

Sicil

İŞ HUKUKU DERGİSİ

TOPLU İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

MALİ HUKUK KARAR İNCELEMELERİ **TOPLU İŞ HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

BİREYSEL İŞ HUKUKU *AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK**

TOPLU İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU *TOPLU İŞ HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ **MALİ HUKUK**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

MALİ HUKUK *TOPLU İŞ HUKUKU*

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU*

TOPLU İŞ HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

BİREYSEL İŞ HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

MALİ HUKUK *TOPLU İŞ HUKUKU*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU *MALİ HUKUK*

BİREYSEL İŞ HUKUKU *AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU*

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ *TOPLU İŞ HUKUKU*

MALİ HUKUK *SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

BİREYSEL İŞ HUKUKU *SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU*

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **TOPLU İŞ HUKUKU**

MALİ HUKUK *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU* KARAR İNCELEMELERİ

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

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

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

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU *AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU*

MALİ HUKUK **BİREYSEL İŞ HUKUKU**

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ *AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU*

BİREYSEL İŞ HUKUKU *SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU*

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

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

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

BİREYSEL İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK *TOPLU İŞ HUKUKU*

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU

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*

BİREYSEL İŞ HUKUKU *SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU*

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

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

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

BİREYSEL İŞ HUKUKU

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2024 **Sayı/Issue:** 51 **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 VIEIRA NOBRE BISCAYA, MESS, In-House Counsel

Av. Kadir GÜNAY, MESS, In-House Counsel

Av. Nağme HOZAR, MESS, In-House Counsel

Av. Uygur BOSTANCI, 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

Av. Hazal BALLIKTAŞ, MESS, In-House Counsel

Baskı/Published by:

Hızlı Kopyalama Ajans ve Bas. Hiz. Tic. Ltd. Şti

Küçükbakkalköy, 16/A, Işıklar Caddesi, Begonya Sk., 34750 Ataşehir/İstanbul

Yayın Türü/Type of Publication:

Yerel, Süreli, Hakemli Yayın/Peer Reviewed, Local, Periodical Publication

Yayın Dili/Language of Publication:

Türkçe/Turkish

Yayın Tarihi/Date of Publication:

Altı ayda bir (Haziran-Aralık) olarak yılda iki kez yayımlanır/Issued every six months (June-December)

Baskı Tarihi/Print Date:

Haziran 2024/June 2024

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 Fakültesi

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

Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT - MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI - Ankara Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR - Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Misafir Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Tankut CENTEL - Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fevzi DEMİR - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

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

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

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

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

Prof. Dr. Hediye ERGİN - Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi

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

Prof. Dr. Metin KUTAL - İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Serkan ODAMAN - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

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

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

Prof. Dr. Sarper SÜZEK - Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR - Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ - Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

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

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 51. sayısında 8 makale ve 1 karar incelemesi bulunmaktadır. Bu çerçevede dergimizin 51. sayısında; Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu - Arş. Gör. Muhammed Türkalp Seçkin'in "İş Araç ve Malzemelerinin İşçi Tarafından Temin Edilmesi ve İşveren Tarafından Ödenmesi Gereken Uygun Karşılık", Prof. Dr. Ömer Ekmekçi - Doç. Dr. Esra Yiğit'in "Yargı Kararları Işığında Kanuna Aykırı Geçici İş İlişkisinin Sonuçları", Prof. Dr. Hakan Keser'in "İş Sözleşmesinin İK'nun 25/II inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Feshinde, İşçinin Kişilik Haklarının İhlali ile Haksız Fesih Sonucu Talep Edilebilecek Haksız Fesih Tazminatı ve Manevi Tazminat", Prof. Dr. Ercüment Özkaraca - Arş. Gör. Arzu Hacıoğlu Çalışkan'ın "İşverenin İş Seyahatine İlişkin Giderlere Katlanma Borcu", Dr. Öğr. Üyesi Fatih Gültekin'in "Alman Genetik Teşhis Kanunu Bağlamında Genom Analizinin Çalışma Hayatına Etkisi", Dr. Öğr. Üyesi Hasan Ali Kaplan'ın "Hasta-

lık Nedeniyle İşten Çıkarılan ve İyileşen Gazetecilerin Yeniden İşe Alınması Yükümlülüğü", Dr. Öğr. Üyesi İrem Yayvak Namlı'nın "Radyasyonla Çalışan İşçilerin Şua (Sağlık) İzni", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi Necla Doğan Ceylan'ın "Yargıtay Kararları Işığında İşverenin Eşit Davranma Borcu" başlıklı makaleleri ile Prof. Dr. İftar Urhanoğlu - Arş. Gör. Damla Kaynar'ın "İş Sözleşmesinin Devrinde Devreden İşveren Devirden Önce Doğmuş Bulunan Alacaklardan Sorumlu Tutulabilir mi? Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 08.11.2022 Tarihli Kararının İncelenmesi" başlıklı karar incelemesi yer almaktadır.

MESS olarak, ilk sayısından bu yana yoğun talep ve ilgi gören ve önemli bir başvuru kaynağı olduğuna inandığımız SİCİL İş Hukuku dergisinin 51. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunar; yazarlarımıza, makaleleri ve karar incelemelerini büyük bir titizlikle inceleyen hakemlerimize ve Danışma Kurulumuza teşekkür ederiz.

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

Saygılarımızla,

Yayın Yönetmeni/Editorial Director

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI

- 1 Dergide yayımlanması istenen yazılar MESS'in mess@mess.org.tr elektronik posta adresine gönderilmelidir.
- 2 SİCİL İş Hukuku dergisi altı ayda bir (yılda 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

İş Araç ve Malzemelerinin İşçi Tarafından Temin Edilmesi ve İşveren Tarafından Ödenmesi Gereken Uygun Karşılık

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU* - Arş. Gör. Muhammed Türkalp SEÇKİN**

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

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

36

Yargı Kararları Işığında Kanuna Aykırı Geçici İş İlişkisinin Sonuçları

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ* - Doç. Dr. Esra YİĞİT**

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

**Türk - Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

52

İş Sözleşmesinin İK'nun 25/II inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Feshinde, İşçinin Kişilik Haklarının İhlali ile Haksız Fesih Sonucu Talep Edilebilecek Haksız Fesih Tazminatı ve Manevi Tazminat

Prof. Dr. Hakan KESER

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

76

İşverenin İş Seyahatine İlişkin Giderlere Katlanma Borcu

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA* - Arş. Gör. Arzu HACIOĞLU ÇALIŞKAN**

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

** İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme Mühendisliği Bölümü

92

Alman Genetik Teşhis Kanunu Bağlamında Genom Analizinin Çalışma Hayatına Etkisi

Dr. Öğr. Üyesi Fatih GÜLTEKİN

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

110

Hastalık Nedeniyle İşten Çıkarılan ve İyileşen Gazetecilerin Yeniden İşe Alınması Yükümlülüğü

Dr. Öğr. Üyesi Hasan Ali KAPLAN

Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İçindekiler

121 Radyasyonla Çalışan İşçilerin Şua (Sağlık) İzni
Dr. Öğr. Üyesi İrem YAYVAK NAMLI
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

141 Yargıtay Kararları Işığında İşverenin Eşit Davranma Borcu
Necia DOĞAN CEYLAN
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi

Karar İncelemesi

168 İş Sözleşmesinin Devrinde Devreden İşveren Devirden Önce Doğmuş Bulunan Alacaklardan Sorumlu Tutulabilir mi?
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 08.11.2022 Tarihli Kararının İncelenmesi
Prof. Dr. İştah URHANOĞLU - Arş. Gör. Damla KAYNAR
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Contents

Research Articles

11

The Procurement of Work Tools and Materials by the Employee and the Appropriate Consideration to be Paid by the Employer

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU* - Res. Assist. Muhammed Türkalp SEÇKİN**

* Marmara University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

** İstanbul Technical University, Faculty of Management, Department of Management Engineering, Labour and Social Security Law

36

In Light of Judicial Decisions Consequences of Unlawful Temporary Work Employment

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ* - Assoc. Prof. Dr. Esra YİĞİT**

* İstanbul University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

** Turkish-German University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

52

In the Unjust Termination of the Employment Contract Based on Article 25/II of the Labour Law, Compensation for Unjust Termination and Non-Pecan Damages That may be Claimed as a Result of Unjustified Termination With Violation of the Personal Rights of the Employee

Prof. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Labour Economics and Industrial Relations

76

Employer's Obligation to Bear Expenses Related to Business Trip

Prof. Dr.ERCÜMENT ÖZKARACA* - Res. Assist. Arzu HACIOĞLU ÇALIŞKAN**

* Marmara University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

** İstanbul Technical University, Faculty of Management, Department of Management Engineering

92

The Effect of Genome Analysis on Working Life in the Context of the German Genetic Diagnostic Law

Assist. Prof. Dr. Fatih GÜLTEKİN

Bursa Uludağ University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Labor Economics and Industrial Relations, Labour and Social Security Law

110

The Obligation to Rehire a Journalist who is Terminated from Their Job due to Illness After They Recover

Assist. Prof. Dr. Hasan Ali KAPLAN

Yıldız Technical University, Faculty of Economics and Administrative Sciences

Contents

121

Health Permit for Workers Exposed to Radiation

Assist. Prof. Dr. İrem YAYVAK NAMLI

İstanbul University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

141

The Employer's Obligation of Equal Treatment in the Light of the Court of Cassation Decisions

Necla DOĞAN CEYLAN

Rapporteur Judge of General Assembly of Civil Chambers, Court of Cassation

Court Verdict Analysis

168

Can the Transferring Employer be Held Liable During the Transfer of the Employment Contract for Receivables Arisen Before the Transfer?

Review of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation Decision Dated 08.11.2022

Prof. Dr. İştar URHANOĞLU - Res. Assist. Damla KAYNAR

Hacettepe University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU*

Arş. Gör. Muhammed Türkalp SEÇKİN**

Araştırma Makalesi
Sicil, 2024/I Sayı 51: 11-35
Makale Gönderim Tarihi: 8 Mayıs 2024
Makale Kabul Tarihi: 15 Mayıs 2024

İş Araç ve Malzemelerinin İşçi Tarafından Temin Edilmesi ve İşveren Tarafından Ödenmesi Gereken Uygun Karşılık***

Öz

İş araç ve malzemeleri kural olarak işveren tarafından temin edilmelidir. Türk Borçlar Kanunu m. 413/2'de tarafların anlaşması halinde araç ve malzemelerin işçi tarafından da temin edilebileceği düzenlenmiştir. Hükümde ayrıca bir yerel âdetin varlığı halinde araç ve malzemenin yine işçi tarafından temin edilmesi gerektiğine de yer verilmiştir. Araç ve malzemenin işçi tarafından temin edildiği hallerde işveren TBK m. 413/2 uyarınca uygun bir karşılık ödemekle yükümlüdür. Ancak ge-

rek uygun karşılığın hukuki niteliği gerekse nasıl hesaplanacağına yönelik olarak Kanunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu çalışmada Türk Borçlar Kanunu m. 413/2 uyarınca iş araç ve malzemelerinin işçi tarafından temin edilmesinin şartları ile işveren tarafından ödenmesi gereken uygun karşılık çeşitli yönleri ile değerlendirilecektir. Konu TBK m. 413/2 ile sınırlandırıldığı için TBK m. 415'te düzenlenen motorlu araç teminine ilişkin hükümler üzerinde ise durulmayacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Araç, malzeme, yıpranma bedeli, kendi cihazını getir.

The Procurement of Work Tools and Materials by the Employee and the Appropriate Consideration to be Paid by the Employer

Abstract

Work tools and materials should be provided by the employer primarily. If the parties agree, the tools and materials may also be provided by the employee according to art. 413/2 of

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, nursenca@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-5864-8270.

** İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme Mühendisliği Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, turkalpseckin@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0866-4536.

***Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Programı öğrencisi Muhammed Türkalp SEÇKİN'in "İşverenin Araç ile Malzeme Sağlama ve Giderlere Katlanma Borçları" başlıklı yayınlanmamış doktora tezinden türetilmiş olup, tez danışmanı Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU ile birlikte kaleme alınmıştır.

the Turkish Code of Obligations. Additionally, the article states that in case of existence of a local custom, the tools and materials must also be provided by the employee. If work tools and materials are provided by the employee, the employer is obliged to pay appropriate consideration in accordance with Article 413/2 of the Turkish Code of Obligations. However, the legal nature of the appropriate consideration or calculation method of it are

not stated in the article. Pursuant to Article 413/2 of the Turkish Code of Obligations, the conditions for the provision of work tools and materials by the employee and the appropriate compensation to be paid by the employer will be evaluated in various aspects. Since the subject matter is limited to Article 413/2 of the TCO, the provisions on the provision of motor vehicles regulated under Article 415 of the TCO will not be discussed.

Keywords:

Tool, material, amortization, BYOD.

I. Giriş

İşçi iş görme edimini yerine getirirken bazı alet ve edevatı, makine ve araçları kullanmak zorunda kalmaktadır. Fabrika üretim modelinin olduğu yerlerde üretim için gerekli araç gereçlerin, özellikle de makinelerin işveren tarafından sağlanacağında şüphe yoktur. Ancak fabrika üretim modeli dışındaki bazı iş ilişkilerinde iş için gerekli araç ve malzemelerin işçi tarafından sağlanması mümkün olabilmekte, özellikle de kendi araç ve malzemelerine sahip olan nitelikli işçiler bunları işverenin işini yerine getirirken kullanabilmektedirler. Bir türkü barda her akşam türkü söyleyen kişinin (işçinin) kendi sazını kullanması buna örnek olarak verilebilecektir.

Şüphesiz işçinin kendi araç ve malzemesini işverenin işine özgülemesi yukarıda belirtilenlerle sınırlı değildir. Günümüzde konu daha farklı bir boyut taşımakta, özellikle de teknolojinin gelişmesi, esnek çalışma biçimlerinin ortaya çıkması konuyu daha özel ve önemli hale getirmektedir. Gerçekten kişisel kullanımı da olan, dolayısıyla işçinin zaten sahip olduğu pek çok teknolojik aletin (akıllı telefon, dizüstü bilgisayar, taşınabilir bellek vs.) iş görme edimi sırasında kullanılabilme imkânı daha önce çok

da tartışılmayan iş araç ve malzemelerinin temin edilmesi konusunu artık tartışılır hale getirmiştir.

Konunun uzaktan çalışma modelinde daha özel bir önemi bulunmaktadır. Bilindiği gibi, 2019 yılı çalışma hayatı için bir dönüm noktası olmuştur. Tüm dünyayı sarsan Covid 19 pandemiden önce çalışma hayatında sınırlı olarak, bazı işyerlerinde uygulanmaya başlayan uzaktan çalışma modeli pandemi ile birlikte tüm dünyada ölümcül virüsün etkisini ve bulaşmasını azaltıcı, sosyal izolasyonu sağlayıcı bir tedbir olarak görülmüş ve pandemi döneminde yaygın bir biçimde uygulanmıştır. Pandeminin ardından da uzaktan çalışma, yarattığı kolaylıklarla artık çalışma hayatının benimsediği bir çalışma modeline dönüşmüştür. Denilebilir ki, uygulanabildiği iş alanlarında uzaktan çalışma, özellikle de uzaktan çalışmanın bir türü olan tele çalışma gelecek dönemin çalışma modeli olacaktır. Gerçekten bu çalışma biçimi artık atipik değil, karma türünün de uygulanması ile birlikte birçok işyerinde normal çalışma biçimine dönüşecek gibi görünmektedir. Bu da bu çalışmanın konusu olan işçinin kendi araç ve malzemesini işverenin işinde kullanmasını daha

fazla gündeme getirecektir.

Ekleyelim ki, uzaktan çalışma modeli dışında özellikle uygulamalar üzerinden alınan siparişlerin müşteriye ulaştırılması içinde çalışanlar bakımından Almanya'da 2021 yılında verilen bir Federal Mahkeme kararı¹ bu konunun farklı alanlarda da gündeme geleceğini göstermiştir. Karara konu olayda bisikletli kurye işin görülmesi için gerekli olan akıllı telefon ve bisikletin işverence sağlanması gerektiği yönünde talepte bulunmuş olup, bu talep Alman Federal Mahkemesi tarafından kabul etmiştir. Alman Hukukunda ciddi yankı bulan bu karar günümüzde konunun artık çok daha fazla tartışılacağına bir göstergesidir.

Hukumumuzda bu konudaki tartışmalar da uzaktan çalışma modelinin yaygın bir biçimde uygulanması ile gündeme gelmeye başlamıştır. Konuya ilişkin olarak İş Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunu'ndaki bu boşluk Türk Borçlar Kanunu tarafından doldurulmaktadır². Türk Borçlar Kanunu m. 413/1 uyarınca işveren, işçiye iş için gerekli olan araç ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür³. Ancak Kanuna göre, işçi ve işveren arasında bir anlaşma varsa veya bu yönde bir yerel âdet söz konusu ise araç ve malzemenin işçi tarafından temin edilmesi de mümkündür. Fakat bu durumda TBK m. 413/2 uyarınca işveren, işçiye uygun bir karşılık ödemekle yükümlüdür. Kanunda işçi ve işverenin işçiye ödeme yapılmayacağına yönelik bir anlaşma yapabilmelerine de imkân tanınmıştır (m. 413/2). İşve-

ren tarafından uygun karşılık ödenmemesine ilişkin bir başka ihtimal ise bu konuda bir yerel âdetin bulunmasıdır. Kanun koyucu bu ihtimali de gözetmiş ve TBK m. 413/2'de özel olarak düzenlenmiştir.

Kural, iş görme borcunun ifası için kullanılacak araç ve malzemenin işveren tarafından temin edilmesi olduğundan, kanun koyucu bu kuraldan sapılabilmesini işçi ve işveren arasında yapılacak bir anlaşmanın veya bir yerel âdetin varlığına bağlamıştır. Bunların dışında bazı koşullar altında işçinin sadakat yükümlülüğü gereğince araç ve malzeme temin etmesi de gerekebilir. Öte yandan her ne kadar TBK m. 413/2, araç ve malzemenin işçi tarafından sağlandığı hallerde işçiye işveren tarafından ödeme yapılmayacağı konusunda tarafların anlaşabilmelerine cevaz veriyor olsa da bu noktada iş hukukunun işçiyi koruyucu yapısı gereği, dürüstlük kuralı çerçevesinde, işçi tarafından temin edilecek araç veya malzemenin maliyetinin üst sınırı ölçülülük denetimine tabi olmalı, işçiye ağır bir yük yüklenmemelidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 413/2'de işçi tarafından sağlanan araç ve malzeme için işverenin uygun bir karşılık ödemesi gerektiği hüküm altına alınmış ancak söz konusu ödemenin hukuki niteliği veya nasıl hesaplanacağı hususunda bir açıklık getirilmemiştir. Bu nedenle yaşanabilecek hukuki ihtilafların önüne geçilebilmesi için araç ve malzemenin işçi tarafından sağlanacağına ilişkin taraflar arasında yapılacak anlaşmanın hukuki niteliğinin belirlenmesi ve işveren tarafından ödenmesi gereken uygun karşılığın nasıl hesaplanacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Bu çalışmada öncelikle konuya ilişkin yasal düzenleme ele alınacak ve bu kapsamda iş araç ve malzemelerinin ne anlama geldiği açıklanacak, ardından işçinin kendi araç ve malzemesini işverenin işine özgülemesinin halinde işçiye ödenecek tutarın hesaplanmasına ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

1 BAG, 10.11.2021, (NZA 2022, 401 ff.). Bu kararla ilgili değerlendirme için bkz. *Chandna-Hoppe*, Katja: Essentielle Arbeitsmittel und mobile Arbeit, RdA 2023, 152 (erişim: beck online); ayrıca bkz. *Seiwerth*, Stefan: Der „neue“ Anspruch auf Bereitstellung essenzieller Arbeitsmittel, RdA 2023, 342 (erişim: beck online).

2 Bkz. *Caniklioglu*, Nurşen: Türk Borçlar Kanunu- İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, 15 Kasım 2013, İstanbul 2014, 102; Özdemir, M. Erdem: Uzaktan Çalışma Yönetmeliği Karşısında Tele Çalışma, Çimento İşv. D., C. 35, S. 3, Mayıs 2021, 8-41, 24.

3 ErfK/ Preis: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 23. Auflage 2023, BGB § 611a, Rn. 625-629.

II. İş Araç ve Malzemesi Kavramları

1. İş Aracı Kavramı

a) Genel Olarak

İş aracı, Türk Borçlar Kanunu m. 413'ün gerekçesinde işçinin işini yapması için *gerekli* olan makine, araba, torna, tezgâh, tamir takımı gibi iş aletleri olarak tanımlanmaktadır. Nitekim "araç" kelimesinin anlamı, Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde de "bir iş yapmakta veya sonuçlandırmakta gücünden yararlanan nesne" olarak ifade edilmiştir.

Şüphesiz aracı sadece gerekçede sayılanlarla sınırlı görmek mümkün değildir. İşçinin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için gerekli olan tüm araçlar bu kapsama girer. Günümüzde özellikle masaüstü ya da dizüstü bilgisayarlar, tabletler, akıllı telefonlar da iş aracı olarak önemli bir yere sahiptirler. Bunun gibi bir motokurye için motosiklet ya da işgörmeye ediminin konusunu taşıma işi oluşturan işçiler için minibüs, kamyon vs. gibi araçlar da iş aracı kapsamındadır. İş görme ediminin konusu ve niteliğine göre işverenin bu araçları işçiye sağlaması gerekir.

İş araçlarını sağlama işverenin yükümlülüğünde olduğu için işveren işin görülmesi için gerekli araçları işçiye sağlamakla yükümlüdür. Bu açıdan işin görülmesi için zorunlu ya da gerekli olmayan ama daha yararlı ya da işin daha rahat yerine getirilmesini sağlayan araçlar ise işverenin yükümlülük kapsamına girmez⁴.

Makine, araba gibi somut varlıkların dışında bazen işçinin gerek kendi geliştirdiği gerekse satın alarak kullanmakta olduğu ya da işveren tarafından temin edilen yazılımların iş görme borcunun yerine getirilebilmesi için kullanılması zorunlu olabilmektedir. Bu durumda bu gibi yazılımların da iş aracı kapsamında sayılması gerekir.

Nitekim Yargıtay'ın 2014 yılında verdiği bir karar⁵ konu uyumsuzlukta, işçinin işgörmeye edimini yerine getirirken kullandığı yazılım şifrelediği için işyerindeki üretim durmuştur. Bu da göstermektedir ki, bazı iş ve işyerleri için bilgisayar programı ister işçiye isterse işverene ait olsun üretim aşamasında işin görülebilmesi açısından oldukça önemli bir yer tutabilmektedir. Bu durum da göz önünde tutulduğunda bize göre, tek başına işin görülmesinde kullanılacak yapıya sahip yazılımların "araç"; buna karşılık tek başına işyerinde yapılan işin görülmesinde bir anlam ifade etmeyen program, kod, veri gibi unsurların ise malzeme olarak sınıflandırılması yerinde olacaktır. Bu bağlamda elektronik araçların işlemini sağlayan yazılımlar da iş araçları kapsamında kabul edilmelidir⁶.

b) Kendi Cihazını Getir Uygulaması (BYOD) Kapsamında Araç

İşyerinde, işçilerin kendilerine ait kişisel bilgisayar, tablet, telefon vb. teknolojik cihazlar ile işyerine gelmeleri ve işverene ait araçlara ek olarak veya bunların yerine kişisel cihazları üzerinden çalışmalarını gerçekleştirmeleri yönünde işverenlerce bir politika izlenebilmesi mümkündür. Nitekim son dönemde bu yönde bir uygulama yaygınlık da kazanmaya başlamıştır. Söz konusu politika ülkemiz uygulamasında "Kendi Cihazını Getir" şeklinde, yabancı kaynaklarda ise çoğu zaman "Bring Your Own Device (BYOD)" olarak adlandırılmaktadır⁷. Bu noktada ifade etmek gerekir ki işçinin kendine ait kişisel teknolojik cihazlar ile iş görme borcunu ifa etmesi tek başına istisna akdinin varlığını göstermemekte⁸, onun işçi niteliğini etkilememektedir.

Kendi Cihazını Getir (BYOD) uygulaması, işçilerin özel yaşamlarında kullanmak için satın

4 Bu konudaki tartışma için bkz. ErfK/Preis, 23. Auflage 2023, BGB § 611a, Rn. 626.

5 Yarg. 9. HD., 29.05.2014, E. 2014/14751, K. 2014/17445, (www.kazanci.com).

6 Kandemir, Murat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, Legal, 2011, 115.

7 Baysal, Ulaş: İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması-Bring Your Own Device (BYOD), Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 40, 2018, 66.

8 Yarg. 10. HD., 15.02.2016, E.2014/22488, K.2014/1895, (www.lexpera.com.tr).

aldıkları akıllı telefon, dizüstü bilgisayar, tablet gibi teknolojik cihazların işveren ile anlaşarak veya işverenin zımni onayı ile iş görme borcunun ifasında da kullanılması anlamına gelmektedir⁹. BYOD kapsamında kullanılan cihazlar işverenin bilgi teknolojileri sistemine ve işyeri altyapısına entegre edilmektedir¹⁰. Ayrıca BYOD uygulaması için yasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bir diğer deyişle bu uygulama tamamen anlaşma temelinde söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu uygulama işverenin gerekli iş araçlarını işçiye sağlama yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Diğer yandan işçilerin inisiyatif olarak iş görme borcunun ifasında doğrudan kendi cihazlarını kullanma hakları da bulunmamaktadır. İşveren özellikle bilgi güvenliği ya da başkaca sebeplerle işçinin kendi cihazını iş görme edimini yerine getirirken kullanmasını istemeyebilir. Bu nedenle işçiler BYOD uygulaması hususunda ısrarcı olamazlar.

İş araçlarının BYOD kapsamında işçiler tarafından temin edildiği hallerde de işverenin telefon, internet vb. bağlantı *masraflarını* karşılamakla yükümlü olduğu tartışmasızdır. Bu durum TBK m. 414'ün bir gereğidir. Gerçekten kanun koyucu bu konuda bir ayırım yapmış, işçinin kendi aracını işverenin işine özgülemesi ve işin ifasında kullanması halinde bunun için bir karşılık ödenmeyeceği konusunda anlaşmaya imkân tanımış, ancak bu iş için işçinin masraf yapması halinde bu masrafa işçinin katlanması yönündeki anlaşmaya izin vermemiştir (m. 414/3). Bu noktada örneğin, işçi evden tele çalışma yaptığında kendi şahsi modemini işverenin işine tahsis edebilir ve bunun için işçiye bir karşılık ödenmeyeceği kararlaştırılabilir, ama iş için gerekli internet bağlantı masraflarına işçinin katlanacağına yönelik anlaşma yapılamaz. Ancak bu bağlantı masraflarında işçinin şahsi kullanımı da olacağı için burada bağ-

lantının ne kadarının hizmette kullanıldığı, yani işverenin işine özgü olarak kullanıldığına tespiti ve buna göre masraf paylaşımı yapılması gerekir. Bu nedenle abonelik maliyetleri ile ilgili olarak, işle ilgili kullanımın toplam kullanımdaki payına dayalı bir maliyet paylaşımı uygun olacaktır¹¹.

Uzaktan çalışmada işçinin iş görme edimini evinde ifa ettiği durumlarda evin kendisi ile evde bulunan eşyalar da iş araç ve malzemesi bağlamında değerlendirmeye tabi tutulabilir. Öncelikle evin kendisinin araç veya malzeme sınıfına girmediğini söylemek mümkündür. Evle ilgili olarak, giderlerin karşılanması (TBK m. 414/1) kapsamında bir değerlendirme yapılabilir. Nitekim öğretide işin görülmesi için evin bir bölümünün özel kullanım bakımından işveren tarafından sınırlandırılması hâlinde işçiye bu nedenle ek ödeme yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Sınırlama yoksa ödeme yapmaya da gerek olmayacaktır¹². Söz konusu ölçüt bağlamında iş amacıyla kullanılan alanın işçi tarafından özel amaçla kullanılması işin gereği veya işveren tarafından sınırlandırılmış ise, işverenin ödeme yükümlülüğü doğacaktır. Çünkü bu durumda işveren, sadece işin yerine getirileceği yeri sağlama masraflarından kurtulmuş olmakla kalmayıp, bu masrafları işçiye yüklemektedir¹³.

Evde yer alan eşyaların iş aracı olarak sınırlandırılması bakımından Alman Rheinland-Pfalz Maliye Mahkemesi (Finanzgericht)'nin bir kararı¹⁴ dikkat çekicidir. Kararda çalışma odasında kullanılan yazı masası, büro sandalyesi, raf, bilgisayar masası ya da abajur gibi nesnelere iş aracı olarak nitelendirilmiştir¹⁵. İşçinin iş görme borcunun ifasında kullandığı bu araçların temini kural olarak işverenin yükümlülüğü altındadır.

9 Bu uygulamanın KVKK boyutu ve işverenin bilgi güvenliğinin sağlanmasına ilişkin açıklamalar için bkz. Özdemir, 30 vd.

10 Wildhaber, Isabelle/ Hansenberger, Silvio: Bring Your Own Device (BYOD), ARV: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, S. 3, 2016, 151.

11 Portmann, Wolfgang/ Wildhaber, Isabelle: Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, Dike, Zürich 2020, 152.

12 Bozkurt Gümrükçüoğlu, 195; Alp 834; Ergüneş Emrağ, Seda, "4857 sayılı İş Kanununun değişik 14. Maddesi İşçinin Tele Çalışma", S. 51, C. 13, Legal İSGHD, 1427.

13 Alp, 834.

14 Finanzgericht Rheinland-Pfalz, 19.01.2012, Az: 4 K 1270/09.

15 Karakoyun, Funda: Home Ofis – Evden Çalışma – Yöntemi ve Vergi Hukukundaki Düzenlemeler, Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, C. 12, S. 29, 2016, 154.

Nitekim İşK m. 14'e dayanılarak hazırlanan Uzaktan Çalışma Yönetmeliği¹⁶ m. 7 uyarınca uzaktan çalışanın mal ve hizmet üretimi için gerekli malzeme ve iş araçlarının, iş sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa işveren tarafından sağlanması esastır. Uzaktan çalışmada tarafların hangi araçların işçi tarafından temin edildiği konusunda anlaşabilmeleri mümkün olduğu gibi, uzaktan çalışmanın doğası gereği işçi evindeki araçları iş görme borcunun ifasında kullandığında işverenin rızasının bulunduğu varsayılabilir. Bu durumda aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, işverenin TBK m. 413/2 uyarınca uygun bir karşılık ödemesi gerekecektir¹⁷.

2. Malzeme Kavramı

Malzeme, TBK m. 413'ün gerekçesinde aracın kullanılması veya işin görülmesi için gerekli olan hammadde, yakıt, su, kömür, tohum ve benzerleri olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda en genel hâliyle malzeme işlenmesi gereken maddeyi, araç ise maddenin işlenmesi için kullanılan nesnelere ifade etmektedir¹⁸.

Pazarlamacının işini ifa etmek için ihtiyaç duyduğu kataloglar ve numuneler, bir kamyonu yük bağlamak için kullanılan halatlar ve zincirler ile işin görülmesi için gerekli özel iş kıyafetleri de malzeme kavramına dâhildir¹⁹.

İsviçre doktrininde *Becker*, bir nesnenin araç veya malzeme olarak nitelendirilmesi bakımından kesin sınıflandırmaların yapılabilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre örneğin makarna, bir aşçı için malzeme niteliğinde iken makarna tanıtımında gezici olarak çalışan ve müşterileri ziyaret eden bir işçi için makarnanın

araç olarak kabul edilmesi mümkündür²⁰.

III. İş Araç ve Malzemelerinin İşçi Tarafından Temin Edilmesinin Şartları

1. İşçi ve İşveren Arasında Bu Yönde Bir Anlaşmanın Varlığı

a) Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere iş ilişkisinde, işin görülmesi için gerekli araç ve malzemeyi kural olarak işveren temin etmek zorundadır. Ancak tarafların anlaşması, bazen de örtülü anlaşma olarak değerlendirebileceğimiz "işverenin rızası" ile gerekli araç ve malzemeyi işçi de temin edebilir. Araç ve malzemenin işçi tarafından temin edilmesi İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkisini ortadan kaldırmamaktadır²¹. Kişisel bir müşteri çevresi olan, kullandığı araç ve malzemeyi de kendisi temin eden bir kişinin işçi niteliği taşımadığı akla gelebilir de salt bu olgulardan hareketle kişinin işçi olmadığını kabulü yanıltıcı olabilir. Öğretide *Erol*'a göre bu durum iş ilişkisinin varlığını tartışma için tek başına yeterli bir ölçüt değildir. Yazarın da isabetle belirttiği gibi, somut olayda "kişisel ve hukuki bağımlılık" varsa araç veya malzemenin kim tarafından temin edildiği önemli değildir²². Dolayısıyla işçinin kendi araç veya malzemesi ile çalışması doğrudan eser sözleşmesinin varlığını göstermemektedir²³. Kaldı ki, yukarıda da birkaç defa belirtildiği gibi TBK m. 413/2'de işçi ve işverenin anlaşması hâlinde işçinin kendi araç veya malzemesini işin görülmesine özgülebileceği açıkça düzenlenmiştir²⁴. Bu düzenle-

16 RG: 10.03.2021/31419.

17 Bkz. IV, 2.

18 *Becker*, Herman: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi (Çev. A. Suat Dura), Yargıtay Birinci Başkanlığı Yayın İşleri Müdürlüğü, 1993, 493.

19 *Stahelin*, Adrian: Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2006, 344; *Rehbinder*, Manfred/ *Stöckli*, Jean Fritz: Berner Kommentar Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, 3. Auflage, Stampfli, Bern 2010, 434.

20 *Becker*, 494.

21 Yarg. 9. HD., 06.10.2008, E.2008/31406, K.2008/25286, (www.kazanci.com).

22 *Erol*, Abdullah: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru, Seçkin, Ankara 2020, 138.

23 Yarg. 10. HD., 15.02.2016, E.2014/22488, K.2016/1895, (www.lexpera.com.tr).

24 İşçi ve işveren arasında yapılacak bireysel bir sözleşme yerine, araç ve malzeme getirme yükümlülüğü ile ödenecek uygun karşılığın toplu iş sözleşmesi ile belirlene-

me de işçinin kendi araç ve malzemesini işin görülmesine özgüleyebileceğini, bu durumun onun işçilik niteliğini etkilemediğini göstermektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 413/2'nin lafzından da anlaşıldığı üzere işveren işçinin kendi araç ve malzemesi ile çalışmak istemesini kabul etmek zorunda olmadığı gibi işçi, işverenin emir ve talimatıyla iş araç ve malzemesi getirmekle yükümlü tutulamaz. Tarafların araç ve malzeme temini üzerinde karşılıklı olarak iradeleri uyuşmamışsa veya bu konuda yerel bir âdet mevcut değilse işçi, iş araç ve malzemesini sağlamayı reddedebilir. Bir başka deyişle araç ve malzemelerin işveren tarafından sağlanması yönündeki temel kuraldan sapabilmek için, düzenlemede zikredilen iki ihtimalden birinin mevcudiyeti zorunludur. TBK m. 413/2'nin metninde açıkça işçi ile işverenin bu konuda anlaşması gerektiği düzenlendiğinden işverenin masrafları karşılamak kaydıyla olsa dahi yönetim hakkına dayanarak işçiyi tek taraflı olarak araç ve malzeme temin etme yükümlülüğü altına sokamayacağı kabul edilmelidir²⁵. İşveren işçinin bu isteği reddetmesi sebebiyle işçinin iş sözleşmesini feshedemeyeceği gibi, işçinin araç ya da malzeme sağlamaması sebebiyle iş görme edimini yerine getirmede temerrüde düşütüğünden de söz edemeyecektir.

b) Anlaşmanın Hukuki Niteliği

İşçi ile işveren arasında araç ve malzemenin işçi tarafından temin edileceğine yönelik yapılan anlaşmanın hukuki niteliği, kaynağını TBK m. 413/2'den alan isimli bir sözleşme²⁶ olarak açıklanabilir. Kanunda bir sözleşmenin esaslı unsurları düzenlenmiş olmakla birlikte bu sözleşme türü için herhangi bir adlandırma yapılmamış olması onun isimli sözleşme olma niteliğini etkile-

memektedir²⁷. TBK m. 413/2'de işçi ve işverenin anlaşması hâlinde işçinin kendi araç veya malzemesini işin görülmesine özgüleyeceği, işverenin de bunun için işçiye uygun bir karşılık ödeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla isimli sözleşmeler için gerekli unsurlar bu düzenlemede mevcuttur.

Taraflar arasında böyle bir anlaşma yapıldığı takdirde taraflar arasında hâlihazırda var olan iş sözleşmesinin yanında bir de işçinin araç veya malzeme temin etmesine yönelik bir başka sözleşmenin daha yapıldığını, bu iki sözleşmenin de aralarındaki bağlantı nedeniyle "birleşik sözleşme" niteliği kazandığını söylemek mümkündür.

Birleşik sözleşmeler, bağımsızlıklarını koruyan fakat geçerlilikleri birbirlerine bağlı sözleşmelerin bir araya gelmesi ile kurulan sözleşmelerdir²⁸. Birleşik sözleşmelerde hukuki nitelikleri veya özellikleri birbirinden bağımsız birden fazla sözleşmenin, yine kendi nitelik ve özelliklerini kaybetmeksizin tarafların iradesi ile birbirine bağımlı hale getirilmesi söz konusudur. Birleşik sözleşmeleri oluşturan sözleşmelerin her birine kendilerine özgü kurallar uygulanmalıdır²⁹. İşçiye lojman (konut) tahsisli iş sözleşmesinde kira sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasında kurulan ortak amaç bu kapsamda örnek olarak gösterilebilir³⁰. Birleşik sözleşmeyi meydana getiren farklı sözleşmeler kendi özelliklerini koruyor olsalar da birbirlerine olan bağılıkları nedeniyle birinin ortadan kalkması diğerinin de hüküm ifade etmemesine neden olur³¹. Ayrıca bu bağıllık taraflar arasında açıkça veya örtülü olarak kararlaştırılmış olmalıdır. Tarafların iradesi açıkça anlaşılamiyorsa bir sözleşmenin edimlerinin diğer sözleşmeden sağlanan yararlar ile tayin edilip edilmediği değerlendirilebilir³².

bilmesi de mümkündür, Reh binder/Stöckli, 436; Staehe lin, 346.

