkin merkez kistası), iş sözleşmesine o ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Guillaume, s. 219.

işçilerin çalışma raporlarını nereye sundukları, işle ilgili güvenlik kontrolü ve benzerlerinden nerede geçtikleri gibi kistaslara bakılarak söz konusu iş ilişkisine uygulanacak hukuk saptanmaya çalışılmaktadır⁴⁰.

Son olarak üzerinde durmak isteriz ki, geçici sürelerle işçinin başka ülkelerde iş görme edimini ifa etmesi, mutad işyeri kavramı üzerinde etkili olmaz. MÖHUK m. 27/2 cümle 2'de de geçici nitelikteki çalışmaların mutad işyerini değiştirmeyeceğine vurgu yapılmıştır. Kanunumuzda geçicilikten anlaşılması gerekenin ne olduğu açıklanmamıştır. Bununla birlikte, Roma I Tüzüğüne ait gerekçede (no.36) işçinin yurtdışındaki görevini tamamlamasının ardından menşe ülgede çalışmaya devam etme beklentisinde olduğu durumlarda bir başka ülkede gerçekleştirilen çalışmanın geçici olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir⁴¹.

bb. İşverenin Esas İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukuku

MÖHUK'da mutad işyeri hukukunun ardından düzenlenen bir başka objektif bağlama noktası, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukudur. Sözü ettiğimiz objektif bağlama kuralının

40 Kunda, s. 79; van Hoek, s. 161; İsviçre yasalarına göre kurulmuş bir şirket tarafından uluslararası hareketliliği gerektiren bir işe alınan işçi, görevi ve seyahatleri ile ilgili talimatları çalışmalarına başladığı ve sona erdirdiği yer olan Fransa'da almaktadır. Keza, ücret bordroları da işvereni tarafından işçinin Fransa'daki ikametgâh adresine gönderilmektedir. Ayrıca, işvereni tarafından işçiye Fransız hukukuna göre yönetilen bir sigorta şirketine ait sağlık, engellilik ve ölüm sigortasına üyelik teklifinde bulunulmuştur. Somut vakiadaki bu özellikler dikkate alınarak, taraflarca hukuk seçimi yapılmadığında söz konusu iş sözleşmesine uygulanacak hukukun Fransız hukuku olacağına, bu nedenle tarafların seçtiği hukuk İsviçre hukuku olsa bile Fransız hukukunun işçiyi daha çok koruyan emredici kurallarından işçinin mahrum bırakılmayacağına karar verilmiştir (Cass fr. ch soc., 13.01.2016, no.14-14019), Fransız Yargıtayına ait söz konusu karar için bkz. Taquet, s. 295.

41 Doktrinde işaret edildiği üzere, mutad çalışma ile geçici çalışma arasındaki ayırım, bir ülkede ya da diğerinde geçirilen ayların basit şekilde sayımına dayalı değildir. Bu ayırmada taraf iradelerinin tespiti (işçinin menşe ülkede çalışmaya geri dönme isteği ile işverenin işçiyi menşe ülkede çalışmaya geri çağırma isteği) önem arz eder. Bkz. Kunda, s. 80; Ekşi, s. 127; Sarıöz Büyükalp, s. 217.

uygulanacak hukuk açısından dikkate alınması MÖHUK m. 27/3'de ifade edildiği üzere, işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yaptığı hâllerde gündeme gelebilecektir. O hâlde, bir önceki alt başlıkta mutad işyeri hukukunun belirlenebilmesi için açıkladığımız kıstaslar doğrultusunda işçinin faaliyetlerinde yoğunluk merkezinin tespit edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda⁴², işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna başvurulabilir⁴³.

“İşverenin esas işyerinin bulunduğu ülke” kavramından anlaşılması gereken, MÖHUK m. 27/3'ün gerekçesinde belirtildiği gibi işverenin işyeri merkezinin bulunduğu ülkedir⁴⁴.

cc. Daha Sıkı İlişkili Yer Hukuku

Mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun zamanında iş sözleşmelerine yönelik kanunlar ihtilafı kuralları mevcut değildi ve borç ilişkilerine yönelik uyuşmazlıkta diğer objektif bağlama noktalarının tespit edilemediği durumlarda son başvuru objektif bağlama kuralı olan “sözleşmenin en ya-

kın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku” (bkz. mülga madde 24/2) iş sözleşmeleri bakımından da kullanılmaktaydı. Ancak, o tarihlerde gerek karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerden gerekse uygulamada baş gösteren ihtiyaçlardan hareketle, sıkı irtibatlı yer hukukuna dair objektif bağlama kuralının özellikle iş sözleşmeleri açısından ayrı ve özel olarak düzenlenmesi gerekliliği doktrin tarafından dile getirilmiştir⁴⁵. Nitekim, yabancı hukukta daha sıkı ilişkili yer hukuku kuralının iş sözleşmeleri bakımından spesifik şekilde düzenlenme sebebi, işyerinin veya şubenin bulunduğu yerin daima en iyi bağlama kuralı oluşturmayacağı yönünde yasa koyucuda oluşan kabuldür⁴⁶. Kanun koyucumuz da 5718 sayılı MÖHUK sisteminde bu alanda oluşan ihtiyacı göz ardı etmeyerek madde 27/4'de daha sıkı ilişkili yer hukukuna özgü bir düzenlemeye yer vermiştir. Hüküm gereğince, “hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde” sözleşmeye, mutad işyeri hukuku ya da mutad işyerinin tespit edilemediği durumlarda gündeme gelen işverenin esas işyeri hukuku yerine, daha sıkı ilişkili hukuk hükümleri uygulanabilecektir.

Daha sıkı ilişkili yer hukukunun uygulanabilme şartlarından ilki, açık veya örtülü bir hukuk seçiminin taraflarca yapılmamış olması yahut yapılan seçimin geçersizliği hâlidir. Dolayısıyla, taraflarca gerçekleştirilmiş geçerli bir hukuk seçiminin varlığı ihtimalinde MÖHUK m. 27/4 hükümünün tatbik edilmesi mümkün değildir⁴⁷. Üzerinde durulması gereken bir başka koşul, somut olayın tüm hâl ve koşulları değerlendirildikten sonra en yakın ilişki sağlayan hukukun tespit edilerek uygulanması noktasında hâkime tanınmış

42 Türk hukuk doktrininde uluslararası nakliye araçlarında, açık denizlerde, uluslararası montaj işlerinde çalışan personelin, dans ve sirk gibi turne topluluklarının ifa ettikleri işler gereği mutad işyeri bağlantısının ağırlığını kaybedeceği, bu nedenle bu tür iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku olacağı dile getirilmiştir. Bkz. Nomer, s. 336-337; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 280, dn. 411; Tarman, s. 537; hâlbuki doktrinde bir başka görüş, ABAD tarafından belirlenen kıstaslar dâhilinde söz konusu çalışmalar açısından mutad işyerinin tespit edilemediği vakialarda MÖHUK m. 27/3 hükmünü uygulamak yerine sorunun MÖHUK m. 27/2 çerçevesinde çözümlenebileceğini savunmuştur. Bkz. Sariöz Büyükalp, s. 228.

43 İsviçre hukukunda işin yoğunluk merkezi tespit edilemiyorsa, işverenin işletme merkezinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı, bu da mevcut değilse işverenin ikâmetgahı ya da mutad meskeni hukukunun belirleyici olacağı kabul edilmektedir (LDIP m. 121/2).

44 Sariöz Büyükalp, s. 233; Tarman, s. 537; Elçin'e göre, “esas işyeri”, işverenin aynı iş için iş organizasyonu, ücret, çalışma politikası gibi önemli faaliyetleri yürüttüğü işyeridir. Bkz. Elçin, s. 144; Roma I Tüzüğü m. 8/3'de ise “işçinin işe alındığı işyeri” hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Tüzükte tercih edilen bağlama noktasının MÖHUK'taki “esas işyeri hukuku” kavramına nazaran iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişki kuracağı yönündeki eleştiri için bkz. Sariöz Büyükalp, s. 232; Elçin, s. 144.

45 Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s. 89-90.

46 Doğan, 5718 Sayılı Kanun, s. 163.

47 Doğan, s. 85; Tarman, s. 538; Nomer, s. 337; Ercan Akyiğit, “Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşlerinde Türk İşçisi Çalıştırmalarının İş Hukuku ve MÖHUK Açısından Değerlendirilmesi”, Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İntes Yayınları, Ankara, 2017, s. 92; Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 611-612;

olan takdir hakkıdır. Hükmün öngörülme amacı zayıf tarafın korunması olduğundan, işçinin menfaatini gözetmek suretiyle hâkimin takdir yetkisini kullanması beklenmektedir⁴⁸. Diğer bir deyişle, hâkim somut uyuşmazlıkta misal olarak mutad işyeri hukuku mevcut olsa bile işçinin menfaati gerektiriyorsa daha sıkı ilişkili yer hukukunun uygulanmasına karar verebilecektir. Böylece, doktrinde vurgulandığı gibi, bir Türk işçinin çalıştırılmak üzere gönderildiği yabancı ülkedeki hukuk düzeninin (bir başka ifadeyle, mutad işyeri hukukunun) Türk iş hukuku kuralları seviyesinde işçiye koruma sağlayamadığı durumlarda, somut uyuşmazlığın hâl ve şartlarından daha sıkı ilişkili hukukun Türk hukuku olduğu sonucuna ulaşılabiliyorsa, hâkim tarafından işçinin menfaati gereği Türk hukuku uygulanmalıdır⁴⁹.

Hâkim daha sıkı ilişkili yer hukuku açısından somut olaydaki tüm hâl ve koşulları değerlendirirken, iş sözleşmesi taraflarının ortak vatandaşlıkları ya da ortak ikametgâhları, iş sözleşmesinin akdedildiği yer, iş sözleşmesinde kullanılan dil, ücretin ödeneceği para birimi, işverenin iş faaliyetlerinin merkezi, iş sözleşmesinin belirli bir hukuk düzenine özgü temel dikkate alınarak düzenlenmiş olması veya bu hukuk düzeninde uygulanmakta olan bir sözleşmeye atıfta bulunmuş olması gibi unsurları inceleyebilir⁵⁰. Daha sıkı ilişkili yer hukukunun tespitinde, burada örnek verdiğimiz koşullar ve benzerlerinin ağırlıklı olarak bir hukuk düzenine işaret ediyor olması

beklenmektedir⁵¹. Bunun yanında, Avrupa Birliği Adalet Divanı 12.09.2013 tarihli *Schlecker v. Boedeker Kararında* (C-64/12) işçinin çalışması sebebiyle elde ettiği gelir üzerinden vergi ödediği yahut sosyal güvenlik programının/sisteminin kapsamına alındığı ülkenin, ücretin belirlenmesine yönelik etkenlerin ve diğer çalışma koşullarının belirli bir ülkeyle bağlantıyı akla getiren unsurlar arasında özellikle dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁵².

İncelemekte olduğumuz Yargıtay kararında taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olsaydı yahut hukuk seçimi geçersiz kabul edilseydi, hâkimin dikkate alacağı objektif bağlama kurallarından biri mutad işyeri hukuku olarak Umman hukuku olacaktır. Fakat, Umman hukukunun işçiye Türk hukuku ölçüsünde bir koruma sağlama ihtimali düşük olduğundan, mutad işyeri hukukunun uygulanması ile sağlanamayan hakkaniyet, hâkimin daha sıkı ilişkili hukuk olan Türk hukukunu uygulaması suretiyle sağlanabilecekti⁵³.

3. Yabancı Hukukun Uygulanmasını Sınırlayan Hâller

Milletlerarası özel hukuk sisteminde hâkimin önüne gelen uyuşmazlığa yabancı hukuk kuralını uygulamasının önüne geçen hâllerden biri kamu düzeni, bir diğeri ise doğrudan uygulanan kuralardır. Her iki kavramın da incelemekte olduğumuz Yargıtay kararı ile bağlantısı mevcuttur. Bu nedenle, aşağıda ilk olarak bu kavramlar hakkında genel bilgiler verilecek, daha sonra kararımız açısından önem taşıyan yönleri ele alınacaktır.

a. Kamu Düzeni

Zamana göre anlamı ve kapsamı değişkenlik gösterdiğinden, kamu düzeninin hukuki bir kavram olarak kesin şekilde tanımlanması zordur⁵⁴. Keza, iç hukuktaki kamu düzeni kavramının da

48 Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin, Ankara, 2013, s. 377-378; Nomer, s. 337; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 280; Tarman, s. 539; Elçin, s. 147; Sariöz Büyükalp, s. 241.

49 Ansay, s. 25; Nomer, s. 337; Elçin, s. 152; Sariöz Büyükalp, s. 241.

50 Kunda, s. 89; Doğan, s. 87; Elçin, s. 152; Sariöz Büyükalp, s. 238; Ersin Erdoğan, Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, Makaleler, İntes Yayınları, Ankara, 2017, s. 130; "...Sıkı ilişkinin tespitinde tarafların vatandaşlığı, işverenin ikametgâhi, sözleşmenin dili, ücretin ödendiği para, sözleşmenin yapıldığı yer, tarafların ikametgâhi gibi ölçütler dikkate alınabilir.", Yarg. 7. HD., 24.10.2013, 2013/10105 E. – 2013/17312 K., www.kazanci.com.tr, (24.09.2021).

51 Kunda, s. 89-90; Erdoğan, s. 130; Daha sıkı ilişkili yer hukukuna bağlayıcı unsurların tümünün aynı ağırlıkta olmadığı yönündeki görüş için bkz. van Hoek, s. 162.