25 Baysal, 67; Wildhaber/Hansenberger, 154.

26 İsimli ve isimli sözleşme ayırımı ve önemi hakkında bkz. Oktay, Saibe: İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHF M, C. 55, 1996, 263 vd.; Ercoşkun Şenol, Kübra; Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İÜHF M C. LXXIV, S. 2, 2016, 719-720.

27 Oktay, 264.

28 Oktay, 275; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 12. Bası, Vedat, İstanbul 2014, 48; Ercoşkun Şenol, 720.

29 Antalya, Osman Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Ankara 2019, 278.

30 Antalya, 278.

31 Oğuzman/Öz, 48.

32 Erdenk, Erdem: İş Hukukunda İsimli (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler, Legal, İstanbul 2008, 73.

Araç veya malzemenin işçi tarafından temin edileceğine dair sözleşme ile iş sözleşmesi arasındaki ilişki birleşik sözleşmenin niteliği dikkate alınarak değerlendirildiğinde; işçinin araç veya malzeme temin etmesinin, iş sözleşmesi kapsamında iş görme borcunu yerine getirebilmesinin ön koşulunu oluşturduğu görülecektir. Araç veya malzeme işçiye yüklenebilecek bir nedenden ötürü temin edilemez ise bu durumda işçinin iş görme borcunu yerine getirmede kabul edilmez. Gerçekten işçi, yükümlülüğü kapsamında olan araç veya malzemeyi temin etmediği ve iş sözleşmesi bakımından da iş görme borcunu yerine getiremediğinde "iş görme borcuna aykırı" davranmış olacaktır. Birleşik sözleşmelerdeki sözleşmeyi oluşturan her bir sözleşme için o sözleşmeye özgü kuralların uygulanması gereği nedeniyle iş sözleşmesi açısından iş sözleşmesine özgü kurallar uygulanacaktır. Bu durumda ihlalin ağırlığına göre işverenin geçerli ya da haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı doğabilecektir. Ancak işverenin bu fesih hak ve yetkisi de ölçülülük, feshin son çare olması gibi denetimlere tabi olmalıdır. Kural olarak işverenin işçi yerine araç veya malzeme temin ederek iş sözleşmesini devam ettirme yükümlülüğü bulunduğunu söylemek mümkün görünmemekle birlikte somut olayın özelliği de dikkate alınmalıdır. Örneğin, yaz döneminde kendi gitarını getirerek restoranda şarkı söylemek üzere işverenin iş sözleşmesi yapan işçinin gitarının çalınması ya da gitarını kaybetmesi, yeni bir gitar da almaması sonucunda işyerinde şarkı söyleyememesi halinde işveren işçinin iş sözleşmesini görevini yerine getirmemesi sebebine dayanarak feshedebileceği kanaatindeyiz. Buna karşılık ağır bir külfet yüklenmeden araç ya da malzemenin işverence temin edilebildiği ve iş sözleşmesinin varlığını devam ettirebilme olanağının olduğu durumlarda, dürüstlük kuralı gerektiriyorsa ücretin bu yeni duruma göre revize edilmesinin işçi tarafından kabul edildiği ihtimalde iş sözleşmesinin feshi ağır bir yaptırım oluşturabilecektir. Örneğin, iş görme edimini yerine getirirken kendi bilgisayarını kullanan, işverenin bu yönde anlaşma yapan işçinin bilgisayarının

bozulması halinde işveren kolaylıkla bilgisayarı temin edebileceği için iş sözleşmesinin feshi bize göre ağır bir yaptırım olabilecektir. Buna karşılık işverenin istisnai olarak üstlendiği bir proje kapsamında, çok özel ve teknik donanımlara sahip pahalı bir bilgisayarla yerine getirilebilecek bir işin, bu konuda uzman ve söz konusu bilgisayara sahip bir mühendisle, iş aracını kendisinin temin etmesine dayalı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılması halinde iş aracının işçi tarafından temin edilmesi daha önemli hale gelecektir. Böyle bir durumda söz konusu bilgisayarın işçi tarafından temin edilmemesi halinde işverence işçinin iş sözleşmesinin feshi mümkün olabilecektir. Zira işveren bu iş bittikten sonra söz konusu bilgisayara ihtiyaç hissetmeyecek, onun açısından ağır bir külfet yaratacak şekilde bilgisayarın işveren tarafından temin edilmesi beklenemeyecektir.

İşçinin kusurlu olmadığı durumlarda araç ve malzeme sağlama yükümlününün ise işverene geçtiği kabul edilmelidir. Ancak somut olayın özelliği dikkate alındığında bu konuda da farklı değerlendirme yapılmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Araç veya malzemenin tek seferlik işçi tarafından karşılanması kararlaştırılmış ancak sonrasında karşılığı olarak uygun bir bedel işveren tarafından ödenmemiş ise işçinin alacağını bir alacak davası ile talep etme imkânı vardır. Araç veya malzemenin işçi tarafından sağlanması bir sürece yayılmış ve bu süreç içinde uygun bedel işveren tarafından ödenmemiş ise bu durumda işçi ödemelik def'i ileri sürebilir. Bu durumda araç ve malzeme sağlama yükümlününün işverene geçeceği kabul edilmelidir. Araç ve malzeme işveren tarafından sağlanmadığı takdirde işveren temerrüdü söz konusu olacağından işçi çalışmadan ücrete hak kazanacaktır³³.

İşveren temin edilen araç ve malzeme karşılığında yükümlü olduğu ödemeyi yapmaz ise

33 İşveren temerrüdü halinde işçinin çalışmadan ücrete hak kazanacağı yönünde bkz. *Mollamahmutoğlu, Hamdi/Ashtarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 7. Basi, Lykeion, Ankara, 2022, 756.*

işveren "borçlu temerrüdüne" düşer ve işçi ödemezlik def'i ileri sürerek araç ve malzemesini kullanırmayabilir. Bu durumda araç ve malzeme sağlama yükümlülüğü iş ilişkisinin geneli bakımından işverene geçer. Araç ve malzeme işveren tarafından da temin edilmez ve işçinin iş görme borcunu yerine getirmesi mümkün olmaz ise işveren "alacaklı temerrüdüne" düşecektir. Bu nedenle işverenler, işçilerine, görevlerini yerine getirmeleri için ihtiyaç duydukları araçları sağlayabilmek adına yeterli bir araç ve malzeme havuzuna sahip olmaya devam etmelidir. Aksi takdirde işveren, işi kabulde olası bir gecikme riskiyle karşı karşıya kalacaktırlar³⁴.

İş aracının işçi tarafından temin edilmesine ilişkin bir uyuşmazlık ile ilgili olarak Yargıtay'ın 2017 yılında vermiş olduğu bir kararda, işyerinde şoför olarak çalışan işçi ile ayrıca aracını kullanması için ayrı bir sözleşme yapılabileceğine dikkat çekilmiş ve taraflar arasında araçlı şoför temini yönünden sözleşme yapıldığı belirtilmiştir. Yargıtay araç sahibi, işverenin talimatı ile şoförlük hizmetini yerine getiriyor ise burada karma bir sözleşme yapıldığını, aracın kiralınması ve araç sahibinin kendine ait araçla iş görme edimini yerine getirmesi için yapılan sözleşmelerin kira ve iş sözleşmesi olduğunu, bağımlılık unsuru nedeni ile araç sahibi şoför ile aracı kiralayan işveren arasında iş ilişkisi bulunduğunu, işçinin işverene kiraladığı kendi aracında işverenin talimatı ile şoförlük hizmetini yapmasının iş sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmiştir³⁵.

"Karma sözleşmeler" birden fazla sözleşmenin esaslı unsurlarının kanunun öngörmediği biçimde bir araya getirilerek bir sözleşmede toplanması ile kurulmaktadır³⁶. Bir karma sözleşme kurulduğunda artık farklı sözleşmelerin varlığı söz konusu değildir. Farklı sözleşme tiplerinin kaynaşması ile yeni bir sözleşme ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle karma sözleşmeler

birleşik sözleşmelerden farklı olmakla birlikte kimi hallerde birbirlerinden ayırt edilmelerinde güçlük yaşanabilmektedir³⁷. Hatta birleşik sözleşmenin karma sözleşmenin bir türü olduğunu savunan yazarlar dahi bulunmaktadır³⁸. Karma sözleşmelerde çeşitli sözleşme tiplerinde öngörülen unsurlar taraflarca bir araya getirilerek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde olduğu gibi birbirinin karşılığını oluşturmaktadır³⁹. Nitekim bu sözleşmede yüklenicinin borcu inşaatı yapıp teslim etmek, arsa sahibinin borcu ise arsanın mülkiyetini yükleniciye geçirmektir ve iki farklı sözleşme türünün iç içe geçtiği görülmektedir⁴⁰. Araç veya malzeme teminine yönelik sözleşmede yer alan işçinin araç veya malzeme temin etme borcu ile iş sözleşmesinde yer alan işverenin ücret ödeme borcu birbirlerinin karşılığı değildir.

Kanaatimizce taraflar arasında hem iş sözleşmesi hem de örneğin iş görme ediminin konusu olan işin yapılması için zorunlu olan bir iş aracının işverene kiralınması işin bu araçla yerine getirilmesi durumunda taraflar arasında bir karma sözleşmeden ziyade birleşik sözleşmenin bulunduğunu kabul etmek bize daha isabetli gözükmektedir. Çünkü konuları itibarıyla birbirinden farklı iki sözleşme varlığını devam ettirmektedir⁴¹. Diğer yandan işçinin kendi aracını kullanması için mutlaka kira sözleşmesinin kurulmuş olması gerekmemektedir. İşçi tarafından temin edilen araç için uygun karşılık verilmesi TBK m. 413/2 gereğidir. Özel olarak işçi ile işveren arasında kira sözleşmesi yapılmadığı takdirde ilişkinin TBK m. 413/2 kapsamında kurulduğu kabul edilmelidir. Çünkü kira sözleşmesi yapıldığında gerek işçi gerekse işveren açısından birtakım

34 Wildhaber/Hansenberger, 154.

35 Yarg. 9. HD., 30.05.2017, E.2017/4826, K.2017/9393, (www.lexpera.com.tr).

36 Antalya, 278; öğretideki çeşitli tanımlamalar için bkz. Erdenk, 42.

37 Erdenk, 72.

38 Yazarlara ilişkin olarak bkz. Ercoşkun Şenol, 720.

39 Antalya, 278.

40 Yarg. HGK, 28.04.2010, E.2010/193, K.2010/235, (www.lexpera.com.tr).

41 Kira sözleşmesinin, karma sözleşmenin içinde yer aldığı bir duruma örnek olarak kiralananın karşılığı olarak bir iş görme ediminin kararlaştırılması gösterilebilir, bu konuda bkz. Doğan, Murat: Dördüncü Bölüm: Kira Sözleşmesi, "Borçlar Hukuku Özel Hükümler" içinde, (Ed. M. Turgut Öz), Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, 197.

mali yükümlülüklerin doğduğu göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle işçi ile işveren arasında doğrudan bir kira ilişkisinin kurulduğunu söylemek çeşitli hukuki sorunları beraberinde getirebilecek mahiyettedir.

2. Yerel Âdetin Varlığı

Araç veya malzemenin işçinin kendisi tarafından temin edileceğine ilişkin yerel bir âdetin var olması da mümkündür. Nitekim TBK m. 413/1'de anlaşma ya da yerel âdet olmadığı takdirde gerekli araç ve malzemenin işveren tarafından sağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Örneğin, İsviçre Hukuku bakımından verilen bir örnekte oyuncular iş görme edimleri için ihtiyaç duydukları sokak kıyafetlerini genellikle kendileri sağlamakla yükümlüdürler. Söz konusu geleneğin, işçiler üzerinde bir etki yaratabilmesi için işçiler tarafından bilinmesi de gerekmektedir. Çünkü hem İsviçre Borçlar Kanunu'nda hem de Türk Borçlar Kanunu'nda böyle bir şartın varlığı aranmamıştır⁴². Bu nedenle yerel âdetin uygulanabilirliğinden söz edilebilmesi için işçi tarafından biliniyor olması gerekli değildir. Ancak yerel âdet niteliğinde bir uygulamanın olması şarttır.

Orkestra müzisyenlerinin kişisel enstrümanlarını temin etmesi ve kullanması yaygın bir âdettir. Ancak durum piyanistlerde farklıdır⁴³. Bu farklılık bir piyano veya kuyruklu piyanonun taşınmasının zor olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir örnekte, aşçılardan kendi bıçaklarını getirmeleri beklenir. Aynı durum kuaförlerin makasları için de geçerlidir. Odun kırma işlerinde balta, tiyatrodaki modern kıyafetler geleneksel olarak işçiler tarafından sağlanmalıdır⁴⁴. Eve verilen dikiş işinde dikiş makinesi âdet gereği terzi tarafından sağlanmalıdır⁴⁵. Bununla birlikte öğretide de isabetle belirtildiği gibi, bizce de artık uygulaması kalmamış eski âdetlere günün-

müzde dayanılması kabul edilmemelidir, güncel uygulamalar takip edilmelidir⁴⁶. Genel kuraldan ayrılarak araç ve gereçlerin işçi tarafından sağlanmasının âdet olduğundan söz edilebilmesi için titiz bir inceleme yapılması gerekir.

Yerel âdetin varlığı veya anlaşma sonucunda işçiler örneğin, sanatçılar veya müzisyenler, araç veya malzeme sağlamakla yükümlü olabilirler. Bu durumda, aksi yönde bir anlaşma olmadıkça veya tazminat verilmemesine ilişkin de bir yerel âdet bulunmadıkça işveren işçiye uygun karşılık ödemekle yükümlüdür. Yukarıda da belirtildiği gibi, işçinin bu durumu bilip bilmemesi uygun karşılığın doğumu bakımından önemli değildir. Kendi bıçaklarını getirmesi beklenen aşçılar arasında ya da kendi makaslarını getirmesi beklenen kuaförlük mesleğinde veya oyuncunun temin edeceği sokak kıyafetlerinde bu tür karşılıksız uygulama günümüzde geçerlidir.

İşçi, işverenin rızasıyla işin yürütülmesi için araç veya malzeme sağlarsa, aksi kararlaştırılmadıkça veya alışılmış olmadıkça, kendisine kullanıma uygun şekilde bir ödeme yapılmalıdır. İşverenin rızası zımnen de verilebilir⁴⁷. Uygun karşılık ödeme yükümlülüğü için işçinin kendi araç veya malzemesini kullanmak zorunda olup olmasının bir önemi yoktur. Bu konudaki belirleyici faktör, işverenin bu kullanımdan haberdar olup olmadığıdır. Haberdar olup itiraz etmediği takdirde zımni onayın varlığı kabul edilmelidir. Bu nedenle böyle bir durumda işverenin TBK m. 413'e göre uygun karşılık ödeme yükümlülüğü doğar. Öte yandan, işveren işçinin kendi aracını kullandığını bilmiyorsa, ödenecek karşılık vekâletsiz iş görme kapsamında talep edilebilir (TBK m. 526 vd.). Kullanım işverenin olumsuz yöndeki iradesine aykırı şekilde gerçekleşmiş ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulabilecektir (TBK m. 530)⁴⁸.

42 *Rehbinder/Stöckli*, 435.

43 *Demircioğlu, A. Murat/ Centel, Tankut/ Kaplan, Hasan Ali: İş Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul 2021, 127.

44 *Demircioğlu/Centel/Kaplan*, 127.

45 *Becker*, 494.

46 *Brunold, Fadri: Die Arbeitsauslagen im Schweizerischen Individualarbeitsrecht*, Stampfli, 2014, 142.

47 *Portmann/Wildhaber*, 150.

48 *Rehbinder/Stöckli*, 435; bkz. VI, 2, b.

3. Sadakat Borcu Gereği

Sağlanan araç veya malzeme uygun niteliğe sahip değilse işveren, TBK m. 408 uyarınca işi kabul etmekte temerrüde düşmektedir. Kanuna göre, "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. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir." (m. 408). Bu durumda işverenin kusuru ile işçinin iş görme edimini yerine getirmesini engellemesi söz konusu olmaktadır. Bu gibi durumlarda, işçinin iş araç ya da malzemesini tedarik yükümlülüğü yoktur ve işçi ücretini işverenden talep etme hakkına sahiptir. Ayrıca işçinin bu nedenle kaçırılan çalışma saatlerini telafi etmesi de işveren tarafından talep edilemez. Bazı durumlarda ise işçinin sadakat borcu işçiyi pozitif bir eyleme zorlayabilir⁴⁹. Ancak bu durum sadakat borcu nedeniyle işverenin meşru menfaatleri için işçinin maddi durum veya sağlık açısından kendini feda etmesi anlamına gelmemektedir⁵⁰. Buna karşılık kimi hâllerde işçi sadakat borcu nedeniyle işverene ihtar çekmek veya eksik olanı temin etmek zorunda kalabilir⁵¹.

Sadakat borcu nedeniyle işçi, belirli koşullar altında iş aracı veya malzemesi açısından eksik olanı ilgili bir anlaşma veya yerel âdet olmaksızın tedarik etmek zorunda kalabilir. Örneğin, işçi iş görme borcunu işyeri dışında bir yerde ifa ediyorsa, işverenin bu araç ve malzeme sağlama olanağı yok, işin görülmesi gerekli ve araç veya malzemenin değeri düşükse böyle bir durumun varlığı söz konusu olabilecektir⁵². Diğer yandan dürüstlük kuralı gereği araç veya malzemenin kim tarafından sağlanacağından emin olamadığı

durumlarda, kendi temerrüdünün rizikosunu taşımak istemeyen işçinin araç ve malzeme temin ederek kanun maddesi kapsamında tazminat talep edebileceğini kabul etmek gerekir⁵³.

Uygun araç veya malzeme eksikliği varsa, şartlar elverdiği ölçüde işçi, işverene söz konusu eksiklik ile ilgili olarak dürüstlük kuralı gereği bir hatırlatma yapmalıdır⁵⁴. Diğer yandan gerekli araç veya malzeme işveren tarafından sağlanmıyorsa ve işçi tarafından temin edilebilmesi işçiden beklenebilecek ölçüde kolaysa, sadakat borcu nedeniyle işçiden eksik olanı tamamlaması beklenebilir. Bu durumda işçi, ilgili masrafların geri ödenmesine TBK m. 413 kapsamında hak kazanır. İşverenin, gerekli araç ve malzeme işçinin ihtarına rağmen temin etmediği ve temin edilmesinin işçiden beklenebileceği durumlarda işverenin işi kabulde temerrüdü söz konusu olacaktır⁵⁵.

Doktrinde sadakat borcu kaynaklı olarak işçi tarafından temin edilen araç ve malzemenin TBK m. 413 değil, TBK m. 414 kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Buna göre işçi istisnai durumlarda, örneğin farklı bir işyerinde malzeme eksikliği söz konusu olduğunda anlaşma veya yerel âdet olmaksızın kendi araç veya malzemesini temin etmek durumunda kaldığında bu konuda bilgi sahibi olmayan işverenin TBK m. 413'e göre değil, gerekli giderin karşılanmasını öngören TBK m. 414'e göre tazminat ödemekle yükümlü olduğu kabul edilebilir⁵⁶.

Kanaatimizce bu durumda farklı ihtimaller gözetilerek çözüm yoluna gidilmesi daha adil gözükmemektedir. Şöyle ki işçi araç veya malzemeyi sıfırdan satın almak durumunda kalmış ise bu durumda TBK m. 414 uyarınca giderlerin karşılanması kapsamında işçiye ödeme yapılabilir. Bu ihtimalde temin edilen araç veya malzemenin

49 Pellascio, Michel: OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2023, 984.

50 Brunold, 73.

51 Rehbinder/Stöckli, 434.

52 Brunold, 140.

53 Becker, 493.

54 Staehelin, 345; işverenin söz konusu eksiklik ile ilgili bilgi sahibi olduğu açıkça, ihtar gerekliliği hususunda bkz. Portmann/Wildhaber, 150.

55 Staehelin, 345.

56 Streiff, Ullin/ von Kaenel, Adrian: Arbeitsvertrag Praxis-kommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2005, 330.

mülkiyeti işverene geçecektir. Buna karşılık kendisine ait olan araç veya malzemeyi kullandığında işçiye TBK m. 413/2 kapsamında uygun bir karşılık ödenmesi yeterli olacaktır⁵⁷.

Diğer yandan araç ve malzemenin sadakat borcu kapsamında işçi tarafından temin edilmesi ihtimalinin, işverenin talimatının bulunmadığı hâllerde araç ve malzeme temin edilmesi ihtimalinden ayrı tutulması gerekmektedir. İkinci ihtimalde yapılacak ödeme vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanırken ilk ihtimalde TBK m. 413 ve m. 414'e dayandığının kabulü yerinde olacaktır. İşverenin söz konusu eylem hakkında açıkça rızasının bulunmadığı biliniyorsa, bu durumda işçinin sadakat borcu gereği araç veya malzeme temin etmesi gerektiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

4. İşçinin Kendi Araç ve Malzemesini Kullanmasının İşveren Tarafından Yasaklanmamış Olması

İşverenin yönetim hakkı çerçevesinde işçinin kendi araç veya malzemesini kullanmasını sınırlaması veya yasaklanması mümkündür. İşveren açısından veri güvenliği sebebi ile ya da kişisel verilen korunması amacıyla işverenin bu yönde yasaklamalar getirmesi mümkündür. Gerçekten işçinin kendi şahsi telefonu ile müşterileri araması, iş görme ediminin yerine getirilmesi sırasında bu telefonu kullanması işçinin işverenin müşterilerinin kişisel verilerini elde etmesine neden olacaktır. Özellikle de bazı verilerin sim kart yerine telefon cihazına kaydediliyor oluşu işverenin gizli bilgilerinin işçinin telefonunun hafızasına kaydedilmesini sağlayabilecektir. Aynı durum işçinin şahsi bilgisayarını kullanması durumunda da gündeme gelebilecektir. Bu nedenle işverenin bu yönde yasaklamalar getirmesinde haklı menfaati vardır ve işçinin bu yöndeki talimatlara uyması gerekir. Aksi durum işçi hakkında yaptırımlar uygulanmasına neden olur. Bu nedenle işçinin ken-

di araç veya malzemesi ile çalışması yönündeki talebi işveren tarafından kabul edilmek zorunda değildir.

Ayrıca şunu da ekleyelim ki, işverenin yönetim hakkı kapsamında kullanımına izin verdiği işçiye ait araç veya malzemenin yalnızca işin ifasında kullanılmasını talep etmesi mümkündür. Ancak bu talep kişi dokunulmazlığına, özel hayatın gizliliğine, haberleşme hürriyetine, eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmemelidir. İşçinin kendi telefonundan veya bilgisayarından özel amaçlı internete bağlanmasında problem gözüküyor gibi olsa da artık nesnelere interneti konsepti çerçevesinde "cihazların kendi aralarında iletişim kurabilmesi" de söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle özel amaçlı kullanımların kısıtlanmasında işverenin meşru menfaatinin olduğunu savunmak günümüzde hukuka uygunluk bakımından daha kolay gözükmektedir.

5. İşçi Tarafından Temin Edilen Araç ve Malzemenin Ölçülülük Açısından Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi TBK m. 413/1 uyarınca, aksine anlaşma yoksa işveren iş için gerekli araç ve malzemeleri temin etmek zorundadır. Doktrinde, bizce de haklı olarak, Türk Borçlar Kanunu m. 413'te yer alan bu hükümlerden yola çıkarak araç ve malzeme sağlamanın maddi yükünün işçi üzerinde bırakılabileceği, bu durumda işverenlerin araç veya malzemeyi temin etmek istemeyecekleri ifade edilmekte ve hüküm eleştirilmektedir. Eleştirinin kökeninde TBK'nın eşit konumda bulunanlar arasındaki ilişkileri düzenlediği, araç ve malzeme temini hususundaki düzenlemelerin işçiyi koruyucu şekilde İş Kanunu'nda yer alması gerektiği düşüncesi yatmaktadır⁵⁸.

TBK m. 413/2'de taraflar arasında "kararlaştırıldığı" takdirde işçi tarafından temin edilen araç ve malzeme için işverenin herhangi bir karşılık ödeyebileceği düzenlenmiştir. Hammaddede gibi tüketilebilen malzemeler veya projeksiyon cihazı

57 Benzer görüş için bkz. *Probst, Dominik, Arbeitsvertrag, Boris Etter, Nicolas Facincani, Reto Sutter (Ed.), Stampfli, Bern 2021, 262.*

58 *Erol, 138.*

gibi kullanım ömrü belli olan araçlar bakımından madde metninin "lâfzî" problem teşkil etmektedir. Bu bağlamda işçi tarafından işverenin talebi üzerine sıfırdan satın alınarak hayatın olağan akışına aykırı şekilde temin edilen araç ve malzeme bakımından da İş Hukukunun temel mantığına ve işçiyi koruyucu niteliğine aykırı bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Söz konusu ihtimaller İş Hukukunun işçiyi koruyucu niteliğinin işveren tarafından "dolanılmasına" hizmet edebilir niteliktedir.

Kanaatimizce işçi tarafından karşılıksız şekilde sağlanabilecek araç ve malzeme hâlihazırda işçinin elinde olan; elinde olması ve işveren ile paylaşması hayatın olağan akışına uygun olan araç ve malzemeler olarak kabul edilmelidir. Hayatın olağan akışına uygun olmayacak şekilde araç ve malzeme sağlandığı durumlarda ise ölçülülük denetimi yapılmalıdır. Kanundaki bu düzenleme işçiye aşırı yük yüklememeli, böyle bir anlaşma söz konusu ise dürüstlük kuralı gereği araç ya da malzemenin işçi tarafından karşılanacağına ilişkin hükmün geçersiz olacağı kabul edilmelidir⁵⁹. Örneğin, işçinin işe girişini son teknoloji ürünü oldukça pahalı bir bilgisayarı temin etmesine bağlamak iş sözleşmesinin niteliğine aykırı kabul edilmelidir. Zira iş sözleşmesinde asıl olan işçinin iş görmesi, işverenin de ona iş vermesi, bunun için de işletmenin kaynaklarını kullanması, yani işyerini hazır etmesi, hammadde, enerji, gerekli araç ve gereçleri işçiye sağlamasıdır⁶⁰. TBK m. 413'teki hükümden yararlanarak bu rolleri tersine çevirecek şekilde işçiye aşırı yük yüklenmemelidir. Bu bağlamda bizce yukarıda verdiğimiz örnekte bilgisayarın alınma tarihi, taksit sayısı gibi veriler inceleme sırasında ölçüt olarak kullanılabilir. TBK m. 413'te yer alan düzenlemenin işveren tarafından kötüye kullanılmasına bu şekilde engel olunabilecektir.

59 Dürüstlük kuralının sözleşmeler üzerindeki etkisi için bkz. Güzel, Ali/ Ugan, Deniz: İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, MÜHFHAD, S. 1, C. 20, 2014, 35.

60 ErfK/Preis, 23. Auflage, 2023, BGB § 611a Rn. 625.

IV. İşverenin İşçiye Uygun Bir Karşılık Ödemesi

1. Yapılacak Ödemenin Hukuki Dayanağı

Türk Borçlar Kanunu m. 413/2'de işçinin işveren ile anlaşarak işin ifası için kendi araç veya malzemesini temin ettiği durumlarda, aksi kararlaştırılmadıkça veya bu yönde yerel âdet bulunmadıkça işverenin temin edilen araç veya malzeme için işçiye uygun bir karşılık ödeyeceği hüküm altına alınmıştır. İşverenin ilgili madde kapsamındaki uygun bir karşılık ödeme yükümlülüğü kural olarak işçinin kendi araç veya malzemesini temin etmesine açık veya zımni olarak rıza gösterdiği yani bunu bildiği hâllerde söz konusu olacaktır⁶¹.

Araç veya malzemenin işçi tarafından temin edilmesi karşılığında işveren tarafından yapılması öngörülen ödeme TBK m. 413/2'de "uygun bir karşılık" olarak ifade edilmiştir. Madde metninde uygun bir karşılığın nasıl hesaplanacağı veya hukuki niteliğinin ne olduğuna ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Yukarıda ifade edildiği gibi işçi ve işveren arasında araç veya malzemenin işçi tarafından temin edileceğine ilişkin yapılacak bir sözleşme, kaynağını TBK m. 413'ten alan isimli bir sözleşmedir. Sözleşmenin asli edimlerini işçinin araç ve malzeme sağlaması ile işverenin bunun karşılığında uygun bir ödeme yapması oluşturmaktadır. Bu nedenle ödenecek uygun karşılık tazminat niteliğinde bir ödeme değildir.

Zorunlu harcamaların kısmen veya tamamen işçi tarafından karşılanmasına ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğunu düzenleyen TBK m. 414/3 hükmü ile kendi araç veya malzemesini işin görülmesine özgüleyen işçiye, bu yöndeki bir anlaşmanın varlığı veya yerel âdetin bulunması hâlinde işveren tarafından uygun bir karşılık ödenmeyebileceğini düzenleyen TBK m. 413/2

61 Streiff, Ullin/ von Kaenel, Adrian/ Rudolph, Roger: Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2012, 486.

hükmü arasında bir ilişki sorunu bulunmaktadır⁶². İlk bakışta iki hüküm arasında bir tutarsızlık varmış gibi görünmektedir. Halbuki TBK m. 414 genel olarak işin görülmesinin gerektirdiği giderlerin (masrafların) geri ödenmesini, TBK m. 413/2 ise iş araç ve malzemelerinin temini karşılığında belirlenecek uygun bir karşılığın işçiye ödenmesini düzenlemektedir. Bu durumda TBK m. 413, m. 414'e göre özel hüküm mahiyetindedir⁶³. İki hüküm arasındaki farklılıklar nedeniyle araç ve malzeme sağlanması karşılığında ödenecek uygun karşılık ile bu araçların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan gider kavramları iyi şekilde ayrıştırılmalıdır.

2. İşçiye Yapılacak Uygun Ödeme Bakımından Özel Durumlar

a) Araç veya Malzemenin İşçi Tarafından Satın Alınarak Temin Edilmesi

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda işçiye uygun karşılık ödenmesi işveren bakımından bir zorunluluk idi. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda aksi kararlaştırılmışsa veya yerel âdet varsa işçiye ödeme yapılmaması mümkün hale gelmiştir⁶⁴. Kanaatimizce ödeme yapılmamasına ilişkin anlaşmalar kapsamında işçi tarafından sağlanacak araç veya malzeme bakımından maddi olarak bir üst limit düzenlenmesi isabetli olurdu. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, özellikle işçi tarafından yalnızca söz konusu işin ifası nedeniyle satın alınarak temin edilecek yüksek maliyetli araç veya malzemenin masraflarını hakkaniyete aykırı olarak işçiye yükleyen sözleşme hükümlerine mutlak bir geçerlilik tanınmamalıdır⁶⁵.

Türk Borçlar Kanunu m. 413'ün gerekçesinde kömürün malzeme niteliğinde olduğu ifade

edilmiştir. İşçi ve işveren örneğin kömürün bir malzeme olarak işçi tarafından temin edileceği ve karşılığında ödeme yapılmayacağı üzerinde anlaşılırsa bunun sınırının ne olacağına ilişkin TBK'da açıklık bulunmamaktadır. İşyerinin bir termik santral olduğu varsayımında termik santralin kömür ihtiyacının işçiler tarafından karşılanması mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bu örnek karşısında dürüstlük kuralı gereği karşılık ödenmeden sıfırdan satın alma yoluyla temin edilecek araç ve malzemeler bakımından bir sınır getirilmesi gerektiği şüphesizdir.

Türk Borçlar Kanunu m. 414/3 giderlerin işçi tarafından karşılanmasını yasaklarken TBK m. 413/2 özel nitelikli bir hüküm olarak işçi tarafından temin edilen araç ve malzeme için uygun bir karşılık ödenmeyebileceğini düzenlemiştir. Her ne kadar TBK m. 413/2, TBK m. 414/3'e göre özel bir hüküm olsa da TBK m. 414/3 ile hedeflenen amacı dışlar şekilde kullanılmamalıdır. Araç veya malzemenin işçi tarafından satın alınarak temin edilmesi işverenin talebi ile olduysa bu durumda somut olay ayrıntılı şekilde incelenmelidir. *Yavuz/Acar/Özen'e* göre ise araç ve malzeme işçi tarafından sağlandığında, uygun tazminat dürüstlük kuralına göre işçinin yapmış olduğu harcama miktarına göre belirlenmelidir. İşçi tazminat ile ne kazanç sağlamalı ne de zarara uğramalıdır. İşçiye ait araçların kullanılmasından doğan aşınma veya yıpranma payının tazmin edilme imkânı bulunmaktadır⁶⁶.

Kanaatimizce işçinin altına girdiği maddi yükün hayatın olağan akışına aykırı olduğu sonucuna varıldığı takdirde TBK m. 502 ve devamında yer alan vekâlet hükümleri geçerli olmalıdır. Bilindiği gibi vekâlet sözleşmesinin tarafların açık irade beyanları ile kurulması gerekmektedir⁶⁷. Ayrıca TBK m. 510/1 uyarınca vekâlet veren, vekil-

62 Bu konuda açıklamalar için bkz. *Özdemir*, 24-25.

63 *Brunold*, 148.

64 *Caniklioğlu*, Nursen: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2012, 105.

65 *Alp*, Mustafa: *Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)*, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta, 2011, 832.

66 *Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak*: Türk Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, 515.

67 *Erkan*, Vehbi Umur: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları, AÜHF, S. 2, C. 62, 2013, 445.

lin yaptığı giderleri ödemekle yükümlüdür. Tüm bu hükümler dikkate alındığında işin görülmesi için gerekli araç veya malzemeyi temin etmek zorunda kalan işçiye iyi niyetle ödediği para tutarı işverence ödenmelidir. Ancak bu durumda temin edilen araç veya malzemenin mülkiyeti işverene ait olacaktır. Buna karşılık bir zorunluluk olmadıkça işverenin onayı olmadan işçi kendisi sıfırdan araç veya malzeme satın alarak temin etmemelidir. Çünkü bu durumda TBK m.413 uyarınca, işveren bu araç ya da malzemenin işverenin işine özgülenmesi halinde yapılan harcamayı, yani araç ya da malzemenin bedelini değil yalnızca yıpranma bedelini (amortisman) ödemekle yükümlüdür. Daha açık deyişle dürüstlük kuralı aksi sonuca ulaşmayı gerektirmedikçe işçi araç veya malzemenin satın alma bedelini talep edemeyecektir.

Yargıtay 7. HD'nin 2014 yılında verdiği karara konu olan bir uyuşmazlıkta da benzer bir durum söz konusudur. Karar metninde, somut olayda davacının alacaklı olduğunu ve çalıştığı şirket yararına aldığını iddia ettiği diz üstü bilgisayar karşılığının alacak hesabında göz ardı edilmiş olduğu, mahkemece davacının şirket adına bedelini ödeyip aldığı diz üstü bilgisayar bedelinin de yapılan masraflar içinde değerlendirilip dava konusu alacak miktarına eklenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁸. Böylece işçi tarafından temin edilen araç veya malzemenin satın alma bedelinin somut olayın koşulları değerlendirilerek işverene yüklenebilmesi ihtimali bir yargı kararına yansımıştır.

Kendi cihazını getir (BYOD) uygulaması yönünden inceleme yapılacak olursa, BYOD kapsamında kurulan bir ilişkide temin edilen aracın satın alma maliyetinin en azından bir kısmı işçi tarafından karşılanmış olmalıdır. Aksi hâlde zaten BYOD söz konusu olmayacaktır. İşveren bu maliyete doğrudan katkıda bulunabilir veya BYOD kullanımı süresince yıpranma bedeli mahiyetinde periyodik olarak orantılı bir miktar ödeme ya-

pabilir. Ancak nihayetinde kavram olarak BYOD, işçinin sahip olduğu kişisel bir cihazın işverenin işine özgülenmesini öngörmektedir⁶⁹.

b) İşverenin Rızası Olmadan Kendi Araç veya Malzemesini Kullanım Halinde Uygun Karşılık

İşverenin açık veya zımni rızası ile araç veya malzemenin işçi tarafından temin edilmesi durumunda Türk Borçlar Kanunu m. 413 hükmünün uygulama alanı bulacağı daha önce de ifade edilmişti. Bunun gibi işçi sadakat borcu nedeniyle kendi araç veya malzemesini kullanmak durumunda kalırsa yine TBK m. 413 hükmü uygulanmalı ve işçiye temin ettiği araç veya malzeme karşılığında uygun bir karşılık ödenmelidir. Gerçekten sadakat yükümlülüğü işçinin kendi araç veya malzemesini kullanmasını gerektirdiği takdirde işçiye yapılacak ödemenin vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanması yerinde olmayacaktır⁷⁰. Buna karşılık işveren, işçisinin kendi araç veya malzemesini kullandığını bilmiyorsa ve önceden bu ihtimale yönelik olarak işveren tarafından herhangi bir irade açıklaması söz konusu değilse, işçiye sağlanacak karşılık TBK m. 526 ve devamında düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanmalıdır⁷¹.

TBK m. 529 uyarınca "İş sahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, iş görenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür." Eğer işveren, işçinin kendi araç veya malzemesini kullanmasını açıkça yasaklamış ise bu durumda yalnızca TBK m. 530'da düzenlenmiş olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri geçerli olmalıdır⁷². Nitekim TBK m. 530 uyarınca iş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, iş görenin

69 Wildhaber/Hansenberger, 156.

70 Becker, 494-495; Pellascio, 984.

71 Brunold, 146.

72 Rehbinder/Stöckli, 435.

68 Yarg. 7. HD., 14.04.2014, E.2014/845, K.2014/7957, (www.legalbank.net).

masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.

Doktrinde işverenin aracın kullanılmasını yasakladığı ancak aracın kullanılmasının gerekli olduğu hâllerde işçinin TBK m. 414'e göre tazminat talebinde bulunulabileceği ifade edilmektedir⁷³. İşverenin araç ve malzeme kullanımına ilişkin rızasının TBK m. 414 hükmünün uygulanmasında mutlak şekilde gerekli olmadığı, belirleyici faktörün aracın kullanılmasının gereklilik ve işe uygunluk bakımından değerlendirilmesi olduğu ileri sürülmüştür⁷⁴. Yani işverenin rızası yok ama işçi yine de masraf yapıyorsa ve yapılan masraf gerekli ise bunların işçiye ödenmesi gerektiği iddia edilmektedir. Ancak bize göre TBK m. 413/2 hükmü tarafların "anlaşmasını" gerekli kıldığından rızaya aykırı kullanım durumunda TBK m. 414 değil, vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanması daha isabetli olacaktır. Nitekim TBK m. 413, m. 414'e nazaran özel hüküm mahiyetine sahiptir.

Bu noktada zımni rızanın kabul edilip edilmeyeceği tartışma konusu olabilir. Bilindiği gibi TBK m. 6 uyarınca, öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır. İşin niteliği gereği araç kullanılması makul karşılanabiliyorsa veya işin niteliği doğrudan bunu gerektiriyorsa işverenin işçinin kendi aracını veya malzemesini kullandığını öngörebildiğinden hareketle bu durumda işverenin zımni rızasının var olduğu kabul edilmelidir⁷⁵. Diğer yandan gerekli olmamakla birlikte kullanıma işveren tarafından bilinmesine rağmen itiraz edilmiyor ve işçide araç veya malzemesini kullanabileceğine dair bir güven oluşuyorsa yine işverenin zımni rızasından bahsedilebilecektir.

Yukarıda sözü edilen durumlar yoksa emir, talimat veya anlaşma bulunmayan herhâlde zımni rızanın varlığından söz edilmesi de mümkün değildir. Zımni rıza istisnai bir durumdur ve zımni

rızanın varlığı, gerektiği takdirde işçi tarafından kanıtlanmalıdır⁷⁶. Ancak açık ya da zımni iradenin yokluğu işçinin kendi araç veya malzemesini işverenin işine özgülemesini karşılıksız da bırakmamalıdır. İşveren işçisinin kendi araç veya malzemesini kullandığını bilmiyorsa bu durumda geri ödemede vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanmalıdır⁷⁷.

3. Uygun Karşılığın Tutarının Belirlenmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 413'te işçi tarafından temin edilen araçlar için yapılacak ödemenin miktarı bakımından bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle işçi tarafından temin edilen araçlar için yapılacak ödemenin miktarının tespiti bakımından farklı görüşler söz konusudur. *Akyiğit*'e göre uygun karşılık tabiri ile kastedilen aracın eskime, aşınma payı olup, uygun karşılığın belirlenmesinde araç veya malzemenin kullanım sıklığı, yıpranma ihtimali ile değerinin ölçüt olarak dikkate alınması yerinde olacaktır⁷⁸. *Alp* ise, TBK m. 413'te miktara ilişkin açıklık bulunmadığından yapılacak ödemenin sözleşme veya geleneğe göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁹. *Probst ve Staehelin*, araçlar için ödenecek uygun karşılığın, kira ilkelerine dayanması gerektiğini öne sürmektedir⁸⁰.

Hemen belirtelim ki bize göre ödenecek bedelin belirlenmesinde kira hükümlerine dayanılmaması gerekir. Şüphesiz işçi ve işverenin, işçi tarafından temin edilecek aracın bir kira sözleşmesi kapsamında temin edilmesi hususunda anlaşabilmeleri mümkündür, ancak kira sözleşmesi yönünde açık bir anlaşma olmadığı sürece kira hükümlerine dayanılması isabetli olmayacaktır. Kanaatimizce TBK m. 413/2'de yer alan "uygun bir

73 *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, 501.

74 *Brunold*, 425.

75 *Rehbinder/Stöckli*, 434.

76 *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, 503.

77 *Rehbinder/Stöckli*, 435.

78 *Akyiğit*, Ercan: Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Seçkin, Ankara 2021, 222; aynı yönde bkz. *Yamakoğlu*, Efe: Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi, On İki Levha, İstanbul, 2020, 104.

79 *Demircioğlu/Centel/Kaplan*, 127.

80 *Probst*, 262; *Staehelin*, 346; Aynı yönde bkz. *Brunold*, 149.

karşılık" ibaresi yıpranma bedelini (amortisman) ifade etmektedir. İşçi genel olarak yapılacak ödeme kapsamında ne zenginleşmeli ne de fakirleşmelidir⁸¹. Bu noktada ifade etmek gerekir ki yıpranma bedeli yalnızca taraflar arasında özel bir anlaşma yapılmadığı durumlarda geçerli olacaktır. TBK m. 413/2 doğrultusunda tarafların daha düşük veya daha yüksek bir miktar üzerinde anlaşabilmeleri mümkündür. Ayrıca ödenecek uygun karşılığa ilişkin hükümler toplu iş sözleşmesinde de yer alabilirler.

Amortismanın sözlük anlamı aşınma, yıpranma payı şeklindedir. Yıpranma bedeli hesabı ile bir sabit varlığın maliyeti dönemlere dağıtılmaktadır⁸². Vergi Usul Kanunu m. 315 dikkate alınarak yapılacak bir normal yıpranma bedeli hesabında sabit varlığın maliyet bedeli ile faydalı ömrü esas alınarak her yıl için eşit tutarlarda yıpranma bedeli belirlenmektedir⁸³. Örneğin, 20.000 TL maliyetli bir makinanın faydalı ömrü 5 yıl ise yıllık yıpranma bedeli $20.000 \text{ TL} / 5 \text{ yıl} = 4.000 \text{ TL}$ olarak hesaplanmaktadır. Varlıkların faydalı ömürlerine ilişkin olarak Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından Amortisman Oranları Tablosu yayınlanmaktadır⁸⁴. Bu tabloda her bir varlığın faydalı ömrü ile normal yıpranma oranı yer almaktadır. Böylece işçi tarafından temin edilen bir aracın yıllık yıpranma bedeli ilgili tabloda yer alan yıpranma oranı esas alınarak belirlenecek, ardından işçinin aracı temin ettiği süreye oranlanarak işçiye ödenecek uygun bir karşılık hesaplanabilecektir.

Diğer yandan gerek faydalı ömrün sonra ermiş olma hâli gerekse enflasyon nedeniyle aracın değerindeki değişimler farklı bir hesaplama yöntemine ihtiyaç gösterebilir. Bu durumda yıpranma

bedelinin enflasyon endeksi yardımıyla hesaplanması faydalı olacaktır. Hesaplama yapılırken enflasyon katsayısı aracın alış bedeli ile çarpılıp çıkan sonuç faydalı ömre bölünecek ve güncel yıpranma bedeli hesaplanabilecektir⁸⁵. Ancak bu hesap önceden satın alınmış olmakla beraber ilk defa kullanılmaya başlanacak araç ve malzeme için adil olacaktır. Eğer daha önce kullanım söz konusu ise hesaplama ikinci el piyasasındaki emsal fiyatlar üzerinden yapılmalıdır.

Doktrinde işçinin işi için hâlihazırda edinmiş olduğu ve daha önce özellikle ucuz bir tedarik işi yoluyla elde ettiği araçların temin edilmesi hâlinde farklı bir durumun söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Buna göre işçinin yapmakta olduğu iş için önceden satın aldığı ve kullanmakta olduğu araç veya malzeme için işçiye yapılacak ödemeler işçiye fayda sağlamış olacaktır⁸⁶. Böylece işçiye ödenecek karşılık nedeniyle işçinin malvarlığında bir zenginleşme söz konusu olacaktır. Hâlbuki yapılacak ödeme neticesinde işçinin zenginleşmemesi veya zarar etmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu görüş Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından tespit edilen "faydalı ömrünü tamamlamış olan araçlar" için doğru olabilir. Bu durumda ödenecek uygun karşılığın tespitinde ikinci el piyasasındaki emsal fiyatlar dikkate alınmalıdır.

İşçi tarafından temin edilecek malzemeler ise niteliği gereği tüketilebilir varlıklar olduklarından araçlarda olduğu gibi malzemelerde yıpranma bedeli söz konusu olmayacaktır. Temin edilen malzeme işin ifası sırasında kullanılarak tüketilecektir. Bu nedenle malzeme için yapılacak ödeme temin edilen malzemenin maliyet fiyatına bağlıdır⁸⁷. İşçi temin ettiği malzemedan ne kar ne de zarar etmelidir⁸⁸. İlgili piyasa koşulları, malzeme karşılığında ödenecek tutarın uygunluğu sorusu-

81 Brunold, 149.

82 Hatipoğlu, Ayşe Gül: Maddi Duran Varlıklarda Amortisman İşlemlerinin Muhasebe Standartları ile Vergi Mevzuatı Açısından İncelenmesi ve Finansal Tablolar Üzerindeki Etkisinin Değerlendirilmesi, SÜİİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, C. 12, S. 24, 2012, 190.

83 Pamukçu, Fatma: Maddi Duran Varlıklarda Amortisman Uygulamasının Türkiye Muhasebe Standartları ve Türk Vergi Mevzuatı Açısından Karşılaştırılması, Muhasebe ve Denetim Bakış, S. 32, 2010, 73.

84 https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/user_upload/Yararli_Bilgiler/amortisman_oranlari.pdf

85 Ögünç, Harun: Faydalı Ömrü Sona Eren Maddi Duran Varlığa Ait Amortisman Giderinin Enflasyon Endeksi Yardımıyla Mamul Maliyetine Yansıtılması, Bartın Üniversitesi İİBF Dergisi, C. 10, S. 20, 2019, 362.

86 Brunold, 149.

87 Staehelin, 346.

88 Probst, 262.

na cevap vermek için bir göstergedir. Prensip olarak, tazminatın hesaplanması için maliyet fiyatı, malzeme tedariki için belirleyicidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 413/2'de yer alan "uygun bir karşılık" ibaresi yıpranma bedelini ifade etmekle birlikte sağlanan araç veya malzemenin kullanımı için yapılan giderleri kapsamamaktadır. Araçların kullanımından doğan giderler TBK m. 414/1 kapsamında karşılanacaktır. Antivirüs programları, ofis programları, internet bağlantı ve abonelik ücretleri, tamir giderleri vb. diğer harcamalar bu kapsamda ele alınmalıdır⁸⁹. Aracın sigorta masraflarından da işveren sorumlu olacaktır⁹⁰. İşçinin işini görmek için ödediği bağlantı veya abonelik ücretleri, elektrik giderleri, teknik destek almasından doğan ücretler, cihazın bozulması hâlinde tamir giderleri ve cihazın çalınması veya kaybolması gibi hâllerde yedek bir cihaz için yaptığı harcamalar da yine bu kapsamda örnek olarak sayılabilir⁹¹.

İşçi tarafından temin edilecek araç ve malzemenin nakil ücreti de gider kapsamında ele alınmalıdır. Yargıtay'ın 2000 yılında verdiği bir kararda⁹² ifade edildiği üzere, "Atölye işyerine iş makinelerini monte eden ve fesih nedeni ile söküp tekrar eski işyerine nakleden davacı işçinin maddi tazminat istemi bir değerlendirmeye tabi tutularak iş makinelerinin nakli ve montaj giderleri; kullanılan süre içindeki yıpranma bedeli; akdin feshi nedeniyle sökülmesi, taşınması ve tekrar monte edilmesi ile sökme ve monte etme arasında geçen süre için mahrum kalınan ücret kaybı tazminat hesabında göz önüne alınmalı, bu konuda gerekirse taraflardan delilleri istenerek bilirkişiden rapor alınmalı ve hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmelidir." Ayrıca her ne kadar TBK m. 413/2 kapsamında uygun bir karşılığın yani yıpranma bedelinin işçiye

ödenmeyebileceği kararlaştırılabilirse de TBK m. 414/1 kapsamında giren giderlerin işçiye ödenmeyeceğine ilişkin yapılacak sözleşmeler TBK m. 414/3 uyarınca "geçersiz" olacaktır. Bu nedenle her somut olayda işin görülmesi için gerekli bir harcama mı söz konusu yoksa işçinin kendi aracını veya malzemesini kullanma olgusu mu mevcut bunun özenle tespiti gerekir.

V. Uygun Karşılığın Ödendiğinin İspatı

Türk Medeni Kanunu m. 6 uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 190/1 uyarınca ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Borçlu, borcun ödeme nedeniyle sona erdiğini ileri sürüyorsa, bu durumda ispat yükü kendisine düşmektedir⁹³. Bu nedenle uygun karşılığın ödendiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

VI. Uygun Karşılığın Ödenme Zamanı ve Ödememenin Sonuçları

1. Sözleşme Devam Ederken

a) Uygun Karşılığın Ödenme Zamanı

Türk Borçlar Kanunu m. 413/2'de araç veya malzeme temin eden işçiye ödenmesi gereken uygun karşılığın ödenme zamanına ilişkin olarak açık bir düzenleme yer almamaktadır. Hâlbuki giderlerin karşılanmasını düzenleyen TBK m. 414/2'de işçi tarafından yapılan giderlerin günlük, haftalık veya aylık olarak ödenebileceği hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce TBK m. 414/2'de yer alan düzenleme TBK m. 413/2 için de

89 Yamakoğlu, 104.

90 Alp, 832.

91 Alp, 834; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku'nda Mukayeseli Bir Değerlendirme, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, İHU Yayınları, İstanbul, 2020, 195.

92 Yarg. 9. HD., 04.12.2000, E.2000/19042, K.2000/18050, (www.lexpera.com.tr).

93 Yarg. HGK, 05.02.2019, E.2017/19-821, K.2019/58, (www.kazanci.com).

kıyasen uygulanmalıdır.

Diğer yandan TBK m. 416'ya göre, "İşçinin yapmış olduğu giderlerden doğan alacağı, daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa, her defasında ücretle birlikte ödenir.../... İşçi, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek için düzenli olarak masraf yapıyorsa, kendisine en az ayda bir olmak üzere belirli aralıklarla uygun bir avans verilir." Bize göre bu hüküm de işçinin kendi araç ve malzemelerini işverene özgülemesi halinde kıyasen dikkate alınmalı ve bir yedek hukuk kuralı olarak, taraflar arasında daha kısa bir ödeme süresi kararlaştırmamışlarsa yıpranma karşılıkları en geç ayda bir ücretle birlikte işçiye ödenmelidir. Dolayısıyla işçi tarafından temin edilen aracın yıpranma bedeli hesaplandıktan sonra anlaşmaya göre günlük, haftalık veya aylık dilimlere bölünerek aracın kullanım süresine göre en geç bir ayın sonunda olacak şekilde, anlaşma yoksa ayda bir ücretle birlikte işçiye ödeme yapılmalıdır. Eğer kullanım bir aydan daha az bir süre devam edecekse, ödeme en geç son kullanım gününün bitiminde yapılmalıdır. Eğer malzeme temin edilmiş ise, bu durumda malzemenin maliyet tutarı ödeneceğinden yapılacak ödeme malzemenin temin edildiği anda muaccel hale gelmelidir kanaatindeyiz.

Bu noktada işçinin işverene özgülediği araç ya da malzeme bedelinin ücretin içinde kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağına da değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Kanaatimize göre bu mümkün olmalıdır. Ancak böyle bir anlaşma varsa bu durumda öncelikle aracın bedelinin ve yıpranma payının hesaplanması, bunun aylık dönemlere göre belirlenmesi, ardından da ücrete eklenmesi halinde araç için işçiye uygun bir karşılık verildiğinden söz edilmesi de mümkün olabilecektir. Diğer yandan işçinin işverene özgülediği araç ve malzeme bakımından işçiye uygun bir karşılık ödenmemesi konusunda anlaşma da yapılabileceğinden buradaki anlaşmanın tam bir karşılık olması aranmayacaktır. Buna karşılık yapılan giderler için böyle bir anlaşma yapılıyorsa, yani giderlerin ücretin içinde işçiye ödeneceğine ilişkin anlaşmalarda daha titiz olunmalıdır. Bu

yöntemle işçinin işin görülmesi için yapmış olduğu zorunlu giderlerinin karşılanıp karşılanmadığı araştırılarak ödendiğinin anlaşılması halinde bu yöndeki uygulamalara izin verilmelidir. Giderlerin her zaman aynı olmaması burada yapılacak kararlaştırmayı zorlaştıracaktır kanaatindeyiz. Ayrıca işçinin eskiden beri çalışmasına rağmen kendisine giderler için ek bir ödeme yapılmadan ek bir anlaşma ile giderlerin ücrete dahil olduğuna ilişkin anlaşmalar da geçerli sayılmamalıdır.

Ekleyelim ki, *uygun karşılık* hesaplanırken işçinin işverene özgülediği aracı kişisel ihtiyaçları için de kullanıyorsa ne kadar işverene özgülediği ne kadar kendi kişisel ihtiyaçları için kullandığı dikkate alınmalıdır. Bu noktada kriter olarak aracın "hizmette" yani "işin görülmesinde kullandığı süre" dikkate alınabilir kanaatindeyiz. Nitekim taşıma araçlarına ilişkin olarak TBK m. 415'te bu yönde bir kriter esas alınmaktadır. TBK m. 415 hükmünün bu konuda kıyasen uygulanması isabetli olacaktır. Fakat bu noktada da işçinin çalışma süresinde bu araçları kesintisiz ve düzenli bir şekilde kullanmasının gerektiği, buna karşılık kişisel ihtiyaçlar için kullanıldığı dönemin, işçinin uyuma, dinlenme, gezme ya da diğer ihtiyaçları da dikkate alındığında sürekli olamayacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle "hizmette kullandığı ölçüde" kriterinde bu hususlar da dikkate alınmalıdır. Bize göre bu konuda bir sınırın düşünülmesi isabetli olacaktır. Daha açık deyişle, 24 saatlik günün örn. 7,5 saatinde aracın işverene özgülendiği geri kalan 16,5 saatinde işçinin ihtiyaçları için kullanıldığı düşünülmemelidir. Asıl olanın işverenin işinde kullanım olduğu, burada işin görülmesi için gerekli olduğu da dikkate alındığında düzenli ve sürekliliğin söz konusu olduğu değerlendirilerek uygun karşılık buna göre tespit edilmelidir.

b) Uygun Karşılığın Ödenmemesinin Sonuçları

Doktrinde *Tunçomağ/Centel* uygun karşılık ödenmediği takdirde işverenin alacaklı temerrü-

düne düşeceğini ifade etmektedir⁹⁴. Kanaatimizce işçiye temin etmiş olduğu araç veya malzeme karşılığında uygun karşılık ödenmez ise ortaya çıkacak sonuç, somut olayın özelliklerine göre farklı ihtimaller gözetilerek değerlendirilmelidir. Temin faaliyeti süreklilik arz etmiyorsa, araç veya malzeme bir kere temin edilmiş ve ardından ödeme yapılmamışsa işçinin bu nedenle çalışmaktan kaçınabilmesi mümkün değildir. Çünkü bu durum işçinin çalışmaktan kaçınmasına imkân veren düzenlemeler olan İşK m. 34, TBK m. 408 veya İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 kapsamına girmemektedir. İşçi iş görme borcunu ifa etmeye devam etmeli veya iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshetmelidir. Şüphesiz işçinin uygun karşılığı talep hakkı da mevcuttur.

Eğer temin faaliyeti süreklilik içindeyse bu durum farklılık arz etmektedir. Yukarıda araç veya malzeme temini için işçi ile işveren arasında kaynağını TBK m. 413'ten alan isimli bir sözleşme yapıldığı ve söz konusu sözleşme ile hâlihazırda var olan iş sözleşmesinin artık "birleşik sözleşme" niteliğini haiz olduğu ifade edilmişti⁹⁵. Bu doğrultuda yapılan isimli sözleşmenin asli edimleri, araç veya malzemenin sağlanması ve karşılığında yapılacak uygun ödemedir. Ödeme yapılmadığı takdirde işçi ödemelik def'inde bulunarak araç veya malzeme teminine son verebilecek fakat yine çalışmaktan kaçınamayacaktır. Bu durumda TBK m. 413/1 uyarınca araç ve malzeme sağlama borcu işverene geçecektir. Bu andan itibaren işveren tarafından araç veya malzeme temin edilmez ise artık "işveren temerrüdü" söz konusu olacak ve TBK m. 408 uyarınca işçi çalışmadan ücrete hak kazanacaktır.

2. Sözleşme Sona Erdikten Sonra

İş sözleşmesi sona erdikten sonra işçi temin etmiş olduğu araç veya malzeme için hâlen işverenden uygun bir karşılık almamış ise bu durumda bir alacak davası açarak alacağını ödenmesini

talep edebilecektir. Araç ve malzeme temini nedeniyle ödenecek uygun karşılık ücret niteliğinde olmadığından dolayı ücrete ilişkin hükümler geçerli olmayacaktır.

VII. Aksi Yönde Bir Anlaşmanın veya Yerel Âdetin Varlığı

Türk Borçlar Kanunu m. 413/1'de anlaşma veya yerel âdetin varlığı hâlinde araç veya malzemenin işçi tarafından karşılanacağı, TBK m. 413/2'de ise yine anlaşma veya yerel âdetin varlığı hâlinde işçiye temin ettiği araç veya malzeme karşılığında ödeme yapılmayabileceği düzenlenmiştir. Araç veya malzemenin işçi tarafından temin edileceğine ilişkin bir anlaşma veya yerel âdetin varlığı, sağlanacak araç veya malzeme için doğrudan ödeme yapılmayacağı anlamına gelmemektedir. Araç veya malzemenin hem işçi tarafından temin edileceğine hem de karşılığında işçiye ödeme yapılmayacağına ilişkin "ayrı anlaşma veya yerel âdete" ihtiyaç vardır. İsviçre hukuku kapsamında verilen bir örnekte, oyuncuların sokak kıyafetlerini sağlamalarına ilişkin geleneğin hem kıyafetlerin oyuncular tarafından temin edilmesini hem de karşılığında işveren tarafından ödeme yapılmamasını kapsamına aldığı ifade edilmektedir⁹⁶.

Türk Borçlar Kanunu m. 413'te yer alan düzenlemeler işçi ve işverene esneklik sağlamaktadır. Bu nedenle bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ile değiştirilebilmeleri mümkündür. TBK m. 414/3'te yer alan ve giderlerin işveren tarafından karşılanması gerektiğine ilişkin düzenleme ise emredici niteliktedir. Taraflar aralarında iş görme borcunun ifası nedeniyle işçi tarafından yapılan giderlerin işçiye geri ödenmeyeceğine ilişkin anlaşma yapamazlar. Her ne kadar iki hüküm arasında bir çelişki varmış gibi gözüküyor olsa da her iki hükmün kapsamına aldığı menfaatler farklıdır, ayrıca TBK m. 413, TBK m. 414'e göre özel hüküm niteliğini haizdir. Bu kapsamda doktrinde örneğin, TBK

94 Tuçomağ, Kenan/ Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Beta, 2022, 165.

95 Bkz. II, b.

96 Reh binder/Stöckli, 436.

m. 413'ün emredici olmamasından yararlanarak tele çalışma için gerekli olan malzeme ve kurum masraflarının hakkaniyete aykırı biçimde tele çalışana yükleyen sözleşme hükümlerine geçerlilik tanınmaması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁷. Çünkü işçinin iş görme edimini yerine getirme sürecinde kullandığı iletişim araçlarının giderleri, elektrik kullanımının bedeli gibi unsurlar TBK m. 414 uyarınca işin görülmesinin gerektirdiği harcamalar kapsamında değerlendirilmelidir⁹⁸. Diğer yandan bu şekilde bir sözleşme hükmünün sözleşme özgürlüğü çerçevesinde geçerli kabul edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir⁹⁹. Ancak bu görüş kapsamında yine de işverenin gerekli çalışma koşullarını sağlama yükümlülüğü, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini alma ve eşit davranma borcu çerçevesinde, işçi tarafından sağlanan araç ve malzemenin çalışma ortamına uyumunun ve bakımının sağlanmasını işçiye bırakamayacağı, yani buna ilişkin masrafları işverenin yüklenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁰. Bize göre de, işin gerektirdiği zorunlu giderler işçiye yüklenemeyeceği için bu masrafların işveren tarafından karşılanması şarttır. Bu konudaki düzenleme emredici olduğu için aksine anlaşma yapılması da mümkün değildir (TBK m. 414/3).

VIII. Uygulanacak Faiz

Araç yıpranma ve malzeme maliyet bedelleri ücret niteliğinde bir ödeme olmadığı, bu ödemelerin gecikmesi halinde uygulanacak faiz için mevzuatta özel bir düzenleme yer almadığından dolayı bu alacak talebi için yasal faiz uygulanmalıdır. Diğer yandan, bir işçilik alacağının toplu iş sözleşmesinden doğması da mümkündür. Toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklar için Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 53/2 uyarınca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz

oranı uygulanmalıdır. Mevzuatımızda işçi tarafından temin edilecek araç veya malzeme karşılığında ödenecek yıpranma bedeline ilişkin olarak toplu iş sözleşmesinde bir hükme yer verilmesine engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir hükme yer verildiği takdirde hükmün niteliği öğreti ve Yargıtay kararları doğrultusunda değerlendirilmelidir.

Öncelikle yasal bir hakkın toplu iş sözleşmesinde tekrar edilmiş olması işletme kredisi faizi yürütülebilmesi bakımından yeterli değildir. Bu tarz, kanuna yollama yapan veya kanun hükmünü tekrar eden hükümler "nötr hükümler" olarak adlandırılmaktadır¹⁰¹. Nötr hükümlere dayanılarak işletme kredisi faizine hükmedilmemektedir¹⁰². Bu doğrultuda örneğin, toplu iş sözleşmesinde yer verilen "uygun karşılık TBK m. 413/2 uyarınca ödenecektir" şeklindeki bir hüküm Kanun hükmünün tekrarı olup işletme kredisi faizi doğurmaz.

Yargıtay'ın 2015 tarihli bir kararında sendika üyesi olduğu anlaşılan davacı işçinin toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bilgisayar ve fotoğraf makinesi yıpranma bedeli alacaklarına 2882 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m. 61 gereğince, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi yürütülmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁰³. Karardan da anlaşılacağı üzere yıpranma bedeli alacağına toplu iş sözleşmesinde yer verilmiş ise bu durumda işletme kredisi faizi geçerli olacaktır. Diğer yandan Yargıtay'a göre kural olarak yasadan ve toplu iş sözleşmesinden doğan miktarlar ayrı ayrı belirlenmeli ve yasadan kaynaklanan için yasal faize, toplu iş sözleşmesi sebebiyle ödenmesi gereken miktar yönünden ise işletme kredisi faizine karar verilmelidir¹⁰⁴. Bu durumda TBK m. 413/2 kapsamında hesaplan-

97 Alp, 832.

98 Alp, 832.

99 Aydınöz, Gonca: İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2014, 140.

100 Aydınöz, 140.

101 Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat / Özkaraca, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta, 2023, 984.

102 Yarg. 22. HD., 09.04.2014, E.2014/6890, K.2014/7587, (www.legalbank.net).

103 Yarg. 9. HD., 01.12.2015, E.2014/21174, K.2015/34121, (www.legalbank.net).

104 Değerlendirmeler için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 1153-1154.

ması gereken normal yıpranma bedeli için yasal faiz, bu bedelin üzerinde bir hak tesis eden toplu iş sözleşmesi hükmünden kaynaklanan fark için de işletme kredisi faizi geçerli olacağı düşünülebilir. Ancak, kanaatimizce TBK m.413/2'de uygun karşılığın hesaplanmasına ilişkin gerek yöntem gerekse miktar bakımından açık bir düzenleme yer almadığından dolayı toplu iş sözleşmesinde yer verilen yıpranma bedelinin tamamı bakımından işletme kredisi faizi geçerli olmalıdır.

IX. SONUÇ

İş ilişkisinde iş görme borcunun ifası için kullanılacak olan araç ve malzeme kural olarak işveren tarafından temin edilmelidir. Araç ve malzeme işçi tarafından temin edilecek ise bu hususta tarafların açıkça anlaşmaları ya da işverenin zımni rızasının varlığı gerekmektedir. Anlaşma yapıldığı takdirde bu anlaşma ile taraflar arasında hâlihazırda var olan iş sözleşmesinin, işin görülmesine ilişkin araç ve/veya malzemenin işçi tarafından karşılanacağına ilişkin ikinci bir sözleşmenin de yapılması ile bu sözleşmelerin "birleşik sözleşme" niteliği kazandığını söylemek mümkündür.

Diğer yandan işin görülmesi için gerekli olan araç ve malzemenin işçi tarafından karşılanacağına ilişkin bir yerel âdet var ise yine araç ve malzeme işçi tarafından temin edilmelidir. Söz konusu uygulama bir hukuk kuralı oluşturacak kadar yaygın bir âdet niteliğinde ise artık bu yerel âdetin varlığının işçi tarafından biliniyor olması gerekli değildir. Bu âdet işçiyi bağlayacaktır. Ancak günümüzde bu gibi uygulamalara sınırlı değer verilmesi, gerçekten yaygın bir âdetse ve iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğine de açıkça aykırı düşmüyorsa bunların kabul edilmesi daha isabetli olacaktır.

İşverenin araç ve malzemenin işçi tarafından temin edilmesine ya da kendi aracını iş görme ediminin yerine getirilmesinde kullanmasına yönelik olarak tek taraflı emir veya talimat verebilmesi mümkün değildir. Araç ve malzemeyi temin eden işçiye, kural olarak, işveren tarafından uygun bir karşılık ödenmelidir. Ancak Kanuna göre

tarafların aksini kararlaştırabilmeleri de mümkündür. Aksinin kararlaştırılması TBK m. 413/2 uyarınca mümkünse de kanaatimizce hayatın olağan akışına uygun olmayacak şekilde araç ve malzeme sağlandığı durumlarda ölçülülük denetimi yapılmalıdır. Kanundaki bu düzenleme işçiye aşırı yük yüklememeli, böyle bir anlaşma söz konusu ise dürüstlük kuralı gereği araç ya da malzemenin işçi tarafından karşılanacağına ilişkin hükmün geçersiz olacağı kabul edilmelidir. Bu bağlamda işçi tarafından temin edilecek araç ve malzemenin maliyeti bakımından maddi bir üst sınırın Kanunda özel olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

İşçi ve işveren arasında araç veya malzemenin işçi tarafından temin edileceğine ilişkin yapılacak bir sözleşme, kaynağını TBK m. 413'ten alan isimli bir sözleşmedir. Sözleşmenin asli edimlerini işçinin araç ve malzeme sağlaması ile işverenin bunun karşılığında uygun bir ödeme yapması oluşturmaktadır. TBK m. 413/2'de yer alan "uygun bir karşılık" ibaresi yıpranma bedelini ifade etmektedir. Ancak, yıpranma bedeli yalnızca taraflar arasında özel bir anlaşma yapılmadığı durumlarda geçerli olacaktır. TBK m. 413/2 doğrultusunda tarafların daha düşük veya daha yüksek bir miktar üzerinde anlaşabilmeleri de mümkündür.

İşçi tarafından temin edilen araç ve malzemenin işyerinde kullanılabilmesi ve karşılığında işveren tarafından ödeme yapılması işverenin kullanım yönündeki açık veya zımni rızasının varlığını gerektirmektedir. İşveren, işçisinin kendi araç veya malzemesini kullandığını bilmiyorsa ve önceden bu ihtimale yönelik olarak işveren tarafından herhangi bir irade açıklaması söz konusu değilse, işçiye ödenecek uygun karşılık TBK m. 526 ve devamında düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanmalıdır. Eğer işveren, işçinin kendi araç veya malzemesini kullanmasını açıkça yasaklamış ise bu durumda yalnızca TBK m. 530'da düzenlenmiş olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bir anlaşmanın varlığına rağmen işçi kendi ku-

suru ile araç veya malzeme temin etmezse ve bu durum işçinin iş görme edimini yerine getirmesini engellerse işverenin haklı nedene dayanarak işçinin iş sözleşmesini İşK m. 25/II/h uyarınca feshetmesi mümkündür. Araç veya malzemenin işçi tarafından temin edildiği hallerde ödenmesi gereken uygun karşılık işveren tarafından ödenmez ise iki ihtimal üzerinden değerlendirme yapılmalıdır. Taraflar araç veya malzemenin tek seferlik işçi tarafından sağlanması üzerinde anlaşmış iseler bu durumda ödemeyi alamayan işçi dava yoluyla alacağını talep edebilir, ayrıca haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshedebilir. Bu durumda işçinin iş görmekten kaçınma hakkı bulunmamaktadır. Eğer araç veya malzemenin işçi tarafından temini süreklilik arz ediyorsa işveren tarafından uygun karşılık ödenmediği takdirde işçi ödemezlik def'i ileri sürebilecektir. Bu durumda araç ve malzeme işveren tarafından sağlanmalıdır.

Son olarak belirtelim ki, iş araç veya malzemelerinin gerek işveren gerekse işçi tarafından temin edilmesi konusunun önemi, farklı çalışma biçimlerinin günümüzde yaygınlaşması ve teknolojinin geçmişe nazaran günümüzde daha hızlı şekilde ilerleme kaydediyor olması ile giderek artmaktadır. Özellikle Covid 19 pandemisi sonrasında uzaktan çalışmaya olan ilginin artması iş araç ve malzemelerinin ne şekilde sağlanması gerektiği, işçinin evinde bulunan bilgisayar, yazıcı, masa, sandalye vb. nesnelere iş görme borcunun ifasında hangi şartlar altında kullanabileceği sorununu da beraberinde getirmiştir. Her ne kadar TBK m. 413'te bu konu hakkında düzenlemeler yer alıyor olsa da özellikle maddi boyutuyla işçi ve işveren arasında uyumsuzluklara neden olmaya müsait böylesine bir konunun sınırlarının net bir şekilde belirlenmesi, işçiyi koruyucu niteliği haiz hükümler ile İş Kanunu'nda düzenlenmesi isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Seçkin, Ankara 2021.
- Alp, Mustafa: Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta, 2011, 795-851.
- Antalya, Osman Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Ankara 2019.
- Aydınöz, Gonca: İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2014.
- Baysal, Ulaş: İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması-Bring Your Own Device (BYOD), Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 40, 2018, 65-75.
- Becker, Herman: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi (Çev. A. Suat Dura), Yargıtay Birinci Başkanlığı Yayın İşleri Müdürlüğü, 1993.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku'nda Mukayeseli Bir Değerlendirme, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, İHU Yayınları, İstanbul 2020, 145-208.
- Brunold, Fadri: Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, Stampfli, 2014.
- Ceylan, Ebru vd.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Ed. M. Turgut Öz), Seçkin, Ankara 2023, 197.
- Chandna-Hoppe, Katja: Essentielle Arbeitsmittel und mobile Arbeit, RdA 2023, 152 (Beck online).
- Caniklioğlu, Nurşen: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul 2012, 78-109.
- Caniklioğlu, Nurşen: Türk Borçlar Kanunu- İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, 10. Yılında İş Kanunu Semi-

- neri, 15 Kasım 2013, İstanbul 2014.
- Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat / Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta, 2023.
 - Demircioğlu, A. Murat/ Centel, Tankut / Kaplan, Hasan Ali : İş Hukuku, 21. Bası, Beta, 2021.
 - Ercoşkun Şenol, Kübra: Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İÜHFMD C. LXXIV, S. 2, 2016, 719-720.
 - Erdenk, Erdem: İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler, Legal, İstanbul 2008.
 - Ergüneş Emrağ, Seda: 4857 sayılı İş Kanununun değişik 14. Maddesi Işığında Tele Çalışma, S. 51, C. 13, Legal İSGHD, 1413-1444.
 - Erkan, Vehbi Umur: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekalet Sözleşmesinde Vekalet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları, AÜHFD, S. 2, C. 62, 2013, 441-472.
 - Erol, Abdullah: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru, Seçkin, Ankara 2020.
 - Güzel, Ali/ Ugan, Deniz: İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, MÜHFHAD, S. 1, C. 20, 2014, 17-66.
 - Hatipoğlu, Ayşe Gül: Maddi Duran Varlıklarda Amortisman İşlemlerinin Muhasebe Standartları ile Vergi Mevzuatı Açısından İncelenmesi ve Finansal Tablolar Üzerindeki Etkisinin Değerlendirilmesi, SÜİİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, C. 12, S. 24, 2012, 185-216.
 - Kandemir, Murat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, Legal, 2011.
 - Karakoyun, Funda: Home Ofis –Evden Çalışma- Yöntemi ve Vergi Hukukundaki Düzenlemeler, Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, C. 12, S. 29, 2016, 141-162.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 7. Bası, Lykeion, Ankara 2022.
 - Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
 - Oktay, Saibe: İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, 1996, 263-296.
 - Ögünç, Harun: Faydalı Ömrü Sona Eren Maddi Duran Varlığa Ait Amortisman Giderinin Enflasyon Endeksi Yardımıyla Mamul Maliyetine Yansıtılması, Bartın Üniversitesi İİBF Dergisi, C. 10, S. 20, 2019, 354-367.
 - Özdemir, M. Erdem: Uzaktan Çalışma Yönetmeliği Karşısında Tele Çalışma, Çimento İşv. D., C. 35 S. 3, Mayıs 2021, 8-41.
 - Pamukçu, Fatma: Maddi Duran Varlıklarda Amortisman Uygulamasının Türkiye Muhasebe Standartları ve Türk Vergi Mevzuatı Açısından Karşılaştırılması, Muhasebe ve Denetime Bakış, S. 32, 2010, 67-84.
 - Pellascio, Michel : OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Baskı, Orell Füssli Verlag AG, 2023.
 - Portmann, Wolfgang/ Wildhaber, Isabelle: Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, Dike, Zürich 2020.
 - Preis, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Auflage 2023, BGB § 611a, München 2023.
 - Probst, Dominik: Arbeitsvertrag, Boris Etter, Nicolas Facincani, Reto Sutter (Ed.), Stampfli, Bern 2021.
 - Rehbinder, Manfred, Stöckli, Jean-Fritz: Berner Kommentar Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, 3. Auflage, Stampfli, Bern 2010.
 - Seiwert, Stefan: Der „neue“ Anspruch auf Bereitstellung essenzieller Arbeitsmittel, RdA 2023, 342, (Beck online).