52 van Hoek, s. 162.

53 Elçin, s. 150.

54 Ekşi, s. 133; Bayata Canyaş, s. 260; Knoepfler/Schwizer/Othenin-Girard, s. 173.

milletlerarası hukuktaki kamu düzeninden ayrıştığı kabul edilmektedir⁵⁵. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesinin uluslararası tahkime yönelik bir kararında yer verdiği üzere, milletlerarası kamu düzeni, uyuşmazlığın belli bir ülkeyle olan bağlantısına bakılmaksızın uygulanması zorunluluk arz eden temel hukuk ilkelerini içermektedir⁵⁶. İş hukuktaki kamu düzeni bakımından ise doktrinde “toplumun ekonomik, sosyal ve siyasal birliğinin sağlanması için konulan kurallar bütünü” şeklinde bir tanımlama yapılmıştır⁵⁷. Bu noktada, milletlerarası kamu düzeninin iç hukuktaki kamu düzeninden kapsam olarak daha kısıtlı olduğu ifade edilirken, aksine bir kabulün yabancı hukukun uygulanmasına devletler tarafından nadiren onay verilmesine ve uluslararası ilişkilerin önemli ölçüde sınırlanmasına neden olacağı vurgulanmaktadır. Dolayısıyla, iç hukukta emredici hukuk kurallarının öngörüldüğü her durumun milletlerarası özel hukuk açısından kamu düzeni müdahalesini doğrudan gerektirmeyeceği bilinmelidir⁵⁸.

MÖHUK m. 5 uyarınca, “yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.” Hükümde geçen “açıkça aykırı olma”

ifadesi, kanun koyucunun yetkili yabancı hukuk üzerindeki kamu düzeni müdahalesinin istisnai hâllerde uygulanması isteğinin bir yansımasıdır⁵⁹. Ayrıca, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık hâli, yabancı hukukun tatbikiyle doğacak sonuçların Türk kamu düzenini kabul edilemez ölçüde ihlal edeceği durumlarda söz konusu olabilecektir. Bu nedendir ki, hâkimin hukukundan içerik olarak ayrılan yabancı hukukun uygulanmasıyla oluşacak basit farklılıklar kamu düzeni müdahalesi için yeterli görülmez⁶⁰.

Hâkimin kamu düzeni müdahalesini gerçekleştirip gerçekleştirilmeyeceğine karar verebilmesi, öncelikle yetkili yabancı hukuktaki ilgili hükmü tespit ederek somut uyuşmazlığa uygulamasını gerektirir. Şayet kuralın uygulanmasının ardından (Türk) kamu düzeni açısından katlanılamaz sonuçların doğacağı anlaşılıyorsa, o vakit yabancı hukukun somut uyuşmazlıkta uygulanmasını önleyici bir mekanizma olan kamu düzeninden yararlanılabilir⁶¹. Kamu düzeninin menfi etkisi⁶² sonucu uygulanması engellenen hükmün yerine hangi hükmün uygulanacağı noktasında yine MÖHUK m. 5 dikkate alınmalıdır. Buna göre, ilk olarak yetkili yabancı hukukta tatbiki mümkün bir başka hüküm olup olmadığı araştırılmalı, bu yönde bir hükme ulaşılamıyorsa, hâkimin hukuku olan Türk hukuku uygulanmalıdır (müspet etki)⁶³. Görüldüğü gibi, yetkili yabancı hukuk hükmünün Türk kamu düzeni açısından doğuracağı sonuçları kontrol etmeden doğrudan somut uyuşmazlığa hâkimin kendi hukuku olan Türk hukukunu uygulaması milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni mekanizmasına yönelik esaslarla bağdaşmaz.

55 Kübra Doğan Yenisey, “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt I, Beta, İstanbul, 2011, s. 66; Ersin Erdoğan/Canan Erdoğan, “Türkiye’den Yurt Dışına Götürelen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:50, 2016, s. 981.

56 Knoepfler/Schwizer/Othenin-Girard, s. 175; Milletlerarası kamu düzeninin uluslararası adalet ilkeleri üzerinden, özü itibarıyla, iç hukuktaki kamu düzeninin çekirdeğini oluşturduğu yönünde bkz. Stefanu Cardi, *Lois de police et ordre public économique*, s. 22, https://www.academia.edu/29097870/Lois_de_police_et_ordre_public_%C3%A9conomique_docx?auto=download&email_work_card=download-paper, (26.09.2020).

57 Ekşi, s. 133; Türk toplumunun temel yapısını ve menfaatlerini koruyan kurallar bütünü yönündeki tanımlama için bkz. Erdoğan/Erdoğan, s. 980; Fransız Danıştayına göre kamu düzeni “düzen, güvenlik, sağlık ve kamu huzuru” kavramları ile nitelendirilebilir. Bkz. Cardi, s. 20; Ayrıca bkz. Bayata Canyaş, s. 260.

58 Doğan Yenisey, s. 66; Erdoğan/Erdoğan, s. 981; Cardi, s. 22.

59 Nomer, s. 158; Erdoğan/Erdoğan, s. 978-979; Knoepfler/Schwizer/Othenin-Girard, s. 173.

60 Knoepfler/Schwizer/Othenin-Girard, s. 173; Nomer, s. 158; Erdoğan/Erdoğan, s. 982.

61 Cardi, s. 15.

62 Yaratacağı katlanılmaz sonuçlar nedeniyle yabancı hukuk hükmünün uygulanmaması anlamına gelmektedir. Bkz. Nomer, s. 163; Erdoğan/Erdoğan, s. 980; Bayata Canyaş, s. 261-262.

63 Nomer, s. 165; Elçin, s. 201; Erdoğan/Erdoğan, s. 980; Bayata Canyaş, s. 262.

Yargı kararlarında yaşanan çelişkiler nedeniyle vurgulamak isteriz ki, kamu düzeni müdahalesi ile birazdan açıklayacağımız doğrudan uygulanan kural kavramı birbirinden farklıdır. Kamu düzeni, iç hukuktaki temel prensiplerle açıkça bağdaşmayan yabancı hukukun uygulanmasına karşı bir nevi kalkan görevi üstlenirken; doğrudan uygulanan kurallar iç hukuk düzenindeki vazgeçilmez hükümlerin somut uyuşmazlığa doğrudan tatbikini sağlayarak kanunlar ihtilafı sürecini uygulama dışı bırakmaktadır⁶⁴.

b. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Milletlerarası özel hukuka özgü bir müdahale mekanizması olan doğrudan uygulanan kurallar, ilgili uyuşmazlıkta taraflarca yapılmış hukuk seçimine bağlı olmaksızın tatbik edilen ve kanunlar ihtilafı kurallarının belirlediği bir objektif bağlama kuralı söz konusu olsa bile onun yerine geçerek uygulanan kurallardır. Nihayetinde, doğrudan uygulanan kuralın tatbiki yalnızca ilgili vakianın bu hüküm kapsamına girip girmediğine bağlıdır⁶⁵. Anlaşılabacağı üzere, ilgili vakianın doğrudan uygulanan kuralın kapsamında yer aldığı durumlarda, yabancılık unsuru taşıması nedeniyle hakkında esasen kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulması gereken bir uyuşmazlık hâkim tarafından başkaca bir inceleme yapılmaksızın doğrudan uygulanan kural aracılığıyla çözüme kavuşturulmaktadır.

Avrupa Birliği Adalet Divanının 23.10.1999 tarihli *Arblade Kararında* (C-396/96 - C-376/9) doğrudan uygulanan kurallar için yaptığı açıklamanın söz konusu kavrama ait birçok unsuru içermesi nedeniyle dikkate değer bir tanım olduğu kanısındayız. Buna göre, doğrudan uygulanan kurallar, bir ülkenin politik, sosyal ve ekonomik organizasyonu gibi kamu menfaatlerinin korunabilmesi için uyulması önem arz eden emredici hükümler olup, uygulama alanına giren

her duruma (ülke sınırları içindeki herkese ve her hukuki ilişkiye) uygulanmaları bir gerekliliktir⁶⁶. Bu itibarla, doğrudan uygulanan kurallar, devletin sahip olduğu ekonomik ve sosyal politikalar çerçevesinde, çoğunlukla kamu çıkarına hizmet etmek üzere konulan ve varlığını özel hukuk alanına müdahale ederek gösteren zorunlu hükümlerdir şeklinde tanımlanabilir⁶⁷.

Yukarıda yer verdiğimiz emredicilik özelliğinden dolayı iç hukukta öngörülen tüm emredici hükümlerin milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kural gibi uygulanabileceği düşünülmemelidir. Gerçekten, doktrinde milletlerarası özel hukuk bakımından emredici kuralların, etkisi iç hukukla sınırlı olan ve olmayan şeklinde sınıflandırıldığı görülmektedir. Böylece, emrediciliği iç hukukla sınırlı olan hükümler yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa uygulanırken kanunlar ihtilafı kurallarının bu yönde tanıyacağı bir yetkiye ihtiyaç duyarken; doğrudan uygulanan kuralların uluslararası alandaki emrediciliği bu yönde yetkilendirilmesine gerek olmaksızın hizmet ettiği menfaatten hareketle gerçekleşmektedir⁶⁸.

66 Söz konusu tanımlamanın Roma I Tüzüğü m. 9/1'deki doğrudan uygulanan kurallar tanımlaması ile uyumlu olduğu yönünde bkz. Cardi, s. 24; van Bochove, s. 148; Yabancı hukukta doğrudan uygulanan kurallar "*lois de police/loi d'application immédiate/overriding mandatory rules*" olarak adlandırılmaktadır; Doğrudan uygulanan kurallar kavramı esasen Fransız hukukçu *Francescakis* tarafından yapılan "*bir ülkenin sosyal, politik veya ekonomik organizasyonunun korunması için uyulması zorunlu kurallar*" şeklindeki tanımlama ile milletlerarası özel hukuk alanına kazandırılmıştır. Emniyet ve asayiş kanunları kavramından doğrudan uygulanan kurallar kavramına doğru gerçekleşen tarihsel gelişim hakkında bilgi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 1-3; Belkis Vural Çelenk, *Application of Third Country Overriding Mandatory Rules - Analytical Comparison of Swiss, Turkish and EU Law*, Schulthess Juristische Medien AG, 2019, s. 7-8.

67 Nomer, s. 182; Hatice Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", 10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, (Ed.) Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 52, (Doğrudan Uygulanan); İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında doğrudan uygulanan kuralların "çoğu kez" sosyal, politik veya ekonomik nitelikteki temel çıkarlara karşılık verdiğini ortaya koymuştur. Bkz. Knoepfler/Schwizer/Othenin-Girard, s. 189.

68 Özdemir Kocasakal, s. 25; Doğan Yenisey, s. 67; Benzer

64 Kunda, s. 91; Tarman, s. 544; Nomer, s. 183-184; Erdoğan/Erdoğan, s. 966.

65 Laura Maria van Bochove, "Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law", *Erasmus Law Review*, 7(3), 2014, s. 148; Erdoğan/Erdoğan, s. 965; Elçin, s. 162.

İç hukuktaki hangi emredici hükmün doğru-
dan uygulanan kural olarak kabul edileceğinin
tespiti zordur. Doğrudan uygulanan kural niteli-
ği kanun koyucu tarafından hükümde açıkça ifa-
de edilebileceği gibi, zımni de olabilir ve sıklıkla
karşılaşılan bu ihtimalde hükmün özünden so-
nuca ulaşılması gerekir⁶⁹. MÖHUK m. 6 uyarınca,
“yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda,
düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından
Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralların-
ın kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.”
O hâlde, bir hükmün doğrudan uygulanan kural
olup olmadığı tespit edilirken ilgili hükmün
düzenleme amacı araştırılmalıdır. Üstün yarar
kriteri gereğince, söz konusu hükmün ülkenin
politik, sosyal ya da ekonomik organizasyonunu
korumayı amaçlaması beklenir. Üstelik, yürür-
lükte olduğu hukuk düzeni açısından bu hükme
uygunluk, hükmün kapsamına giren her türlü
duruma (yabancılaşma unsuru taşıyan ya da taşıma-
sın) uygulanacağı kabul edilecek kadar önemli
görülmalıdır⁷⁰.

Sözünü ettiğimiz adımları takiben doğrudan
uygulanan kural olarak nitelendirilebileceğimiz
bir hükmün ayrıca uygulama alanının da ortaya
konulması zaruridir. Doğrudan uygulanan ku-
rallar iç hukuktaki uygulanması zorunlu maddi
hukuk kurallarından oluştuğu için bu kurallar
esasen yürürlükte oldukları ülke sınırları içinde
uygulanmak üzere kabul edilmişlerdir⁷¹. Doğru-

dan uygulanan kural niteliğine sahip bir hükmün
ülke sınırları dışında gerçekleşen bir hukuki iliş-
kiye de tatbikinin mümkün olması, yasa koyucu
tarafından kanunun amacının bu doğrultuda ön-
görölmüş olmasına bağlıdır⁷².