- Staehelin, Adrian: Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2006. Streiff, Ullin/ von Kaenel, Adrian: Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2005.
- Streiff, Ullin/ von Kaenel, Adrian/ Rudolph, Roger: Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2012.
- Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Beta, 2022.
- Wildhaber, Isabelle/ Hansenberger, Silvio: Bring Your Own Device (BYOD), ARV: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, S. 3, 2016, 151-165.
- Yamakoğlu, Efe: Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi, On İki Levha, İstanbul 2020.
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 17. Baskı, Beta, İstanbul 2021.

Araştırma Makalesi
Sicil, 2024/I Sayı 51: 36-51
Makale Gönderim Tarihi: 13 Mayıs 2024
Makale Kabul Tarihi: 20 Mayıs 2024

Yargı Kararları Işığında Kanuna Aykırı Geçici İş İlişkisinin Sonuçları

Öz

Klasik iş ilişkisinden farklı olarak, işçinin kendi işverenin değil de başka bir işverenin emir ve talimatları ile onun işyerinde iş gördüğü iş ilişkisi, geçici iş ilişkisidir. 4857 sayılı İş Kanunu md. 7'de geçici iş ilişkisi iki türlü düzenlenmiştir. Uygulamada sıklıkla rastlanan geçici iş ilişkisi türü, özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisidir. Bu ge-

çici iş ilişkisi yalnızca faaliyet izni ve geçici iş ilişkisi yetkisi olan özel istihdam bürolarınca kurulabilir. Bunun yanında İşK. md. 7'de geçici iş ilişkisi sebep, süre ve geçici işçi sayısı bakımından da sınırlandırılmıştır. Bu çalışmada, geçici iş ilişkisi için aranan şartlar bulunmadan kurulan geçici iş ilişkisinin sonuçlarına dair bir Yargıtay kararı incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Özel istihdam bürosu, geçici iş ilişkisi, geçici iş ilişkisi yetkisi, iş teftişi.

In Light of Judicial Decisions Consequences of Unlawful Temporary Work Employment

Abstract

Unlike the classical employment relationship, a temporary employment relationship is one in which the employee performs work at the workplace under the orders and instructions of another employer rather than his/her own employer. Article 7 of the Labor Act No. 4857 regulates two types of temporary employment relationship. The most common type of temporary employment relationship in practice is the temporary employment relationship through a private employment agency. This temporary

employment relationship can only be established by private employment agencies that have an activity permit and temporary employment relationship authorization. In addition, Article 7 of the Labor Act limits the temporary employment relationship in terms of reason, duration and number of temporary workers. In this study, a Court of Cassation decision on the consequences of a temporary employment relationship established without the conditions required for a temporary employment relationship is analyzed.

Keywords:

Temporary work agency, temporary work relationship, temporary work relationship authorization, labor inspection.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, o.ekmekci@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3658-5744.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, yigit@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8312-7941.

I. Giriş

Çalışma hayatında bir işverenin işyerindeki faaliyeti kendi işçileriyle yürütmesi kural; başka işverenin işçilerini kendi faaliyeti için çalıştırması ise istisnadır. 4857 sayılı İş Kanunu işyerinde yürütülen faaliyette başka işverenin işçilerinin çalıştırılmasını çok sınırlı hallerde kabul etmiştir. Bu imkânı veren müesseselerden biri alt işveren ilişkisi, diğeri geçici iş ilişkisidir. İşverenin bu iki yolu tercih etmesi, işin uzmanlık gerektirmesi, işçi ihtiyacının geçici süreli olması yahut pek çok farklı nedene dayanabilir. Ancak Kanun, anılan müesseseleri yalnızca işverenlerin ihtiyaçlarına göre değil, kötüye kullanımları da göz önüne alarak, sınırlı bazı haller için kabul etmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 2016 yılında değişmesi ile, özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi yasal hale gelmiştir. Ancak bu ilişki de tıpkı alt işveren ilişkisi gibi ve hatta ondan daha sıkı sınırlamalara tabi tutulmuştur. İnceleme konusu yapılan kararda bu iki müessesenin arasında farklara ve geçici iş ilişkisinin hukuka aykırılığına dair önemli tespitler içermektedir.

II. İnceleme Konusu Kararlar ve Kararlara Konu Olay

İnceleme konusu kararlar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın özel istihdam bürolarına ilişkin olarak başlattığı programlı teftişe dayanmaktadır.

Kararda bahsi geçen özel istihdam bürosu da bu teftişe tabi tutulmuştur. Teftişte bu şirketin özel istihdam bürosu olarak faaliyette bulunmak üzere başvurduğu ve şirkete Bakanlık tarafından izin belgesi verildiği tespit edilmiştir.

Yapılan incelemede şirketin özel istihdam bürosu olarak faaliyetlerinde hiçbir hukuka aykırılık tespit edilmemiştir. Bu çerçevede örneğin; kuruma bilgi verme ve saklama sorumluluğunu yerine getirdiği, iş arayanlardan ücret almadığı, izin belgesini ilan ettiği, kullandığı her türlü kağıt, tabela, afiş ve ilanlarda Kurumca belirlendiği şekil-

de logo kullandığı, teminat ve masraf karşılığını ödediği, kamu kurum ve kuruluşlarının kadro ve pozisyonları için aracılık faaliyeti yürütmediği, iş arayanlardan bedel almadığı veya onlardan herhangi bir menfaat sağlamadığı, kayıt dışı çalışma, sendikaya üye olma/olmama veya asgari ücretin altında ücret ödeme gibi şartlar taşıyan, işverenin veya iş arayanın işe yerleştirme faaliyeti için diğer istihdam bürolarından veya Kurumdan hizmet almasını engelleyen bir sözleşme akdetmediği, başka şirketlere çalışmak üzere gönderilen işçilere ilişkin ücret, vergi, sigorta primi gibi yasal yükümlülükleri yerine getirdiği ve gönderildikleri şirketler adına çalışan işçilerin bu çalışmalarını karşılığında şirketlere fatura kestiği, yazışmalarında özel istihdam bürosu kaşesi kullandığı, iş arayanlara ve işverenlere ilişkin bilgileri sadece iş ve işçi bulma faaliyeti amacıyla kullandığı tespit edilmiştir.

Aşağıda değinileceği üzere, iş aracılığı faaliyeti ile geçici iş ilişkisi kurulması faaliyeti birbirinden farklıdır. Karara konu olaydaki teftişte, söz konusu şirketin özel istihdam bürosu olarak faaliyetleri Kanuna uygun bulunmakla birlikte, geçici iş ilişkisi yetkisinin olmadığı tespit edilmiştir.

Dava konusu somut olayda özel istihdam bürosu bazı şirketlere işçi temini yaptığı için, bu ilişkinin kurulduğu her bir şirket için ayrı ayrı olmak üzere büroya ve özel istihdam bürosundan işçi temin eden şirketlere ayrı ayrı idari para cezası uygulanmıştır (4904 md. 20, İşK. md. 7). Bunun dışında, özel istihdam bürosuna yasal dayanağı da belirtilmek suretiyle özel istihdam bürosu izin belgesinin iptal edildiği bildirilmiştir. Aynı şekilde özel istihdam bürosundan hizmet alan işverenlere, özel istihdam bürosu üzerinden bu şekilde işçi çalıştırılmasının mevzuata aykırı olduğu, bu şekilde çalıştırılan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulduğu tarihten itibaren hizmet alan işverenlerin işçisi sayılması gerektiği bildirilmiştir.

Yine bu kapsamda, Sosyal Güvenlik Kurumu'na bu işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesinin kurulduğu tarihten itibaren özel istihdam bürosundan işçi temin eden şirketlerin işçisi sayıldığı

ve buna bağlı olarak söz konusu işçilerin bu şirketlerin bordrosuna alınması ve Gelir İdaresi Başkanlığı'na vergi mevzuatına göre işlem yapılması gerektiği bildirilmiştir.

Özel istihdam bürosundan hizmet alan şirketler, tahakkuk ettirilen idari para cezalarına karşı sulh ceza hakimliğinde itiraz etmişlerse de bu itirazlar reddedilmiştir. İnceleme konusu yapılan yargı kararlarındaki şirketlerden biri, idari para cezasına itiraz reddedilince, bu kez idari para cezasının kaynağını oluşturan teftiş raporunun iptali için iş mahkemesinde dava açmıştır.

Şirketler tarafından idari para cezasına yapılan itirazlar sulh ceza hakimlikleri tarafından teftiş raporundaki tespitlerin hukuka uygun bulunduğu ve raporun aksini ispat edebilecek bir delilin dosyaya sunulmadığı yolundaki gerekçelerle reddedilmiştir. Teftiş raporunun iptali için iş mahkemesinde açılan dava, aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği üzere, özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin olmadığı, ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenen sürelerle uyulmadığı, davacı tarafın bunun aksini veya aralarındaki ilişkinin farklı bir ilişki olduğunu ispatlayamadığı ve bu hususta tanık dahi bildirmediği gerekçeleriyle reddedilmiştir.

Karar şu şekildedir:

“...Mahkememizde görülen *Tespit (İş Hukukundan Kaynaklanan) davasının yapılan açık yargılamasının sonunda,*

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

İDDİA: Davacı Vekili dava dilekçesinde özetle; T.C. Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü İstanbul Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü tarafından Müvekkili şirket aleyhine tahakkuk ettirilen idari para cezasının dayanağı olan 11/10/2019 tarih, 10048-PRG-27, 10086-PRG-29 sayılı iş teftiş raporuna karşı itirazlarının kabulü ile ilgili kararın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmişlerdir.

SAVUNMA: Davalılar Vekili cevap dilekçesinde özetle; Davacının hukuki yararı bulunmadığını, raporun tek başına bir yaptırım hükmü ihtiva etmediğini, davacı tarafça İstanbul 4. Sulh Ceza Hakimliğinin 2020/2915 D. İş ile itiraz edildiğini

ve idari para cezası cezasından başka bir sonucu bulunmayan raporun iptalini talep etmesinde herhangi bir hukuki yararını olmadığı, sunduğu dilekçe ve delilleri ile aksini ispat edemediğini, Geçici iş ilişkisi kurulmasının 4094 Sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nda düzenlendiğini ve davacının mevzuatta aykırı hareket ettiğini, raporun dava dışı (...) firmasına ilişkin bir inceleme ve denetim olduğunu ve davacıya ait tespitlerin raporun küçük bir kısmına ilişkin olduğunu, bu nedenle raporun bütününe iptalini talep etme hakkı da bulunmadığını beyanla davanın öncelikle hukuki yarar yokluğundan, aksi kanaatin hasıl olması durumunda ise esastan reddini talep etmişlerdir.

GEREKÇE: Mahkememizce yapılan yargılama sonunda; taraf beyanları, teftiş raporu, mahkememizce ve başka mahkemelerce aynı konuda aldırılmış bilirkişi raporları, (...) sayılı dosyanın 18.01.2021 tarihli İdari Para Cezasına itirazın reddine ilişkin karar ve 11/02/2021 tarihli kesinleştirme şerhi, (...) sayılı dosyası, (...) sayılı dosyasından verilen idari yaptırım kararının iptali talebinin reddi kararı, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde;

Davanın davacı tarafından (...) sayılı iş teftiş raporunun iptaline ilişkin olduğu, davalılar tarafından ilgili teftiş raporunun davacıya tebliğ edildiğine dair belgeler sunulmamakla davanın süresinde açıldığı tespit edildiği ve davacının işbu davayı açmakta hukuki yararı bulunduğu kabulüyle mahkememizce davanın esasına girildiği,

(...) tarihli (...) sayılı iş teftiş raporu incelendiğinde; raporda dava dışı (...) AŞ ile ilgili denetim yapıldığı ve raporun davacı ile ilgili bölümünde “...özel istihdam bürosunun (...) Şirketi işvereni ile izinsiz geçici iş ilişkisi kurduğu, buna göre (...) Şirketi unvanlı işverenlik hakkında 2018 yılı için 23.7770 (yirmüüçbinyediüzyetmiş) idari para cezası uygulanması gerekmektedir. Özel İstihdam bürosunun tutanaktaki (11/3) tabloda belirtilen işçilerin geçici iş ilişkisi kapsamında (...) Şirketi'ne görevlendirdiği, ancak bu işçilerin 4857 sayılı Kanun 7. Maddesinde düzenlen geçici iş ilişkisi yetki, koşul ve süre kapsamında görevlendirmelerin kanuna aykırı olduğu...” sonucu ile değerlendirme yapılarak da-

vacıya idari para cezasının kesildiğinin görüldüğü,

İdari para cezasının iptali için davacı tarafça başvurulmuş (...) sayılı dosyalarındaki bilirkişi raporu ve kesinleşen hükmüne göre davacı işverenin iş müfettişi raporunun aksini ispat edebilecek herhangi bir belgeyi dosyaya ibraz etmediği gerekçesiyle idari para cezasının iptali taleplerinin reddedildiğinin tespit edildiği, bu yöndeki (...) sayılı dosyasının kesinleştiği, yine dava dışı (...) Şirketinin aynı teftiş raporuna dayalı olarak kendisine verilen idari yaptırım cezasının iptali için başvurduğu (...) sayılı dosyasındaki idare yaptırım kararının da teftiş raporundaki tespitlerin hukuka uygun bulunması nedeniyle iptal talebinin reddine karar verildiği,

Ayrıntıları bilirkişi raporlarında yer alan ilgili mevzuata göre Türkiye İş Kurumu tarafından izin verilen özel istihdam bürolarının geçici iş ilişkisi kurması için Türkiye İş Kurumu tarafından verilmiş özel istihdam bürosunun faaliyet izin belgesinin olmasının gerektiği, diğer şartların sağlanması halinde Türkiye İş Kurumu tarafından faaliyet izni verilmiş olan özel istihdam bürosuna geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin ayrıca verilmesinin gerektiği, dava dışı (...) Şirketinin özel istihdam bürosu olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmadığı, özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurması için Çalışma ve İş Kurumu tarafından verilmiş izninin bulunmadığının tespit edildiği, özel istihdam bürosu ile davacı arasında kurulan ilişkide İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisi kurulma sürelerine uyulmadığı ve Özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kapsamındaki bir kısım işçileri davacı (...) Şirketine görevlendirdiği, ancak bu işçilerin görevlendirmelerinin 4857 sayılı Kanunun 7. maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisi yetki, koşul ve süre kapsamında kanuna aykırı olduğunun tespit edildiği, davacı tarafından bunun aksinin veya aralarındaki ilişkinin başkaca bir ilişki olduğunun ispatlanamadığı, zira bu hususta taraflara verilen ihtaratsız kesin sürelerle rağmen her iki tarafın da tanık dahi bildirmede olduğu, bu haliyle özet olarak özellikle idari para cezasının iptali talebine ilişkin sulh ceza hakimliklerince verilen red

kararları da göz önünde tutularak teftiş raporu içeriğindeki tespitlerin hatalı olduğuna dair davacı tarafça tanık dahil hiçbir delil sunulmaması ve rapor içeriğindeki işyeri vekilinin beyanları bir arada değerlendirilerek dava dışı (...) Şirketinin özel istihdam bürosu olduğu ve davacının işçilerini buradan temin ettiği ve işçilerin temin ve çalışmasında süreklilik unsurunun bulunduğu, bu anlamda teftiş raporundaki kanun, yetki ve süre bakımından geçici iş ilişkisine aykırılık bulunduğu yönündeki tespitlerin yerinde olduğu anlaşılmakla davanın reddine karar vermek gerekmiştir..." (İstanbul 11. İş Mah, 16.12.2021, 2020/209, 2021/806).

İş mahkemesi kararının istinaf edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesi de aynı yoldaki gerekçelerle istinaf talebini reddetmiştir.

"...İlk derece mahkemesi kararı davacı tarafından istinaf kanun yoluna getirilmiştir.

Davacı vekili istinaf dilekçesinde özetle; müvekkili şirket tarafından yasal düzenlemelere aykırı şekilde geçici iş ilişkisi kurulmasının söz konusu olmadığını, eksik incelemelere dayanılarak hatalı rapor oluşturulmuş olup yerel mahkeme kararının kaldırılması gerektiğini, müvekkili şirket ile (...) arasında imzalanan sözleşmenin niteliği itibarıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinden ibaret olduğunu, (...) A.Ş. tarafından müvekkili şirkete verilen hizmetlerin salt yardımcı işler olduğunu, Alt İşveren Yönetmeliği'nin 3. maddesinde de yardımcı işin asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan işi ifade ettiğinin düzenlendiğini, bu nedenle yerel mahkeme tarafından "geçici iş ilişkisi yetki, koşul ve süre kapsamında kanuna aykırı olduğunun tespit edildiği" belirtilmiş ise de yönetmelik hükümlerinden de anlaşılacağı üzere müvekkili şirket tarafından hukuki düzenlemeye aykırı bir ilişki kurulmadığını, müvekkili şirket tarafından (...) 'nın istihdam etmekte olduğu işçilere hiçbir şekil ve surette emir ve talimat verilmesinin söz konusu da olmadığını, bilirkişi tarafından müvekkili şirketin fiili uygulamaları, iş yeri kayıtları ve (...) ile arasındaki ilişkinin incelenmediğini, sadece (...) A.Ş.'den edinilen bilgilere dayanılarak inceleme yapıldığını, müvekkili şirket ile (...) arasında geçici iş

ilişkisi hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilecek herhangi bir ilişki bulunmadığından müvekkili şirket aleyhine yapılan tespitlerin somut duruma uygun düşmediğini, yerel mahkeme kararının kaldırılarak davanın kabulüne karar verilmesini talep ve istinaf etmiştir.

KARAR:

Üye hakim tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 355. madde düzenlemesine göre, kamu düzenine aykırılık halleri hariç, istinaf dilekçesinde belirtilen sebepler ile sınırlı olmak üzere yapılan inceleme sonunda;

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, hukuki ilişkinin nitelen-dirilmesine, vakıa mahkemesi hakiminin objektif, mantıksal ve hayatın olağan akışına uygun dosyadaki verilerle çelişmeyen tespitlerine ve uyuzmazlığa uygulanması gereken hukuk kurallarına göre;

(...) ünvanlı Özel İstihdam Bürosunda "Özel İstihdam Bürolarına Yönelik Programlı Teftiş" kapsamında yapılan teftiş sonucunda düzenlenen teftiş raporuna göre; Özel İstihdam Bürosunun davacı iş veren ile izinsiz geçici iş ilişkisi kurduğunun tespit edildiği, her ne kadar davacı tarafından (...) şirketi ile aralarında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunduğu bildirilmiş ise de, iddaiy destekler bir delilin dosya kapsamında bulunmadığı, söz konusu teftiş raporu ile tespit edilen idari para cezasının iptaline ilişkin davacı şirket tarafından yapılan başvuru sonucu (...) sayılı kararı ile başvurunun reddine karar verildiği, kararın 11/02/2021 tarihinde kesinleştiği, 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu ile ilgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanununun 17. maddesi gereğince Özel İstihdam Bürosu tarafından kurumdan izin almadan iş ve işçi bulmaya aracılık yapılamayacağı, geçici iş ilişkisi kurulamayacağı, söz konusu madde ve dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, (...)’nin özel istihdam bürosu olarak davacı şirket ile izinsiz olarak geçici iş ilişkisi kurduğu, davacı şirketin işçilerini 4857 sayılı yasanın 7. maddesinde düzenlenen koşullara aykırı olarak (...) ünvan-

lı özel istihdam bürosundan temin ettiği, iptali talep edilen teftiş raporundaki tespitlerin yerinde olduğu, İlk derece mahkemesinin vakıa ve hukuki nitelendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılmalı, kamu düzenine aykırılık bulunmayan karara yönelik davacı tarafından yapılan istinaf başvurusunun reddine karar verilmesi gerekmiştir..." (İstanbul BAM 30HD, 02.01.2023, 1208/1740).

Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi isabetle, özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin olmaması nedeniyle aradaki ilişkinin kanuna aykırı olduğu yolundaki değerlendirmenin yerinde olduğu sonucuna varmıştır.

"...3. Değerlendirme

1. Bölge Adliye Mahkemelerinin nihai kararlarının bozulması 6100 sayılı Kanun’un 371 inci maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

2. (...) sayılı raporda, davacı şirket ile dava dışı (...) arasındaki geçici iş ilişkisinin, dava dışı (...)’nin geçici iş ilişkisi kurma izni bulunmaması sebebiyle kanuna aykırı olduğu yönündeki değerlendirme yerindedir. Söz konusu raporda ayrıca geçersizliğin sonucu olarak işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin başlangıç tarihi itibarıyla davacı Şirketin işçisi olarak kabul edileceği tespitine yer verilmiş olup bu tarihten kastedilenin ilgili sigorta sicil numaralarında belirtilen işçiler ile 4857 sayılı Kanun’un 7’nci maddesine dayanarak işveren arasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin düzenlendiği an olduğu ifade edilmiştir. Ancak ödünç verilen işçilerin ödünç alan davacı Şirket nezdinde fiilen işe başladıkları tarihten itibaren davacı işverenin işçisi sayılması gerektiği anlaşılmalı raporun ilgili kısmına ilişkin değerlendirmenin bu gerekçe ile yerinde olduğu anlaşılmalıdır..." (Y9HD, 22.05.2023, 3717/7484).

Kararların isabetli olduğu görüşündeyiz. Konunun daha iyi ortaya konulabilmesi bakımından öncelikle geçici iş ilişkisi ve bu müessese ile benzer kurumlar hakkında bilgi verilmesi uygun görülmüştür.

III. Kararın İncelenmesi

A. Geçici İş İlişkisi Kavramı

Kararın değerlendirilmesine geçmeden önce, kararda yer alan geçici iş ilişkisi kavramına ve bu müessesenin alt işveren ilişkisinden farklarına değinmek gerekir.

Geçici iş ilişkisi temelde, bir işverenin, kendi işçisini, belirli şartlar dahilinde başka bir işverenin yanında iş görmek üzere görevlendirmesine dayanır. Yani geçici iş ilişkisinde işçi, klasik bir iş ilişkisinden farklı olarak, kendi işverenin yanında değil, başka bir işverenin yanında ve onun emir ve talimatlarıyla iş görür. Bu esnada işçinin işvereni değişmez, diğer bir deyişle iş sözleşmesi devredilmez. Sadece işçiye emir talimat verme yetkisi geçici iş ilişkisi boyunca başka bir işverene ait olur.

Geçici iş ilişkisini klasik iş ilişkilerinden ayıran bu farklılığın kötüye kullanılması ihtimali, kanun koyucuyu, bu iş ilişkisini katı kurallara bağlamaya itmiştir. Bu nedenle geçici iş ilişkisi, yalnızca 4857 sayılı İş Kanunu md. 7’de belirlenen esaslar dahilinde kurulabilir.

B. Geçici İş İlişkisinin Türleri

İşK. md. 7 uyarınca geçici iş ilişkisi;

- i) Özel istihdam büroları aracılığıyla veya
- ii) Holding veya aynı şirketler topluluğu içerisinde kurulabilir.

Yani bu iki durum dışında geçici iş ilişkisi kurulması Kanuna aykırıdır.

İnceleme konusu yaptığımız yargı kararında özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi tartışılmaktadır. Dolayısıyla burada yalnızca bu geçici iş ilişkisi türüne dair açıklamalar yapılacaktır. Zaten holding veya aynı şirketler topluluğu içerisinde kurulan geçici iş ilişkisinin, özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisine göre uygulamada çok daha az yer tuttuğu, hatta hemen hemen hiç görülmediği söylenebilir.

C. Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisinde Taraflar Arasındaki İlişki

İşK. md. 7/2 ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği md. 3/1-(k) uyarınca özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, “Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürosunun bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak bir işçisini geçici olarak bu işverene devri ile” kurulabilir.

Bu kapsamda özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi; özel istihdam bürosu, işçi ve geçici işveren arasındaki üç köşeli bir ilişkidir. Bu ilişkide büro ile işçi arasında iş sözleşmesi var iken; büro ile geçici işveren arasında “geçici işçi sağlama sözleşmesi” bulunur.

Büro ile işçi arasındaki iş sözleşmesi genel hükümlere tabi bir iş sözleşmesidir. Büro ile geçici işveren arasında yapılan geçici işçi sağlama sözleşmesi ise yazılı olarak kurulur ve bu sözleşmede; sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi, işin niteliği, özel istihdam bürosunun hizmet bedeli, varsa geçici işçi çalıştıran işverenin ve özel istihdam bürosunun özel yükümlülükleri yer alır (4857 md. 7/11).

Bu ilişkide işveren, özel istihdam bürosudur. Zira daha önce açıkladığımız gibi, geçici iş ilişkisinde her ne kadar işçi kendi işvereninden başka bir işverenin yanında iş görse de, iş sözleşmesi devredilmediğinden, işvereni değişmez. Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisinde de büro, işçisini geçici işveren yanında iş görmesi için görevlendirir, ancak kendisi işveren olarak kalmaya devam eder. Bu nedenle aslında işçi ile geçici işveren arasında bir iş ilişkisi değil, emir-talimat ilişkisi bulunur. Yani işçi, yanında görevlendirildiği geçici işverenin emir ve talimatları ile iş görmekle yükümlüdür.

D. Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi ile Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Karşılaştırılması

Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisinin sıklıkla karıştırıldığı bir diğer ilişki, asıl iş-

veren-alt işveren ilişkisidir. Zira temelde iki ilişki de bir işverenin başka bir işverenden hizmet alması esasına dayanır. Bu nedenle her iki ilişki de bünyesinde birden fazla işveren ve bu işverenlerden birine ait işçilerin diğer işverenin işyerinde çalışması üzerine kuruludur. Her ne kadar bu husus bakımından benzer olsalar da iki kurumun birbirinden ayrıldığı önemli noktalar bulunmaktadır.

Nitekim, alt işveren ilişkisinde, bir işverenin, Kanunda öngörülen şartları taşıyan bazı işlerini, diğer bir işverene devretmesi söz konusudur. Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi ise, belirli bir işi veya işin belirli bir bölümünü tamamen başka bir işverene bırakmak değil, Kanunda yer alan bazı hallerin doğumu halinde, ihtiyaç duyulan sayıda işçiyi başka bir işverenden temin etmek üzerine kuruludur. Diğer bir deyişle, alt işveren ilişkisi belirli bir "iş/faaliyet" temelinde kurulurken, özel istihdam bürosu vasıtasıyla geçici iş ilişkisi "işçi/işgücü" temelli bir ilişkidir¹.

Yani, geçici iş ilişkisinde işveren, başka bir işverenin "işçisi"ne ihtiyaç duyar ve mevzuatta öngörülen şartlar dahilinde işgücü ihtiyacını başka bir işverenin işçisi ile giderir. Halbuki alt işveren ilişkisinde bir işveren, kendi iş organizasyonu için gerekli olan bir işi (faaliyeti), o işi yürütmek konusunda gerekli yetkinliğe sahip olan başka bir işverene bırakır. Dolayısıyla alt işveren, asıl işverenin işyerinde görülen bir "iş" kendi işçileriyle yürütürken, geçici iş ilişkisinde özel istihdam bürosu, bir işverenden iş üstlenmez; sadece geçici işverene kendi işçilerinden gönderir. Böylece özel istihdam bürosu, kendi işçisi üzerindeki emir/talimat yetkisini başka bir işverene devretmiş olur.

Söz gelimi, işyerindeki temizlik işini başka bir işverene gördüren işveren ile bu işi üstlenen işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcutken; doğum iznine ayrılan bir temizlik işçisinin yerine başka bir işverenden işçi temin eden

işveren ile diğer işveren arasında geçici iş ilişkisi kurulmuş olur. Zira ilk durumda işyerindeki bir iş başka bir işverene devredilmiştir ve işi üstlenen işveren kendi işçileriyle işi görmektedir. İkinci durumda ise işveren temizlik işini üstlenmemekte, sadece temizlik yapabilecek nitelikteki işçisini ihtiyaç duyan diğer işveren için görevlendirmektedir.

İki kurum arasındaki bir diğer fark, geçici iş ilişkisinde geçici işverenin geçici işçiye talimat verme hakkının bulunmasına karşılık, alt işveren işçisinin kural olarak kendi işverenin talimatlarıyla iş görmesidir. Hatta alt işveren işçilerinin -asıl işverenin denetim ve koordinasyon amacıyla verdiği talimatlar hariç- tamamen asıl işverenin talimatlarıyla iş görmesi, alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmasındaki kriterlerden biri olarak kabul edilebilmektedir².

İki ilişkinin kuruluş amacı ve şekli birbirinden farklı olduğu gibi, her iki ilişkinin hukuki sonuçları da farklıdır. Nitekim, alt işverenlik ilişkisinde, alt işverenin işçilerinin bazı hakları bakımından asıl işverenin de sorumluluğu doğmakla birlikte, özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde, geçici işverenin geçici işçinin hakları bakımından, sosyal sigortaya ilişkin hüküm saklı kalmak üzere, sorumluluğu bulunmamaktadır. Zira geçici iş ilişkisini düzenleyen İşK. md. 7 hükmü, özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde birlikte sorumluluk öngörmemiştir.

Ekleyelim ki, her iki ilişki bakımından da tarafların aralarındaki sözleşmeyi nasıl isimlendirdikleri önem arz etmez. Zira bilindiği üzere, hukukta tarafların aralarındaki hukuki ilişkiyi ne şekilde nitelendirdikleri, nasıl adlandırdıklarının bir önemi yoktur. Önemli olan somut olaydaki ilişkinin fiilen hangisinin kapsamına girdiğidir. Aynı şekilde tarafların aralarında kararlaştırdıkları sorumluluk hükümleri de hukuki nitelendirmeyi etkilemez. Taraflar, sözleşmede müteselsil sorumluluk kararlaştırarak hukuken geçici iş ilişkisi niteliğindeki bir ilişkiyi alt işveren ilişkisine çevireme-

1 Ekmekçi, Ömer: 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, Yıl 2004, s. 368.

2 Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku, 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 193-194.

yecekleri gibi, müteselsil sorumluluk kararlaştırılmayarak alt işveren ilişkisini geçici iş ilişkisine de çeviremezler.

E. Alt İşveren İlişkisindeki Muvazaa Kriterleri Karşısında Geçici İş İlişkisinin Durumu

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile geçici iş ilişkisinin birbirinden farklı kurumlar olması, iki ilişki arasındaki hukuka aykırılık hallerini ve sonuçlarını da birbirinden ayırır. Bu farklılıkların incelenmesi iki ilişki arasındaki ayrımı aktarmak bakımından önemlidir.

(i) İlk olarak, bir işverenin alt işveren ilişkisi yoluyla gördürebileceği işler İşK. md. 2'de sınırlanmıştır. İşK. md. 2 uyarınca yardımcı işler herhangi bir şarta tabi olmadan alt işveren ilişkisine konu olabilirken; asıl işin bölümü olan işler ancak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirirse alt işverene gördürülebilir. Asıl işe dair bu sınırlamalara uyulmaksızın kurulan alt işveren ilişkileri muvazaalı kabul edilir ve alt işverenin işçileri başından itibaren asıl işverenin işçileri sayılırlar.

Geçici iş ilişkisinde ise geçici işçinin çalıştırılabileceği işlere dair asıl iş-yardımcı iş ekseninde bir kısıtlama bulunmamaktadır. Nitekim bürodan geçici işçi temin edilebilecek haller Kanunda sınırlı sayıda sayılmıştır ve bu sebepler mevcut olduğu sürece işçinin gördüğü işin asıl iş ya da yardımcı iş olması fark yaratmaz. Dolayısıyla alt işveren ilişkisinden farklı olarak, geçici işçinin asıl işte çalışması tek başına bir geçersizlik sebebi olarak olmaz.

(ii) Alt işveren ilişkisinin İşK. md. 2/7 uyarınca muvazaalı kabul edildiği hallerden ikincisi, daha önce o işyerinde çalışmış olan kişi ile alt işveren ilişkisi kurulmuş olmasıdır. Ancak özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisinde böyle bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bu yönde bir yasağın yerine Kanun, geçici iş ilişkisi kurma yetkisi alma imkanını tüm bürolara tanınmayarak, yetki için belirli bir faaliyet süresi ve teminat şartı koşturmuştur.

(iii) İşK. md. 2/7 uyarınca alt işveren ilişkisinde muvazaa sonucunu doğuracak hallerden biri de, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam edilmek suretiyle haklarının kısıtlanmasıdır. Bu ihtimali geçici iş ilişkisinde de öngören kanun koyucu, İşK. md. 7/7 hükmü ile geçici işverenin, iş sözleşmesi feshedilen işçisini fesih tarihinden itibaren altı ay geçmeden geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırmasını yasaklamıştır.

F. Özel İstihdam Bürosu

1. Tanımı

Özel istihdam bürolarının tanımı, kurulma şartları ve faaliyetleri 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

Yönetmelik md. 3/1-(j) bendinde özel istihdam büroları, "iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmesine ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık yapmak ve/veya geçici iş ilişkisi kurma faaliyeti yürütmek üzere Kurum tarafından izin verilen gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan bürolar" olarak tanımlanmıştır.

Bu doğrultuda, iş aracılığı yapmak ve geçici iş ilişkisi kurmak isteyen gerçek ya da tüzel kişilerin, Türkiye İş Kurumu'ndan faaliyet izni alarak özel istihdam bürosu kurmaları gerekmektedir. Diğer bir deyişle, Kurumdan izin alarak kurulan özel istihdam büroları haricindeki gerçek veya tüzel kişilerin bu faaliyetleri yürütmesi yasaklanmıştır.

2. Özel İstihdam Bürosunun Faaliyetleri

Özel istihdam büroları belirli faaliyetleri yürütmek üzere kurulurlar. Bu faaliyetleri temelde ikiye ayırmak mümkündür. Özel istihdam büroları temel olarak;

(i) İş aracılığı ve

(ii) Geçici iş ilişkisi kurma faaliyetlerini yürütürler.

Bununla birlikte; bu iki faaliyet birbirinden farklıdır. Şöyle ki;

İş aracılığı hizmeti, bir yandan iş arayanların

elverişli oldukları işlere yerleştirilmesini, diğer yandan ise işverenlerin işe uygun işçi bulmasını sağlar. Bu faaliyette özel istihdam bürosu iş arayan kişiyi istihdam etmez, yalnızca iş ilişkisi kurma ihtimali bulunan kişileri buluşturur. Bu faaliyete karşılık özel istihdam bürosu işverenden hizmet bedeli alır. Dolayısıyla, iş aracılığında özel istihdam bürosu bir iş sözleşmesinin tarafı olmaz; sadece iki taraf arasında bir iş sözleşmesinin kurulması için faaliyet gösterir.

Geçici iş ilişkisinde ise, özel istihdam bürosu, kendi işçisini başka bir işverenin yanında iş görmek üzere görevlendirir. Dolayısıyla burada özel istihdam bürosu "işveren"dir. Burada büro, kendi işçisini başka bir işverene göndermesinin karşılığında, o işverenden hizmet bedeli alır.

Bu iki faaliyeti yürütebilme şartları da birbirinden farklıdır. İş aracılığı için özel istihdam bürosunun faaliyet izni alması (ve dolayısıyla faaliyet izni şartlarını sağlaması) gerekirken, iş aracılığının yanında geçici iş ilişkisi de kurmak isteyen özel istihdam bürosu, geçici iş ilişkisi yetkisi almak (ve dolayısıyla bu yetkinin şartlarını da sağlamak) zorundadır.

3. Faaliyet İzni ve Geçici İş İlişkisi Yetkisi Alma Şartları

a. Faaliyet İzni

Özel istihdam bürosu kurmak üzere faaliyet izni almanın şartları 4904 sayılı Kanun md. 17'de ve Yönetmelik md. 13'te düzenlenmiştir. Buna göre, özel istihdam bürosu faaliyet izni alabilmek için;

(i) Özel istihdam bürosu açmak için başvuracak gerçek kişiler ile tüzel kişileri idare, temsil ve ilzama yetkili kişilerin; en az lisans düzeyinde öğrenim görmüş olmaları, müflis veya konkordato ilan etmiş olmamaları ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48'inci maddesine göre devlet memurluğuna atanmaya engel mahkumiyetin bulunmaması,

(ii) Özel istihdam bürolarının, iş ve işçi bulma faaliyetlerini gerçekleştirebilecek ölçüde yönetim, nitelikli uzman personel, teknik donanım ve uygun bir işyerine sahip olmaları,

(iii) Başvuru tarihinde brüt asgari ücret tutarının yirmi katına denk gelen miktarda teminat verilmesi,

(iv) Kurum alacağıının bulunmaması ve

(v) Masraf karşılığı ödenmesi

gerekir.

Başvurular, yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar doğrultusunda Kurumca değerlendirilir. Değerlendirme sonucunda uygun bulunanlar ilan edilir ve başvuru sahibine yazılı olarak bildirilir (4904 md. 17/4).

Kurumca verilen izinler üç yıl süreyle geçerlidir. İzin süresi, iznin sona erme tarihinden itibaren en az bir ay önce yazılı talepte bulunulması, iznin verilmesinde aranan şartların mevcut olması, ilave kat'î ve süresiz teminat mektubu verilmesi ve yenileme masraf karşılığı ödenmesi kaydıyla, Kurumca üçer yıllık sürelerle yenilenebilir (4904 md. 17/5).

b. Geçici İş İlişkisi Yetkisi

Özel istihdam bürosunun yukarıda açıkladığımız şartları taşıması halinde aldığı izin yalnızca aracılık faaliyetlerine yönelik bir izin olup, bu izin geçici iş ilişkisi kurmak için alacağı yetki ile eşdeğer değildir. Diğer bir deyişle, faaliyet izni ile geçici iş ilişkisi kurma yetkisi birbirinden farklıdır. Ancak faaliyet izni, büronun kuruluşu ve faaliyet göstermesi için gereken temel izin olduğundan, faaliyet izni bulunmayan bir büronun geçici iş ilişkisi yetkisi alması da düşünülemez.

Bahsettiğimiz üzere bir özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurması için Türkiye İş Kurumu'ndan alacağı "geçici iş ilişkisi kurma yetkisi"ne sahip olması gerekir. Kanunun gerekçesinde faaliyet izni dışında ayrıca bu yetkinin aranmasının sebebi olarak, geçici iş ilişkisinin daha sağlıklı yürütülmesi ve suistimalin engellenmesi gösterilmiştir. Nitekim kötüye kullanımlara açık olan bu iş ilişkisi türünün ancak belirli şartları sağlayan büroların tekeline bırakılması, kayıtlı ve sistematik şekilde yürütülmesi bakımından önemli ve yerindedir.

Yönetmelik md. 14'e göre, geçici iş ilişkisi yet-

kisi alabilmek için özel istihdam bürosunun;

(i) Başvuru tarihinden önceki iki yıl süresince kesintisiz faaliyet göstermiş olması,

(ii) Kurumca yapılacak inceleme sonucunda olumlu rapor düzenlenmiş olması,

(iii) Geçici iş ilişkisi kurma yetkisi almak üzere başvuru tarihinde brüt asgari ücret tutarının iki yüz katına denk gelen miktarda teminat verilmiş olması,

(iv) Kurum alacağı bulunmaması,

(v) Vadesi geçmiş vergi borcunun bulunmaması, Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcunun bulunmaması veya vergi dairesine ve Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borcunun 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesine göre tecil edilmiş , taksitlendirilmiş veya ilgili diğer kanunlar uyarınca yeniden yapılandırılmış olması ve bu tecil, taksitlendirme ve yapılandırmaların devam etmesi,

(vi) Uygun bir işyerine sahip olması gerekir.

Ekleyelim ki; yetki için her ne kadar kural olarak özel istihdam bürosunun iki yıldır faaliyet gösteriyor olması aransa da, Bakanlıkça uygun görülmesi halinde, başvuru tarihinden önceki altı ay süresince kesintisiz faaliyet gösteren bürolara, yukarıdaki teminat miktarının iki katı tutarında teminat verilmesi ve diğer koşulların taşınması şartıyla geçici iş ilişkisi kurma yetkisi verilebilir (Yönetmelik md. 14/2).

Özel istihdam bürosunun faaliyet izni olsa bile, bahsettiğimiz geçici iş ilişkisi yetkisi almadan geçici iş ilişkisi kurması halinde, bu geçici iş ilişkisi hukuka aykırı olur. Nitekim inceleme konusu yaptığımız karardaki durum da budur.

G. Geçici İş İlişkisinde Sebep Sınırlaması

Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisinin hangi sebeplerle kurulabileceği İşK. md. 7'de sınırlayıcı olarak sayılmıştır. Maddede sıralanan

yedi hal dışında özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisinin kurulması hukuka aykırı olur.

Bu sebepler;

(i) İşK. md. 13/5 ile md. 74'te belirtilen haller, işçinin askerlik hizmeti ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer haller,

(ii) Mevsimlik tarım işleri,

(iii) Ev hizmetleri,

(iv) İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işler,

(v) İş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işler veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hali,

(vi) İşletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması,

(vii) Mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışlarıdır.

Bu sebeplerin her birine örnekler vermek mümkün olmakla birlikte, inceleme konusu yaptığımız kararlara konu olaylardaki hukuka aykırılık, bu sebeplerden birinin varlığı tartışmasına dayanmamaktadır. O nedenle incelememizde sebep unsuruna ağırlık verilmemiştir.

H. Geçici İş İlişkisinde Süre Sınırlaması

Kanunkoyucu, özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisini süre yönünden de kısıtlamıştır. İşK. md. 7/3'e göre geçici iş ilişkisi, "ikinci fıkranın (a) bendinde sayılan hâllerin devamı süresince, (b) ve (c) bentlerinde sayılan hâllerde süre sınırı olmaksızın, diğer bentlerde sayılan hâllerde ise en fazla dört ay süreyle kurulabilir. Yapılan bu sözleşme ikinci fıkranın (g) bendi hariç toplam sekiz ay geçmemek üzere en fazla iki defa yenilenebilir".

Görüldüğü üzere, geçici ilişkisinin süresi, hangi sebeple kurulduğuna göre değişmektedir. Söz gelimi ev hizmetleri için kurulan geçici iş ilişkisinde süre sınırı bulunmazken, dönemsellik arz eden bir iş artışı için kurulan geçici iş ilişkisi yalnızca dört ay sürebilir.

Geçici iş ilişkisinin en uzun ne kadar süre için

kurulabileceği ise tartışmalıdır. Zira İşK. md. 7 uyarınca geçici iş ilişkisi çoğu halde dört ay için kurulabilmekte ve "toplam sekiz ayı geçmemek üzere iki defa" yenilenebilmektedir. Kanundaki toplam sekiz ay ifadesinin yenilemeler dahil toplam süreyi mi, yoksa yalnızca yenilemenin toplam süresini mi kastettiği anlaşılamamaktadır. Kanaatimizce burada kastedilen, yalnızca yenilemelerin toplam sekiz ayı geçemeyeceğidir. Bize göre, ilk seferinde dört ay kurulan geçici iş ilişkisi daha sonra sekiz ay süreyle yenilenebilir ve toplamda en fazla 12 ay sürebilir³.

İ. Geçici İşçi Sayısı Sınırlaması

İşK. md. 7/6, bu zamana kadar bahsettiğimiz hal ve süre sınırlamalarına ek olarak, (f) bendi kapsamında çalıştırılacak geçici işçiler için bir de sayı sınırı öngörmüştür. Buna göre, işletmenin iş hacminin öngörülemez ölçüde artması halinde geçici iş ilişkisi ile çalıştırılan işçi sayısı, o işyerinde çalıştırılan toplam işçi sayısının dörtte birini geçemez. Ancak Kanun, küçük ölçekli işyerlerinde geçici iş ilişkisi kurulmasının önünü kapamamak için, on ve daha az işçi çalıştırılan işyerlerinde beş işçiye kadar geçici iş ilişkisi kurulmasını mümkün kılmıştır. Diğer bir deyişle, on ve daha az işçi çalıştıran işyerlerinde, İşK. md. 7/2-(f) kapsamında kurulacak geçici iş ilişkilerinde dörtte bir sınırı uygulanmaz ve bu işyerlerinde beş geçici işçi çalıştırılabilir.

Kanunun gerekçesinde geçici işçi sayısındaki sınırlama ile, geçici iş ilişkisinin sürekli istihdamın yerini alacak şekilde kullanımının önlenmek istendiği belirtilmiştir. Belirtelim ki, bahsi geçen işçi sayılarının tespitinde, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar çalışma süreleri dikkate

alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür.

J. Geçici İş İlişkisinin Yasak Olduğu Haller

İşK. md. 7 uyarınca bazı hallerde geçici iş ilişkisi kurulması yasaktır. Yani bu durumlarda diğer tüm şartlar gerçekleşse dahi, geçici iş ilişkisi kurulması engellenmiştir.

Bu kapsamda;

(i) Toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay boyunca,

(ii) İş sözleşmesi feshedilen işçi ile altı ay boyunca,

(iii) Geçici iş ilişkisi bittikten sonra aynı iş için altı ay boyunca,

(iv) Yer altında maden çıkarılan işyerlerinde,

(v) Kamu kurum ve kuruluşlarında,

(vi) Grev/lokavt esnasında

geçici iş ilişkisi kurulması yasaktır.

K. Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisinin Hukuka Aykırılığı ve Sonuçları

1. Hukuka Aykırılık Halleri

Yukarıda özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulmasına dair kısıtlamaları açıkladık. Bu kısıtlamalardan birine aykırı davranılması halinde ilgili geçici iş ilişkisi hukuka aykırı olur.

Bu kapsamda;

(i) Geçici iş ilişkisi kuran işverenin faaliyet izni almış bir özel istihdam bürosu olmaması,

(ii) Özel istihdam bürosu faaliyet izni almış olsa da, geçici iş ilişkisi yetkisi almadan geçici iş ilişkisi kurması,

(iii) İşK. md. 7'de sayılan sebeplerden biri olmadığı halde geçici iş ilişkisi kurulması,

(iv) İşK. md. 7'de belirtilen süre sınırına uyulmaması,

(v) İşK. md. 7/2-(f) bendindeki geçici işçi sayısı sınırının aşılması ve

3 Aynı görüşte Civan, Orhan Ersun: "Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi ile İlgili Güncel Gelişmeler", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2017, s.110; Özkaraca, Ercüment: Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2016 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2018, s. 74-75; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2023, s. 249.

(vi) Yasak olan hallerde geçici iş ilişkisi kurulması

durumlarında geçici iş ilişkisi hukuka aykırıdır⁴.

2. Hukuka Aykırılığın Sonuçları

Yukarıda sayılan haller nedeniyle geçici iş ilişkisinin hukuka aykırı olmasının ilk sonucu idari para cezasıdır. İşK. md. 99 ve 4904 sayılı Kanun md. 20'de İşK. md. 7'deki hükümlere aykırılık farklı para cezalarına bağlanmıştır.

Hukuka aykırı şekilde kurulan geçici iş ilişkisinin akıbetine dair bir düzenleme ise mevzuatta yer almamaktadır. Bu durumun, hukuka aykırı geçici iş ilişkisinin tek sonucunun idari para cezası olduğu şeklinde yorumlanmaması ve geçici iş ilişkisinin geçersizliği halinde, geçici işçinin artık özel istihdam bürosunun değil, yanında çalıştığı işverenin işçisi olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzu daha önce belirtmiştik⁵. Diğer bir deyişle, geçici iş ilişkisinin hukuka aykırılığı halinde, işçinin özel istihdam bürosunun değil, emir ve talimatı altında çalıştığı işverenin işçisi sayılması ve o işyerindeki çalışma koşullarına tabi olduğunun kabulü gerekir.

Geçici iş ilişkisi mevzuatına aykırılık halinde salt idari para cezası ile yetinilmesinin madde düzenlenmiş sınırlamaların etkisini azaltacağı tereddütsüzdür. Kaldı ki, geçici iş ilişkisindeki yasaklara aykırılık halinde, aykırılığın yaptırımı olarak, aykırılığın gerçekleştiği tarihten itibaren işçilerin çalışmak üzere gönderildikleri işverenin işçisi sayılması için, açık bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz. Gerçekten, geçici iş ilişkisinde özel istihdam bürosunun işveren sıfatını kazanması ve bu sıfatını devam ettirmesi ilişkisinin hukuka uygun olarak kurulması ve devam etmesine bağlıdır. Geçici iş ilişkisinin hukuka uygunluk koşulları mevcut olmadığında veya sonradan ortadan kalktığında, bunun zorunlu sonucu olarak özel istihdam bürosunun işveren sıfatını hiç kazanmadığı veya sonradan kaybet-

tiği kabul edilmeli ve işçiler geçici işverenin işçisi sayılmalıdır.

Ekleyelim ki bu sonuç, yalnızca incelediğimiz karardaki gibi özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi yetkisine sahip olmaması halinde değil, diğer hukuka aykırılık hallerinde de kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle, geçici iş ilişkisinin md. 7'de gösterilen sebeplerden biri olmadan kurulması, yasak olmasına rağmen kurulması veya süre sınırına aykırı davranılması hallerinde de geçici işçi, özel istihdam bürosunun değil, yanında iş gördüğü işverenin işçisi sayılmalıdır.

Bununla birlikte, süre sınırının aşılmış olması durumuna ayrıca değinmek gerekir. Zira geçici iş ilişkisinin süre sınırı aşıldığı için geçersiz olması, süre sınırının aşıldığı tarihten ileriye sonuç doğurmalıdır. Söz gelimi, dört aylık sınıra tabi olan bir geçici iş ilişkisinde, taraflar altı aylık bir sözleşme yapmış veya dört aylık yapmakla birlikte, yenileme imkanları olmadığı halde geçici iş ilişkisini yenilemişlerse, ilk dört ay bu geçici iş ilişkisi geçerli kabul edilmeli ve işçi bu dört aylık sürede özel istihdam bürosunun işçisi olarak kalmalıdır. Ancak dört ay aşıldıktan sonra geçici iş ilişkisi devam ediyor ise, artık bu tarihten sonra geçici iş ilişkisi geçersiz olur ve işçi, yanında iş gördüğü işverenin işçisi olarak işlem görmelidir⁶.

Hukuka aykırılık bahsinde 4904 sayılı Kanununun özel olarak düzenlediği bir hususa da değinmek gerekir. Özel istihdam bürosunun başlangıçtan itibaren geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin bulunmaması bir yana, bir ihtimal olarak başlangıçta yetkisi bulunan büro, bu yetkiyi geçici iş ilişkisi devam ederken kaybedebilir. Bu durumda 4904 sayılı Kanun md. 18 uyarınca, yapılmış ve devam eden sözleşmelerin uygulanmasına sözleşmede belirtilen süreler tamamlanıncaya kadar devam edilir. Ancak, özel istihdam bürosu bu dönem içerisinde geçici iş ilişkisi kurma veya geçici işçi sağlama sözleşmesini uzatma yetkisini kullanamaz. Bununla birlikte, inceleme konusu yaptığımız kararlardaki olayda bu durum söz konusu değildir.

4 Yiğit, s. 187.

5 Yiğit, s. 190-191; Ekmekçi/Yiğit, s. 234.

6 Yiğit, s. 188-189; Ekmekçi/Yiğit, s. 232-233.

IV. Genel Değerlendirme

4857 sayılı İş Kanunu'nun yedinci bölümünde yer alan "Devletin yetkisi" başlıklı md. 94/1'inci fıkrasına göre; *"Devlet, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izler, denetler ve teftiş eder. Bu ödev Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı ihtiyaca yetecek sayı ve özellikte teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişlerince yapılır."*

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre iş müfettişleri işçilerin kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin başvuruları üzerine de iş sözleşmesinin devam etmesi kaydıyla teftiş ve denetleme yapmaya yetkilidir.

Maddede "ihtiyaca yetecek sayıda" iş müfettişinden söz edilmişse de, iş müfettişi sayısının hiçbir dönemde ihtiyaca yetecek sayıda olmadığını kabul edilmektedir. Halbuki teftiş ve denetlemenin çok daha yaygın hale getirilmesi iş yargısının yükünün azaltılmasına veya en azından işinin kolaylaştırılmasına büyük katkı sağlayacaktır.

İş teftişinin nasıl yapılacağı İş Teftişi Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Kuşkusuz işçilerin bireysel başvuruları üzerine yapılan teftiş de son derece önemlidir. Ancak özellikle sektörel bazlı olarak yapılan programlı teftişlerin etkisi, çalışma hayatına yön verilmesi ve yeknesak uygulamaların sağlanması bakımından çok daha büyüktür. Bu etkinin gerçekleşmesi de iş teftişinin çok daha yaygın hale getirilmesine bağlıdır.

Kararda öncelikle, ilk derece mahkemesince, işverenin teftiş raporunun iptalini talep etmekte hukuki yararı olup olmadığı tartışılmıştır.

Zira davalılar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü cevap dilekçesinde, raporun tek başına bir yaptırım hükmü içermediği, tek sonucunun idari para cezası olduğu, raporun iptalinin talep edilmesinde hiçbir hukuki yarar olmadığı, teftişin özel istihdam bürosuna ilişkin olduğu, sadece küçük bir kısmının davacı şirkete ait olduğu, bu nedenle raporun bütününe iptalini talep etme hakkının bulunmadığını beyanla, davanın öncelikle hukuki yarar yokluğundan reddini talep etmiştir. Bu konuda iş mahkemesi son derece isabetli bir şekil-

de davacı şirketin raporun iptalini talep etmekte hukuki yararının bulunduğunu kabul etmiş ancak bu konuda herhangi bir gerekçe göstermemiştir.

İkincisi, somut olayda teftiş sadece özel istihdam bürosu hakkında yürütmekle birlikte, istihdam bürosundan işçi temin eden şirketlere de aynı süreçte idari para cezası verilmesi yerindedir. Yani idari para cezası verilebilmesi için işçi temin eden şirketler hakkında da teftiş başlatılması gerekmez.

Bununla birlikte, Bakanlığın, teftiş raporunun idari para cezası dışında bir sonucunun olmadığı yolundaki savunması doğru değildir. Gerçekten, özel istihdam bürosunun personeli olarak görülen işçiler, fiilen çalıştıkları işverenin işçisi olarak kabul edildiklerinde, bu kişilerin fark ücret alacağı ortaya çıkabilecek ve bunun da sosyal sigorta ve vergi mevzuatı yönünden sonuçları olacaktır⁷.

Uygulamada yapılan teftişlerde zaman zaman sadece idari para cezasının tebliğ edildiği, başka bir açıklamaya yer verilmediği görülmektedir. Elbette bunun doğrusu, teftiş raporunun tamamının tebliğ edilmesi olmasa da, teftiş bulguları ve idari para cezasının gerekçesinin tebliğ edilmesidir. Memnuniyet vericidir ki, karara konu olayda teftişte tespit edilen hususlar ve yapılan değerlendirme işverenlere bildirilmiştir.

Karardan, teftişte özel istihdam bürosu yetkilisinin "işçi kiralamadıklarını, ilişkiyi alt işverenlik şeklinde kurduklarını" iddia ettiği ancak bu hususta delil sunulmadığı için mahkemece bu savunmaya itibar edilmediği anlaşılmaktadır. Davacı tarafça bu hususta delil sunulmaması bir yana, yukarıda açıkladığımız üzere, tarafların aralarındaki ilişkiyi nasıl isimlendirdikleri değil, somut olaydaki fiili durum önem arz eder.

Uygulamada sıklıkla aslında geçici iş ilişkisi kurma amacıyla ve ihtiyacında olan işverenlerin, aralarındaki sözleşmeyi alt işverenlik ilişkisi gibi formüle ettikleri görülmektedir. İnceleme konusu karara konu teftiş raporunda da aslında bu du-

⁷ Aksı yolda Y9HD, 03.04.2019, 3001/7685. Kanaatimizce kararda yer alan karşı oy oldukça isabetli değerlendirmeler içermektedir.

rum söz konusudur. Nitekim olayda işveren, özel istihdam bürosundan temin ettiği işçileri “resep-siyonist, şoför, fatura kontrol uzmanı, idari işler personeli” unvanlarda çalıştırmıştır. Bu fiili duruma göre, iki işveren arasında bir “işin” diğerine gördürülmesi söz konusu değildir. Zira burada belirli bir işin “o işin uzmanı olması” nedeniyle özel istihdam bürosuna bırakılması durumu yoktur. Uygulamada sıklıkla görülen bu şekilde işçi temini, aslında geçici iş ilişkisinin klasik bir örneğidir. Zira çalıştırılan işçilerin nitelik ve unvanları işverence üstlenilen bir işe yönelik değildir, aksine farklı farklı işlerde çalışan işçiler söz konusudur. Dolayısıyla yukarıda anlatıldığı üzere, tarafların böyle bir ilişkiyi alt işveren ilişkisi olarak nitelendirmeleri, ilişkiyi geçici iş ilişkisi olmaktan çıkarmaz. Dolayısıyla kararda, somut olayda alt işverenlik ilişkisi değil, geçici iş ilişkisi olduğu yönündeki değerlendirme -her ne kadar mahkeme delil yokluğuna dayanmış olsa da- sonucu itibarıyla isabetlidir.

Karardan çıkarılan belki de en önemli sonuç, Yargıtay’ın hukuka aykırı geçici iş ilişkilerine bağladığı sonuca ilişkindir. Yüksek Mahkeme, olaydaki özel istihdam bürosunun her ne kadar faaliyet izni almış olsa da geçici iş ilişkisi yetkisi almadan geçici iş ilişkisi faaliyeti yürütmüş olması nedeniyle, geçici iş ilişkisini isabetli olarak⁸ hukuka aykırı kabul etmiştir. Bunun sonucunu ise yalnızca idari para cezası olarak görmemiş, bu işçilerin özel istihdam bürosunun değil, kendilerini çalıştıran işverenlerin işçisi olarak kabul edileceklerini belirtmiştir.

Mahkemenin daha önce kabul ettiğimiz görüş doğrultusunda karar vermiş olması memnuniyet vericidir. Bu görüş doğrultusunda, hukuka aykırı geçici iş ilişkisi kurulması halinde geçici işçiler, geçici iş ilişkisinin başlangıcından itibaren, emir ve talimatı altında çalıştıkları geçici işverenin işçisi sayılacaklar ve onun bordrosuna alınacaklardır⁹.

Kanaatimizce bu sonuç yalnızca özel istihdam

bürosunun geçici iş ilişkisi yetkisinin olmaması hali için kabul edilmemeli ve diğer hukuka aykırılık hallerinde de aynı sonuca varılmalıdır. Söz gelimi, geçici iş ilişkisi faaliyeti yürüten işverenin bir “özel istihdam bürosu” olmaması, özel istihdam bürosu izin ve yetkisi olsa bile İşK. md. 7’de yer alan sebepler yokken geçici iş ilişkisi kurulması veya açıkça yasaklanan hallerde geçici işçi temin edilmesi hallerinde de aynı sonucu kabul etmek gerekir.

Kararda ayrıca teftiş raporundaki bir konuya açıklık kazandırılarak, rapordaki özel istihdam bürosu ile şirketler arasındaki ilişkinin geçersizliğinin bir sonucu olarak, “işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin başlangıç tarihi itibarıyla davacı şirketin işçisi sayılacağı” yolundaki ifadeyle kastedilenin, “işçilerin, onları çalıştıran davacı şirket nezdinde fiilen işe başladıkları tarihten itibaren davacı işverenin işçisi sayılacağı” olduğu belirtilmiştir.

Bu açıklama da kanaatimizce isabetlidir. Zira geçici iş ilişkisinin hukuka aykırılığına sonuç bağlayabilmek için, şüphesiz ki öncelikle ortada bir geçici iş ilişkisinin “var olması” gerekir. Geçici iş ilişkisi, işçinin gönderildiği işveren yanında fiilen işe başladığı tarihte başlayacağından, işçi en erken bu tarihte görevlendirildiği işverenin işçisi sayılabilir.

Bununla birlikte, yukarıda da değindiğimiz gibi, geçici işçinin, yanında çalıştığı işverenin işçisi sayılması sonucu, geçici iş ilişkisinin geçersizliği anından ileriye doğru söz konusu olabilir. Karara konu olayda özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurma yetkisi hiç bulunmadığı için, geçici işçiler geçici iş ilişkisinin başlangıcından itibaren diğer işverenin işçisi olarak kabul görmüşlerdir. Ancak somut olayda geçici iş ilişkisinin süresi aşılmış olsaydı, bu durumda kanaatimizce işçiler başlangıçtan itibaren değil, sürenin aşıldığı tarihten itibaren geçici işverenin işçisi sayılmalıydı¹⁰.

Elbette geçersiz geçici iş ilişkisiyle gönderilen

8 Yiğit, s. 188.

9 Yiğit, s. 190-191.

10 Yiğit, s. 188-189; Ekmekçi/Yiğit, s. 232-233.

işçilerin, geçersizlik tarihinden itibaren geçici işverenin işçisi sayılmasının iş, sosyal güvenlik ve vergi mevzuatı bakımından belirli sonuçları doğar. Bu gibi sözleşmelerde personelini başka yerde görevlendiren şirket veya özel istihdam bürosunun işçilerine verdiği ücret, gönderildikleri işverenin bordrosunda bulunan işçilere verilen ücretten çoğunlukla daha düşük olmaktadır. Böyle bir ihtimalde işçiler geçersizlik tarihinden itibaren fark ücret ve varsa diğer haklara ilişkin talepte bulunabilirler. Buna bağlı olarak, gerçek işverenin bu işçilere ilişkin bordro düzenlemesi ve fark ücrete ilişkin sosyal sigorta ve vergi yükümlülüklerini de yerine getirmesi gerekir.

Bununla birlikte, bu ihtimalde gerçek işveren işçilere ilişkin olarak işe giriş bildirgesi ile aylık prim ve hizmet belgesi vermemiş olarak kabul edilemez. Özel istihdam bürosu tarafından 5510 sayılı Kanun uyarınca verilen bildirge ve belgeler ile ödenen primler gerçek işverence ödenmiş sayılır. Bu işverenin 5510 sayılı Kanun'dan doğan yükümlülükleri yerine getirmemiş sayılması ve prim borcu ile idari para cezası sorumluluğu sadece işçilere ödenmesi gereken fark ücretler için söz konusu olur. Kuşkusuz aynı durum vergi yükümlülükleri konusunda da geçerlidir.

V. Sonuç

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı çalışma hayatıyla ilgili mevzuatın uygulamasını izleme, denetleme ve teftiş etme görev ve yetkisine sahiptir. Ne var ki; ülkemizdeki çalışma hayatının büyüklüğüne nazaran Bakanlığa bağlı iş müfettişi sayısı çok azdır. Halbuki, özellikle sektörel bazlı olarak yapılan programlı teftişler çalışma hayatına yön verilmesi ve yeknesak uygulamaların ortaya çıkması bakımından son derece önemli olduğu gibi, yargı sürecine de yardımcı olabilecek niteliktedir.

İncelediğimiz kararlara konu olay, Bakanlık tarafından özel istihdam bürolarına yönelik programlı teftiş ile başlayan sürece ilişkindir. Kararlardan anlaşıldığı kadarıyla teftiş raporunda son derece isabetli tespit ve değerlendirmelere yer

verilmiştir. Nitekim yargı kararlarında teftiş raporu hukuka uygun bulunmuştur.

Uygulamada her nedense bir hukuki ilişkinin kurucu unsurlarının mevzuat ile belirlendiği göz ardı edilerek, farklı adlar konulmak ve farklı nitelendirmeler yapılmak suretiyle o hukuki ilişkinin niteliğinin değiştirilebileceği şeklinde bir yaklaşım bulunmaktadır. Çalışma hayatı için sevindiricidir ki; bir hukuki ilişkinin farklı adlandırılması veya sözde modern terimler kullanılmak suretiyle güvencesiz çalışmayı çağa uygun çalışma şekilleri olarak gösterme gayreti içerisinde olan yaklaşımlar yargıdan dönmektedir.

Bu bakımdan gerek teftiş raporunda gerekse anılan yargı kararlarında farklı adlar konulmak suretiyle hukuki ilişkinin değiştirilemeyeceğinin tespit edilmiş olması isabetlidir.

2016 yılında İşK. md. 7'de yapılan değişiklikle özel istihdam bürosu aracılığıyla isabetli şekilde geçici iş ilişkisi yasal zemine kavuşturulmuş olsa da kanun koyucunun bu ilişkiyi sıkı şartlara bağlaması sebebiyle, uygulamada alt işverenlik ilişkisi görünümünde geçici iş ilişkileri kurulmasının önüne geçilememiştir. Tabii ki klasik iş ilişkisinden ayrılan bir iş ilişkisine tedbirli yaklaşılması olağandır. Ancak hem sebep, hem süre, hem faaliyet izni, hem geçici iş ilişkisi yetkisi ve hatta (f) bendi için hem de geçici işçi sayısı sınırlaması getirilmiş olması, bu ilişkinin uygulanabilirliğini azaltmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda gerek asıl işveren-alt işveren ilişkisi gerekse geçici iş ilişkisi kurulması sıkı koşullara bağlanmıştır. Bu koşullara ve yasaklara aykırılık halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işçilerin "başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılacağı" açık olarak düzenlenmişken, geçici iş ilişkisindeki yasaklara aykırılık halinde idari para cezası dışında böyle bir yaptırım düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, görüşümüz, bu takdirde de işçilerin geçersizliğin gerçekleştiği tarihten ileriye doğru geçici iş ilişkisi kurulan işverenin işçisi sayılacağı ve buna ilişkin sonuçların ortaya çıkacağı yolunda olmuştur.

Dava konusu somut olayda özel istihdam bü-

rosunun geçici iş ilişkisi kurma yetkisi olmadığından, geçici iş ilişkisi başlangıçtan itibaren geçersizdir. Bu nedenle Yargıtay'ın Kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da, koşulları bulunmayan geçici iş ilişkisinde işçilerin davacı şirketin işçisi sayılacağı ve bunun işçilerin şirket nezdinde ilk çalışmaya başladığı tarihten itibaren olacağı yolundaki değerlendirmesi son derece isabetlidir ve çok önemli bir adım niteliğindedir.

KAYNAKÇA

- Ercüment Özkaraca: Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2016 Yılı Toplantıları, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2018.
- Esra Yiğit: Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca: İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2023.
- Orhan Ersun Civan: "Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi ile İlgili Güncel Gelişmeler", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2017, s. 103-122.
- Ömer Ekmekçi: 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, Yıl 2004, 367-382.
- Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit: Bireysel İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2023.

Prof. Dr. Hakan KESER*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2024/I Sayı 51: 52-75
Makale Gönderim Tarihi: 25 Mart 2024
Makale Kabul Tarihi: 1 Nisan 2024

İş Sözleşmesinin İK'nun 25/II inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Feshinde, İşçinin Kişilik Haklarının İhlali ile Haksız Fesih Sonucu Talep Edilebilecek Haksız Fesih Tazminatı ve Manevi Tazminat

Öz

İş Kanunu'nun 25/II inci maddesi, işverence iş sözleşmesinin haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshinde, işverenin dayanabileceği "işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlarını" düzenlemekte ve söz konusu bu davranışların fesihte haklı sebep olacağını belirtmektedir. Uygulamada, zaman zaman bazı işverenlerce gerçek fesih sebebi başka olmasına rağmen, tazminat ödememek ve

uzun süren yargı sürecinden faydalanmak için, iş sözleşmesinin İK'nun 25/II nci maddesine dayanılarak haksız olarak feshedilmesine rastlanmaktadır. Çalışmada iş sözleşmesinin İK'nun 25/II inci maddesine dayanılarak yapılan haksız feshinde, işçinin kişilik haklarının ihlali ile bunun sonucu olarak haksız fesih sonucu talep edilebilecek haksız fesih tazminatı ve manevi tazminat ele alınarak incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Haksız fesih, kişilik hakları, manevi tazminat.

In the Unjust Termination of the Employment Contract Based on Article 25/II of the Labour Law, Compensation for Unjust Termination and Non-Pecan Damages That may be Claimed as a Result of Unjustified Termination With Violation of the Personal Rights of the Employee

Abstract

Article 25/II of the Labour Law regulates the "behavior of the employee that does not comply

with the rules of morality and good faith" that the employer can rely on in the termination

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

of the employment contract for justified reason without notice period and states that these behaviors will be a justified reason for termination. In practice, from time to time, some employers unjustly terminate the employment contract based on Article 25/II of the Labour Law in order to avoid paying compensation and benefit from the long judicial process,

even though the real reason for termination is different. In the study, in the unfair termination of the employment contract based on Article 25/II of the Labour Law, the violation of the employee's personal rights and the unfair termination compensation and non-pecuniary damages that can be claimed as a result of the unfair termination were examined.

Keywords:

Unfair termination, personal rights, moral compensation.

Giriş

4857 sayılı İş Kanunu (İK.) iş sözleşmesinin taraflarca feshine ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerinde, eski 1475 sayılı İK'nda da olduğu gibi iki tür fesih şekli öngörmüştür. Bunlardan ilki 17 nci maddesinde düzenlemiş bulunduğu "sürelili (bildirimli) fesih", ikincisi ise, 24 ve 25 inci maddelerinde düzenlemiş olduğu "derhal (bildirimsiz) fesih" tir. Sürelili (bildirimli) fesihte, iş sözleşmelerinin feshinde karşı tarafa bir bildirim süresi tanınmakta, oysa derhal (bildirimsiz) fesihte bu tür bir bildirim süresi bulunmamaktadır.

İş sözleşmesinin haklı sebeple bildirim süresiz fesih hakkı, doğruluk ve dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklene-meyecek tarafa belirli veya belirsiz sürelili iş sözleşmesini derhal feshetme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir hak olup, iş ilişkisinin taraflardan biri açısından çekilmez hale gelmiş olmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

Çalışmamızda, öncelikle İK'nun 25/II inci maddesinde düzenlenen, işverence iş sözleşmesinin "işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlarına" dayanılarak yapılabilecek haklı sebeple bildirim süresiz fesih ve haksız fesih kavramları üzerinde durulacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, işverence iş sözleşmesinin feshinde gösterilen fesih sebebinin doğru gös-

terilmemesi ve iş sözleşmesinin feshi sebebine uygun fiili durumu gösterir işten çıkış kodunun seçilmemesi ya da hatalı kod seçiminin, işçinin kişilik haklarını ihlal etmesi konusu ele alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın son bölümünde ise, işverence iş sözleşmesinin feshinde gösterilen fesih sebebinin doğru gösterilmemesi ve iş sözleşmesinin feshi sebebine uygun fiili durumu gösterir işten çıkış kodunun seçilmemesi ya da hatalı kod seçiminin işçinin kişilik haklarını ihlal etmesi durumunda, işçinin hak kazanacağı haksız fesih tazminatı ve manevi tazminat talep koşulları doktrin ve Yargıtay kararları ışığında değerlendirilecektir.

I. Fesih ve İK'nun 25/II inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Fesih / Haksız Fesih Kavramları

A - Fesih Kavramı

İş sözleşmesi, taraflara sürekli borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasıyla ilişkiyi sona

erdirmesi mümkündür¹. Bu anlamda fesih²; sözleşme taraflarından birinin iş sözleşmesini sona erdirmeye ilişkin iradesini karşı tarafa bildirmesi olarak tanımlanabilecektir. Diğer yandan, fesih bildirimini bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanı olduğundan³, karşı tarafa "ulaşması" yeterli olup karşı tarafça kabulüne de gerek bulunmamakta ve hakkın kullanılması ile iş sözleşmesi sona ermiş olmaktadır⁴. Bir başka anlatımla ise, bir hak olan fesih hakkı, taraflar açısından iş sözleşmesi yapmakla doğan⁵ tek taraflı olarak kullanılabilen ve iş sözleşmesini sona erdirdiği için de karşı tarafa yöneltilmesi gereken bozucu yenilik doğuran nitelikte olan bir haktır⁶. Fesih, bozucu yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural ola-

rak şarta bağlı fesih bildirimini geçerli değildir⁷.

4857 sayılı İK'nun 19 uncu maddesi, işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapması ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olmasından söz etse de bu özellikle iş güvencesi kapsamındaki işçiler açısından getirilmiş bir düzenlemedir. Bu anlamda feshin yazılı şekil şartına tabi olması, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır⁸. Fesih bildirimini karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğurur ve bundan tek taraflı olarak dönülemez⁹. Önemli olan nokta feshin "açık ve kesin" bir şekilde yapılmasıdır¹⁰. Fesih bildiriminde "fesih" sözcüğünün bulunması şart değildir. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse, bunun fesih anlamına geldiği kabul edilecektir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilecektir. Yani, bir başka ifade ile, taraflardan birinin davranışı fesih iradesini belirgin şekilde ortaya koyuyor ise, olayların akışından bir tarafın davranışı ile sözleşmeye son verildiği anlaşılabiliriyorsa, bu davranışın da fesih şeklinde değerlendirilmesi gerekecektir. Örneğin, işçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması gibi¹¹. Diğer yandan, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde de bunu kabul etmeyen işçi yönünden işverenin feshinin gerçekleştiği kabul edilmektedir¹².

- 1 Yarg. 7. HD. 15.01.2014 t., E.2013/15874, K.2014/310, Yarg. 9. HD. 19.04.2012 t., E.2010/5854, K.2012/13856, Yarg. 9. HD. 05.04.2012 t., E.2010/5187, K.2012/11539, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
- 2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat/ Özkaraca, Ercüment; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Baskı, İstanbul 2023, s. 475 vd.; Süzek, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul 2021, 538 vd.; Demir, Fevzi ; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, İzmir 2018, s. 311 vd. ; Ulusoy, Muharrem Emre; Ev Hizmetlerinde Bireysel İş İlişkileri, Mart 2023, s. 373 vd.; Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Uluçan, Devrim/ Başkan, Esra; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020, s. 179 vd.; Keser, Hakan; 4857 Sayılı İş Kanunu Ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 23 vd.
- 3 Yarg. 9. HD. 22.12.2020 t., E.2020/3602, K.2020/19460, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
- 4 Çalık, Şefik; İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Legal Yayınları, İstanbul 2005, s. 69. Ayrıca, bu anlamda bkz. Yarg. 9. HD., 16.11.1982 t., E.1982/8143, K.1982/8954; Yarg. 9. HD. 25.02.1988 t., E.1988/206, K.1988/1674, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
- 5 Oğuzman, M. Kemal: Türkiye'de İşçi ve İşveren İlişkileri, B. 3, İstanbul, 1984, s. 167.
- 6 Yarg. 7. HD. 15.01.2014 t., E.2013/15874, K.2014/310, Yarg. 9. HD. 05.04.2012 t., E.2010/5187, K.2012/11539, Yarg. 9. HD. 19.04.2012 t., E.2010/5854, K.2012/13856, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Oğuzman, s. 167; Farklı görüş için bkz. Saymen F. Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 553 "Saymen'e göre, fesih bildirimiyile birlikte iş sözleşmesi, bildirim süresi kadar süren belirli süreli iş sözleşmesine dönüşmekte; o sebeple de süreli fesih hakkının, bozucu yenilik doğuran bir hak değil, değiştirici yenilik doğuran bir hak olarak anlaşılması gerekmektedir.