Doktrinde doğrudan uygulanan kuralların iki
gruba ayrılarak ele alındığı görülmektedir. İlk ne-
sil olarak sınıflandırabileceğimiz doğrudan uyu-
lanan kurallar, rekabetin ve piyasaların diğer bir
deyişle ulusal ekonominin korunmasına yönelik
hükümlerden oluşmaktadır⁷³. Bu kapsamdaki hü-
kümlere; ihracat/ithalat düzenlemeleri, ambar-
go/kota kararları, kambiyo mevzuatı, rekabetin
korunmasına yönelik düzenlemeler örnek olarak
verilebilir. Yine, kamu sağlığı/güvenliği ile kültü-
rel varlıkların korunması, hava ve çevre temizliği
gibi sosyopolitik çıkarları gözetilen kurallara da
bu grupta yer verilmektedir⁷⁴. Bunun yanında,
zamanla doğrudan uygulanan kurallarda işçiler
ve tüketiciler gibi kategorik menfaatlerin korun-
masına odaklanan yeni bir türün ortaya çıkışına
tanık olunmuştur. Sözleşme ilişkisinde zayıf tara-
fın korunmasını amaçlayan bu türdeki hükümler
de uluslararası alanda doğrudan uygulanan
kural olarak kabul edilmesi yönünde güçlü gö-
rüşler mevcuttur⁷⁵. Kanımızca, bazı kişisel men-
faatleri garanti eden hükümler sırf bu gerekçeyle

yönde, Erdoğan/Erdoğan, s. 966.

69 Cardı, s. 15; Ivana Kunda, “Defining Internationally Man-
datory Rules in European Private International Law of
Contracts”, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht,
2007, s. 220, (Mandatory Rules).

70 Kunda, Mandatory Rules, s. 216-217; Özdemir Kocasakal,
Doğrudan Uygulanan, s. 52; Belkıs Vural Çelenk, “Yaban-
cı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan
Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, Yıldırım
Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017/3, s. 289, (Doğrudan Uyu-
lanan Kurallar).

71 Doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanının
genellikle mülkî (ülkesel) olduğu yönünde bkz. Musa
Aygül, “Yabancı Unsurlu İş Hukuku İhtilafları ile İlgili
Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, 10. Yılında
Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında
Kanun, (Ed.) Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tun-
çağıl, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 509; Ülkesellik
esasları hakkında bilgi için bkz. Can Tuncay, “İşe İadede 30

İşçi Ölçütünün Yorumu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:6,
2007, s. 78; Ülkesellik prensibinin geçerli olduğu iş hu-
kukundaki doğrudan uygulanan kural örnekleri için bkz.
Erdoğan/Erdoğan, s. 971-972; Vural Çelenk, Doğrudan
Uygulanan Kurallar, s. 291-293.

72 Fatih Uşan/Musa Aygül, “Türkiye’de Bulunan Şubede Çalı-
şanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşverene
Ait Yurt Dışında Bulunan İşçilerin de Sayıda Dikkate Alın-
ması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi”,
Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,
Sayı:17, 2008, s. 55; Erdoğan/Erdoğan, s.971-972; Vural
Çelenk, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 289; Kanunla-
rın kural olarak yasaladığı ülkede uygulanacağı, aksine
bir uygulama olacaksa bu durumun kanunda açıkça
yer alması gerektiği yönünde bkz. Can Tuncay, “İşe İade
Davasında Yabancı Hukukun Uygulanması”, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/hebb/files/hukukimutalaa-acan-tuncay-1.htm>, (08.10.2021).

73 Cardı, s. 25.

74 Örnekler için bkz. Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uyu-
lanan, s. 53; Vural Çelenk, s. 24, 43, Nomer, s. 183.

75 Cardı, s. 25; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan, s.
53; Kuipers, s. 70; van Hoek, s. 166.

kavram dışında bırakılmamalı, söz konusu hükümün aynı zamanda devlet organizasyonu için vazgeçilemeyen genel bir çıkarı gözettiğine inanılıyorsa doğrudan uygulanan kural kapsamında yerini alacağı kabul edilmelidir⁷⁶.

B. Somut Uyuşmazlık Bakımından Tespitlerimiz ve Sonuç

1. Kamu Düzeni Müdahalesi ve Yargıtay Kararının Yerindeliği

Kamu düzeni hakkında verdiğimiz genel bilgilerden hatırlanacağı üzere, milletlerarası özel hukukta kamu düzeni müdahalesine istisnai hallerde başvurulması beklenir. İş ilişkisinin doğası gereği iş hukukunda öngörülen emredici hükümlerin ve doğrudan uygulanan kuralların fazlalığı yabancı unsurlu iş sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda kamu düzeni müdahalesinin daha da kısıtlı hâllerde gündeme gelmesini gerektirir⁷⁷. Nitekim, yabancı hukuktaki düzenleme ile Türk hukukunun içerik olarak farklılık arz etmesinin kamu düzeni müdahalesi için yeterli olmadığına yönelik genel kabul, yabancı unsurlu iş sözleşmeleri açısından da geçerlidir. Bu nedenle, yetkili yabancı hukukun işçi bakımından daha az lehe olduğu durumlar kamu düzeni müdahalesi için yeterli görülmemeli; yabancı hukukun işçiye hiç koruma öngörmediği yahut öngörülen korumanın adalet duygusunu zedeleyecek kadar düşük seviyede kaldığı durumlarda bu müdahaleye başvurulmalıdır⁷⁸. Doktrinde kamu düzeni

müdahalesini gerektiren hâller açısından; yabancı hukukta işçiler arasında ırk, din, cinsiyet gibi nedenlerle ayırım yapılması, işçiye fesih hakkının tanınmaması, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki makul sayılamayacak çalışma yasakları, tazminat ödenmesine ilişkin hiçbir düzenlemeye yer verilmemesi, aşırı faiz hükümleri, aşırı ihbar süresi, fahiş cezai şart gibi örneklere yer verilmektedir⁷⁹. Sonuç olarak, MÖHUK m. 27 gereği yabancı bir hukuk düzeni uygulanabilir hukuk olarak tespit edildi ise, hâkim bu hukuk düzenindeki hükmü belirleyerek somut olaya uygulamalı ve ardından Türk kamu düzeni ile bağdaşmayacak sonuçların ortaya çıkacağını öngörüyorsa kamu düzeni müdahalesini tatbik ederek yabancı hukukun uygulanmasının önüne geçmelidir.

Yüksek Mahkeme birçok kararında kamu düzeni müdahalesini uygulama şekli nedeniyle eleştirilmektedir. Misal olarak, davacı işçinin davalı işverenin Libya'daki işyerinde çalışması nedeniyle açtığı kıdem tazminatına yönelik davada⁸⁰, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesindeki kıdem tazminatının Türk kamu düzeni ile ilgili olduğunu belirterek Libya hukukunu araştırmadan uyuşmazlığı Türk hukukuna göre çözümlenmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir başka kararında⁸¹, davalının Libya'daki şantiyesinde çalışan davacı işçinin feshin geçersizliğine ve işe iadesine yönelik taleplerinde, iş güvencesi hükümlerinin Türk hukukunda emredici şekilde düzenlenmiş olmasını kamu düzeni müdahalesi ile ilişkilendirmiş, herhangi bir araştırma ve karşılaştırma faaliyeti gerçekleştirilmeden Libya hukukunda iş güvencesine yönelik hükümler var olsa dahi bunların Türk kamu düzenine açıkça aykırı olacağını belirterek farazi bir değerlendir-

76 Kunda, *Mandatory Rules*, s. 222; Örneğin, İsviçre'de iş hukukunda yer alan emredici kuralların, bireysel çıkarlar yanında devlete ait temel çıkarları, ekonomik ya da sosyopolitik menfaatleri koruması hâlinde doğrudan uygulanan kural niteliği kazanacağı belirtilmektedir. Bkz. Guillaume, s. 222.

77 Doğan, s. 132; Tarman, s. 544; Erdoğan/Erdoğan, s. 981-982; Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 615.

78 Özdemir Kocasakal, s. 111; Tarman, s. 545; Senyen Kaplan, s. 79; Erdoğan/Erdoğan, s. 983; Elçin, s. 197; İtalyan bir bankanın New York'taki şubesinde çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin haksız feshine yönelik olayda, İtalyan mahkemesi New York Eyaletindeki iş hukuku düzenlemelerinin mesnetsiz feshlere karşı herhangi bir koruma öngörmemesi nedeniyle İtalyan kamu düzeninin ihlal edildiğine ve bu nedenle Eyalet düzenlemelerinin uygulanamayacağına hükmetmiştir. Bkz. Kunda, s. 91;

Yabancı hukukun Türk hukukuna kıyasla işçiyi daha az koruduğu durumlarda dahi işçinin korunması ilkesi gereği kamu düzeni müdahalesinin tatbik edilebileceği yönündeki görüş için bkz. Ekşi, s. 134, 136.

79 Ekşi, s. 134; Tarman, s. 545; Senyen Kaplan, s. 78-79; Elçin, s. 196-197; Erdoğan/Erdoğan, s. 982; Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 615.

80 Yarg. 9. HD., 06.07.1992, 1992/1621 E. – 1992/7890 K., www.kazanci.com.tr, (27.09.2021).

81 Yarg. 9. HD., 25.10.2010, 2009/31301 E. – 2010/30289 K., karar metni için bkz. Erdoğan/Erdoğan, s. 956-959.

meyle sonuca ulaşmıştır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Türkiye sınırları içindeki bir baraj yapımında çalıştırılan davacı işçinin alacakları nedeniyle yurtdışı bağlantılı işverene karşı açtığı davayı⁸² yabancılik unsuru içermesi nedeniyle MÖHUK m. 27 çerçevesinde incelemeye başlamış, ancak kararın devamında “hukuk sistemimizde, işçi ve işveren arasındaki bu nevi işçilik alacaklarına dair davaların yargılması kamu düzeni ile ilgilidir. Maddi olgulara ve emredici kurallara göre uyuşmazlığın Türk Hukuk mevzuatına göre çözümlenmesi gerekir.” şeklindeki kanaatine yer vermiştir. Yüksek Mahkeme’nin bu bakış açısı, kamu düzeni mekanizmasının işletilmesinde yaşadığı çelişkinin bir göstergesidir. Nitekim doktrinde, kamu düzeni müdahalesinin istisnai olması kuralının göz ardı edildiği, yabancı hukuktaki hükmün doğuracağı sonuçların Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmeyeceği araştırılmaksızın doğrudan Türk hukukunun uygulandığı, kamu düzeni mekanizmasının âdetâ doğrudan uygulanan kurallar gibi işletildiği yönünde Yüksek Mahkeme’ye karşı eleştiriler yöneltilmiştir⁸³.

Son tarihli kararlarda ise, Yargıtay’ın öğretilen eleştirileri dikkate aldığı ve kamu düzeni müdahalesini milletlerarası özel hukuk esaslarıyla bağdaşır şekilde tatbik etmeye çalıştığı görülmektedir. Örneğin, daha önce de sözünü ettiğimiz Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 2019 tarihli kararına⁸⁴ konu olan vakiada, davacı işçi Yunanistan bayrağı taşıyan turistik yabancı bir teknede çalışmış ve iş sözleşmesinin haksız şekilde feshedildiği iddiasıyla yabancı uyruklu işverenden kıdem tazminatı ile diğer işçilik alacaklarını talep etmiştir. Bu uyuşmazlığın çözümü için Yüksek Mahkeme’nin doğrudan kamu düzeni müdahalesine başvurmayarak mutad işyeri hukukunun

veya iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili yer hukukunun mevcut olup olmadığının araştırılması gerektiğine karar vermesi, kamu düzeni müdahalesinin usule uygun tatbiki açısından dikkat çekici bir gelişmedir. Aynı şekilde, inceleme konusu yaptığımız Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 24.11.2020 tarihli kararında da yabancı unsurlu iş sözleşmesinin feshi üzerine gündeme gelen kıdem-ihbar tazminatı, fazla çalışma, hafta tatili ile genel tatil ve yıllık izin alacaklarına ilişkin hükümlerin Türk iş hukuku sisteminde emredici şekilde düzenlenmiş olması kamu düzeni müdahalesini gerçekleştirmek için yeterli görülmemiş, yabancı hukuk (Umman hukuku) ile Türk hukuku arasındaki hüküm farklılıklarının değil; söz konusu farkların somut uyuşmazlıkta yaratacağı sonuçların önem arz ettiği vurgulanmıştır. Karardaki söz konusu değerlendirmelerden, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde kamu düzeni müdahalesinin ne zaman gerekli olduğuna ve nasıl tatbik edileceğine yönelik soruların Yüksek Mahkeme nezdinde açıklık kazandığı sonucuna ulaşılabilir.

2. Kıdem ve İhbar Tazminatı ile Fazla Çalışma, Hafta Tatili, Ulusal Bayram-Genel Tatil ve Yıllık İzin Hakkındaki Türk İş Hukuku Hükümlerinin Doğrudan Uygulanan Kural Niteliği ve Uygulama Alanı

İncelemekte olduğumuz Yargıtay kararına ilişkin olayda, davacı işçi Umman’da davalı işverene ait tesiste konkasör (kıрма-eleme) operatörü olarak çalışırken iş sözleşmesinin işverence feshi üzerine kıdem-ihbar tazminatı, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram - genel tatil ve yıllık izin yönündeki alacaklarını talep etmiştir. Yüksek Mahkeme söz konusu kararında ilk olarak doğrudan uygulanan kuralların ne olduğuna ve nasıl uygulanacağına yönelik teorik bilgiler ile konu hakkındaki doktrin görüşlerine yer vermiştir. Kararda yer alan bu teorik açıklamalar, bizim de çalışmamızda doğrudan uygulanan kuralları incelemeye çalıştığımız başlık altındaki bilgilerle örtüşmektedir. Anılan bilgilerin yerinde; ancak

82 Yarg. 22. HD., 28.09.2015, 2015/16473 E. – 2015/25517 K., www.kazanci.com.tr, (27.09.2021).

83 Doğan, s. 133; Tarman, s. 545-546; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan, s. 68; Elçin, s. 204-205; Bayata Canyaş, s. 265-266; Erdoğan/Erdoğan, s. 982-983; Gümrukçuoğlu/Gemici Filiz, s. 616; Şahin, s. 100-101.