- 7 Yarg. 9. HD. 09.03.2020 t., E.2016/14905, K.2020/3886; Yarg. 7. HD. 15.01.2014 t., E.2013/15874, K.2014/310, Yarg. 9. HD. 19.04.2012 t., E.2010/5854, K.2012/13856, Yarg. 9. HD. 05.04.2012 t., E.2010/5187, K.2012/11539, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
- 8 Yarg. 9. HD. 09.03.2020 t., E.2016/14905, K.2020/3886; Yarg. 9. HD. 15.05.2019 t., E.2016/1444, K.2019/ 11176, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
- 9 Yarg. 9. HD. 13.04.2022 t., E.2022/3174, K.2022/4466; Yarg. 9. HD. 05.04.2012 t. E.2010/5187, K.2012/11539, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
- 10 Demir, Fevzi; İş Güvencesi ve 4857 Sayılı Kanun'un Başlıca Yenilikleri, Tes-İş, Ankara, 2003, s. 20; Süzek, s. 398.
- 11 Yarg. 9. HD. 09.03.2020 t., E.2016/14905, K.2020/3886; Yarg. 7. HD. 15.01.2014 t. E.2013/15874, K.2014/310, Yarg. 9. HD. 19.04.2012 t., E.2010/5854, K. 2012/13856, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
- 12 Yarg. 9. HD. 09.03.2020 t., E.2016/14905, K.2020/3886; Yarg. 7. HD. 15.01.2014 t., E.2013/15874, K.2014/310, Yarg. 9. HD. 19.04.2012 t., E.2010/5854, K. 2012/13856, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

B - İK'nun 25/II inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Fesih / Haksız Fesih Kavramları

İK. iş sözleşmesinin taraflarca feshine ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerinde, iki tür fesih şekli öngörmüştür. Bunlardan ilki 17 nci maddesinde düzenlemiş bulunduğu "sürelili (bildirimli) fesih", ikincisi ise, 24 ve 25 inci maddelerinde düzenlemiş olduğu "derhal (bildirimsiz) fesih" tir. Sürelili (bildirimli) fesihte, iş sözleşmelerinin feshinde karşı tarafa bir bildirim süresi tanınmakta, oysa derhal (bildirimsiz) fesihte bu tür bir bildirim süresi bulunmamaktadır.

İK'nun 24 ve 25 inci maddeleri uyarınca, işçi ve işveren söz konusu maddelerde belirtilen hallerde belirli süreli ya da belirsiz süreli olan iş sözleşmesini süresinin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilecektir¹³. Görüldüğü üzere, iş sözleşmesinin İK'nun 24 ve 25 inci maddeleri uyarınca feshinde, bildirim süresi bulunmamakta ve iş sözleşmesi bildirim yapıldığı tarihte sona ermektedir. Bildirimli fesihten farklı olarak, belirli süreli iş sözleşmeleri de bildirimsiz fesih suretiyle feshedilebilecektir. Diğer yandan, bildirimsiz fesihte sözleşme taraflarının İK'nun 24 ve 25 inci maddelerinde düzenlenen "haklı sebeplerden birine" dayanması gerekmektedir. İş sözleşmesinin feshinde birden fazla haklı sebep gösterilmişse, bunlardan birinin varlığı sözleşmenin feshi için yeterli olacak ancak, iş sözleşmesini fesheden taraf, fesih bildiriminde bildirdiği haklı sebebi, daha sonra haklı da olsa başka bir haklı sebep ile değiştiremeyecektir¹⁴.

İş sözleşmesinin haklı sebeple bildirim süresiz

fesih hakkı, doğruluk ve dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklene-meyecek tarafa belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini derhal feshetme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir hak olup, iş ilişkisinin taraflardan biri açısından çekilmez hale gelmiş olmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır¹⁵. İş ilişkisine devamın çekilmez hale gelip gelmediğinin ölçütünü ise, objektif iyi niyet/dürüstlük kuralları oluşturacak, taraflardan birinin davranışı yüzünden iş ilişkisinde bulunması gereken güven temeli çökerse, karşı taraf haklı sebeple bildirimsiz fesih hakkını kullanabilecektir.

4857 sayılı İK. 25 inci maddesi, işveren için iş ilişkisinin devamının çekilmez hale gelmesi durumunu ortaya çıkarabilecek haklı sebepleri; sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı sebepler ile işçinin gözüne alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması olarak 4 ana başlıkta toplamıştır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan İK'nun 25/II inci maddesi, işverence iş sözleşmesinin haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshinde, işverenin dayanabileceği "işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlarını" düzenlemekte, söz konusu bu davranışların fesihte haklı sebep olacağını belirtilmektedir. Maddede bu konuda bir sınırlamaya gidilmemiş ve bendin başlığında da ifade edildiği üzere, madde içeriğinde belirtilen davranışların benzerleri de haklı sebep olarak kabul edilecektir. Buna göre, aşağıda açıklanacağı üzere, İK. m. 25/2 işverenin işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller kapsamında sayılabilecek davranışlarını 9 bent halinde sıralamıştır. İşveren bu bentlerden birine girebilecek bir işçi davranışı ile karşılaştığında, iş sözleşmesini İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshedebilecektir.

İK'nun 25/II inci maddesi, her ne kadar işveren için iş ilişkisinin devamının çekilmez hale gelmesi durumunu ortaya çıkarabilecek haklı sebepleri belirlemiş olsa da işveren açısından haklı fesih

13 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, "bildirimsiz feshi" de Borçlar Kanunu kapsamındaki iş sözleşmeleri için farklı olarak düzenlemiştir. Buna göre, 435 inci maddesi uyarınca, taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilecektir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılacaktır.

14 Yarg. 9. HD. 03.04.2006 t., E.2006/4712, K.2006/8244, Bkz. Yarg. 9.HD, 25.02.1981 t., 282/2820, M. Ekonomi İncelemesi, İHU, İş K.md.16, No: 5.

15 Süzek, s. 691.

sebeplerinin ortaya çıkması halinde, iş sözleşmesini haklı sebeple fesih yetkisinin kullanılma süresi sınırsız değildir. Zira, 4857 İK'nun 26 ncı maddesinde, fesih sebebinin öğrenildiği tarih ile olayın gerçekleştiği tarih başlangıç esas alınmak üzere iki ayrı süre öngörülmüştür. Bu süreler içinde fesih yoluna gitmeyen işverenin feshi, haklı bir feshin sonuçlarını doğurmayacaktır. Bu süre, feshe neden olan olayın diğer tarafça öğrenilmesinden itibaren altı işgünü ve herhalde fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl olarak belirlenmiştir¹⁶. Ancak, yine aynı madde uyarınca, işçinin maddî çıkar sağlamış olması halinde bir yıllık bu süre işlemeyecektir. Buna göre, haklı feshe sebep olan olayda işçinin maddî bir menfaati olmuşsa, altı işgününe riayet etmek koşuluyla olayın üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin işverenin haklı sebeple fesih imkânı olacaktır¹⁷. Altı iş günlük süre işverenin haklı feshe neden olan olayı öğrendiği günden itibaren işlemeye başlar. Olayı öğrenme günü hesaba katılmaksızın, takip eden iş günleri sayılarak altıncı günün bitiminde haklı fesih yetkisi sona erecektir¹⁸. Hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri altı iş günlük sürenin hesabında dikkate alınmayacaktır¹⁹. Hâkimin resen dikkate alacağı bu süreler içinde iş sözleşmesinin "haklı sebeple" feshedildiğini ispat yükü işverene ait olacaktır²⁰.

4857 sayılı Kanun'un "İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı" başlığını taşıyan 25 inci maddesinin son fıkrasına göre, işverenin haklı sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshettiği durumda fesih bildirimiminin yazılı yapılması şartı aranmamaktadır²¹.

16 Yarg. 9. HD. 14.12.2015 t., E.2014/23702, K.2015/35185, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

17 Yarg. 9. HD. 14.12.2015 t., E.2014/23702, K.2015/35185, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

18 Yarg. 9. HD. 14.12.2015 t., E.2014/23702, K.2015/35185, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

19 Yarg. 9. HD. 12.03.1979 t., E.1979/2732 K.1979//3884, T. ESENER İncelemesi, İHU, İş K.md.18, No: 2.

20 Yarg. 7. HD.12.02.2014 t., E.2013/19321, K.2014/3674, Çalışma ve Toplum, 2014/4, s. 335-337; Yarg. 9. HD, 11.03.2004 t., E.2004/15367 K.2004/4765, Madenci, Temmuz-Ağustos 2004, s. 33.

21 Yarg. 22. HD. 24.01.2017 t., E.2017/496, K.2017/824; Yarg.22. HD. 12.05.2014 t. E.2014/11693, K.2014/ 12407,

Haksız fesih kavramı ise,

- Haklı sebep yokken veya
 - Bir haklı sebep bulunmasına rağmen gerçek olmayan başka bir sebebe dayanılarak yapılan,
 - Haklı sebebin ispatlanamadığı,
 - İleri sürülen haklı sebebin kanuni unsurlarından yoksun olduğu ya da
 - Feshin İK'nun 26 ncı maddesinde belirtilen süreler içinde yapılmadığı²²
- durumlarda yapılan feshi ifade etmektedir²³.

II. İK'nun 25 inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Feshin, İşten Çıkış Kodlarına Yansıması ve İşçinin Kişilik Haklarını İhlal Etmesi

A- İK'nun 25 inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Feshin Sosyal Güvenlik Kurumu İşten Çıkış Kodlarına Yansıması

İşveren için iş ilişkisinin devamının çekilmez hale gelmesi durumunu oluşturabilecek, işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlarını düzenleyen ve bunları iş sözleşmesinin bildirim süresiz feshinde haklı sebep olarak gösteren İK'nun 25/2 nci maddesine dayanılarak yapılan fesihlerin, işçiler açısından ciddi hukuki sonuçları bulunmaktadır.

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

22 Yarg. 9. HD. 14.12.2015 t. E.2014/23702, K.2015/35185. Ancak haklı sebeple bildirim süresiz feshinde dayanılabilecek sebeplerin 26 ncı maddedeki kanuni süre içinde kullanılmaması feshi haksız kılsa da, güven ilkesi zedelendiği için geçerli sebebin varlığına etki etmeyecek, iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedildiği kabul edilebilecektir. Yarg. 9. HD. 27.09.2017 t., E.2016/22383, K.2017/14275; Yarg. 9. HD. 22.04.2019 t., E.2019/205, K.2019/ 9469, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; KAR, Bektaş; İş Güvenliği ve Uygulaması, (2008 Yılı Emsal Kararları ile), Ankara 2009 s. 239-240.

23 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 675; Göktaş, Seracetin; Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Ankara 2020, s. 115.

İş Sözleşmesinin İK'nun 25/II inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Feshinde, İşçinin Kişilik Haklarının İhlali ile Haksız Fesih Sonucu Talep Edilebilecek Haksız Fesih Tazminatı ve Manevi Tazminat

Zira İK'nun 25/2 nci maddesine göre yapılan fesihlerde, işçi her şeyden önce herhangi bir tazminata (ihbar ve kıdem tazminatı) hak kazanmamasının yanında, fesih sebebinin haksız olarak ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan bir davranış olarak gösterilmesinin olumsuzluklarını hem kendi iş ve aile çevresinde, hem de gelecekteki iş hayatında yaşayabilmektedir.

İşçi ve işveren arasındaki ilişkinin temeli olan iş sözleşmesinin feshedilmesi, sözleşmenin kurulması kadar doğal bir hukuki işlem olmasına karşın, işçinin iş sözleşmesinin feshi sebebinin fesih bildiriminde doğru olarak gösterilmesi ve buna uygun fiili durumu gösterir Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) işten çıkış kodunun seçilmesi büyük önem taşımaktadır. Zira, fesih bildiriminde dayanılan İK'nun 25/2 nci maddesindeki haklı sebep ve işçinin işten çıkış sebebinin gösterecek SGK işten çıkış kodu, işçinin çalışma süresine bağlı kıdem ve ihbar tazminatı haklarına hak kazanıp kazanamayacağını, işsizlik ödeneği alıp alamayacağını ve işçinin bundan sonraki çalışma hayatında karşılaşılabileceği zorlukları doğrudan etkilemektedir.

Bu anlamda, işverence iş sözleşmesinin feshinde gösterilen fesih sebebinin doğru gösterilmemesi veya iş sözleşmesinin feshi sebebine uygun fiili durumu gösterir işten çıkış kodunun seçilmemesi ya da hatalı kod seçimi, işçi açısından ciddi kayıplara yol açabilecektir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu²⁴'nun 9 uncu maddesi uyarınca işverenler, iş sözleşmeleri sona eren işçiler için düzenleyecekleri "sigortalı işten ayrılış bildirgesini" e-sigorta (internet, elektronik ve benzeri ortamda Kurumun veri tabanına aktarılması) yoluyla işten ayrılış tarihini takip eden 10 (on) gün içinde SGK'ya bildirmekle yükümlüdürler. İş sözleşmesinin sona ermesi sonrasında işçi adına hazırlanan "işten ayrılış bildirgesinde" iş sözleşmesinin işçi-işveren tarafının hangisinin isteğiyle ve hangi sebeple sonlandığını gösteren rakamsal kod "işten ayrılış kodu" olarak ifade edilmek-

tedir. Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin ekindeki sigortalı işten ayrılış bildirgesi örneğinin arka kısmında, işten ayrılış sebepleri güncel haliyle 1'den 50'ye kadar 50 adet kodla sınırlı olarak belirlenmiştir²⁵.

Sosyal Güvenlik Kurumu, 01.04.2021 tarihinde yayınladığı Genelge²⁶ ile "İşçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı sebebi ile iş sözleşmesinin feshedildiğini" göstermek amacıyla kullanılan "Kod-29"u yürürlükten kaldırarak, bunun yerine İK'nun 25/II inci maddesine paralel şekilde iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebeple feshedildiğini göstermek üzere 41 nolu koddan sonra gelen 9 ayrı kod altında yeni bir düzenleme yapmıştır.

Kod-29 uygulaması yürürlükten kaldırılmadan önce, bu kod kapsamında hırsızlık, cinsel taciz, hakaret, mala zarar verme, yalan söyleme, sataşma, kavga, uyuşturucu madde ve alkol kullanma gibi fiillerin olması bu kodla işten çıkarılan işçiler hakkında çalışma hayatında ve toplumda olumsuz bir algı, hatta ön yargı oluşmasına sebep olmuş ve bu olumsuz algı ve ön yargı işçilerin yeni iş bulma noktasında birçok zorlukla karşılaşmalarına sebep olmuştur²⁷.

Buna göre, 01.04.2021 tarihinde yapılan değişiklik ile işverenin iş sözleşmesinin feshinde haklı sebep olarak dayanabileceği

- 25/II-a yani, "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" Kod 42,

- 25/II-b yani, "İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda

25 Camkurt, Mehmet Zülfi; SGK İşten Çıkış Kodlarının "Masumiyet Karinesi" ve İşçinin "Lekelenmeme Hakkı"na Aykırılığına Yönelik Değerlendirme, İş ve Hayat Dergisi, Ekonomi Hukuk ve Sosyal politika, Yıl: 9, Sayı: 18, s. 23.

26 01.04.2021 tarih ve E-69053920-010.06.01-23171689 (2021/9) sayılı Genelge.

27 Camkurt, s. 27.

24 RG. 16.06.2006 t., S: 26200.

bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması” Kod 43,

- 25/II-c yani “İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması” Kod 44,

- 25/II-d yani, “İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması” Kod 45,

- 25/II-e yani, “İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması” Kod 46,

- 25/II-f yani, “İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi” Kod 47,

- 25/II-g yani, “İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi” Kod 48,

- 25/II-h yani “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” Kod 49,

- 25/II-ı yani, “İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması” Kod 50

olarak belirlenmiştir. İK'nun 25/II nci maddesinde sayılan bu durumlar “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” madde başlığından da anlaşılacağı üzere, sınırlı sayıda değildir, işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan benzer söz ve davranışları da işverene 25/II nci madde uyarınca fesih hakkı verecektir²⁸. Bu durumda benzeri durumlarda hangi kodun kulla-

nılacağı hususu da halen belirsizlik taşımaktadır.

Söz konusu bu kodlar sayesinde, işçinin son ayrıldığı işten sonra işe gireceği yeni işyeri işverenin, işçinin hangi neden ve suçlamayla işten çıkartıldığını daha somut ve anlaşılabilir bir şekilde görmesi sağlanmıştır.

Uygulamada zaman zaman, ihbar ve kıdem tazminatı ödemek istemeyen ve yargılama sürecinin oldukça uzun süreceğini ve enflasyonist ortamda düşük faizlerle bu ödemeleri birkaç yıl sonra yapmayı daha avantajlı gören bazı işverenler, işçinin iş sözleşmesini farklı bir sebeple feshetmelerine rağmen, fesih bildiriminde farklı bir sebep göstererek SGK'ya bildirdikleri işten çıkış kodunu da ihbar ve kıdem tazminatı ödemek zorunda olmayacakları farklı bir kod ile bildirebilmektedirler.

Bir yanlışlık olduğu düşünülerek işten ayrılış koduna yönelik değişiklik ve düzeltme talebi, işçi ve işveren tarafından SGK'ya birlikte müracaat edilmek suretiyle yapılması durumunda, SGK tarafından istenilen değişiklik yapılmaktadır. İşverenlerin işten ayrılış kodunun değiştirilmesi-düzeltilmesine yönelik talepleri ise, buna ilişkin belgelerin SGK'ya sunulması halinde yapılmaktadır. Ancak, işçinin tek başına işten ayrılış kodunun değiştirilmesi için SGK'ya başvurması halinde, işten ayrılma kodu ile ilgili herhangi bir değişiklik yapılmamaktadır²⁹.

İşçi için bildirilen işten çıkış kodunun işçi, işçi ile işverenin birlikte ya da işverenin tek başına başvurmasına rağmen SGK tarafından değiştirilmemesi-düzeltilmemesi halinde, çıkış kodunun gerçeğe aykırı olarak işveren tarafından bildirildiğini iddia eden işçi dava yoluna başvurabilecektir. İşveren tarafından işten ayrılış bildirgesinde, çıkış kodunun yanlış olarak SGK'ya bildirildiğini iddia eden işçi, ya işçilik alacaklarının tespiti niteliğinde eda davası ya da işten ayrılış kodunun düzeltilmesine yönelik bir tespit davası açabilecektir³⁰.

28 Yarg. 9. HD. 10.02.2020 t., E.2016/13418, K.2020/1813; Yarg. 9. HD. 04.07.2019 t., E.2017/11351, K.2019/ 15019, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

29 SGK'nın 22.02.2013 tarih ve 2013/11 sayılı Genelgesinde 03.07.2015 tarih ve 347 sayılı (2015/9) sayılı Genelgesiyle yapılan değişiklik. Camkurt, s. 31.

30 Yarg. 9. HD. 09.05.2022 t., E.2022/4828, K.2022/5676,

İşe iade davalarında verilen kararlar işverenin işten ayrılış kodunu düzeltmesi için zorlayıcı bir etkiye sahip olmadıkları gibi, kıdem ve ihbar tazminatı alacağına ilişkin görülen davada çıkacak sonuç da işverene böyle bir yükümlülük getirmemektedir³¹.

İş Kanunu uygulamasında, bilgisayar ortamında veya özlük dosyalarında saklanan, işçinin özel ve mesleki hayatına ilişkin işçi hakkındaki tüm bilgiler ve belgeler kişisel veri niteliğindedir³². Buna göre, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu³³ ile İş Kanunu hükümleri birlikte dikkate alındığında, "işten ayrılış kodu" da mahiyeti itibarıyla işçi hakkında özel bilgi içerdiğinden "kişisel veri" olarak kabul edilebilecektir. Bu bağlamda, iş sözleşmesinin sona ermesi hangi sebebe dayanırsa dayansın işverenlerin dikkat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde, azami dikkat göstererek işten ayrılış kodunu doğru olarak belirlemesi, çıkış kodlarının yer aldığı işten ayrılış bildirgesi ve ayrılış kodunun dayanağı belgeleri (mahkeme kararı, disiplin kurulu kararı, disiplin cezası kararı vb.) muhafaza etme konusunda hassasiyet göstermesi gerekmektedir.

B- İK'nun 25/II inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Feshin İşçinin Temel Kişilik Haklarını İhlali

Kişilik, insanı diğer insanlardan ayıran, sadece somut bir insana özgülenmiş, sadece o insana özgü olan özelliklerin bütünüdür. "Kişilik hakları", bireyin kendisini kendi seçimleri, kendi yetenekleri doğrultusunda gerçekleştirmesini sağlayan, kişinin kendisi olarak var olmasının güvencesi niteliğinde haklardır³⁴. Yine bir başka tanıma göre, "kişilik hakkı", çok geniş bir anlama sahip olup,

kişinin bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan, yaşam, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü ve duygusal değerlerin tümü bu hakkın bileşenleridir³⁵.

Yargıtay ise, kişisel haklar olarak ifade ettiği kişilik haklarının, kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağladığını ifade ettikten sonra, hayat, beden, ruh tamlığı, vicdan, düşünce, ekonomik çalışma özgürlüğü, servet, şeref, haysiyet, itibar, ün, ad, sır ve resimlerin hep kişisel varlıklar olduğunu belirtmiştir³⁶.

Kişinin onuru, şerefi ve saygınlığı onun toplum içindeki tüm manevi değerlerinden oluşur. Herkesin içinde yaşadığı toplumda ilişkiler kurduğu çevrelerde kişisel bir onuru, şerefi ve saygınlığı vardır. Kişiyi küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak, kişiye düşmanca bir ortam hazırlamak amacıyla yapılan davranışlar manevi değeri nasıl zedelerse, bir olayın aktarılması ya da olay veya kişinin eleştirilmesi de çok kez şeref ve saygınlığa, onura müdahale niteliğinde olabilecektir. Ancak bu müdahalenin haksız olması, diğer bir deyimle hukuka aykırı bulunması gerekecektir³⁷.

Kişinin haklarını ve bu hakların korunmasını düzenleyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası³⁸ hükümlerinin dışında, Türk Medeni Kanunu³⁹(TMK) "Kişiliğin Korunması" başlıklı 23 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini veya özgürlüklerin hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlanamayacağını belirttiğinden sonra, "Saldırıya Karşı" başlıklı 24 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında da, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceğini belirtmiştir. TMK'nun 24 üncü

Camkurt, dn. 21.

31 Yarg. 9. HD. 22.06.2022 t., E.2022/7128, K.2022/8175, Camkurt, dn. 24.

32 Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / BAYSAL, Ulaş; İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2022, s. 983.

33 RG. 07.04.2016 t. S: 29677.

34 Özveri, Murat; İşçinin İş İlişkisinde Kişilik Haklarının Korunması: Mobbing ve Yargı Kararları, Çalışma ve Toplum, C. 4, S. 79. s. 3255-3296.

35 Güzel, Ali; İş Hukukunda Yetki ve Özgürlük" Prof. Dr. Turhan Esenene Armağan Cilt I, İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi Özel Sayısı, Ankara, 2016, s. 111.

36 Yarg. 7. HD. 20.01.2015 t., E.2014/14808, K.2015/131, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016/1, s. 485.

37 Yarg. 7. HD. 20.01.2015 t., E.2014/14808, K.2015/131, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016/1, s. 485.

38 RG. 09.11.1982 t. S: 17863 (Mükerrer).

39 RG. 08.12.2001 t. S: 24607.

maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. Buna göre, sadece burada sözü edilen hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığı halinde ihlal, hukuka uygun kabul edilebilecektir.

Görüldüğü üzere, TMK. m. 24/II maddesi uyarınca, Kanunda belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yönelik her türlü saldırı hukuka aykırı sayılacağından, kişilik hakkı ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda, ihlale yol açan fiilin hukuka aykırılığının ayrıca değerlendirilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır⁴⁰.

Kişilik hakkının ihlalinin söz edilebilmesi için, müdahale fiilinin belirli bir yoğunluk arz etmesi, bir başkasının kişilik alanında hoş görülemez ve kabul edilemez bir müdahale şeklinde ortaya çıkmış olması gerekmektedir⁴¹. Yani bir başka ifade ile, kişilik ihlalinin anlaşılabilir, hukuken korunan kişilik değerlerinin belirli bir yoğunlukta zedelenmesidir⁴². Bu anlamda, işverence iş sözleşmesinin feshinde gösterilen fesih sebebinin doğru gösterilmemesi veya iş sözleşmesinin feshi sebebine uygun fiili durumu gösterir işten çıkış kodunun seçilmemesi, işçinin kişilik değerlerinin belirli bir yoğunlukta zedelenmesine yol açıyorsa, bu durumun hukuka aykırılığının ayrıca değerlendirilmesine ihtiyaç olmayacak, işçinin kişilik haklarına yönelik bu müdahale hukuka aykırı sayılacaktır.

Kişisel değerlerin en önemlileri onur, saygınlık, şeref ve haysiyettir. İnsanın insan oluşundan kaynaklanan temel özelliklerinin bütününe ifade eden şeref ve haysiyet, kişilik hakkının konusunu

oluşturan sosyal kişilik değerlerindedir⁴³. Şeref ve haysiyet, kişinin gerek doğuştan sahip olduğu gerekse ait olduğu toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğu ya da öyle kabul edildiği için o kişiye atfedilen değeri ifade etmektedir⁴⁴. Toplumun kişiye temelde sahip olduğu karakteri dolayısı ile atfettiği değer olarak ahlaki şeref ve haysiyet, o toplumda benimsenmiş ahlaki değer yargılarına ve dini inanışlara dayanmaktadır. Kişinin toplumsal hayat içerisinde ilişkileri ve faaliyetleri dolayısı ile çevreye karşı kazandığı saygınlık toplumsal şeref ve haysiyet olarak ifade edilmektedir⁴⁵. Şeref ve haysiyet kişiye, zamana ve yere göre değişen farklı değerlerden oluşmaktadır. Bu yüzden, şeref ve haysiyete yönelik bir ihlalin gerçekleşmiş olup olmadığına karar verirken, o zaman ve o yerde hâkim olan ahlaki değer hükümleri ile kişinin içinde bulunduğu özel durumlar dikkate alınmalıdır⁴⁶.

Belirli bir meslek veya sanata sahip kişinin, bu meslek ve sanatı yürütürken çevreye karşı kazandığı mesleki ve ticari itibar da bu kapsamda korunan kişilik değerleri arasında sayılabilecektir⁴⁷. Bir kimsenin mesleki ve ticari itibarını sarsacak şekilde ağır ve haksız eleştirilerde bulunmak, onun hakkında yersiz açıklama ve suçlama yoluyla mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığını sarsmak, bu şekilde kişinin bir anlamda iktisadi yaşamdaki varlığına son vermek ya da ciddi anlamda zedelemek kişilik hakkına saldırı olarak kabul edilmektedir⁴⁸.

Saldırının, hangi biçimde yapıldığının önemi yoktur. Saldırı sözle, fiziksel şiddet kullanılarak yapılabileceği gibi, işverence yapılan fesih bildi-

40 Turan Başara, Gamze; Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi, Ankara 2018, s. 53; Antalya, O. Gökhan; Manevi Zarar, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul 2017, s. 54; Keskin, A. Dilşad; Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara 2016, s. 190.

41 Keskin, s. 194.

42 Turan Başara, s. 53.

43 Erlüle, Fulya; Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Basım, Ankara 2015; Keskin, s. 177.

44 Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan; Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 17. Basım, İstanbul 2016, s. 127; Turan Başara, s. 23; Yarg. 7. HD. 20.01.2015 t., E.2014/14808, K.2015/131, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016/1, s. 485.

45 Kılıçoğlu, Ahmet M.; Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, 2.Basım, Ankara 1993, s. 61; Erlüle, s. 96; Turan Başara, s. 24.

46 Dural/Öğüz, s.128; Keskin, s. 178; Turan Başara, s. 25.

47 Dural/Öğüz, s. 128; Erlüle, s. 96; Turan Başara, s. 24.

48 Antalya, s. 88; Turan Başara, s.24.

riminde işçinin onur ve saygınlığını, kişilik haklarını zedeleyecek ölçüde gerçek dışı ifadeler kullanılması şeklinde de gerçekleşebilecektir. Bu anlamda, kişinin insan olmak sıfatı ile sahip olduğu özelliklerin ve kendisini geliştirme gayretleri sonucunda elde ettiği niteliklerin olmadığı veya eksik olduğu fikrini uyandıran, kişiyi toplum içerisinde küçük düşürmeye yönelik her türlü sözlü, yazılı veya görsel yolla yapılan beyanlar ya da davranışlar şeref ve haysiyetin ihlali sonucunu doğuracaktır⁴⁹. Bunun gibi, bir kimsenin itibarını sarsacak gerçek olmayan olayların açıklanması, ileri sürülmesi de şeref ve haysiyetin ihlali niteliğini taşıyacaktır⁵⁰.

Kişi olarak işçilerin de kişilik haklarının her yerde ve herkese karşı hukuka aykırı saldırılardan korunmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Kişilik hakkı ihlalinin, işyerinde işverence ya da diğer işçilerce yapılması veya işyeri dışında farklı kişilerce yapılması bir fark yaratmayacak, tüm bu durumlar hukuka aykırı sayılacaktır. Bu anlamda, iş sözleşmesinin, işverene bağımlılık unsuru kapsamında vermiş olduğu, emir ve talimatlarda bulunma hakkı kapsamında işverenin vereceği her türlü talimat ve yapacağı her türlü işlemde, işveren açısından en önemli sınır işçinin kişilik hakları olacaktır⁵¹.

İşverenin işçinin kişilik haklarını koruma yükümlülüğünün doğması için, iş sözleşmesinin yapılması yeterlidir. İşçinin kişilik haklarını koruma yükümlülüğü herhangi bir koşul ya da şarta bağlı olmaksızın iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte doğmaktadır. İşveren işçinin kişilik haklarını koruma yükümlülüğü kapsamında, işçinin kişilik haklarını ihlal edecek her türlü işlemde ve eylemde sakınmakla yükümlüdür⁵². İşverenin işçinin kişilik haklarını koruma yükümlülüğünü düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 417 nci maddesi de, ilk fıkrasında "İşçinin Kişiliğinin Korunması" başlığı altında, işverenin, hizmet iliş-

kinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğunu belirtmiştir.

İşverence, işçinin kişisel haklarına yapılabilecek bir saldırının önceden tanımlanabilmesi, hangi şekilde yapıldığında eylemin kişisel haklara saldırı sayılabileceğinin kesin bir kurala bağlanması mümkün değildir. Bu sebeple her olayın kendi özellikleri dikkate alınarak ortada kişisel haklara ilişkin bir saldırı olup olmadığının tespiti büyük önem taşımaktadır.

Kişisel haklara saldırı, işverence doğrudan yapılan bir fiil olabileceği gibi, haksız olarak İK. m. 25/II nci maddesine dayanılarak yapılan bir fesihte işçinin onur ve saygınlığını zedeleyecek bir sebebin gösterilmesi ve bunun SGK çıkış koduna yansımaları şeklinde de olabilecektir. İşverenin bu fiili işçinin kişilik hakkını ihlal anlamına gelecek ve hukuka aykırı sayılacaktır. Fesih sebebinin gerçeğe aykırı olarak belirlenmesi ve gerçek durumu yansıtmayan işten çıkış kodunun SGK'ya bildirilmesi, işçiye yönelik bir hakaret veya onur kırıcı iftira niteliğine sahip olacaktır. Bu bildirim; özel nitelikli kişisel veri niteliği taşıması, güncelliği, kişi hakkında önyargıya sebep olması, kişi açısından risk doğurması hususları dikkate alındığında⁵³, işverenin bu davranışı, işçinin itibarını sarsacak bir davranış olarak kabul edilecek ve işçinin şeref ve haysiyetinin ihlali niteliğini taşıdığı ifade edilebilecektir.

Nitekim aynı görüşte olan Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bazı kararlarında, işçi-işveren uyuşmazlıklarının kimi durumlarda, bazı temel hak ve hürriyetler ile kişisel haklara da müdahale teşkil edebildiğini açıkça kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, mesleki hayat, özel hayat kavramı içinde değerlendirilebilmekte olup, bir iş sözleşmesinin sona ermesi, işçinin özel hayatına, bu anlamda kişilik haklarına mü-

49 Dural/Öğüz, s. 129; Keskin, s. 178; Erlüle, s. 97, Turan Başara, s. 26.

50 Turan Başara, s. 60.

51 Bu yönde Özveri, s. 3255.

52 Özveri, s. 3258.

53 Camkurt, s. 54.

dahale teşkil edebilmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi Neslihan Özdemir başvurusunda⁵⁴vermiş olduğu kararında; özel bir şirkette çalışan başvuruçunun işveren ile arasındaki güven ilişkisinin bozulduğu gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararda; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin⁵⁵, kişinin meslek hayatını etkileyen bir tedbirin kişinin özel hayatına yönelik ciddi olumsuz etkilerinin bulunduğu veya bulunma ihtimalinin olduğu durumların konu edildiği başvuruları incelemesi sonucunda;

- Bu sonuçların çok ağır olduğu ve kişinin özel hayatını önemli derecede etkilediği durumlarda, sonuca dayalı yaklaşım kapsamında Sözleşme'nin 8 inci maddesinin⁵⁶ kapsamı içine girebileceğini ifade etmesini ve

- Söz konusu olumsuz etkilere ilişkin değerlendirilmede, kişinin yakın çevresi üzerindeki, özellikle de maddi bakımdan ortaya çıkan sonuçların, diğerleri ile ilişki kurma ve geliştirme olanaklarının ve itibarı üzerindeki olumsuzlukların dikkate alınması gerektiği görüşünü⁵⁷,

esas almıştır. Burada olumsuz sonuçların değerlendirilmesinde; işçinin, işverenin eylemi öncesi ve sonrasındaki yaşamı kıyaslanarak maruz

kaldığı olumsuz etki tespit edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu başvuruda, işveren ile arasındaki güven ilişkisinin bozulduğu gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilen işçinin;

- Fesih sonrasında mevcut işini yapamaz duruma geldiği,

- Bu bağlamda mesleki ilişkileri ile mesleki itibarının zedelendiği ve

- Fesih öncesindeki yaşamıyla kıyaslandığında birçok olumsuz etkiye maruz kaldığı iddialarının

bir bütün olarak sonuca dayalı yaklaşım çerçevesinde, özel hayata saygı hakkının usul güvenceleri kapsamında incelenmesini uygun görmüş ve bu anlamda özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi mevcut olayda, işverenin fesih sebebi olarak gösterdiği olayın, işverenin tek taraflı beyanına dayandığını belirterek, işçinin eyleminin işe ve işyeri ortamına nasıl ve ne gibi olumsuz yansımalarının olduğunun ve işçiye izafe edilen eylem nedeniyle iş sözleşmesinin sürdürülmesinin beklenemeyeceği hususunun ortaya konulmamış olduğunu yani, haksız feshin yapılmış olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme iş sözleşmesinin feshinin işverenin amacına uygun ve orantılı olup olmadığı hususunda özel hayata saygı hakkına ilişkin Anayasa'da belirtilen güvencelerin gözetildiği özenli bir yargılama yapılmaması ve anayasal güvencelerin korunması açısından pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması sebebi ile işçinin Anayasa'nın 20 nci maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi Kararı ve Kararda değinilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararından da anlaşılacağı üzere, bir işçinin iş ilişkisini etkileyen en önemli fiillerden biri olan feshin yapılması sürecinde, haksız yapılan bir feshin kişinin özel hayatına yönelik ciddi olumsuz etkilerinin bulunup bulunmadığının göz önünde tutulması gerekmektedir.

Bu durum özellikle çalışmamızın konusu oluş-

54 Neslihan Özdemir, B. No: 2018/29512, 13/4/2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/29512>, Erişim: 10.03.2024.

55 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, 19 uncu maddesi uyarınca, sözleşme ve protokolleri gereği Taraflar'a yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için bkz. <https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf>, Erişim: 10.03.2024.

56 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 8 "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" 1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

57 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Denisov/Ukrayna, § 107s.

turan İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca yapılan fesihlerde büyük önem taşımaktadır. Zira işverence gerçek olmamasına rağmen farklı amaçlarla, İK'nun 25/II inci maddesinde sözü edilen ağır sebeplerden birinin fesih sebebi gösterilmesi sonucu, fesih sonrasında işçinin mesleğini başka bir işyerinde sürdürmez duruma gelmesi, bu anlamda mesleki ilişkileri ile mesleki itibarının zedelenmesi, bu ağır sonuçların, fesih sonrası hayatının fesih öncesindeki hayatıyla karşılaştırıldığında işçinin özel hayatını önemli derecede etkilemesi söz konusu olabilecektir.

Buna göre, işverence gerçek olmamasına rağmen farklı amaçlarla, İK'nun 25/II inci maddesinde sözü edilen ağır sebeplerden birinin fesih sebebi olarak gösterilmesi;

- Gösterilen sebebe göre işçinin mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığının, itibarının sarsılmasına ya da şeref ve haysiyetinin ihlaline neden olacağından,

- Özel hayatını etkileyeceğinden ve

- İşçinin iktisadi yaşamını ciddi anlamda zora sokacağından,

işçinin kişilik hakkına yapılan bir saldırı olarak kabul edilecektir.

C- İK'nun 25 inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Feshin Masumiyet Karinesini ve İşçinin Lekelenmeme Hakkını İhlali

Yukarıda da ifade edildiği üzere, İK'nun 25 inci maddesine dayanılarak yapılacak olan feshin konusunu, maddede 9 bent halinde yazılmış bulunan haklı sebepler ve bunların benzerleri oluşturabilecektir.

İK'nun 25/II nci maddesinde 9 bent halinde sayılan işverenin iş sözleşmesini feshinde dayandığı haklı sebeplerin hepsi aynı ağırlıkta olmasa da, gerçek durumu yansıtmadığı takdirde işverence işçinin; kendi vasıfları hakkında yalan söylemesi, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması,

işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması, işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması, işveren, ailesi veya işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması, işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanması, hırsızlık yapması, işverenin meslek sırlarını ortaya atması, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması, yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmaktan ısrar etmesi, işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması gibi sebeplere dayanılarak yapılacak haksız fesihler, işçinin mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığının, itibarının sarsılmasına ya da şeref ve haysiyetinin ihlaline sebep olabileceği gibi, işçinin sonraki iş başvurularında sorun çıkması, işçiye ön yargıyla bakılması, yeni işveren ve işçiler tarafından sorgulanması gibi istenmeyen durumların ortaya çıkması sonuçlarını da doğurabilecektir.