84 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 18.09.2019 tarihli 2016/9339 E. - 2019/16564 K. sayılı kararı için bkz. yuk dn. 32.

bazı yönlerden eksik olduğu kanaatindeyiz. Zira, kararda yalnızca “doğrudan uygulanan kuralların taraflardan ziyade, devlet organizasyonunun sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini gerçekleştirmeyi amaçladığı” şeklindeki açıklamaya yer verilmesi, sözleşmeden doğan ilişkilerde zayıf tarafın korunmasına yönelik müdahaleci-koruyucu (interventionist-protective) nitelikteki doğrudan uygulanan kuralların Yüksek Mahkeme tarafından göz ardı edildiği izlenimini uyandırmaktadır. Kaldı ki, kararın devamında sözleşmenin sona ermesi nedeniyle işçinin hak kazanacağı tazminatlar, fazla çalışma ve yıllık izin alacaklarının MÖHUK m. 27 gereğince tespit edileceği belirtilmekle yetinilmiş, bu alacak kalemlerini düzenleyen hükümlerin hangi gerekçeyle doğrudan uygulanan kural olarak vasıflandırılmadığına yer verilmemiştir. Aynı şekilde, kararda hafta tatili ile ulusal bayram - genel tatili düzenleyen hükümlerin diğer alacakları düzenleyen kurallardan ayrılarak doğrudan uygulanan kural kapsamına dâhil edilmesinin sebepleri de açıklanmamıştır.

Yukarıda doğrudan uygulanan kuralları izah ederken, bu kuralları iki gruba ayırarak incelemiş ve yeni nesil olarak adlandırabileceğimiz zayıf tarafın korunmasına yönelik iç hukuktaki kuralların da yabancılaşma unsuru içeren ilişkilerde doğrudan uygulanan kural olarak tatbik edilebileceği yönündeki görüşlerin haklılığına yer vermiştik. Gerçekten, işçi ve tüketici gibi belirli gruplara ait menfaatlerin ulusal ekonominin düzgün işleyişinde önemli etkenlerden biri olduğu düşünülmürse, bu grupları himaye eden kuralların tıpkı ilk nesil doğrudan uygulanan kurallar gibi ülke ekonomisinin korunmasına iştirak ettikleri anlaşılacaktır⁸⁵. Misal olarak, tüketicinin korunma-

sı ilk bakışta sadece özel bir menfaat meselesi gibi görülebilir. Ne var ki, tüketicinin korunması genel anlamda pazarın korunmasına da katkı sağladığından, bu tür düzenlemelerin doğrudan uygulanan kuralın olmazsa olmaz unsuru olan devlet organizasyonuna karşılık verdiği kabul edilebilir. Yine, iç hukuktaki örneğin haftalık çalışma süresinin düzenlenmesine yönelik bir hükmün işçiyi korumayı amaçlarken nihayetinde bir bütün olarak toplumu ilgilendirdiği göz ardı edilmemelidir⁸⁶. Sonuç olarak, zayıf tarafın bu durumundan yararlanılarak suiistimal edilmesi aynı zamanda sivil topluma yönelmiş bir tehdit olarak görülebileceğinden, iç hukukta zayıf tarafı himaye eden bu tür kuralların doğrudan uygulanan kural olarak uygulanmasının bizatihi kamu yararını oluşturacağı kabul edilmelidir⁸⁷.

Devletin kendi hukuk düzeni içinde zayıf tarafı koruyan hükümleri sosyal ve ekonomik düzeninin temel ilkeleri olarak tayin ettiği ölçüde bu hükümlere doğrudan uygulanan kural niteliği kazandırdığı söylenebilir⁸⁸. Somut uyuşmazlığımızda davacı işçinin alacak kalemlerini düzenleyen Türk iş hukuku hükümlerinin de bu bağlamda değerlendirilmesi gereklidir. Milletlerarası özel hukuk doktrininde genel olarak dile getirilen görüş, iş hukukumuzdaki hükümlerin doğrudan uygulanan kural olup olmadığı sorgulanırken ilgili hükmün mutlak emredici ya da nisbi emredici özelliğine göre karar verilmesi, bunun yerine hükmün getiriliş amacının/ düzenleme politikasının dikkate alınması yönün-

Bu yönde bilgi için bkz. Kuipers, s. 143, 145; van Bochove, s. 149-150; van Hoek, s. 166; Vural Çelenk, s. 5.

86 Cardi, s. 48-49.

87 van Bochove, s. 150; Avrupa Birliği Adalet Divanı, 23.10.1999 tarihli Arblade Kararı (C-396/96 - C-376/9) ile 10.12.2007 tarihli Viking Kararında (C-438/05) çalışanların korunmasının hizmetlerin serbest dolaşımı ile işletme kurma özgürlüğü önündeki engelleri haklılaştıran üstün bir kamu menfaati olarak görülebileceğini ortaya koymuştur. Bkz. van Hoek, s. 166, dn. 84; Avrupa Birliği doktrininde Bonomi de Avrupa Birliği Adalet Divanına ait Ingmar Kararı ile Mostaza Claro Kararına dayanmak suretiyle zayıf tarafın korunmasının aynı zamanda kayda değer bir kamu yararı oluşturabileceğini savunmuştur. Bkz. Vural Çelenk, s. 55.

88 Kuipers, s. 70.

85 Cardi, s. 25; Buna karşılık, Alman hukuk doktrininde Roma Tüzüğü'nün ikinci nesil doğrudan uygulanan kuralları kapsamına almadığı, bağlama noktalarının düzeltilmesi suretiyle zayıf taraf olarak adlandırılan tüketicilerin ve işçilerin Tüzüğü'nün diğer hükümlerinde zaten bulunduğu, bir hükmün ya devletin çıkarlarını ya da bireysel çıkarları koruyacağı ancak her ikisini birden koruyamayacağı ileri sürülmüştür. Keza, Alman Federal Adalet Mahkemesi 2005 tarihli bir kararında kamu yararının bireysel çıkarların korunmasına yardımcı değil, başlı başına bir amaç olması gerektiğine hükmetmiştir.

dedir⁸⁹. Kanımızca, yasa koyucu tarafından bir iş hukuku kuralına mutlak/nisbi emredici özellik tanınması o hükmün amacını tespit ederken başlı başına bir ipucu teşkil eder. Bu nedenle, Türk iş hukukundaki hükümlere yasa koyucu tarafından kazandırılmış mutlak/nisbi emredicilik özelliğinin bu değerlendirmede tamamen dışlanması mümkün değildir.

Hukukumuzda işçiyi koruyucu hükümler sözleşme ilişkisinin zayıf tarafı olan belirli bir işçiyi değil, bu işçinin içinde yer aldığı ve özel himaye gerektiren belirli bir grubu korumayı hedefler⁹⁰. Ayrıca, söz konusu hükümler işçi kesimi yanında, işveren kesimini ve taraflar arasındaki çalışma barışını koruma amacıyla öngörüldüklerinden, devletin ekonomik ve sosyal düzeni üzerindeki etkileri tartışılmazdır⁹¹. Bu nedenle, örneğin nisbi emredici bir iş hukuku hükmünün “yalnızca işçilerin menfaatlerini koruyor olması” ileri sürülerek otomatik biçimde doğrudan uygulanan kuralların dışında bırakılmasının haklı bir gerekçesi yoktur. Kararımızda talep edilen alacaklar üzerinden devam edecek olursak, örneğin, kıdem tazminatı öğretimizde de işaret edildiği üzere, çalışma hayatına yön veren esaslı unsurlardan biridir ve bu konuda yapılacak değişikliklerin işçi kesiminin göz ardı edilemez tepkisine neden olabileceği⁹² yaşanan tecrübelerle sabittir. İşçilerin kıdem tazminatı vasıtasıyla elde ettiği menfaat sosyal barışı ve sonunda toplumsal menfaati sağlamaya yönelik olduğundan, Türk iş hukukundaki kıdem tazminatına yönelik hüküm (1475 sayılı İş Kanunu m. 14) kanaatimizce doğrudan uygulanan kural niteliği taşımaktadır⁹³.

İhbar tazminatının doğrudan uygulanan kural olup olmadığı sorgulanırken de ilk olarak ihbar önellerinin hukukumuzda öngörülme nedenleri üzerinde durulmalıdır. İş ilişkisinde süreli fesih hakkının beklenmedik şekilde kullanımından karşı tarafın zarar görmesinin engellenmesi için hukukumuzda bazı çareler düşünülmüştür. İş hukukumuzda süreli fesih hakkının bir süreye uyularak kullanılmasını sağlayan ihbar öneli, süreli fesih hakkına getirilen en eski kısıtlama olarak gösterilmektedir. Hakikaten, ihbar öneline uygun hareket edilmesi iş sözleşmesi taraflarının menfaatlerini dengelemekte, taraflara yeni iş/yeni işçi bulma fırsatı sağlamak üzere belirli bir süre tanımaktadır⁹⁴. Kanunda öngörülen ihbar öneline uyulmaksızın fesih hakkının kullanılmasının yaptırımını ise ihbar tazminatıdır. Anlaşılacağı üzere, ihbar önelleri ve ihbar tazminatı yalnızca işçi tarafının değil, işveren kesiminin de menfaatlerine hizmet eder. Şu hâlde, iş hukukumuzda ihbar tazminatını düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu m. 17 hükmünün doğrudan uygulanan kural olduğu sonucuna ulaşılabilir⁹⁵.

Milletlerarası özel hukukta azami çalışma sürelerinin doğrudan uygulanan kural niteliği öğretideki pek çok yazar tarafından dile getirilmiş⁹⁶, buna karşılık fazla çalışmaya yönelik hükümlerin de bu kapsamda kabul edilebileceğine yönelik bir görüşe tarafımızca rastlanılmamıştır. Hâlbuki, 4857 sayılı İş Kanunu’nda fazla çalışmayı düzenleyen m. 41 hükmü ile haftalık çalışma sürelerini düzenleyen m. 63 hükmü birlikte ele alındığında, farklı bir sonuca ulaşılabilir. Doktrinde *Alp* tarafından belirtildiği gibi, yasa koyucunun İK m. 41 ve m. 63 hükmünü öngörme sebebi, fazla çalışmayı işveren açısından daha pahalı kılarak istisnai hâlde getirmek ve normal çalışma süresinin el verdiği ölçüde aşılmasını sağlayarak işçi sağlı-

89 Elçin, s. 175; Erdoğan/Erdoğan, s. 969; Aygül, s. 508.

90 Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan, s. 54.

91 Tankut Centel, “Türk İşverenin Yabancı Ülkedeki İşyerinde Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı – Uygulanacak Hukuk – Kamu Düzeni”, İş Hukuku Dergisi, Cilt II, Sayı:4, Ekim-Aralık 1992, s. 605, (Uygulanacak Hukuk); Sarper Süzek, İş Hukuku, 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2012, s. 345.

92 Centel, Uygulanacak Hukuk, s. 606.

93 Kıdem tazminatının doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan, s. 55; Bayata Canyaş, s. 265, dn. 828; Şahin, s. 87; Aksi yönde bkz. Akyiğit, s. 99; Tarman, s. 541; Elçin, s. 205; Erdoğan/Erdoğan, s. 970.

94 İhbar öneline işlevleri hakkında bilgi için bkz. Süzek, s. 525, 527-528; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Asırlı, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 794.

95 Aynı yönde bkz. Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan, s. 55; Aygül, s. 510-511.

96 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 281; Elçin, s. 168; Aygül, s. 511; Vural Çelenk, s. 51.

ğini korumaktır⁹⁷. Fazla çalışmaya ilişkin iş hukuku hükümlerinin işçi sağlığını gözetmeye yönelik dolaylı katkıları nedeniyle doğrudan uygulanan kural kapsamında görülmesi mümkündür. İş hukukundaki hafta tatili, ulusal bayram - genel tatil ve yıllık izne yönelik hükümler bakımından da benzer bir değerlendirme yapılabilir. Çünkü, bu hükümler Anayasa m. 50'deki dinlenme hakkının çalışma yaşamında düzenlenmesini hedeflediklerinden ve işçi sağlığını temin etmeye yönelik olduklarından, doğrudan uygulanan kural nitelikleri belirgindir⁹⁸. Bu itibarla, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin söz konusu kararında hafta tatili ile ulusal bayram-genel tatili düzenleyen hükümler dışındaki diğer alacak taleplerine ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanan kural teşkil etmediği yönündeki değerlendirmesine katılmamız mümkün değildir.

İncelemekte olduğumuz karardaki alacak taleplerini düzenleyen hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliği bu şekilde ortaya konulduktan sonra, MÖHUK m. 6'nın uygulanabilmesi için yasa koyucunun aradığı bir diğer koşul olan hükümlerin uygulama alanının da irdelenmesi gereklidir. Daha önce ifade edildiği üzere, kanunların uygulama alanı bakımından ülkesellik ilkesi ön plandadır ve bu nedenle kanunlar hüküm ve sonuçlarını düzenledikleri ülke sınırları içinde doğururlar. Bir hükmün ülke sınırları dışında da uygulanabilmesi, yasa koyucu tarafından hükmün amacının bu yönde belirlenmiş olmasına bağlıdır. Doğrudan uygulanan kural olarak yukarıda tespit ettiğimiz iş hukuku hükümleri incelendiğinde yasa koyucunun sınır ötesi bir uygulamayı amaçladığı söylenemez. Milletlerarası özel hukuk doktrini tarafından da iş hukukundaki kıdem-ihbar tazminatı, fazla çalışma ve dinlenme süreleri gibi "*işçiyi koruma amacıyla konulmuş olan doğrudan uygulanan kuralların, Türkiye'de açılan tüm iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalarda değil; işyerinin Türkiye'de bulunduğu iş*

sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulacağı" açıkça ifade edilmiştir⁹⁹. İş Kanunumuzda yer alan ve milletlerarası özel hukuk açısından doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan hükümler, *işyerinin Türkiye'de olması/işin Türkiye'de ifa edilmesi koşuluyla* işçi yahut işveren tarafın yabancı olması nedeniyle yabancılık unsuru kazanan iş sözleşmelerinde dahi (hukuk seçimine ya da objektif bağlama noktalarına bakılmaksızın) uyulması zorunlu kurallardır¹⁰⁰.