Bu denli ciddi sonuçların ortaya çıkabileceği göz önünde tutulduğunda, doktrinde⁵⁸ de ifade edildiği üzere, her ne kadar masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı ceza muhakemesi hukuku alanına ait temel esaslar olarak kabul edilseler de bu esasların iş hukuku uygulamasında da yani işçi-işveren arasındaki iş sözleşmesinin özellikle sona ermesi aşamasında da göz önünde tutulmaları gerektiği kabul edilebilecektir.

Masumiyet (suçsuzluk) karinesi, hakkında suç isnadı bulunulan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır⁵⁹. Masumiyet karinesi

58 Camkurt, s. 47.

59 AYM. 12.2013 t., E.2013/133, K.2013/169, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

ile yargılama makamlarının önyargılı hareket etmemesinin sağlanması yanında, kişinin toplum nezdinde suçlu konumunda bulunması engellenerek, dışsal bir koruma sağlanması da amaçlanmaktadır. Bu anlamda dışsal koruma kişinin toplum nezdinde kirlenme, lekelenme durumunun oluşmasını, insan onuru, şerefi ve saygınlığının zarar görmemesini amaçlamaktadır⁶⁰. Üst kavram olan olarak kabul edilebilecek olan "onur"; insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, haysiyet, izzetinesis" diğer şekliyle de "başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref, itibar" olarak ifade edilmiştir⁶¹. Masumiyet karinesi hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve adil yargılanmanın esas unsurlarından biri olarak görülmekte olup⁶² hem Anayasamızda hem de kabul ettiğimiz çeşitli uluslararası metinlerde yer almıştır⁶³.

Kişinin toplum nezdinde saygınlığının, onurunun zarar görmemesi amacına hizmet etmekte olan lekelenmeme hakkı ise, kişilerin bir suç ithamı ile karşılaştıklarında bile, kendini rahat ve güvende hissetmesini sağlamayı amaçlayan bir haktır⁶⁴. "Lekelenme" kelime anlamı itibariyle "kişinin isminin kötüye çıkması"; "lekelenmek" ise "kişinin kötü anılması, itibarının zedelenmesi" olarak tanımlanmaktadır⁶⁵.

Masumiyet karinesinin bir sonucu olarak nitelendirilebilecek, aralarında çok kuvvetli bir bağ olmakla birlikte aslında başlı başına ve çok önemli temel bir insan hakkı olan "lekelenmeme

hakkı", suç şüphesi nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen kişinin, bu işlemlerden dolayı onur, şeref ve haysiyetinin zarar görmemesi, toplum içindeki saygınlığının zedelenmemesi, hakkında henüz kesin hüküm verilmemiş kişinin masumiyetine zarar verecek, kişiyi toplum nezdinde mahkûm edecek her türlü söz, yayın, haber gibi davranışlardan kaçınma olarak tanımlanmaktadır⁶⁶.

Lekelenmeme hakkında daha çok kişinin toplum nezdinde onur ve şerefının korunması, saygınlığına zarar gelmemesi amaçlanmaktadır⁶⁷. Kişinin gerçekleşen bir ithama ilişkin olarak herhangi bir belirleme yapılmadan suçlu olarak görülmesi, gösterilmesi kişinin lekelenmesine ilişkindir⁶⁸. Kişinin itibarının zarar görmesi tehdidinde karşı, lekelenmeme hakkı büyük önem taşımaktadır⁶⁹. Bu anlamda, lekelenmeme hakkı, kişinin toplum nezdinde onur ve şerefının korunmasını ve itibarına zarar gelmemesini ifade eden temel haklardan biri olarak kabul edilmektedir⁷⁰.

Görüldüğü üzere, masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkının, ceza muhakemesi hukuku dışında, iş hukuku uygulamasında, yani işçi-işveren arasındaki iş ilişkisinde de özellikle İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca yapılan haksız fesihlerde dikkate alınmasının gerektiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır⁷¹. Bu anlamda, İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca yapılan fesihlerde, şartlarının oluşup oluşmadığının tespitinde ve fesih işleminin uygulanması sırasında yapılacak değerlendirmelerde "masumiyet karinesi" ve "lekelenmeme hakkı"nın göz ardı edilmemesi gerekmektedir⁷².

Buna göre, işverence iş sözleşmesinin İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca, "Ahlak ve iyi niyet ku-

60 Akıncı, Fatih; Lekelenmeme Hakkı, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 43, Temmuz 2020, s. 177.

61 <https://sozluk.gov.tr/?kelime=onur>, (E.T. 18.11.2019).

62 Hatice Derya Ormanoğlu, "Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2016, Cilt: 65, Sayı: 4, s. 2241-2243.

63 T.C. Anayasası, m. 15/2: "Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."; m. 38/4: "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 6/2: "Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır."

64 Uysal, Cem: Ceza Hukukunda Suçsuzluk Karinesi Üzerine Bir İnceleme ve Lekelenmeme Hakkı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2017. s. 138; Akıncı, s. 186.

65 Camkurt, s. 45.

66 Eyüp Kara, "Lekelenmeme Hakkı", Adalet Dergisi, Yıl: 2012, S: 43, s. 188; Camkurt, s. 46.

67 Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Baskı 7, İstanbul 2010, s. 153; Kara, s. 190.

68 Akıncı, s. 188.

69 Bu yönde bkz. Gülsün, Ramazan, "İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı, International Journal of Legal Progress, 2015, C. 1, S. 2, s.18-21; Akıncı, s. 186.

70 Camkurt, s. 46.

71 Bu yönde, Camkurt, s. 47.

72 Camkurt, s. 48.

rallarına uymayan haller ve benzerleri" başlığı altında sayılan haklı sebeplerden birine dayanarak feshedilmesine karar verildiğinde, işverenin masumiyet karinesini göz önünde tutarak, işçinin lekelenmeme hakkını korumak zorunda olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Bu sebeple, öncelikle işçi suçsuzluğunu kanıtlamak zorunda olmadığından, işverenin, İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca işçinin iş sözleşmesinin feshinde haklı sebep olarak gösterdiği durumu ispat etmesi gerekmektedir⁷³. Bunun için de İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca fesihte dayanacağı haklı sebebe ilişkin işçi hakkında yapılan suçlamaların ortaya konulmasına yönelik, titiz ve ön yargısız bir bakış açısıyla araştırma, inceleme, soruşturma yapmalı, lehe aleyhe tüm delillerin toplanmasını sağlamalı ve ilgililerin bilgisine başvurulmalıdır⁷⁴.

Yargıtay kararlarında da açıkça belirtildiği üzere; her ne kadar İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca yapılan haklı fesihlerde gösterilen sebebin ceza hukuku anlamında suç niteliği taşıması gerekmeseyse⁷⁵, suç teşkil eden fiilin bir ceza yargılamasıyla tespit edilmiş⁷⁶, işçi hakkında bir mahkûmiyet kararı verilmiş⁷⁷ olması zorunluluğu bulunmasa da işverenin, işçinin iş sözleşmesini aslında farklı bir sebeple feshetmesine rağmen gerçek fesih sebebini göstermeksizin İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca ağır bir haklı fesih sebebine dayanması ve buna uygun SGK işten ayrılış kodunu girmesi, işçinin mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığının, itibarının sarsılmasına ya da şeref ve haysiyetinin ihlaline sebep olabilmektedir.

İşverence yapılabilecek bu tür bir fesih işlemi

de tereddütsüz işçinin "lekelenmeme hakkına" aykırılık oluşturacaktır. Bunun gibi, somut ve hukuken kabul edilebilir delillerle ispatlanamamış bir fiilden dolayı işçinin suçlu kabul edilip, iş sözleşmesinin yine İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca feshedilerek, buna göre çıkış kodunun belirlenmesi de masumiyet karinesine aykırılık teşkil edecektir. Bu anlamda, işverenin İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca ağır sebeplere dayanarak yapacağı haksız fesih ve buna bağlı SGK çıkış kodu, işçinin şeref ve itibarını zedeleyecek ve kişilik haklarının zarar görmesine neden olacaktır. Diğer yandan, bu durum işçinin sonraki iş başvurularında sorun çıkması, işçiye ön yargıyla bakılması, yeni işveren ve işçiler tarafından sorgulanması gibi istenmeyen durumların yanında, işçinin Anayasa ile güvence altına alınan çalışma hak ve hürriyetini kısıtlayan, engelleyen nitelikte birtakım sonuçların ortaya çıkmasına da neden olabilecektir. Sonuç olarak, çalışma hayatında işçi hakkında oluşan bu önyargılı yaklaşım, yanlış ve olumsuz kanaat ise, işçinin lekelenmeme hakkının ihlali anlamına gelecektir⁷⁸.

III. İK'nun 25 inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Fesih Durumunda İşçinin Tazminat Hakları

A- Genel Olarak

İşverenin; haksız olarak İK. 25/II nci maddesinin bazı hükümlerine dayanarak yapacağı bir fesih sonucunda, işçinin onur ve saygınlığının zedelenmesi durumunda karşılaşılabileceği yaptırımlar iki başlık altında incelenebilecektir. Bu başlıklar işçi tarafından TBK. m. 438/2 uyarınca talep edilebilecek olan haksız fesih tazminatı ve yine işçi tarafından talep edilebilecek olan manevi tazminattır. Somut, ispat edilebilir bir maddi zararın doğması sonucu, genel hükümler uyarınca her durumda talep edilebilecek olan

73 Ünver, Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 29-30; Camkurt, s. 46.

74 Camkurt, s. 48

75 Yarg. 22.HD., 10.04.2012 t., E.2011/ 13991, K.2012/6817, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

76 Yarg. 9. HD. 05.04.2005 t., E.2004/17749, K.2005/12132, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

77 Yarg. 9. HD. 05.04.2005 t., E.2004/17749, K.2005/12132, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş; İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, Eylül 2019, s. 230 vd.

78 Camkurt, s. 48.

maddi tazminat çalışmamız kapsamı dışında tutulmuştur.

B- İşçinin Haksız Fesih Tazminatı Hakkı

İK. iş sözleşmesinin 24 ve 25 ncü maddeleri uyarınca yapılan fesihlerin haksız olması durumunda bunun sonuçlarına ilişkin bir düzenleme getirmemiş, bunun aksine, iş sözleşmesini 24 ve 25 ncü maddeleri uyarınca feshedenlerin diğer taraftan tazminat haklarının saklı olduğunu belirtmiştir (m. 26/son). Yani fesheden tarafın, bu fesih sebebi ile bir zarara uğraması durumunda karşı taraftan tazminat isteyebileceğini belirtmesine karşın, haksız feshe maruz kalabilecek olan tarafın haklarından söz etmemiştir.

Buna karşılık, TBK. 438 inci maddesinde, işveren tarafından haklı sebep olmaksızın yapılan feshin sonuçlarını, 439 uncu maddesinde de işçi tarafından haklı sebep olmaksızın yapılan feshin sonuçlarını düzenlemiştir. Kanımızca, doktrinde de ifade edildiği üzere, Yargıtay 22. HD'nin 2017 yılında vermiş olduğu kararın aksine, haksız fesih tazminatı sadece TBK. kapsamındaki işçilere değil, İş Kanunu kapsamındaki işçilere de uygulanacaktır⁷⁹.

Çalışmamız kapsamında, bir işverenin; haksız olarak İK. m. 25/II nci maddesine dayanarak yapacağı haksız bir fesih sonucunda, uygulama alanı bulacak olan ve işçinin haklarının düzenlenmiş olduğu TBK'nun 438 inci maddesi uyarınca işveren, haklı sebep olmaksızın iş sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine, belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilecektir. Ancak, belirli süreli iş sözleşmesinde işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde et-

mekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilecektir.

TBK. 438 inci maddesinin ikinci fıkrasında ise, hâkimin, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebileceğini, ancak belirlenecek tazminat miktarının, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacağını hükme bağlamıştır. Uygulamada bu tazminat "haksız fesih tazminatı" olarak adlandırılmıştır⁸⁰.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, haksız fesih tazminatı, tamamen hâkimin takdirine bağlı bir tazminattır. Hâkim ödenmesine veya ödenmemesine karar verebilecektir⁸¹. Buna göre, hâkim somut olayın bütün durum ve koşullarını, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını, sözleşmenin devam süresini ve fesih için ileri sürülen sebebi tazminatın takdirinde göz önünde tutacaktır⁸². Haksız feshin hukuka aykırılık bakımından ağırlığı, işçinin kişilik haklarının zedelenmesinin derecesi ve varsa işçinin birlikte kusuru da takdiri etkileyecektir⁸³. Kanımızca, İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca yapılan haksız fesihlerde, masumiyet karinesinin ve lekelenmeme hakkının ihlali de hâkimin takdirinde büyük önem taşıyacaktır.

Haksız fesih tazminatına hükmedilebilmesi için işçinin mutlaka zarara uğraması şart değildir⁸⁴. Fesih sonucu işçi bir zarara uğramasa bile, hâkim haksız fesih tazminatına hükmedebilecek,

80 Göktaş, s. 259; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/Özkaraca, s.689; Urhanoğlu, İstar; Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi, Hacettepe HFD, 12(1), 2022, s. 85-121, s. 95; Süzek, s. 730.

81 Süzek, 731; Urhanoğlu, s. 96.

82 Urhanoğlu, s. 95; Senyen Kaplan, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Ankara 2020, s. 339; Göktaş, s. 260; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/Özkaraca, s. 689.

83 Süzek, s. 729; İşçinin kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle manevi tazminat hakkı da bulunmakta olup işçi, manevi tazminat davası açmışsa artık kişilik haklarının ihlalinin haksız fesih tazminatının değerlendirilmesinde dikkate alınmayacağı görüşü için bkz. Göktaş, 2020, s. 262. Urhanoğlu, s. 96.

84 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/Özkaraca, s. 689; Alpagut, Gülsevil; Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İHD, 2011/31, s. 141; Senyen Kaplan, s. 482; Göktaş, s. 260.

79 Aynı görüş için bkz. Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/Özkaraca, s. 690; Süzek, s. 728; Kar, Bektaş; Haksız Fesih Tazminatı, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul 2019, s. 2-3.

feshin haksız şekilde yapılmış olması bu tazminatın takdiri için yeterli olacaktır. Zira haksız fesih tazminatının amacı, işverenin derhal fesih hakkını hukuka aykırı olarak kullanmasının önlenmesi ve sözleşmesi haklı bir sebep olmaksızın sonlandırılan işçinin manevi açıdan tatmin edilmesidir⁸⁵.

Haksız fesih tazminatı, yine 438/I de düzenlenmiş bulunan bakiye süre ücreti ile birlikte talep edilebilecek⁸⁶, hesaplanmasında işçinin çıplak ücreti esas alınacaktır⁸⁷. Diğer yandan, TBK m. 438/III ün nispi nitelikte bir hüküm olduğu ve bu sebeple haksız fesih tazminatının taraflarca sözleşmede altı aydan fazla kararlaştırılmasının mümkün olduğu da kabul edilebilecektir⁸⁸.

C- İşçinin Manevi Tazminat Hakkı

İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca, işverence işçinin kişilik hakları ihlal edilerek yapılan haksız fesihlerde, işçinin İK. ve TBK'dan doğan işçilik haklarının yanında ayrıca manevi tazminat isteme hakkı bulunup bulunmadığına ilişkin olarak, İK. ve TBK'nda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere İK. m. 26/son, sadece iş sözleşmesini 24 ve 25 inci maddeler uyarınca feshedenlerin, diğer taraftan tazminat haklarının saklı olduğunu belirtmiş, buna karşın işverence yapılabilecek haksız fesihlerde işçinin tazminat hakkından söz etmemiştir. İşverence İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca yapılacak bir haksız fesih sonucu somut, ispat edilebilir bir maddi zarar doğması durumunda genel hükümler uyarınca talep edilebilecek olan maddi tazminat çalışmamız kapsamında dışında olduğundan, böyle bir durumda işçinin manevi tazminat hakkı üzerinde durulacaktır.

Tazminat bir kimsenin şahıs varlığında ya da

malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmelerin giderimi şeklinde ifade edilmektedir⁸⁹. Bir kimsenin sahip olduğu ihlal edilebilir değerler, sadece mal varlığı değerleri olmayıp, kişilik hakkı çerçevesinde ele alınan ve kişinin manevi varlığını oluşturan değerlerin de ihlal edilmesi ve bu ihlalin söz konusu değerlerde bir eksilmeye sebep olması mümkündür. Kişi varlığında meydana gelen eksilmelerin giderilmesi de manevi tazminat aracılığı ile sağlanmaktadır⁹⁰. Bu anlamda, manevi tazminat, kişinin varlığına, kişilik haklarına yöneltilen saldırı sonucunda, saldırıya uğrayanın manevi zararını, çektiği üzüntüyü ve uğradığı ruhsal sarsıntıyı gidermeye yardımcı olacak, ruhsal tatminini sağlayacak parasal karşılık olarak ifade edilebilecektir.

Manevi tazminat, kişilik hakkının ihlalinden kaynaklanan zararların giderilmesini sağlamaktadır. Kişilik hakkının ihlali kavramı ise, bu hakkın kapsamına dahil olan kişilik değerlerinin sınırlı sayıda olmayışı sebebi ile son derece geniş bir kavramdır. Kişilik değerlerinden her biri kendine özgü özellikler taşıdıkları için, bunların ihlal edilme biçimi, ihlal sonucunda ortaya çıkan zararın kapsamı da ihlal edilen değerlerin özelliğine göre değişecektir⁹¹.

TMK'nun 25 inci maddesi, kişilik hakları saldırıya uğrayan kişinin tazminat dışında, dava yoluyla hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebileceğini de düzenlemiştir. Ancak, TMK m. 25'te düzenlenen ve koruma davaları olarak adlandırılan bu davalar, saldırı tehlikesinin önlenmesine, sürmekte olan saldırıya son verilmesine ve sona etmiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitine ilişkindir. Fakat görüldüğü üzere, bu koruma davaları kişilik hakkının ihlalinden doğan zararın giderilmesi noktasında fonksiyonel değildir. Kişilik hakkının ihlalinden doğan

85 Gökaş, 2020, s. 261. Urhanoğlu, s. 96; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 689.

86 Gökaş, s. 261, 277-278; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 270; Urhanoğlu, s. 96; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/Özkaraca, s. 689.

87 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal s. 270-271. Urhanoğlu, s. 96; Çelik/Caniklioğlu/ Canbolat/Özkaraca, s. 689; Süzek, s. 732.

88 Süzek, s. 732; Gökaş, s. 262; Urhanoğlu, s. 96.

89 Tandoğan, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 315 vd.; Eren, s. 802; Turan Başara, s. 201.

90 Keskin, s. 21.

91 Keskin, s. 25.

zararın giderilmesi, ancak manevi tazminat ile sağlanabilir. Zira, kişilik değerlerine yönelik saldırının niteliği ve gerçekleşme biçimleri göz önüne alındığında, kişilik hakkı ihlalinin zarara yol açmadan önlenmesinin veya sona erdirilmesinin güç olduğu, saldırının hukuka aykırılığının tespitinin ise, ihlal edilen hakkın sahibinin uğradığı zararın giderilmesine hizmet etmediği sonucuna varılmaktadır⁹².

Kişilik hakkı ihlal edilenin, manevi tazminat talep hakkının dayanağını oluşturan genel hüküm TBK. m. 58 hükmüdür. Bunun yanı sıra, TMK. m. 25/3 ve TBK. m. 417/3 hükümlerinde de kişilik hakkına hukuka aykırı olarak saldırılan kimsenin manevi tazminat talebine ilişkin esaslar yer almaktadır.

TBK. "Kişilik hakkının zedelenmesi" başlıklı 58 inci maddesinde, kişilik hakkının zedelenmesinden zarar görenin, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebileceğini belirtmiştir. TMK. da 25/3 üncü maddesinde, kişilik haklarına yapılan bir saldırı sonucunda, saldırıya maruz kalanın manevi tazminat isteme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Diğer yandan TBK, genel hizmet sözleşmelerine ilişkin olarak da "işçinin kişiliğinin korunması" başlıklı 417/3 üncü maddesinde, işverenin işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğüne aykırı davranışı durumunda ortaya çıkabilecek kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininin, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olduğunu düzenlemiştir.

Düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere, manevi tazminat, manevi yönden zarar gören, elem ve keder içinde olan ve kişilik haklarına zarar gelen kimselerin bu zarara sebebiyet veren kişiden talepte bulunduğu bir miktar paradır. Aslen manevi tazminat talebi somut maddi bir zarara bağlı olmayan, tamamen kişinin belli olaylar sebebiyle yaşadığı psikolojik çöküntü haline ilişkindir. Amacı kişinin yaşadığı elem ve kederin bir nebze de olsa hafifletilmesidir. Manevi zarar miktarının belirlenmesi, bir yandan zarar görenin zararının

telafisini, diğer yandan onun duyduğu ruhsal ve psikolojik acıyı tatmin ederek denkleştirmek amacı güttüğünden, parayla ölçülemez; sadece hâkim tarafından takdir edilir⁹³. İhlalin zarar gören üzerinde yarattığı olumsuz etkiler ne derece şiddetli ise, ihlalin aynı oranda ağır olduğu kabul edilecektir⁹⁴.

Manevi tazminat talebinin şartları kişilik değerlerinin ihlali, kusur, manevi zarar ve illiyet bağıdır⁹⁵. Yani çalışmamız kapsamında manevi tazminat talebinde bulunulabilmesi için her şeyden önce, kişilik hakkının kusurlu bir davranış niteliğinde olan hukuka aykırı bir fiille ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Bunun dışında, söz konusu kusurlu davranış sonucunda tazmini gereken bir manevi zarar doğmuş olmalı ve söz konusu manevi zarar ile hukuka aykırı ihlal fiili arasında illiyet bağı bulunmalıdır⁹⁶.

Kişilerin malvarlıklarını ve kişilik değerlerini doğrudan doğruya ya da dolaylı bir şekilde koruma amacını güden emredici davranış kurallarının ihlali halinde, hukuka aykırılık şartı gerçekleşmiş olacaktır⁹⁷. Yukarıda da ifade edildiği üzere, TMK.m.24/II uyarınca, kanunda belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yönelik her türlü saldırı hukuka aykırı sayılacağından, kişilik hakkı ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda, ihlale yol açan fiilin hukuka aykırılığının ayrıca değerlendirilmesine ihtiyaç bulunmayacaktır⁹⁸.

Buna göre, işçinin iş sözleşmesinin farklı bir sebeple feshedilmesine rağmen, işverence gerçek fesih sebebi gösterilmeksizin, İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca, işçinin mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığının, itibarının sarsılmasına ya da şeref ve haysiyetinin ihlaline yol açabilecek bir haklı fesih sebebinin gösterilmesi ve buna uygun

92 Keskin, s. 23.

93 Keskin, s. 114.

94 Turan Başara, s. 209.

95 Eren, s. 814; Dural/Öğüz, s. 158-159; Turan Başara, s. 205.

96 Oğuzman/Öz, s. 257 vd., Eren, s. 792 vd.; Keskin, s. 142.

97 Kaneti, Selim; "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", Sorumluluk Hukuku'nun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler, I. Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 98.

98 Turan Başara, s. 53; Antalya, s. 54; Keskin, s. 190.

İş Sözleşmesinin İK'nun 25/II inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Feshinde, İşçinin Kişilik Haklarının İhlali ile Haksız Fesih Sonucu Talep Edilebilecek Haksız Fesih Tazminatı ve Manevi Tazminat

SGK işten ayrılış kodunu girilmesi, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere işçinin lekelenmeme hakkını da ihlal eden kişilik haklarına bir saldırı olarak değerlendirilecektir. TMK.m.24/II uyarınca da bu saldırı hukuka aykırı sayılacağından, işçinin manevi tazminat davası açabilmesi için ana koşulun gerçekleştiği ifade edilebilecektir.

Kişilik hakkının ihlali niteliğini taşıyan hukuka aykırı fiilin failinin, bu fiil sebebiyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulması için kural olarak kusurlu olması gerekir⁹⁹. Kusur bilindiği üzere, zarar verenin, hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istememekle beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmamasıdır¹⁰⁰. Sorumluluk hukukunda kusurun, kast ve ihmal olmak üzere iki çeşidi vardır. Kast da olsa ihmal de olsa, kişilik hakkı ihlalinde zarar veren, zarar görene karşı her türlü kusurundan sorumludur.

Subjektif kusur teorisine göre, zarara sebep olan kişi, davranışın zararlı sonuçlarını önceden görüp bundan kaçınma ve başka türlü davranma imkânına sahipken gerekli iradî çabayı sarf edip bunu gerçekleştirmediği için kusurlu kabul edilecektir¹⁰¹. Kusurlu olan her davranış hukuka aykırı bir davranış olarak ortaya çıkar, yani kusurlu bir davranışın hukuka aykırı olmaması mümkün değildir¹⁰². İşverence gerçek fesih sebebi gösterilmeksizin, İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca işçinin mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığının, itibarının sarsılmasına ya da şeref ve haysiyetinin ihlaline yol açabilecek bir haklı fesih sebebinin

gösterilmesi ve buna uygun SGK işten ayrılış kodunu girilmesinde, işverenin kusurlu bir davranışının bulunduğuna şüphe duyulmayacaktır.

Manevi tazminat talebi için kusurlu davranış sonucunda ortaya çıkmış olması gereken manevi zarar ise, kişiliğe yönelik saldırı nedeniyle çekilen acı, duyulan elem, ızdırap ve üzüntü, psikolojik dengede ortaya çıkan bozulma ve yaşama sevincindeki azalma olarak kabul edilebilecektir¹⁰³. Bu anlamda, manevi zarar¹⁰⁴, kişiliğe yapılan saldırılar sonucu duyulan bütün ruhsal ve bedensel acıları, ağrıları, üzüntüleri, kaybolan yaşama arzusu ve sevincini, bozulan ruhsal dengesini, hareket ve kendini geliştirme özgürlüğünün kısıtlanması/engellenmesi sebebiyle duyulan sıkıntıyı, rahatsızlık ve eziklik duygusunu kapsayan hukuki bir kavramdır¹⁰⁵.

Kelime anlamıyla zarar, bir eksilmeyi, ziyanı, kaybı, olumsuz bir sonucu ifade eder. Tazminat yükümlülüğün doğması, öncelikle bir zararın varlığını gerektirir¹⁰⁶. Zararın türünün belirlenmesinde kullanılan en temel ölçüt, zararı doğuran olayın ihlal ettiği menfaatin niteliğidir. Zararı doğuran olayın sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil olmasına bakılmaksızın, ihlal edilen menfaatin niteliğine ve eksilmenin üzerinde gerçekleştiği varlığın ne olduğuna göre zarar maddi zarar

99 Keskin, s. 233, Eren, s. 790.

100 Oğuzman/Öz, s. 54; Eren, s. 641. Gönül Koşar, Günhan, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, 1.bs, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 7; Gönül Koşar, Günhan, "Haksız Fiil Hukukunun Amacı", AÜHF, 2020, C. 69 S. 3, s. 1437-1473, s. 1450; Uyumaz, Alper; Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1, 2023, s. 503-546, s. 507.

101 Eren, s. 642.

102 Eren, s. 641. Ayrıca bkz, İBA Hasan, "Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır" Önermesinin Doğruluk Değeri", NEÜHF, 2022, C. 5, S. 2, s. 762-787; Uyumaz, s. 508.

103 Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 532; Genç Ardemir, Arzu; Türk Borçlar Kanunu'nun Manevi Tazminat ile İlgili Hükümlerinin (TBK. m. 56 ve 58) Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, s. 64; Ayan, Mehmet; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya 2015, s. 260.

104 Manevi zararda, bir kimsenin kişilik hakkına yönelmiş haksız bir saldırı dolayısıyla duyduğu fiziki ve manevi acı ve ızdırabın, hayat zevklerinde bir azalmanın söz konusu olduğunu, bu azalmanın mal varlığında meydana gelmediğinden ve hesaplanabilir olmadığından tam olarak zarar kelimesi ile ifade edilemeyeceği, dolayısıyla manevi tazminatın kişinin manevi üzüntüsünün telafisini amaçladığı görüşü için bkz. Serozan, Rona; Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 70; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 2014, s. 40.

105 Ertaş, Şeref; Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 65.

106 Keskin, s. 47.

ve manevi zarar olarak ikiye ayrılacaktır¹⁰⁷.

TMK. ve TBK'nda manevi tazminat, "kişilik hakkının zedelenmesinden kaynaklanan zarar" ile ilişkilendirilmiş ve böylece manevi zararın, kişilik hakkının ihlalinden doğan bir zarar olduğu dolaylı olarak ifade edilmiştir¹⁰⁸. Bu anlamda, bir kimsenin kişi varlığını oluşturan hukuki değerlerin ihlali sebebi ile, uğradığı objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir. Böylece manevi zararın unsurları, kişi varlığı, kişi varlığında bir eksilme meydana gelmesi ve bu eksilmenin zarar görenin iradesi dışında gerçekleşmesi olarak sayılabilir¹⁰⁹. Kişilik hakkını ihlal eden hukuka aykırı fiil sonucunda, kişilik değerlerinde meydana gelen azalmanın bir miktar para ödemesi suretiyle veya başka bir yolla giderilmesi bu yaptırımın temel amacıdır¹¹⁰.

İşverence gerçek fesih sebebi gösterilmeksizin, İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca işçinin mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığının, itibarının sarsılmasına ya da şeref ve haysiyetinin ihlaline yol açabilecek bir haklı fesih sebebinin gösterilmesi ve buna uygun SGK işten ayrılış kodunu girilmesi durumunda, işçinin mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığının, itibarının sarsılması, bu durumun şeref ve haysiyetinin ihlaline sebep olması, lekelenmeme hakkının ihlali, işçinin sonraki iş başvurularında sorun çıkması, işçiye ön yargıyla bakılması, yeni işveren ve işçiler tarafından sorgulanması ve işçinin Anayasa ile güvence altına alınan çalışma hak ve hürriyetini kısıtlayan, engelleyen nitelikte birtakım sonuçların ortaya çıkması, işçinin kişilik haklarının ihlalinden kaynaklanan "manevi zarar" olarak kabul edilebilecektir.

Diğer yandan, manevi zararın tazmin edilebilmesi için, kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı ihlal ile manevi zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması da gerekmektedir. İlliyet bağı, sorumluluğun bağlandığı olay veya fiil ile gerçekleşen zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisini ifade eder.

Zararla fiil arasında illiyet bağının bulunması, zararın fiilin bir sonucu olarak ortaya çıkması ve fiil olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin mutlak olarak görülmesi anlamına gelir. Sorumluluğun asli şartını ve tazminat hukukunun esasını illiyet bağı oluşturur. Bir kimsenin davranışı ile arasında illiyet bağı kurulmamış olduğu bir zarardan sorumlu tutulması mümkün değildir¹¹¹.

Buna göre, işçinin mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığının, itibarının sarsılması, bu durumun şeref ve haysiyetinin ihlaline sebep olması, lekelenmeme hakkının ihlali, işçinin sonraki iş başvurularında sorun çıkması, işçiye ön yargıyla bakılması, yeni işveren ve işçiler tarafından sorgulanması ve işçinin Anayasayla güvence altına alınan çalışma hak ve hürriyetini kısıtlayan, engelleyen nitelikte birtakım sonuçların ortaya çıkmasının sebebi, işverence gerçek fesih sebebi gösterilmeksizin, İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca işçinin mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığının, itibarının sarsılmasına ya da şeref ve haysiyetinin ihlaline yol açabilecek bir haklı fesih sebebinin gösterilmesi ve buna uygun SGK işten ayrılış kodunu girilmesi ise, illiyet bağının olduğu kabul edilecektir.

Sonuç olarak, işçinin iş sözleşmesi haksız bir biçimde ve işçinin kişilik hakları ihlal edilecek şekilde feshedildiğinde, işçinin diğer işçilik haklarının yanında manevi tazminat talebinin de kabul edilmesi gerekecektir¹¹². İşçinin kişisel veya ekonomik özgürlüğün kısıtlanması kişiliğin ihlali anlamına geleceğinden, özgürlüğün kısıtlanmasının zarar gören işçi üzerindeki sonuçları ve etkileri, bunların ağırlığı, özellikle işçinin psikolojik ve ruh sağlığı, yaşamı mesleği ve sosyal çevresiyile olan ilişkileri üzerindeki etkileri dikkate alınarak manevi tazminat miktarı belirlenecektir¹¹³.

Yargıtay ise konuya ilişkin olarak, her olayın kendine özgü niteliklerini ve özelliklerini göz önünde tutarak farklı yönde kararlar vermektedir. Buna göre, Yargıtay uyuşmazlıkların nitelikle-

107 Keskin, s. 63.

108 Keskin, s. 22.

109 Eren, s. 531; Keskin, s. 112

110 Keskin, s. 124.

111 Tandoğan, s. 71; Keskin, s. 247.

112 Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 475.

113 Antalya, s. 208; Turan Başara, s. 301.

rini dikkate alarak vermiş olduğu bazı kararlarda, feshin haksız olduğu her durumun kişilik haklarına saldırı niteliği taşımayacağını, kişilik haklarına saldırıdan bahsedebilmek için işçiye iftira niteliğinde bir olay isnat edilmesi gerektiğini¹¹⁴; iş sözleşmesinin haksız şekilde feshedildiği, kesinleşen mahkeme kararı ile sabit olsa da fesih bildirimini ya da işverence tutulan tutanaklarda davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde bir eylem bulunmadığı takdirde, işverenin fesih hakkını kullanmasının işçiye manevi tazminat hakkı vermeyeceğini ifade etmektedir¹¹⁵.

Ancak buna karşın Yargıtay, yine uyuşmazlıkların kendine özgü nitelikleri ve özelliklerini dikkate alarak vermiş olduğu bazı kararlarında ise, işveren yetkilisinin fesihte haksız olarak elinde görüntüler bulunduğunu belirterek işçiye ahlaksızlıkla suçlamasının¹¹⁶; hatta işçiye verilen olumsuz sicil notu nedeniyle görevde yükselme sınavına girmesinin engellenmesi durumunun dahi, işçiye manevi tazminat talep hakkı verdiğini kabul etmiştir. Yargıtay yine Gönen (Balıkesir) Asliye Hukuk Mahkemesi'nin iş mahkemesi sıfatıyla vermiş olduğu konu ile ilgili çok önemli bir kararı da onaylayarak, iş sözleşmesinin haksız olarak, İK. m. 25/II-e (hırsızlık vb. doğruluk ve bağlılığa aykırılık) sebebi ile feshedilmesinin hak ihlali niteliğinde olduğunu ve işçi lehine manevi tazminata hükmedilebileceğini kabul etmiştir¹¹⁷.

Konuya ilişkin önemli tespitlerde bulunan Gönen (Balıkesir) Asliye Hukuk Mahkemesi (İş Mahkemesi sıfatıyla), iş sözleşmesinin feshi sebeplerinin kişilik hakkı ihlali niteliği taşıması nedeniyle açılan manevi tazminata ilişkin olarak vermiş olduğu Kararında; öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin birçok içtihadında belirtilmiş

olan, mesleki ya da iş niteliğindeki ilişkilerin de özel hayat kapsamına girdiği ve özel yaşama saygı bağlamında kişinin şan ve şöhretinin korunması gerektiği hususlarını ifade etmiştir. Diğer yandan mahkeme, hiçbir somut olgu isnat etmeden İK'ndaki madde metinlerinin aynen tekrarı ile işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinde ve fesihte dayanılan işçi davranışlarının aynı zamanda toplum içinde duyulduğunda kişiyi utandıracak, hatta bir kısmı ceza kanununda suç olarak, bir kısmınınsa kanunlarda yüz kızartıcı davranış olarak nitelendirilebilecek eylemler olması durumunda, fesih sebebinin somutlaştırılmasının, ispatlanmasının gerektiğini ifade etmiştir.

Mahkeme, işverenin ortada bu ağırlıkta davranışlar yokken, İK. m. 25/II uyarınca iş sözleşmesini feshettiği takdirde, somut olayın koşullarına göre işçinin yok yere toplum nezdinde küçük düşeceğini, şeref ve saygınlığının zedeleneceğini bilmesi gerektiğini, TMK m. 2/1 uyarınca herkesin haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uygun davranmak zorunda olduğunu belirtmiştir. Buna göre mahkeme, bir işçinin İK'da en ağır ve haksız davranışları düzenleyen maddeye dayanılarak haksız yere işten çıkartılması durumunda, işverenin maddeyi somutlaştırıp ispat etmediği takdirde, insanların zihinlerinde maddede açıkça sayılan hırsızlık, güveni kötüye kullanma gibi davranışlara ilişkin olarak işçi hakkında bir algının oluşacağını ifade etmiştir. Bu algının oluşması sonucunda da işçinin toplumdan dışlanacağını, itibarını kaybedeceğini ve bu nedenle iş bulamayacağını kabul ederek, bizim de katıldığımız üzere bu durumun manevi tazminat gerektiren özel hayata ilişkin bir hak ihlali olacağına hükmetmiştir.

Diğer yandan, manevi tazminat taleplerine ilişkin olarak TBK'nun 72 inci maddesinin de göz ardı edilmemesi önem taşımaktadır. Nitekim "Zamanaşımı" başlıklı 72 nci maddenin 1 inci fıkrası uyarınca tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak, tazminat ceza kanunları-

114 Yarg. 9. HD. 19.06.2019 t., E.2016/8444, K.2019/13817, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

115 Yarg. 9. HD. 09.05.2016 t., E. 2015/1107, K.2016/11532, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

116 Yarg. 9. HD. 16.04.2015 t., E.2014/2671, K.2015/14580 Çalışma ve Toplum 2015/4, s. 265-266.

117 Yarg. 9. HD. 15.10.2019 t., E.2019/583 K.2019/804; İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, Bülten, Sayı 1, Kasım 2023, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/eyayin/doc/IS-GHK-Bulten-112023-1.pdf>, Erişim tarihi: 18.03.2024.

nın daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanacaktır.