Belçika ve Fransız hukukunda da çalışma yaşamının korunmasına yönelik zorunlu kuralların büyük bir çoğunluğu doğrudan uygulanan kural olarak ülke sınırları içinde ifa edilen işlere uygulanmaktadır¹⁰¹. Örneğin, çalışma konseyleri hakkındaki kurallar Fransa'da işveren yükümlülüklerine sahip her gerçek ya da tüzel kişiyi bağlar. Fransız Danıştayına göre, işverenin genel merkezinin yurtdışında olması ve yabancı ülke kanunlarına göre yönetilmesi çalışma konseyine ilişkin hükümleri uygulamaktan işvereni muaf tutmaz¹⁰². Ekonomik nedenlerle iş sözleşmesinin feshinin incelendiği bir kararda, Fransız hukukundaki hükümlerin yabancı bir şirketin (Air Afrique) Fransa'da çalışan personeline de uygulanacağına ve ilgili personel somut uyuşmazlıkta işletme komitesinin üyesi olduğundan Fransız İş Kodunda bu tür fesihlere karşı öngörülen özel korumadan davacı işçinin yararlandırılması gerektiğine karar verilmiştir¹⁰³. Yine, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun (LDIP) m. 18'den hareketle, işyeri İsviçre'de olduğunda, LDIP gereğince tayin edilen hukuk yabancı bir hukuk düzeni olsa bile, iş hukuktaki iş hukukuna ilişkin doğrudan uygu-

97 Mustafa Alp, "Fazla Çalışmaları Ücrete Dahil Eden Sözleşme Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi", Çalışma ve Toplum, Sayı:68, 2021, s. 28-29.

98 Aynı yönde, Erdoğan/Erdoğan, s. 971; Aygül, s. 511.

99 Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan, s. 57, s. 69, dn. 60; Aygül'e göre, ihbar tazminatı, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil hükümleri doğrudan uygulanan kural kapsamında Türkiye'de ifa edilen sözleşmeler için uygulanabilir. Bkz. Aygül, s. 510-511; Dinlenme süreleri ile ücretleri hakkındaki benzer değerlendirmeler için bkz. Erdoğan/Erdoğan, s. 972; Vural Çelenk, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 293.

100 Aynı yönde bkz. Doğan Yenisey, s. 67.

101 van Hoek, s. 166; Kuipers, s. 131.

102 Auzero/Baugard/Dockès, s. 1294-1295; Cardi, s. 50.

103 Changy, s. 210, dn. 35; Özdemir Kocasakal, s. 109, dn. 62.

lanan kuralların somut vakiada zorunlu olarak uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁰⁴.

İncelediğimiz karardaki alacak talepleri doğrudan uygulanan kural niteliğindeki hükümlerle mevzuatımızda düzenlenmektedir. Ancak, ilgili hükümlerin uygulama alanları Türkiye ile sınırlı olduğundan mutad işyeri Umman olan işbu uyuşmazlığa tatbik edilmeleri mümkün değildir. Uygulama alanı nedeniyle doğrudan uygulanan kuralların tatbik imkânının olmadığı durumlarda uyuşmazlık konusu (olayımızda talep edilen tüm alacakların akıbeti) MÖHUK m. 27'ye göre tespit edilecek hukuk çerçevesinde çözümleneceğinden, mevcut kararımızda hukuk seçiminin geçerliliği meselesi ayrı bir önem kazanmıştır.

3. Tip İş Sözleşmesi Niteliği Taşıyan Yurtdışı Hizmet Sözleşmesindeki Hukuk Seçiminin Geçerliliği Sorunu

Genel işlem koşulu kavramı, sözleşme taraflarından birinin, önceden, tek yanlı olarak hazırladığı ve değiştirilmeden kabul edilmesi amacıyla sözleşmenin diğer tarafına sunduğu sözleşme şartları olup, bu tür koşullar ileride kurulacak sözleşmelerde de kullanılma niyetiyle düzenlenir¹⁰⁵. Genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü, genel iş koşulları olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁶. İş hukuku uygulamasında genel iş koşullarının tip iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler, işyeri uygulamaları ve işverenin genel vaatleri gibi farklı türleri mevcuttur¹⁰⁷. Genel iş koşulu-

nun varlığından bahsedilebilmesi için bazı özelliklerin bir arada bulunması gerekir. Genel işlem koşuluna yönelik olarak Türk Borçlar Kanunu m. 20/1'de "...bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri" şeklinde yapılan tanımlama bu açıdan yol göstericidir. Hükümdeki açıklama ile doktrin görüşlerini toparlayacak olursak, genel iş koşulu bakımından; sözleşme kurulmadan önce ve tek taraflı belirlenmiş olma, genel ve soyut nitelik taşıma, ileride çok sayıda sözleşmede kullanılma amacının varlığı, müzakere imkânı tanımaksızın/genel iş koşulunun içeriğine etki etme olanağı vermeksizin sözleşmenin karşı tarafına sunma olarak özetleyebileceğimiz şartların varlığı aranmaktadır¹⁰⁸.

Somut uyuşmazlığın dayalı olduğu iş sözleşmesi, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen yurtdışı hizmet sözleşmesindeki hükümler doğrultusunda hazırlanmıştır. Yukarıda açıklandığı üzere, Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği m. 8'de yurtdışında çalıştırmak üzere işçi götürmek isteyen işverenlere örneği Kurumca hazırlanan iş sözleşmesini işçilere imzalatma ve sonrasında onaylaması için Kuruma sunma zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla, mevcut vakiadaki yurtdışı hizmet sözleşmesi, Türkiye İş Kurumunun önceden ve tek taraflı olarak birden çok hukuki ilişkide kullanılmak üzere hazırladığı, içeriğine müdahale edebilme imkânının tanınmadığı ve bu şekliyle imzalaması için işçiye sunulan bir iş sözleşmesidir. Genel iş koşullarının yukarıda saydığımız tüm unsurları burada var olduğundan, işbu yurtdışı hizmet sözleşmesinin aynı zamanda tip iş sözleşmesi niteliği taşıdığı sonucuna ulaşılmalıdır. Bu bağlamda, sözleşme koşullarının işveren tarafından hazırlanmamış olmasının yurtdışı hizmet sözleşmesini tip iş sözleşmesi olmaktan çıkaracağı ihtimali üzerinde

104 Guillaume, s. 222.

105 Şükran Ertürk, "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi", Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel Sayı, 2013, s. 82; Gaye Baycık, "Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk", Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İntes Yayınları, Ankara, 2017, s. 104; Orhan Ersun Civan, Genel İş Koşulları, Beta, İstanbul, 2015, s. 16.

106 Polat Soyer, Genel İş Koşulları, Özgün Matbaacılık, 1987, s. 26-27; Sarper Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:24, 2011, s. 5, (Genel İş Koşulları); Ertürk, s. 81; Civan, s. 47.

107 Ayrıntılı bilgi için bkz. Civan, s. 59 vd.; Yazılı bir kaynağa dayanmamaları ve her zaman işçi lehine olmaları nede-

niyle işyeri uygulamaları hakkında TBK m. 20-25 hükümlerinin uygulanamayacağı yönünde bkz. Gaye Burcu Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin, Ankara, 2014, s. 23.

108 Baycık, s. 104-106; Civan, s. 49-59.

de durulmalıdır. Nitekim, doktrinde bu olasılığın öngörüldüğü ve TBK m. 20'de geçen "düzenleyen" ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği ifade edilerek üçüncü kişi ya da kurum tarafından hazırlanan sözleşmelerin kullanıldığı durumlarda da tip iş sözleşmelerinin mevcudiyetinin kabul edildiği görülmektedir¹⁰⁹.

Somut uyuşmazlıktaki sözleşmenin tip iş sözleşmesi niteliği Yargıtay kararında hiçbir şekilde tartışılmamıştır. Hâlbuki, iş sözleşmesinin hukuk seçimine yönelik 16. maddesi de bir genel iş koşulu olup, geçersizliği ileride açıklanacağı gibi yabancı unsurlu bu iş sözleşmesine uygulanacak hukukun değişmesine neden olacak niteliktedir. O hâlde, genel işlem koşullarının geçerliliği bakımından öngörülen denetim aşamaları somut uyuşmazlığımız bakımından da önem arz eder. Konumuz yabancı unsurlu iş sözleşmesine uygulanacak hukuk olduğundan, denetim basamaklarını hukuk seçiminin gerçekleştirildiği 16. madde ile sınırlandırmak suretiyle inceleyeceğiz. Bu doğrultuda ilk olarak yürürlük denetimini ele almak gerekirse, yürürlük denetimi; genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dâhil olup olmadığını tespit edebilmek üzere başvuru denetim metodudur. Böylece, işçiye ait kabul beyanının sözleşmedeki genel iş koşullarını kapsayıp kapsamadığı açıklığa kavuşturulmaya çalışılır¹¹⁰. TBK m. 21 uyarınca, bir genel iş koşulunun sözleşmenin içeriğine dâhil olması, *sözleşmenin yapılması sırasında işverenin işçiye, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve işçinin bu koşulları kabul etmesine bağlıdır*. Bu bağlamda, genel iş koşulunun sözleşmeye dâhil olabilmesi için işçi tarafından içeriği hakkında gerçekten

bilgi edinilmiş olmasının şart olmadığı, en geç sözleşme kurulurken işverenin bilgi edinilmesini sağlamak üzere kendi üzerine düşeni yapmış olmasının (*genel işlem koşullarının kullanıldığı hususunda uyarıda bulunması ile işçiye genel iş koşullarını içeren belgeyi inceleme olanağı sunmasının*) yeterli olacağı ifade edilmektedir¹¹¹. Bunun ardından, işçi sözleşmenin tarafı olmaya karar veriyse sözleşme koşullarını kabul ettiğini tam (bilinçli) kabul, örtülü kabul ya da global kabul gibi farklı şekillerde beyan edebilir¹¹².

İş sözleşmesinin imzalanmasından önce sözleşme metni işçiyle paylaşılmamış olsa dahi, yurtdışı hizmet sözleşmesi adı altındaki örnek metnin Türkiye İş Kurumunun internet sayfasında yayınlıyor olmasının işçiye genel iş koşulunu içerir sözleşmeyi okuma fırsatı sağladığı, işçinin global kabulüyle¹¹³ hukuk seçimine yönelik genel iş koşulunun yürürlük denetiminden geçerek bağlayıcılık kazanabileceği bir an için düşünülebilir¹¹⁴. Ancak, bu varsayım daha çok günlük hayatta kitlesel olarak fazla sayıda yapılan sözleşmeler (söz gelimi, kuru temizlemeciler, vestiyer ya da garaj sahipleriyle yapılan ve sorumsuzluk kayıtlarına yer verilen sözleşmeler) bakımından dikkate alınmalıdır. Çünkü, genel işlem koşullarını içeren matbu metnin bu tür sözleşmelerin her bir kuruluşunda karşı tarafa verilmesinin ticari hayata uygun olmaması ve bu nedenle çözümün, genel işlem koşullarının kolayca görülebilecek yerlerde ilan edilerek karşı tarafa içeriği öğrenme imkânı sağlanmasında bulunması makul görülebilir¹¹⁵. Ne var ki, sözleşme metninin Kurumun sayfasında ilan edilmesi, sözleşme kurulmadan önce ya da en geç sözleşme kurulurken işverenin genel iş koşulları hakkında bilgi edinilmesini sağlamak

109 Baycık, s. 105; Bir meslek kuruluşunun önceden hazırladığı genel işlem koşullarını içerir metnin kullanılmasının yahut genel işlem koşullarının kamusal bir makam tarafından onaylanmasının genel işlem koşulunun oluşmasını engellemeyeceği yönünde bkz. Civan, s. 24, Yıldız, s. 22; *Süzek* de işveren tarafından tip iş sözleşmesinin içeriğinin hazırlanmasını zorunlu görmemekte, örneğin bir sendikanın hazırladığı metnin kullanılması hâlinde de "önceden hazırlanma" koşulunun gerçekleşeceğini belirtmektedir. Bkz. *Süzek*, s. 65.

110 Civan, s. 164; Baycık, s. 108.

111 Soyer, s. 78, 80; Civan, s. 168-172; Baycık, s. 109.

112 Civan, s. 176-179; Baycık, s. 108-109.

113 Global kabul, muhatabın ilgili koşula geçerlik tanıma konusunda bir irade beyanında bulunmakla birlikte, bu koşulun içeriği ve kapsamı hakkında bir değerlendirilme bulunmamış olması anlamına gelir. Doktrinde global kabul aracılığıyla da genel iş koşullarını içeren sözleşmenin kurulmuş sayılacağı ifade edilmektedir. Bkz. Soyer, s. 81; Civan, s. 178-179; Baycık, s. 108-109.

114 Baycık, s. 109-110.

115 Civan, s. 170.

üzere kendi üzerine düşeni yapmış gibi kabul edilebilmesi bakımından kâfi değildir. Doktrinde de genel iş koşullarının işyerinde asılmasının veya ilgili metnin işyerinden temin edilebileceğinin belirtilmiş olmasının, genel iş koşullarını işçinin bilgisine sunma yükümlülüğü açısından yeterli gelmeyeceği ifade edilmiştir¹¹⁶. Ayrıca, işçinin global kabulüyle genel iş koşulunun bağlayıcılık kazanacağına kabul edilmesi de somut olayda genel iş koşuluna açıkça işaret edilmiş olmasına ve bu koşulun içeriğini öğrenme imkânın işçiye sağlanmış olmasına bağlıdır¹¹⁷. Bu sebeple, somut olayımızdaki hukuk seçimine yönelik genel iş koşulunun bağlayıcılığı bakımından burada açıkladığımız şartların sağlanıp sağlanmadığı araştırılmalı ve aksi bir durumda hukuk seçimine yönelik hükmün yürürlük denetiminden geçmediği/bağlayıcılık kazanmadığı sonucuna ulaşılmalıdır¹¹⁸.

Yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dâhil olan genel iş koşulu açısından gündeme gelecek diğer bir denetim, içerik denetimi olmaktadır. (Dar anlamda) içerik denetimi, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkide bulunması gereken menfaat dengesini önemli ölçüde ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde sözleşmenin bir tarafı aleyhine bozan genel işlem koşullarının tespitine yöneliktir (bkz. TBK m. 25)¹¹⁹. Bu bağlamda, ilk olarak genel iş koşulu olan hükme sözleşmede yer verilmeseydi işçinin hukuki durumunun ne olabileceği varsayımsal olarak tespit edilmeye çalışılır. Söz konusu hükmün işçinin aleyhine olduğu/durumunu ağırlaştırdığı sonucuna ulaşıyorsa, bu kez oluşan dengesizliğin ölçülülük ilkesinden hareketle (elverişlilik/gereklilik/orantılılık kriterleri çerçevesinde) aşırı ölçüde olup olmadığı araştırılır. Son olarak, dü-

rüstlük kuralına aykırılığın oluşup oluşmadığı belirlenirken yasal düzenlemenin temel düşüncesiyle bağdaşmama kıstası, sözleşme amacının gerçekleşmesinin tehlikeye düşmesi kıstası ya da şeffaflık ilkesi somut olay bakımından dikkate alınabilir¹²⁰.

Mevcut uyuşmazlıktaki hukuk seçimine yönelik genel iş koşulu da içerik denetimi bakımından tartışmaya açıktır. Başlangıç noktası olarak, hukuk seçimine ilişkin genel iş koşuluna sözleşmede yer verilmeseydi, işçinin hukuki durumunun ne olacağından hareketle, tarafların menfaat durumunun karşılaştırılması gerekir¹²¹. Hatırlanacağı gibi, hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda, MÖHUK m. 27/4 gereğince mutad işyeri hukukuna nazaran varlığı tespit edilen daha sıkı ilişkili hukuk işçinin menfaatine daha çok hizmet ediyorsa hâkimin takdiriyle bu hukuk düzenindeki kurallar uygulanır. Keza, milletlerarası özel hukuk doktrininde iş hukuku uyuşmazlıkları bakımından “daha sıkı ilişkili hukukun” Türk hukuku olabileceği de ifade edilmektedir. Örneğin, (çalışmamızda daha önce yer verdiğimiz) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 06.07.1992 tarihli ve davacı işçinin Libya’daki çalışması nedeniyle kıdem tazminatı talebi hakkındaki kararına yönelik öğretide *Doğan*’ın yaptığı değerlendirmede, tarafların Türk vatandaşı olması, davanın Türk mahkemesi nezdinde açılmış olması, sözleşme dilinin büyük ihtimalle Türkçe olması, işçiyi işe alan işveren merkezinin Türkiye olması nedeniyle sıkı ilişkili yer hukuku olan Türk hukukunun tatbiki suretiyle somut uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiği ifade edilmiştir¹²². Hatta, Yüksek Mahkeme

120 Ayrıntılı bilgi için bkz. Civan, s. 249 vd.; Baycık, s. 111-112.

121 Civan, s. 249.

122 Doğan, s. 90; Benzer şekilde, *Erdoğan/Erdoğan* da Yüksek Mahkeme’nin farklı tarihlerde verdiği kararlarında kullandığı ve sıklıkla doktrinde eleştirilen “organik bağ”ın tespitinde yararlanılan kıstasları “daha sıkı ilişkili hukuk” açısından değerlendirmiş ve işçinin Türk vatandaşı olması, yurtdışında görülen işin davalı işverenin yönetim kurulu üyesi tarafından yürütülmesi, ücretin ifa yeri, işverenler arasındaki bağlı ortaklık ilişkisi, işçinin Türkiye’deki işveren tarafından yurtdışına götürülmesi gibi unsurların iş sözleşmesi ile Türkiye arasındaki sıkı

116 Soyer, s. 78-79; Süzek, Genel İş Koşulları, s. 7; Civan, s. 171.

117 Bu yönde bkz. Civan, s. 179.

118 Benzer yönde bkz. Bektaş Kar, Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İkinci Oturum – Soru Cevap Bölümü, İntes Yayınları, Ankara, 2017, s. 57.

119 Süzek, s. 8; Ertürk, s. 100; Baycık, s. 111; Civan, s. 211-212.

bile incelemekte olduğumuz kararda daha sıkı ilişkili hukukun tespiti yönünde “işçinin sosyal çevresinin Türkiye’de bulunması, Türkiye’nin sosyal güvence sistemi içinde yer alması, ücretinin Türkiye’de ve Türk Lirası üzerinden ödenmesi, işverenin Türk olması, iş sözleşmesinin Türk hukukuna özgü kurumlar gözetilerek düzenlenmesi, Türk hukukuna tâbi daha önceki bir iş sözleşmesine gönderme yapılması, iş sözleşmesinin Türkçe kalemeye alınması gibi” kıstaslara yer vermiş, bu ve benzeri kıstasların önemli bir bölümünün varlığı ihtimalinde iş sözleşmesinin Türk hukuku ile sıkı ilişkili olduğu görüşünü vurgulamıştır. Karardan anlaşılabilen hususlar üzerinden yorum yapmak gerekirse, işçi ve işverenin Türk tâbiyetinde olması, sözleşmenin dilinin Türkçe olması, sözleşmenin Türkiye’de akdedilmesi ve resmi bir kurum olan Türkiye İş Kurumu tarafından onaylanması yönündeki kıstaslar dahi işbu yurtdışı hizmet sözleşmesi açısından Türk hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk olduğunu göstermektedir. Öte yandan, uygulanacak hukuk olarak seçilen Umman iş hukuku kurallarının (ülkenin gelişmişlik seviyesi de göz önüne alındığında) işçiye düşük seviyede bir koruma sağlayacağı göz ardı edilmemelidir. Çalışma yaşamında işçiyi yeterli düzeyde korumayan hukuk kuralları, bir yandan talep edilebilecek işçi alacaklarının tür/miktar olarak azalması nedeniyle işverene ekonomik bir menfaat sağlarken, diğer yandan işçinin ihtiyaç duyduğu hukuki çözümlere ulaşımının güçleşmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla, işverenin elde edeceği menfaat ile işçinin maruz kalacağı olumsuzluklar arasında bir dengenin söz konusu olduğu hiçbir şekilde ileri sürülemez. Her yönüyle geçerliliği tartışmalı olan bu hukuk seçiminin görünürdeki varlığı aynı zamanda MÖHUK m. 27/4’ün uygulanmasını engellemekte ve oluşan bu sonuç, MÖHUK m. 27/4’deki düzenlemenin getirilme amacı olan işçinin korunması gayesiyle örtüşmemektedir. Gerçi, hukuk seçimi geçersiz

ilişkiliyi ortaya koyduğunu belirtmiştir. Bkz. Erdoğan/Erdoğan, s. 977; Yabancı hukukta daha sıkı ilişkili hukuk tespit edilirken göz önüne alınan kriterler hakkında bkz. yuk. III, A, 2, b, cc.

bulunacak olsa, MÖHUK m. 27/2 uyarınca mutata işyeri hukuku olması nedeniyle yine Umman hukukunun gündeme geleceği, gerek hukuk seçiminin gerekse de somut olaydaki mutata işyerinin Umman hukukunu işaret ediyor olması nedeniyle hukuk seçiminin işçi aleyhine aşırı bir dengesizlik oluşturmadığı varsayılabilir. Fakat, somut olayımızda hukuk seçimi geçersiz kabul edildiğinde uyuşmazlığa uygulanacak yegâne hukuk, mutata işyeri hukuku olan Umman hukuku değildir. Yukarıda açıklandığı üzere, mevcut yurtdışı hizmet sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili hukuk Türk hukukudur ve işçinin menfaati de Umman hukukuna kıyasla Türk hukuk düzeninin uygulanması yönündedir. Özetleyecek olursak, hukuk seçimi hükmü işçinin hukuki durumunu ağırlaştırarak taraf menfaatleri arasında önemli bir dengesizliğe yol açtığından ve yasa koyucunun m. 27’yi düzenlerken sahip olduğu işçiyi koruma iradesinden uzaklaşılmasına neden olduğundan, bu genel iş koşulunun geçersiz olacağı kabul edilmelidir.

Genel iş koşulu ister yürürlük denetimi sonucunda bağlayıcılık kazanmasın, isterse de içerik denetimi neticesinde geçersizliğine karar verilsin, her hâlikarda varılacak sonuç taraflarca geçerli bir hukuk seçimi yapılmamış olmasıdır. Bu yöndeki bir değerlendirme ise, somut olayın özellikleri açısından işçinin menfaatlerini daha çok koruyan MÖHUK m. 27/4’ün uygulanmasıyla 24.11.2020 tarihli kararda varılan sonuçtan (Umman hukukunun uygulanmasından) çok daha hakkaniyetli bir neticeye ulaşılmasını sağlar.

IV. Sonuç

İncelemekte olduğumuz kararda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin olumlu karşıladığımız bazı değerlendirmeleri mevcuttur. Örneğin, yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak yabancı hukuka kamu düzeni müdahalesinin tatbik metodu uzun yıllardır Yüksek Mahkeme’ye yapılan haklı eleştirilerin bu kararda karşılık bulduğunu göstermektedir. Kamu düzeni müdahalesi için hâkim tarafından önce yetkili yabancı hukukta-

ki ilgili hükmün tespit edilmesi ve somut uyuşmazlığa uygulanması gerekir. Bu uygulamanın ardından, yabancı hukuktaki düzenlemenin işçiye hiç koruma öngörmediği yahut öngörülen korumanın adalet duygusunu zedeleyecek kadar düşük kaldığı tespit ediliyorsa, kamu düzeni müdahalesine başvurulmalıdır. Yine, uyuşmazlık taraflarının Türk tâbiyeti sebebiyle doğrudan Türk hukukunu uygulamaya yönelik evvelce verilen ve eleştiriye maruz kalan Yargıtay kararlarının da gözden geçirildiği anlaşılmaktadır. Zira, iş sözleşmesi taraflarının tâbiyeti Türk olsa bile, işin yabancı ülkede ifa ediliyor olması iş sözleşmesini yabancılık unsuru içeren sözleşme hâline getirir. Dolayısıyla, bu uyuşmazlığa uygulanacak hukuk MÖHUK çerçevesinde tespit edilmelidir.

Kararın söz konusu olumlu yanlarına rağmen, doğrudan uygulanan kural ve genel işlem koşullarının denetimi gibi önemli hususlarda ya eksik değerlendirme yapıldığı ya da hiç inceleme yapılmadığı görülmektedir. Gerçekten Yüksek Mahkeme somut uyuşmazlıkta talep edilen hafta tatili, ulusal bayram-genel tatil alacaklarına ilişkin hükümleri doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirme gerekçesini açıklamamış, talep edilen diğer alacaklara ilişkin düzenlemeleri kapsam dışında bırakma sebebine de yer vermemiştir. Hâlbuki, davacı işçinin talep ettiği kıdem-ihbar tazminatı, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ile yıllık ücretli izin alacaklarına ilişkin Türk iş hukukunda yer alan emredici hükümlerin işçi menfaati yanında kamu menfaatini de gözetmesi (müdahaleci-koruyucu niteliği) sebebiyle milletlerarası hukuk bakımından doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığı kanımızca kabul edilmelidir. Ancak, doğrudan uygulanan kuralların tatbiki için ilgili kuralın getiriliş amacından uygulama alanının da belirlenmesi zorunludur. Somut vakiada doğrudan uygulanan kural niteliğini tespit ettiğimiz iş hukuku hükümlerinin uygulama alanı Türkiye olduğundan, söz konusu kuralların Umman'da ifa edilen iş sözleşmesi için uygulanması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte hatırlatmak isteriz ki, söz gelimi bir Türk işçinin yabancı uyruklu bir

işverenin Türkiye'deki işyerinde istihdam edilmesi hâlinde, bu iş sözleşmesi yabancılık unsuru taşıyacağından çıkacak uyuşmazlıklar MÖHUK çerçevesinde ele alınacaktır. Şayet, Türk iş hukukunda ilgili uyuşmazlığa özgü doğrudan uygulanan kurallar tespit edilebiliyorsa, artık tarafların hukuk seçimi yahut MÖHUK m. 27'deki objektif bağlama kuralları dikkate alınmaksızın söz konusu doğrudan uygulanan kuralların tatbiki yoluyla uyuşmazlık çözümlenmelidir.

Uygulama alanı nedeniyle doğrudan uygulanan kuralları uygulayamadığımız mevcut vakianın çözümünde Yüksek Mahkeme, MÖHUK m. 27/1'deki sübjektif bağlama kuralını işleterek yurtdışı hizmet sözleşmesinin 16. maddesine göre çalışılan ülke hukuku olan Umman hukuku doğrultusunda alacak taleplerinin incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yurtdışı hizmet sözleşmesinin 16. maddesindeki hukuk seçimi esasen, Türkiye İş Kurumunun Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği gereğince önceden hazırladığı örnek sözleşmedeki hukuk seçimine yönelik düzenlemenin tekrarından ibarettir. Genel iş koşulu niteliği taşıyan hukuk seçimi hükmünün bu özelliği Yüksek Mahkeme tarafından dikkate alınmamıştır. Ne var ki, çalışmamızda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, hukuk seçimine yönelik hüküm yürürlük denetimi ile içerik denetimine tâbi tutulabilseydi seçimin bağlayıcı/geçerli olmadığı sonucuna ulaşılabilecekti. Hukuk seçimi geçersiz kabul edildiğinde, somut uyuşmazlık açısından mutad işyeri hukuku ya da MÖHUK m. 27/4 uyarınca daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması olasılığı gündeme gelebilecektir. Mevcut vakiada aynı zamanda mutad işyeri hukuku olan Umman hukukunun az gelişmiş iş hukuku kuralları yerine, daha sıkı ilişkili hukuk olan Türk hukukunun uygulanmasının işçinin menfaatine daha uygun düşeceği ise açıktır. Hakikaten, mutad işyerinin bulunduğu ülke (olayımızda olduğu gibi) iş hukuku düzenlemeleri itibarıyla yeterince gelişmemiş olduğunda, işçinin hak ettiği korumaya sahip olabilmesinin çaresi doktrinimizde "daha sıkı ilişkili

hukukun" uygulanmasında bulunmaktadır¹²³.

Kanımızca, İŞKUR'un hazırladığı ve taraflardan imzalanmasını beklediği yurtdışı hizmet sözleşmesi vasıtasıyla tarafların hukuk seçimine müdahale etmesinin de haklı bir gerekçesi yoktur. İŞKUR'un hukuk seçimi olarak çalışılan ülke hukukunu dayatması ile Yüksek Mahkeme'nin hukuk seçimine yönelik hükmü tartışmaksızın geçerli sayması birleştiğinde, işçinin Umman hukukunun az gelişmiş iş hukuku hükümlerine mecbur bırakılması gibi adil olmayan sonuçlar doğmaktadır. Bu nedenle, hukuk seçimine ilişkin hükümlerin İŞKUR tarafından örnek metinden çıkarılması ve seçim konusunda taraf iradelerinin serbest bırakılması akla en yakın çözüm gibi görünmektedir¹²⁴.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Akyiğit, Ercan: "Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşlerinde Türk İşçisi Çalıştırmalarının İş Hukuku ve MÖHUK Açısından Değerlendirilmesi", Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İntes Yayınları, Ankara, 2017, s. 88-103.
- Alp, Mustafa: "Fazla Çalışmaları Ücrete Dahil Eden Sözleşme Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi", Çalışma ve Toplum, Sayı:68, 2021, s. 11-44.
- Ansay, Tuğrul: "Devletler Özel Hukukunda Uluslararası Boyutlu İş Uyuşmazlıklarının Düşündürdükleri", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:1-1, Ocak-Şubat 2016, s. 9-29.
- Auzero, Gilles/Baugard, Dirk/Dockès, Em-

123 Elçin, s. 128-129; Sarıöz Büyükalp, s. 241; Ayrıca bkz. Ansay, s. 25; Nomer, s. 337.

124 MÖHUK'un iş sözleşmesi taraflarına verdiği hukuk seçimi hakkının Türkiye İş Kurumunun hazırladığı türden sözleşmelerle bertaraf edilmemesi gerektiği yönünde bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 604, dn. 44.

manuel: Droit du Travail, Dalloz, 2017.

- Aygül, Musa: "Yabancı Unsurlu İş Hukuku İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", 10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, (Ed.) Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüslü Tunçağıl, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 497-514.
- Bayata Canyaş, Aslı: AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Baycık, Gaye: "Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk", Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İntes Yayınları, Ankara, 2017, s. 104-122.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz/Beste Gemici, Filiz: "Türk Hukukunda Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:1-1, Ocak-Şubat 2016, s. 593-619.
- Centel, Tankut: "Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları", Sosyal Siyaset Konferansları, Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, İstanbul, 1983, s. 215-237.
- Centel, Tankut: "Türk İşverenin Yabancı Ülkedeki İşyerinde Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı – Uygulanacak Hukuk – Kamu Düzeni", İş Hukuku Dergisi, Cilt II, Sayı:4, Ekim-Aralık 1992, s. 601-607. (Uygulanacak Hukuk)
- Civan, Orhan Ersun: Genel İş Koşulları, Beta, İstanbul, 2015.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul, 2020.
- Doğan, Vahit: İş Akdinden Doğan Kanunlar

- İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- Doğan, Vahit: “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı:1-2, 2007, s. 147-163. (5718 Sayılı Kanun)
 - Doğan, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin, Ankara, 2013.
 - Doğan Yenisey, Kübra: “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, Prof. Dr. Sarp Sürer’e Armağan, Cilt I, Beta, İstanbul, 2011, s. 33-82.
 - Ekşi, Nuray: “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul, 1997, s. 116-148.
 - Elçin, Doğa: Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
 - Erdoğan, Ersin: Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, Makaleler, İntes Yayınları, Ankara, 2017, s. 124-135.
 - Erdoğan, Ersin/Erdoğan, Canan: “Türkiye’den Yurt Dışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:50, 2016, s. 955-988.
 - Ertürk, Şükran: “Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi”, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel Sayı, 2013, s. 81-118.
 - Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra: İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2020.
 - Gloor, Werner: “Contrat de travail international”, Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag AG, 1996, s. 1507-1517.
 - Guillaume, Florence: “Le contrat de travail international: règles de droit international privé et plateformes numériques/I-II”, Les aspects internationaux du droit du travail, (Ed.) Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon, Schulthess Editions romandes, 2019, s. 194-225.
 - Kar, Bektaş: Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İkinci Oturum – Soru Cevap Bölümü, İntes Yayınları, Ankara, 2017, s. 55-61.
 - Knoepfler, François/Schwizer, Philippe/Othenin-Girard, Simon: Droit international privé suisse, Staempfli Editions SA, Berne, 2005.
 - Kuipers, Jan-Jaap: EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012.
 - Kunda, Ivana: “Defining Internationally Mandatory Rules in European Private International Law of Contracts”, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht, 2007, s. 210-222. (Mandatory Rules)
 - Kunda, Ivana: “Law Applicable to Employment Contracts Under the Rome I Regulation”, Transnational, European, and National Labour Relations, (Ed.) G.G. Sander vd., Springer International, 2018, s. 73-96.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin: İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
 - Nomer, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, Beta, İstanbul, 2013.
 - Özdemir Kocasakal, Hatice: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001.
 - Özdemir Kocasakal, Hatice: “Doğrudan Uygulanan Kurallar”, 10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, (Ed.) Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gü-

- müşlü Tunçağıl, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 48-83. (Doğrudan Uygulanan)
- Sarıöz Büyükalp, İpek: "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), 2018, s. 195-248.
 - Senyen Kaplan, Emine Tuncay: "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İntes Yayınları, Ankara, 2017, s. 68-87.
 - Soyer, Polat: Genel İş Koşulları, Özgün Matbaacılık, 1987.
 - Süzek, Sarper: "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:24, 2011, s. 5-12. (Genel İş Koşulları)
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2012.
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2020.
 - Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
 - Taquet, François: "De la loi applicable dans les contrats de travail internationaux", Revue de droit du travail et d'assurance-chômage, Fascicule 4, 2015, s. 295-297.
 - Tarman, Zeynep Derya: "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59(3), 2010, s. 521-550.
 - Tekinalp, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
 - Tuncay, Can: "İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:6, 2007, s. 75-81.
 - Uşan, Fatih/Aygül, Musa: "Türkiye'de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşverene Ait Yurt Dışında Bulunan İşçilerin de Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:17, 2008, s. 46-56.
 - van Bochove, Laura Maria: "Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law", Erasmus Law Review, 7(3), 2014, s. 147-156.
 - van Hoek, Aukje A.H.: "Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union", Erasmus Law Review, 7(3), 2014, s. 157-169.
 - Vural Çelenk, Belkıs: "Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017/3, s. 277-296. (Doğrudan Uygulanan Kurallar)
 - Vural Çelenk, Belkıs: Application of Third Country Overriding Mandatory Rules - Analytical Comparison of Swiss, Turkish and EU Law, Schulthess Juristische Medien AG, 2019.
 - Yıldız, Gaye Burcu: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin, Ankara, 2014.
 - Zanolotti, Alessandra: "Employment Contracts and the Rome Convention: The Koelzsch Ruling of the European Court of Justice", Cuadernos de Derecho Transnacional, 3(2), 2011, s. 338-358.

Elektronik Kaynaklar

- Cardi, Stefanu: Lois de police et ordre public économique, s. 22, https://www.academia.edu/29097870/Lois_de_police_et_ordre_public_%C3%A9conomique_docx?auto=download&email_work_card=download-paper.
- Chagny, Yves: "La détermination de la loi applicable au contrat de travail par

la chambre sociale de la cour de cassation”, Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé, Année, 2008-2010, Paris 2011, s. 199-224, https://www.persee.fr/doc/tcf-di_1158-3428_2011_num_19_2008_1997.

- Şahin, Beyza Çağla: Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2020, <https://tez.yok.gov.tr>.
- Tuncay, Can: “İşe İade Davasında Yabancı Hukukun Uygulanması”, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/hebb/files/hukukimutalaa-a-cantuncay-1.htm>.

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.başlayaninternet.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 arařtırmalarda veya diđer klinik arařtırmalarda ilgili mevzuat hűkűmlerine aykırı davranmak
- İncelemek űzere gűrevlendirildiđi bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin aēık izni olmaksızın yayımlanmadan űnce bařkalarıyla paylařmak
- Bilimsel araştırma iēin sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaē dışı kullanmak
- Bilimsel bir ēalıřma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların aēık rızasını almadan ya da araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak
- Arařtırma ve deneylerde; hayvanlara ve ekolojik dengeye zarar vermek, ēalıřmalara bařlamadan űnce alınması gereken izinleri yetkili birimlerden yazılı olarak almamak, mevzuatın veya Tűrkiye'nin taraf olduđu uluslararası sűzleřmelerin ilgili arařtırma ve deneylere dair hűkűmlerine aykırı ēalıřmalarda bulunmak
- Arařtırmacılar veya yetkililerce, yapılan bilimsel arařtırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yűkűmlűlűđűne uymamak
- Bilimsel ēalıřmalarda, diđer kiři ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiđi űlēűde ve řekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliđine riayet etmemek ve korunmasını sađlamamak

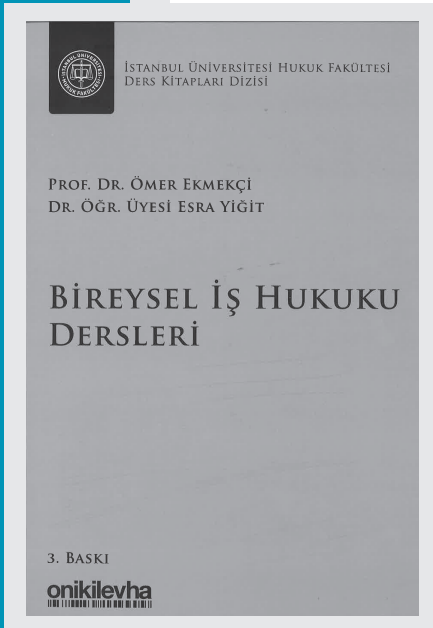
Yeni Yayınlar



Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu, Prof. Dr. Tankut Centel ve Dr. Öğretim Üyesi Hasan Ali Kaplan tarafından kaleme alınan “**İş Hukuku**” adlı kitabın 21. baskısı Ekim 2021 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin yazılma nedeni Batı'daki ders kitabı-şerh ayrımı anlayışına dayanılarak, ayrıntılı ve kalın hukuk kitapları yerine bilginin az ve öz olduğu ders kitabı ihtiyacının karşılanmasıdır. Nitekim iktisadi ve idari bilimler ile mühendislik fakülteleri öğrencileri için kalın hukuk kitapları sorun yaratmaktadır. Özellikle otuz beş yılı aşkın süredir iş hukuku dersinin zorunlu olarak okutulduğu mühendislik fakültelerindeki öğrencilerin, az ve öz bilgiyi rahatlıkla kullanmayı öğrenebileceği bir eser olarak ele alınmıştır.

Eser üç bölümden oluşmaktadır. Eserin birinci bölümünde “Genel Bilgiler”, ikinci bölümünde “Bireysel İş Hukuku”, üçüncü bölümünde ise “Toplu İş Hukuku” başlıkları yer almaktadır. Bireysel iş hukukuna ilişkin bölümü Tankut Centel, toplu iş hukukuna ilişkin bölümü ise A. Murat Demircioğlu tarafından kaleme alınmış; daha sonra her iki bölüm, her iki yazar tarafından birlikte gözden geçirilmiştir. Söz konusu yazarlara, 20. baskıda Hasan Ali Kaplan katılmıştır.



Prof. Dr. Ömer Ekmekçi ve Dr. Öğretim Üyesi Esra Yiğit tarafından kaleme alınan “**Bireysel İş Hukuku Dersleri**” adlı kitabın 3. baskısı Kasım 2021 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin yazılış amacı öğrencilerin ders kitabı ihtiyacının karşılanmasıdır. Kitapta alışlagelmiş bir plan yerine nispeten farklı bir plan tercih edilmiş ve diğer kitaplarda olmayan bazı konulara yer verilmesi uygun görülmüştür. Eserin üçüncü baskısında, bir ders kitabında öğrencilerin öncelikli olarak yargı uygulamasının ne şekilde olduğunu bilmeleri gerektiği düşüncesi ile konuya ilişkin yargı kararlarına yer verilmiştir.

Eserde özellikle zikredilen yargı kararlarının sadece künyesinin verilmesi yerine en önemli ve yeni karar seçilmeye çalışılmıştır. Okuyucuya kolaylık sağlamak üzere yargı kararlarının kısa metinlerine eser içerisinde ilgili konu başlıkları altında yer verilmiştir. Kısaltıldığında anlamını yitirdiğine veya her satının önemli olduğuna inanılan kararlarda kısaltma yapılmadığı belirtilmiştir. Yargı kararlarının yanında son zamanlarda gerçekleşen mevzuat değişikliklerinin de eserde yer aldığı ifade edilmektedir. Uygulamadaki durum da yansıtılarak eserin sadece öğrenciler için değil, aynı zamanda uygulayıcılar bakımından da yararlı olması amaçlanmıştır.

Yeni Yayınlar

Prof. Dr. Sarper Süzek tarafından kaleme alınan “**İş Hukuku**” adlı kitabın 21. baskısı Eylül 2021 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin bu baskısında da iş mevzuatındaki tüm yeni düzenlemelere ve Yüksek Mahkeme'nin en son kararlarına yer verilmiştir. Ayrıca üretken iş hukuku öğretisi tarafından yapılan yeni yayınlarda ileri sürülen bilimsel görüşlerin okura aktarılmasına ve değerlendirilmesine çaba gösterilmiştir.

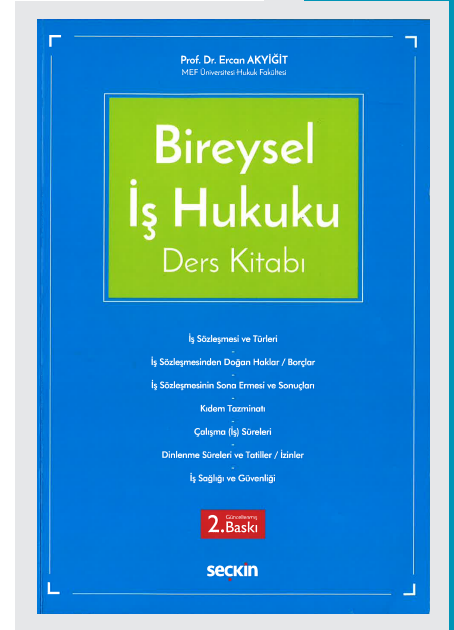
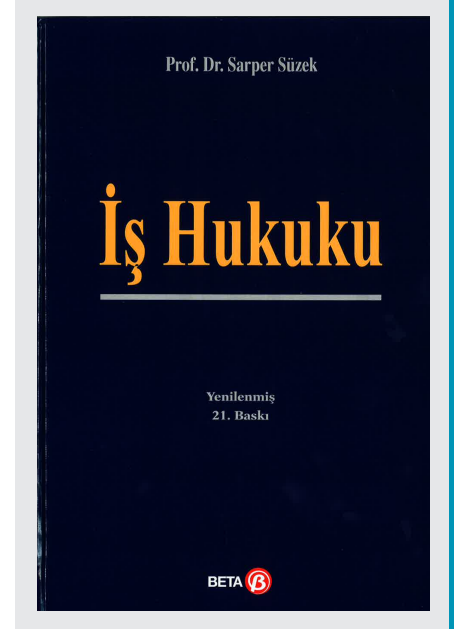
Yazar bu eserde gerek yürürlükteki gerekse olması gereken hukuk konusundaki görüşlerini objektif olarak ortaya koymaya çalışmıştır. Kitaptan uygulamacılar yanında öğrencilerin de yararlandığı düşünülerek, kapsamı daha geniş tutmamak amacıyla fazla ayrıntıya girmekten mümkün olduğunca kaçınılmıştır. Daha ileri araştırmalara girmek isteyenler için başvurulacak kaynaklar ve metin içinde yer almayan kararlar dipnotlarda gösterilmiştir.

Kitabın önceki baskılarında yer alan “İş Akdinin Sendikal Nedenle Feshi” konusu, yazarın hazırlamakta olduğu “Toplu İş Hukuku”nda ele alınıp inceleneceği için bu kitabın kapsamından çıkarılmıştır. Sendikalara ilişkin birçok yeni yayın “Toplu İş Hukuku” kitabında değerlendirileceği için zorunlu olarak bu kitapta “Kaynaklar” dışında kalmıştır.

Prof. Dr. Ercan Akyiğit tarafından kaleme alınan “**Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı**” adlı kitabın 2. baskısı Ekim 2021 tarihinde yayımlanmıştır.

“Bireysel İş Hukuku” isimli çalışmada öğrencilerin ders notu gereksinimlerini karşılama eğilimi ağır basmıştır. Bu nedenle konular, son verilerle bir ders kitabı bağlamında fazla dipnot ayrıntısına girmeden, genel hatlarıyla ve özlü bir biçimde sunulmuştur. Eserde bilimsel referanslara dikkat edilmiş, ilgili yargı kararlarının ulaşabilen en son tarihli örneklerine de yer verilmiştir. Ayrıca kitapta en son tarihli mevzuat, uygulama ve öğretilerde saptanan güncel gelişmeler de yer almaktadır.

Eser iki bölümden oluşmaktadır. Eserin birinci bölümünde “İş Hukuku: Kavram-Tarihçesi-Özellikleri” başlığı altında iş hukukunun tarihçesi, özellikleri, kaynakları, örgütleri ve uygulama alanları yer almaktadır. Eserin ikinci bölümünde “Bireysel İş Hukuku” başlığı altında bireysel iş hukukunun kapsamı, iş sözleşmesi, iş sözleşmesinden doğan haklar ve borçlar, iş sözleşmesinin sona ermesi ve sonuçları, kıdem tazminatı, çalışma süreleri, dinlenme süreleri ve tatiller ile iş sağlığı ve güvenliği konuları anlatılmıştır.



Yeni Yayınlar



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Dr. Seracettin Göktaş ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Gökhan Yılmaz tarafından kaleme alınan **“6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi”** adlı kitap Ocak 2021 tarihinde yayımlanmıştır.

Toplu iş ilişkilerini düzenleyen 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile ilgili şerh, ders kitapları, monografi, makale gibi pek çok eser yazılmıştır. Bununla birlikte söz konusu Kanunun pek çok hükmünün anlam ve kapsamına ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Bu kapsamda Kanunun şerhinin hazırlanmasındaki amacın alternatif bir kaynak olarak toplu iş hukuku literatürüne katkıda bulunmak olduğu ifade edilmiştir.

Bir kanun şerhinin yazımında kanun gerekçesi ve bilimsel görüşlerin yanında yargı içtihatları da önemli bir yer tutmaktadır. Bu bakış açısıyla eserde maddelerin gerekçe ve açıklamalarından sonra şerhin kapsamına değer katacağı düşüncesiyle Yargıtay emsal kararları da özeti ile birlikte ilişkin oldukları maddelerin altına yazılmıştır. Kanunun uygulanması ile ilgili ayrıntılı açıklamaların yer aldığı söz konusu eser uygulayıcıların istifadesine sunulmaktadır.



Prof. Dr. Saim OcaK, Doç. Dr. Barış Duman ve Dursun Yılmaz tarafından kaleme alınan **“Yargı Kararları Işığında Sendikal Nedenle Feshin İspatı ve Sendikal Fesih Karineleri”** adlı kitabın 2. baskısı Kasım 2021 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserde uygulamaya yön veren yargı kararları ışığında ve akademik kaynaklardan yararlanılarak, sendikal nedenle yapılan feshin ispatı ve sendikal fesih karineleri incelenmiştir.

Kitap üç bölümden oluşmaktadır. Eserin birinci bölümünde sendikal nedenle feshin ispatına değinilmiş, ikinci bölümde sendikal fesih karineleri incelenmiş, üçüncü bölümde ise sendikal fesihle ilgili ispat araçlarına yer verilmiştir.

Eserde, çalışmanın kapsam ve amacına bağlı olarak, sendika yöneticisinin ve sendika temsilcisinin sendikal güvencesine, sendikal tazminat gibi sendikal nedenle feshin hüküm ve sonuçları ile ilgili diğer hususlara, kapsamı gereğinden fazla genişleteceği ve başka çalışmalara konu yapılabileceği için değinilmemiştir.

Yeni Yayınlar

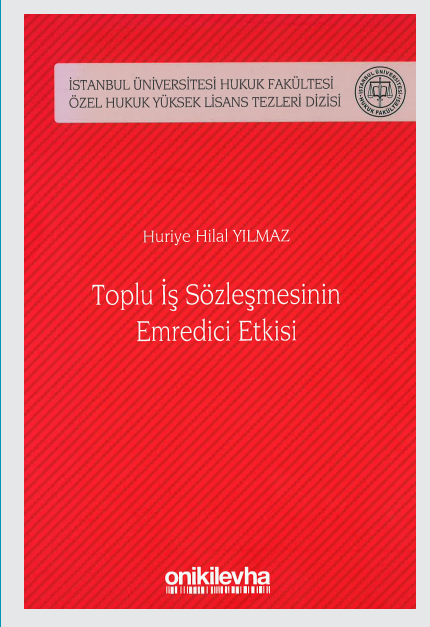
İlk baskısı 1968 yılında yayımlanan “İş Hukuku Dersleri” adlı eserin yenilenmiş 34. baskısı, **Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu, Prof. Dr. Talat Canbolat** ve **Prof. Dr. Ercüment Özkaraca** tarafından hazırlanarak Ekim 2021 tarihinde yayımlanmış ve Sayın Prof. Dr. Nuri Çelik Hocamızın aziz hatırasına ithaf edilmiştir.

Eser, bireysel ve toplu iş hukuku mevzuatı yanında, yargı kararlarını ve bilimsel yayınları da yansıtmaktadır. Kitabın asıl amacı öğrencilerin ders kitabı ihtiyacını karşılamak olsa da kitap sadece öğrencilerin İş Hukukunun esaslarını öğrenmesine yönelik olarak hazırlanmamıştır. Kitapta öğrencilerin mezuniyet sonrası karşılaştıkları uygulama sorunlarına da yer verilmiş, böylece kitabın İş Hukuku ile ilgilenen tüm çevrelerin ve uygulayıcıların da yararlanabileceği bir eser olması amaçlanmıştır. İş Hukuku, dinamik yapısı nedeniyle sürekli değişmekte ve bu kapsamda değişiklikler eserde karşılık bulmaktadır. Eserin bu basısında Prof. Dr. Ercüment Özkaraca da katkı sağlamıştır.

2020 yılında Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilen yeni koronavirüs kaynaklı salgın hastalığın İş Hukuku alanında da birçok değişiklik yapılmasını gerektirmesi nedeniyle, bu süreçte geniş bir uygulama alanı bulan kısa çalışma uygulaması ve uzaktan çalışma konuları eserin bu baskısında daha geniş yer almıştır. Yine pandeminin yarattığı olağanüstü koşullar sebebiyle işçilerin iş sözleşmelerinin feshine İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi ile getirilen geçici fesih yasası, işverenin işçiyi ücretsiz izne çıkarma hakkı ve aşı ya da PCR testi yaptırmamanın fesih sebebi olup olamayacağı konuları da eserde incelenmiştir.



Yeni Yayınlar



Arş. Gör. Huriye Hilal Yılmaz tarafından kaleme alınan **“Toplu İş Sözleşmesinin Emredici Etkisi”** adlı kitap Ocak 2021 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır. Toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi, eserin konusunu oluşturmaktadır. Bu kapsamda uygulamada karşılaşılan hususlara ve Yargıtay kararlarına yer verilen eserde benzer sistemin yer aldığı Alman Hukukundan da yararlanılmıştır.

Toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi, toplu iş sözleşmesi kurumunun temelini oluşturmaktadır. Emredici etki, toplu iş sözleşmesiyle elde edilen hakların bireysel düzeyde yapılan anlaşmalarla kaybedilmesini engellemekte ve bu kurumun işçiyi koruma işlevinin bir görünümü olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple toplu iş sözleşmesine emredici etki tanınmayan bir yasal düzenleme Anayasa’ya aykırı olmakta ve bu anlamda toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi temelini Anayasa’da bulmaktadır. Bu bakış açısıyla hazırlanan eser dört bölümden oluşmaktadır. Eserin birinci bölümünde “Toplu İş Sözleşmesinin Emredici Etkisine İlişkin Genel Bilgiler”, ikinci bölümünde “Toplu İş Sözleşmesine Aykırı Bireysel Nitelikli Anlaşmaların Geçerliliği”, üçüncü bölümünde “İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklarından Vazgeçmesi” ve dördüncü bölümünde “Toplu İş Sözleşmesinin Emredici Etkisinin Sona Ermesi” başlıkları yer almaktadır.



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

sicil.mess.org.tr

ISSN 1306-6153