Sonuç

İş sözleşmesi taraflara sürekli borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasıyla ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 ve 25 inci maddeleri uyarınca, işçi ve işveren söz konusu maddelerde belirtilen hallerde belirli süreli ya da belirsiz süreli olan iş sözleşmesini süresinin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilecektir.

İş Kanunu'nun 25/II inci maddesi, işverence iş sözleşmesinin haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshinde, işverenin dayanabileceği işçinin "ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlarını" düzenlemekte ve söz konusu bu davranışların fesihte haklı sebep olacağını belirtmektedir.

İşveren için iş ilişkisinin devamının çekilmez hale gelmesi durumunu oluşturabilecek, işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlarını düzenleyen ve bunları iş sözleşmesinin bildirim süresiz feshinde haklı sebep olarak gösteren İK'nun 25/2 nci maddesine dayanılarak yapılan fesihlerin, işçiler açısından ciddi hukuki sonuçları bulunmaktadır. Zira İK'nun 25/2 nci maddesine göre yapılan fesihlerde, işçi her şeyden önce herhangi bir tazminata (ihbar ve kıdem tazminatı) hak kazanamayacaktır. Diğer yandan, fesih sebebinin haksız olarak ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan bir davranış olarak gösterilmesi durumunda ise, bunun olumsuzluklarını hem kendi iş ve aile çevresinde, hem de gelecekteki iş hayatında yaşayabilecektir.

Bu yüzden, işçi ve işveren arasındaki ilişkinin temeli olan iş sözleşmesinin feshedilmesi, sözleşmenin kurulması kadar doğal bir hukuki işlem olmasına karşın, işçinin iş sözleşmesinin feshi sebebinin, fesih bildiriminde doğru olarak gösterilmesi ve buna uygun fiili durumu gösterir Sosyal Güvenlik Kurumu işten çıkış kodunun seçilmesi

de büyük önem taşımaktadır.

Belirli bir meslek veya sanata sahip kişinin, bu meslek ve sanatı yürütürken çevreye karşı kazandığı mesleki ve ticari itibar en önemli kişilik değerleri arasında sayılabilecektir. Bir kimsenin mesleki ve ticari itibarını sarsacak şekilde ağır ve haksız eleştirilerde bulunmak, onun hakkında yersiz açıklama ve suçlama yoluyla mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığını sarsmak, bu şekilde kişinin bir anlamda iktisadi yaşamdaki varlığına son vermek ya da ciddi anlamda zedelemek kişilik hakkına saldırı olarak kabul edilmektedir. Saldırının, hangi biçimde yapıldığının önemi yoktur. Saldırı sözle, fiziksel şiddet kullanılarak yapılabileceği gibi, işverence yapılan fesih bildiriminde kişilik haklarını zedeleyecek ölçüde gerçek dışı ifadeler kullanılması şeklinde de gerçekleşebilecektir.

Bu anlamda, işçinin insan olmak sıfatı ile sahip olduğu özelliklerin ve kendisini geliştirme gayretleri sonucunda elde ettiği niteliklerin olmadığı veya eksik olduğu fikrini uyandıran, kişiyi toplum içerisinde küçük düşürmeye yönelik her türlü sözlü, yazılı veya görsel yolla yapılan beyanlar ya da davranışlar işçinin şeref ve haysiyetinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Bunun gibi, bir işçinin itibarını sarsacak gerçek olmayan olayların açıklanması, ileri sürülmesi de şeref ve haysiyetin ihlali niteliğini taşıyacaktır.

Bu anlamda, işçinin kişisel haklarına saldırı, tazminat ödemek istemeyen ve uzun sürecek olan yargılama süreci ile düşük faizlerden yararlanmak isteyen bir işverence haksız olarak İK. m. 25/II nci maddesine dayanılarak yapılan bir fesihte, işçinin onur ve saygınlığını zedeleyecek bir sebebin gösterilmesi ve bunun SGK çıkış koduna yansımaları şeklinde de gerçekleşebilecektir.

Fesih sebebinin gerçeğe aykırı olarak belirlenmesi ve gerçek durumu yansıtmayan işten çıkış kodunun SGK'ya bildirilmesi, işçiye yönelik bir hakaret veya onur kırıcı iftira niteliğine sahip olacaktır. Bu bildirim; özel nitelikli kişisel veri niteliği taşıması, güncelliği, kişi hakkında önyargıya sebep olması, kişi açısından risk doğurması hu-

İş Sözleşmesinin İK'nun 25/II inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Feshinde, İşçinin Kişilik Haklarının İhlali ile Haksız Fesih Sonucu Talep Edilebilecek Haksız Fesih Tazminatı ve Manevi Tazminat

susları dikkate alındığında, işverenin bu davranışının işçinin itibarını sarsacak bir durum olduğu ve işçinin şeref ve haysiyetinin ihlali niteliğini taşıdığı ifade edilebilecektir. İşverence yapılabilecek bu tür bir fesih işlemi tereddütsüz işçinin "lekelenmeme hakkına" aykırılık oluşturacağı gibi "masumiyet karinesinin" de ihlali anlamına gelecektir.

Böyle bir durumda TBK'nun 438 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacak bir tazminat olan haksız fesih tazminatının işçiye ödenmesine karar verebileceği gibi, işçi tarafından manevi tazminat da talep edilebilecektir.

Manevi tazminat, kişilik hakkının ihlalinden kaynaklanan zararların giderilmesini sağlamaktır. Kişilik hakkının ihlali kavramı ise, bu hakkın kapsamına dahil olan kişilik değerlerinin sınırlı sayıda olmayışı sebebi ile son derece geniş bir kavramdır. Kişilik değerlerinden her biri kendine özgü özellikler taşıdıkları için, bunların ihlal edilme biçimi, ihlal sonucunda ortaya çıkan zararın kapsamı da ihlal edilen değer özelliğine göre değişecektir. İş sözleşmesi İK. m. 25/II uyarınca haksız olarak feshedilen işçinin, manevi tazminat talebinde bulunulabilmesi için her şeyden önce, kişilik hakkının kusurlu bir davranış niteliğinde olan hukuka aykırı bir fiille ihlal edilmiş olması, bu kusurlu davranış sonucunda tazmini gereken bir manevi zarar doğmuş olması ve söz konusu manevi zarar ile hukuka aykırı ihlal fiili arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir.

İşverence gerçek fesih sebebi gösterilmeksizin, İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca, işçinin mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığının, itibarının sarsılmasına ya da şeref ve haysiyetinin ihlaline yol açabilecek bir haklı fesih sebebinin gösterilmesi ve buna uygun SGK işten ayrılış kodunun girilmesi durumunda işçinin kişilik hakkının kusurlu bir davranış niteliğinde olan hukuka aykırı bir fiille ihlal edilmiş olduğu ifade edilebilecektir. Bu hukuka aykırı fiil sonucu, işçi-

nin mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığının, itibarının sarsılması, bu durumun şeref ve haysiyetinin ihlaline sebep olması, lekelenmeme hakkının ihlali, işçinin sonraki iş başvurularında sorun çıkması, işçiye ön yargıyla bakılması, yeni işveren ve işçiler tarafından sorgulanması ve işçinin Anayasayla güvence altına alınan çalışma hak ve hürriyetini kısıtlayan, engelleyen nitelikte birtakım sonuçların ortaya çıkması, işçinin kişilik haklarının ihlalinden kaynaklanan manevi zarar olarak kabul edilebilecektir.

Sözü edilen bu manevi zararın ortaya çıkmasının sebebi; işverence gerçek fesih sebebi gösterilmeksizin, İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca işçinin mesleki ve ticari yaşamındaki saygınlığının, itibarının sarsılmasına ya da şeref ve haysiyetinin ihlaline yol açabilecek bir haklı fesih sebebinin gösterilmesi ve buna uygun SGK işten ayrılış kodunun girilmesi ise, illiyet bağının da olduğu kabul edilecektir. Buna göre, işçinin iş sözleşmesi haksız bir biçimde İK'nun 25/II nci maddesi uyarınca, işçinin kişilik hakları ihlal edilecek şekilde, gerçek olmayan bir haklı sebebe dayanılarak feshedildiği durumlarda, işçinin diğer işçilik haklarının yanında manevi tazminat talebinin de kabul edilmesi gerektiği ifade edilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Fatih; Lekelenmeme Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 11, Sayı: 43, Temmuz 2020, s. 177-202.
- Alpagut, Gülsevil; Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İHD, 2011/31, s. 913-961.
- Antalya, O. Gökhan; Manevi Zarar, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul 2017.
- Ayan, Mehmet; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya 2015.
- Camkurt, Mehmet Zülfi; SGK İşten Çıkış Kodlarının "Masumiyet Karinesi" ve İşçinin "Lekelenmeme Hakkı"na Aykırılığına Yönelik Değerlendirme, İş ve Hayat Dergisi, Ekonomi Hukuk ve

- Sosyal Politika, Yıl: 9, Sayı: 18, s. 21-63.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, Baskı 7, İstanbul 2010.
 - Çalık, Şefik; İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Legal Yayınları, İstanbul 2005.
 - Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat/ Özkaraca, Ercüment; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Bası, İstanbul 2023.
 - Demir, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Bası, İzmir 2018.
 - Demir, Fevzi; İş Güvencesi ve 4857 Sayılı Kanun'un Başlıca Yenilikleri, Tes-İş, Ankara 2003.
 - Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan; Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 17. Basım, İstanbul 2016.
 - Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
 - Erlüle, Fulya; Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Basım, Ankara 2015.
 - Ertaş, Şeref; Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 65-112.
 - Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim/ Baskan, Esra; İş Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2020.
 - Genç Arıdemir, Arzu; Türk Borçlar Kanunu'nun Manevi Tazminat ile İlgili Hükümlerinin (TBK.m.56 ve 58) Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, s. 45-60.
 - Göktaş, Seracettin; Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Ankara 2020.
 - Gönül Koşar, Günhan; "Haksız Fiil Hukukunun Amacı", AÜHFD, 2020, C. 69 S. 3, s. 1437-1473.
 - Gönül Koşar, Günhan; Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
 - Gülsün, Ramazan; "İnsan Onuru ve Lekelenme Hakkı, International Journal of Legal Progress, 2015, C. 1, S. 2, s. 18-21.
 - Güzel, Ali; İş Hukukunda Yetki ve Özgürlük" Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Cilt I, İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi Özel Sayısı, Ankara, 2016, s. 93-126.
 - İBA Hasan; "Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır" Önermesinin Doğruluk Değeri", NEÜHFD, 2022, C. 5, S. 2, s. 762-787.
 - Kaneti, Selim; "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", Sorumluluk Hukuku'nun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler, I. Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 29-66.
 - Kar, Bektaş; Haksız Fesih Tazminatı, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul 2019, s. 2-21.
 - Kar, Bektaş; İş Güvencesi ve Uygulaması, (2008 Yılı Emsal Kararları ile), Ankara 2009.
 - Kara Eyüp; "Lekelenme Hakkı", Adalet Dergisi, Yıl: 2012, S: 43, s. 188-197.
 - Keser, Hakan; 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 3. Baskı, Ankara 2016.
 - Keskin, A. Dilşad; Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara 2016.
 - Kılıçoğlu, Ahmet M.; Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, 2. Basım, Ankara 1993.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş; İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş; İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1, Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, Eylül 2019.
 - Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 2014.
 - Oğuzman, M. Kemal; Türkiye'de İşçi ve İşveren İlişkileri, B. 3, İstanbul, 1984.
 - Ormanoğlu, Hatice Derya; "Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2016, Cilt: 65, Sayı: 4, s. 2241-2276.

İş Sözleşmesinin İK'nun 25/II inci Maddesine Dayanılarak Yapılan Haksız Feshinde, İşçinin Kişilik Haklarının İhlali ile Haksız Fesih Sonucu Talep Edilebilecek Haksız Fesih Tazminatı ve Manevi Tazminat

- Özveri, Murat; İşçinin İş İlişkisinde Kişilik Haklarının Korunması: Mobbing ve Yargı Kararları, Çalışma ve Toplum, C. 4, S.7 9. s. 3255-3296.
- Saymen F. Hakkı; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- Senyen Kaplan, E. Tuncay; Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Ankara 2020.
- Serozan, Rona; Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990.
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul 2021.
- Tandoğan, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010.
- Turan Başara, Gamze; Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi, Ankara 2018.
- Ulusoy, Muharrem Emre; Ev Hizmetlerinde Bireysel İş İlişkileri, Mart 2023.
- Urhanoğlu, İftar; Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi, Hacettepe HFD, 12(1), 2022, s. 85-121.
- Uysal, Cem; Ceza Hukukunda Suçsuzluk Karinesi Üzerine Bir İnceleme ve Lekelenmeme Hakkı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2017.
- Uyumaz, Alper; Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1, 2023, s. 503-546.
- Ünver, Yener/Hakeri Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA*

Arş. Gör. Arzu HACIOĞLU ÇALIŞKAN**

Araştırma Makalesi
Sicil, 2024/I Sayı 51: 76-91
Makale Gönderim Tarihi: 19 Mart 2024
Makale Kabul Tarihi: 26 Mart 2024

İşverenin İş Seyahatine İlişkin Giderlere Katlanma Borcu***

Öz

Her gün çok sayıda işçi iş seyahatine çıkmakta; bu kapsamda bazı harcamalar yapılmaktadır. İş seyahatinde ortaya çıkması muhtemel harcama kalemleri ve bunların karşılanma usulü, TBK m. 414-416 hükümlerine göre belirlenmelidir. Buna göre, işveren yalnızca işin görülmesinin gerektirdiği harcamalardan so-

rumlu olmayıp işçinin geçimi için zorunlu olan harcamalardan da sorumludur. İşveren tarafından karşılanacak masrafların kapsamı belirlenirken işçinin sübjektif durumu ile sadakat ve özen borcuna uygun davranıp davranmadığı da gözetilir. Yapılan harcamayı ve harcamanın gerekliliğini ispat yükü işçidedir.

Anahtar Sözcükler:

İş seyahati, gider, avans.

Employer's Obligation to Bear Expenses Related to Business Trip

Abstract

Every day, a large number of employees undertake business trips and make some expenses. Expenses likely to arise during business trip and their reimbursement shall be determined in accordance with the article 414-416 of Turkish Code of Obligations. Accordingly, the employer bears not only the expenses required for the work performance, but also

necessary expenses for the employee's livelihood. When determining the scope of the expenses to be borne by the employer, subjective situation of the employee and whether he/she acts in accordance with his duty of loyalty and care are also taken into consideration. The burden of proof regarding the expenses incurred and the necessity of it lies with the employee.

Keywords:

Business trip, expense, advance.

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

**İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme Mühendisliği Bölümü, haciogluar@itu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1652-4012.

***Bu makale, Arş. Gör. Arzu Hacıoğlu ÇALIŞKAN'ın Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA danışmanlığında hazırladığı "İş Hukukunda İş Seyahati" başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

Giriş

Çalışma yaşamında yaygın bir pratiği olan iş seyahati, çalışma mevzuatı bakımından ele alındığında, konuya ilişkin cevap arayan pek çok soru ve sorunun mevcut olduğu görülmektedir. İş seyahati başlığı altında, başta kavramın kendisi olmak üzere, iş seyahatinde geçen sürelerin çalışma süresi ve dinlenme hakkı yönünden nasıl değerlendirileceği, iş seyahati sırasında işverenin koruma ve gözetme borcunun sınırları, bu bağlamda seyahat sırasında meydana gelen kaza ve hastalık hallerinden hangilerinin işverenin sorumluluğuna yol açacağı gibi soru ve sorunların Türk iş hukukunda bilimsel zeminde tartışılmasına ihtiyaç vardır. İş seyahatine ilişkin ele alınması gereken bir diğer konu da işverenin iş seyahatine ilişkin giderlere katlanma borcudur.

İnceleme konusu olarak işverenin iş seyahatine ilişkin giderlere katlanma borcunun seçilmesinin temel nedeni, iş seyahatinde geçen süreler ya da bu esnada meydana gelen kazalar gibi konuların sınırlı da olsa bilimsel çalışmalara konu olması, iş seyahatinin iş kazaları boyutuyla yargı kararlarına zaman zaman yansımaya rağmen; işverenin iş seyahatine ilişkin giderlere katlanma borcuna dair bugüne kadar Türk iş hukukunda özel bir çalışmanın yapılmamış olmasıdır. Mevcut durum, konunun taraflar arasında ihtilaflı olmaması ile açıklanabilirse de ihtilafların ortaya çıkmamasında tarafların iş seyahatindeki hak ve borçları ile ilgili olarak yeterli düzeyde bir bilgiye sahip olmamalarının da payı vardır. Karşı tarafı neyi, ne ölçüde talep edebileceği konusunda tereddüt yaşayan tarafların, uyuşmazlıkları yargı önüne taşımada çekimser bir tutum sergilemeleri kaçınılmazdır.

İş seyahati ile ilgili olarak yapılan giderler, kuşkusuz yalnızca, işçi ile işveren arasındaki özel hukuk ilişkisini ilgilendirmez; konunun, vergi hukukunu ilgilendiren yönleri de bulunmaktadır. Şöyle ki; Gelir Vergisi Kanunu'na göre, vergi matrahı hesaplanırken, vergiye esas kazançtan bazı giderlerin indirilmesi mümkündür. Bu gi-

derlerden biri de işle ilgili seyahat ve konaklama giderleridir. Bu kapsamda "gider" olarak gösterilebilecek harcamaların belirlenmesi ve bundan doğabilecek uyuşmazlıklar vergi hukuku bakımından incelenmesi gereken hususlardır. Ancak ayrı bir uzmanlığı gerektiren bu hususlar, çalışmanın kapsamı dışında tutulmuş; inceleme, iş hukuku ile sınırlandırılmıştır.

Bu çalışmada, iş seyahatinde işin görülmesinin gerektirdiği harcamalar (örneğin fuar katılım bedeli), otobüs ya da uçak biletleri, benzin ve otopark ücretleri, yeme-içme ve konaklama harcamaları gibi giderler inceleme konusu yapılmıştır. İş seyahatine ilişkin bu giderlerin kim tarafından, ne şekilde ve hangi ölçüde karşılanacağı, Türk Borçlar Kanunu'nun işverenin giderlere katlanma borcunu konu alan hükümlerine göre belirlenecektir. Bu çerçevede konuya dair mehaz İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri ve İsviçre doktrininde ileri sürülen görüşler de dikkate alınacaktır.

I. İş Seyahati Kavramı

İşverenin iş seyahatine ilişkin giderlere katlanma borcu incelenirken ilk adım, iş seyahati kavramının tanımlanması olmalıdır. İş seyahati hukuki bir kavram olmadığı gibi normatif olarak da düzenlenmemiştir. İş gezisi olarak da adlandırılan iş seyahati, sözlükte "*Karşılıklı iş ilişkilerini düzenlemek amacıyla bir ülke veya şehre yapılan seyahat; çalışma gezisi*" olarak tanımlanmaktadır¹. Ancak bu tanımın yeterli açıklığı sağladığı kuşkuludur. İşçilerin il dışında yapılacak bir toplantıya ya da yurt dışında yapılacak bir fuara katılması gibi klasik iş seyahatleri dışında, pilot ya da otobüs şoförlerinin sefere çıkması, tıbbi mümessil ya da teknik servis elemanı gibi saha çalışanlarının müşteri ziyaretinde bulunması, birkaç ay sürecek bir inşaat projesi için işçilerin yurt dışına götürülmesi gibi hallerin de iş seyahati kavramına dahil olup olmadığı belirsizdir.

İş seyahati kavramına ilişkin olarak karşılaş-

¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr> (ET. 08.03.2024).

tırmalı hukuka bakıldığında, kavrama ilişkin detaylı incelemelerin daha çok Alman hukukunda yapıldığı görülmektedir. Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da iş seyahati çalışma mevzuatında düzenlenmiş değildir. Bu durum, iş hukuku öğretisi ve uygulamasında farklı iş seyahati tanımlarının yapılmasına yol açmıştır. “İşin niteliği”, “yolculuğun yapıldığı yer”, “görevlendirmenin geçici/istisnai niteliği” gibi ölçütler üzerinden sınırlanan iş seyahati kavramı, yerine göre dar yerine göre geniş bir içerik kazanmıştır. Örneğin, bazı yazarlar, pilot ya da otobüs şoförlerinde olduğu gibi *tipik seyahat mesleklerindeki* seyahat faaliyetini de tanım gereği iş seyahati olarak kabul etmişken², bazıları bu faaliyetleri kavram dışında tutmuştur³. Benzer şekilde, bazı yazarlar, iş seyahatinden söz edebilmek için, işçinin belirli bir kilometreyi katetmiş olması⁴ ya da en azından işyeri ya da yerleşim yerinin il belediye sınırları (*Gemeindegrenze*)⁵ dışına çıkmış olmasını aramışken⁶, bu ölçütü keyfi/gereksiz bulan yazarlardan⁷

bazıları iş seyahatinin geçicilik unsuru üzerinden tanımlanmasının daha isabetli olacağını savunmuştur⁸.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, iş seyahati kavramını farklı şekillerde tanımlamak mümkündür. Kanaatimizce yukarıda değinilen ölçütlerden her biri iş seyahatini tanımlamak bakımından elverişlidir. Ancak bu ölçütlere başvururken keyfi ya da kategorik yaklaşımlardan mümkün olduğunca uzak durmak gerekir. Bu riski bertaraf edeceği düşüncesiyle, iş seyahati kavramı, bu çalışmada, seyahat faaliyetinin iş görme borcunun ifası ile olan ilişkisi üzerinden tanımlanacaktır.

İş seyahatleri ile ilgili olarak belirtilmesi gereken ilk husus, seyahatin iş görme amacıyla yapılmasıdır. İki eylemli bir yapı sergileyen (*zweiaktigtig*)⁹ iş seyahatlerinde, işin, seyahat faaliyetinin ardından görülmesi söz konusudur. Bu yönüyle iş seyahati “iş seyahati = seyahat + iş görme” olarak formüle edilebilir. Burada, işçinin işin görüleceği yere seyahat etmesi, akabinde bir iş görmesi ve işin bitiminde yeniden seyahat etmesi söz konusudur. İşçi bu seyahatle *asıl işini* değil; bu işin görülmesi için zorunlu olan bir *hazırlık fiilini* yerine getirmektedir. Bu nedenle pilot, otobüs, kamyon, taksi şoförü, gemi kaptanı, hostes, muavin, vb. işçilerin, rutin olarak yaptığı seyahatler, asıl işin ifası niteliğinde olduğundan, iş seyahati kavramı dışında kalmaktadır¹⁰. Alman doktrininde bazı yazarlar¹¹, tanıtım, montaj, teknik servis gibi niteliği gereği *mahallinde* iş gören saha çalışanlarının seyahat faaliyetlerini de bu kapsamda değerlendiren iş seyahati kavramından dışlamaktaysa da bizce iki grup arasında önemli bir fark vardır. Pilot, şoför ya da gemi kaptanı gibi çalışanlarda seyahat faaliyeti, asli edim yükümlülüğünün çerçevesini öncelemeden *uno acto* olarak gerçekleştirirken¹²; saha çalışmalarında iş seyahatinin iki eylemli yapısı korunmaktadır. Saha çalışmasında

2 Bu yöndeki görüşler için bkz. Heintz, Michael, *Wege und Dienstreisezeiten*, 2016, s. 40; Bissels, Alexander, *Stichwortkommentar Arbeitsrecht (Grobys/ Panzer-Heimeier)*, 3. Aufl., 2021, Dienstreise, Rn. 2.

3 Loritz, Karl-Georg, “Die Dienstreise des Arbeitnehmers-Mitbestimmung, Vergütung, Haftungsfragen”, *NZA* 1997, Heft 22, s. 1190; Heintz, s. 40; Preis, Ulrich/Schwarz, Katharina, *Dienstreisen als Rechtsproblem*, 2020, s. 18-19, 44; Lunk, Stefan, “Die arbeitszeitrechtliche Behandlung von Dienstreisen”, *NZA* 2022, Heft 13, s. 882.

4 Bkz. Oberklus, Volkmar, *Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmen im Ausland entsandten Mitarbeiters zum Stammuternehmen*, Pfaffenweiler, 1991, s. 7.

5 “Belediye” olarak çevirebileceğimiz “*Gemeinde*”, Alman hukukunda kamu tüzel kişiliğine sahip en küçük mahalli idareyi ifade eder. Bkz. Weber, Klaus, *Weber Kompakt Rechtswörterbuch*, 6. Edition, 2022, *Gemeinde*. Buna göre her il (*Stadt*) bir belediye (*Gemeinde*) iken, her belediye bir il değildir ve Bremen ili hariç her ilde tek bir belediye bulunur. Bu haliyle “*Gemeinde*”nin, daha çok Türk hukukundaki “il belediyesi” ne yakın bir kavramı ifade ettiği söylenebilir.

6 Bkz. Zmarzlik, Johannes, “Grundbegriffe des Arbeitsschutzes”, *DB* 1967, s. 1266; Els, Stefan, “Dienstreise und Arbeitszeit”, *Betriebs-Berater*, 1986, Heft 32, s. 2192; Anzinger, Rudolf/Koberski, Wolfgang, *Kommentar ArbZG*, 4. Aufl., 2014, § 2 Begriffsbestimmungen, Rn. 17-18.

7 Hunold, Wolf, “Aktenlesen in der Bahn- Probleme von Arbeitszeit und Vergütung bei Dienstreise”, *NZA-Beil.* 2006, Heft 1, s. 38; Alles, Boris, *Das Arbeitsrecht der Auslandsdienstreise*, 2013, s. 30-31; Heintz, s. 39; Preis/Schwarz, s. 19.

8 Alles, s. 41.

9 Heintz, s. 40.

10 Preis/Schwarz, s. 18-19.

11 Preis/Schwarz, s. 44; Lunk, s. 882.

12 Heintz, s. 40-41.

seyahat faaliyetinin iş görme borcunun ifası için *olmazsa olmaz* bir unsur olması, bu faaliyetleri iş seyahati kavramından dışlamayı gerektirmemektedir. Bu nedenle, tıbbi mümessil, teknik servis elemanı, denetmen gibi saha çalışanlarının yaptığı müşteri ziyaretleri de iş seyahati olarak nitelendirilmelidir.

İş seyahatinin ikinci unsuru, yolculuktur. İşçinin çalışma yerinde geçici bir değişikliğe yol açan iş seyahati, beraberinde bir yolculuk zorunluluğu getirmektedir. Bu zorunluluk, işçinin yaşadığı ya da çalıştığı yer ile gönderildiği yer arasındaki uzaklıktan ileri gelmektedir. Bu uzaklıkla ilgili olarak Alman doktrininde bazı yazarlar, işçinin mutlaka belirli bir mesafeyi aşması ya da en azından şehirlerarası bir yolculuk yapması gerektiğini ifade etmişlerdir¹³. Bizce bu gerekli olmadığı gibi isabetli de değildir. Her şeyden önce, işçinin gönderildiği yere olan uzaklığı esas alınarak bir iş seyahati tanımı getirilecek olursa, bu mesafe neye göre belirlenecektir? İşçinin aşması gereken mesafe, örneğin, en az yüz kilometre olarak kabul edilecek olursa, işçinin doksan dokuz kilometre uzaklıkta bulunan bir yerde görevlendirilmesi durumunda, bunun hangi gerekçe ile iş seyahati kavramından dışlandığı sorusuna tatmin edici bir yanıt vermek zor olacaktır. İş seyahatinin şehirler arası nitelik taşıması gerekliliği de kendi içinde bazı açmazlar barındırmaktadır. Bir kere, illerin yüz ölçümü farklılık gösterir¹⁴; büyük şehirlerin aksine küçük şehirlerde il sınırları kolaylıkla aşılabilir. Ayrıca iller birbirleriyle komşudur¹⁵; bazen komşu ile geçmek, aynı il sınırları içinde bulunan bir yere gitmekten daha kısa sürebilir. İstanbul'un Tuzla ilçesinde ikamet eden ve burada bir bankada çalışan işçiyi ele alalım. İş seyahati için işçinin en azından şehirlerarası yolculuk yapması gerektiği aranacak olursa, işçinin, örneğin, eğitim amacıyla çalıştığı bankanın Kocaeli'ne bağlı Gebze'de bulunan genel merkezine gönderilmesi iş seyahati olarak nitelendirilecekken,

İstanbul iline bağlı Çatalca şubesine gönderilmesi iş seyahati olarak nitelendirilmeyecektir. Oysa Tuzla, Gebze'ye yalnızca on yedi kilometre uzaklıkta iken Çatalca'ya yüz bir kilometre uzaklıktadır. Diğer taraftan, yolculuğun uzunluğu ya da kısalığı, yapılan yolculuğun hukuki niteliğini değiştirmemektedir. İşçi Tuzla'dan ister Çatalca'ya, isterse Gebze'ye gönderilsin, yapılan yolculuk, iş görme borcunun ifasına hazırlık fiili niteliğindedir. Bu nedenle farklı bir değerlendirmeyi gerektirmemektedir. İş seyahatinin bir yer değişikliği yarattığı düşünülecek olursa, işçinin önemsiz sayılmayacak bir mesafeyi aşması, iş seyahatinin varlığı için gerekli ve yeterli görülmemelidir.

İş seyahatini karakterize eden son unsur, çalışma yerinde geçici süreli değişikliklerdir. Bu süre birkaç saat olabileceği gibi, birkaç gün ve hatta birkaç hafta da olabilir¹⁶. Geçicilik unsuru bakımından önem arz eden husus, görevin geçici nitelikte olduğunun görevlendirme anında biliniyor olmasıdır. Görevlendirmenin belirli bir süreyle sınırlanmış olması, tek başına yeterli değildir. Örneğin, İstanbul'da çalışan bir mühendisin, işverenin Katar'da üstlendiği bir inşaat projesi için iki yılına Katar'a gönderildiği bir durumda geçici bir görevlendirmeden söz etmek mümkün görünmemektedir¹⁷. Geçici görev ile kastedilen, işçinin işyeri ve yerleşim yerinde değişikliğe yol açmayacak ölçüde *kısa süreli* bir görevlendirme-dir.

Tüm bu unsurlar ışığında iş seyahati, *işçinin mutat çalışma yeri dışında bulunan bir yerde geçici olarak çalışması veya iş ilişkisinden doğan yükümlülükleri kapsamında eğitim, fuar, toplantı vb. bir etkinliğe katılması amacıyla, gerektiğinde konaklamayı da içerir şekilde seyahat etmesi* şeklinde tanımlanabilir. Buna göre, bir iş seyahati, ikisi zorunlu üç aşamadan oluşur: (1) gidiş ve dönüş yolculukları (2) iş görme (3) bekleme/konaklama¹⁸.

13 Bkz. Oberklus, s. 7; Zmarzlik, s. 1266; Els, s. 2192; Anzinger/Koberski, § 2 Begriffsbestimmungen, Rn. 17-18.

14 Hunold, s. 38; Heintz, s. 39.

15 Hunold, s. 38.

16 Bkz. Alles, s. 22.

17 Benzer şekilde bkz. Alles, s. 40.

18 Heintz, s. 42; Preis/Schwarz, s. 19. Ayrıca bkz. BAG Urteil vom 11.07.2006, 9 AZR 519/05, NZA 2007, Heft 3, s. 156.

II. İşverenin Giderlere Katlanma Borcu

A. Genel Olarak

İşçinin mutlak çalışma yeri dışında bulunan bir yerde geçici olarak çalışması veya iş ilişkisinden doğan yükümlülükleri kapsamında eğitim, fuar, toplantı vb. bir etkinliğe katılması amacıyla seyahat etmesi ve gerektiğinde konaklaması şeklinde tanımladığımız iş seyahati, seyahat öncesinde ve sırasında birtakım giderlerin yapılmasını gerektirir. Örneğin, işçinin yurt dışında yapılacak bir fuara gönderilmesi halinde pasaport harcından, vize başvuru ücretine, seyahat sağlık sigortasından, uçak biletine, fuar giriş ücretinden, yeme-içme ve otel parasına kadar bir dizi giderle karşılaşılması muhtemeldir. Bu gider kalemlerinden hangilerinin işverenin üzerinde bırakılacağı; işçinin, örneğin, ekonomi sınıfı yerine ticari sınıfta (business class) seyahat etme talebinin dikkate alınıp alınmayacağı gibi sorular, işverenin giderlere katlanma borcuna ilişkin düzenlemelerden hareketle cevaplandırılmalıdır.

İş ilişkisinde işverenin giderlere katlanma borcu, TBK m. 414 ila 416 hükümlerinde düzenlenmiştir. Temel prensip, işin görülmesinden doğan giderlere işverenin katlanmasıdır¹⁹. İşçinin malvarlığında azalmaya neden olabilecek bu giderlerin işveren üzerinde bırakılması, işçiyi gözetme borcunun gereği olarak görülmektedir²⁰. Kural işin görülmesinden doğan giderlere işverenin katlanması olmakla beraber, işçinin iş dolayısıyla yaptığı her harcamanın, işveren tarafından

karşılanaacağı düşünülmemelidir²¹. İşçinin evden işyerine giderken yaptığı rutin yolculuklarda harcadığı yol parası (otobüs/taksi parası gibi), buna örnek gösterilebilir²². Bahsi geçen harcama kalemlerinin, işçinin özel yaşam alanında kaldığı kabul edilmektedir. Çünkü iş görme borcu, götürülecek bir borç (Bringschuld) olup işçinin iş gücünü işverene ait işyerinde sunması gerekir²³. İşçinin evinden işyerine gitmesi, esasen kendi borcunu yerine getirmesine hizmet ettiğinden, yolda harcanan para (ve zaman), işverene izafe edilmemektedir. Yol parasının işverence karşılanacağı konusunda anlaşılmadığı müddetçe, işverenin bu giderden sorumlu tutulması -kural olarak- mümkün değildir. Diğer taraftan, işverenin giderlere katlanma borcunun konusu, işin görülmesi nedeniyle işçinin malvarlığında gerçekleşen "iradi" eksilme ile sınırlıdır²⁴. İradi olmayan malvarlığı kayıpları, bir başka deyişle, işin görülmesi nedeniyle maruz kalınan zararın tazmininde, TBK m. 414 vd. hükümleri değil; TBK m. 112 temelindeki borca aykırılık hükümleri (TBK m. 417/3 gibi) uygulama alanı bulur²⁵. Bir örnekle açıklamak gerekirse, işverenin tahsis ettiği araçla müşteri ziyaretinde bulunan işçinin, bir müşteriden diğerine giderken yaptığı yakıt harcamasının, TBK m. 414 vd. hükümlerine göre karşılanması gerekirken, bu ziyaretlerin birinde geçirdiği trafik kazası sonucu uğradığı bedensel zararın tazmini, TBK m. 417'deki esaslara tabi olacaktır.

İşverenin katlanmakla yükümlü olduğu giderlerin kapsamı TBK m. 414-415 hükümlerinde belirtilmiştir. "Giderler" üst başlığını taşıyan 414. maddeye göre, işveren, "işin görülmesinin gerektirdiği her türlü harcama ile işçiyi işyeri dışında

19 Bkz. Süzek, Sarper, İş Hukuku, 23. Baskı (Tıpkı Basım), 2023, s. 500; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, 2022, s. 759 vd.

20 Brunold, Fadri, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, 2014, s. 20-21; Facincani, Nicolas/Piceni, Reto/Sutter, Reto, "Entschädigung von Spesen und Auslagen von Arbeitnehmern", TREX 2023, s. 204. Ayrıca bkz. Pellascio, Michel, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, OFK-Orell Füssli Kommentar, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, 2023, OR Art. 327a, Rn. 1.

21 Rehbindler, Manfred/Stöckli, Jean-Fritz, Der Arbeitsvertrag, BK-Berner Kommentar, 2010, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, OR Art. 327a, Rn. 3.

22 Bkz. Rehbindler/Stöckli, OR Art. 327a, Rn. 3.

23 Boemke, Burkhard, "Fahrzeiten als Arbeitszeiten", RdA 2020, Heft 2, s. 66; Reichold, Hermann, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl., 2021, § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit, Rn. 68.

24 Brunold, s. 3, 13.

25 Bkz. Brunold, s. 13-14. Rehbindler/Stöckli, OR Art. 327a, Rn. 3.

çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu olan harcamaları” ödemekle yükümlendirilmiştir. Bu düzenlemede iki husus dikkatleri çekmektedir: (1) işverence karşılanması gereken giderlerin, işin görülmesi ile sınırlı olmaması²⁶, (2) işin görülmesi ile ilgili her tür harcamanın değil yalnızca gerekli olanın karşılanması²⁷. İşin görülmesinde kullanılan taşıma araçlarından doğan harcamalar TBK m. 415 hükmünde ayrıca düzenlenmiştir. Bu çerçevede olmak üzere, iş seyahatinde karşılaşılan giderler ve bunların karşılanma usulü aşağıda ele alınacaktır.

B. İş Seyahatinde Yapılan Giderler

1. İşin Görülmesinin Gerektirdiği Harcamalar

a. Genel Olarak

İşin görülmesinin gerektirdiği harcamalar, işçinin iş sözleşmesi ile üstlendiği işin ifasıyla doğrudan bağlantılı harcamalar olup²⁸ bu harcamalar yapılmadan işin görülmesi mümkün değildir. İş seyahatinde bunlar, daha çok otobüs ya da uçak biletleri, pasaport ve vize başvuruları, yurt dışına çıkış harçları, eğitim ya da fuar gibi etkinlikler için ödenen katılım ücretleri olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹. İşçinin geçimi için yapılan harcamalardan farklı olarak, bu harcamaların “zorunlu” olması şart değildir; “gerekli” olması yeterlidir. Diğer bir deyişle, işin ifası için zorunlu olmasa da yapılan harcama işin ifası için gerekli görülmekte ise, işveren bu gideri de karşılamak zorundadır. Örneğin, işverenin sağladığı toplu taşıma kartıyla bir müşteriden diğerine giden bir tıbbi mü-

messilin, gönderildiği müşteride işlerin uzaması nedeniyle bir sonraki randevusuna geç kalacağını düşünerek taksi kullanması durumunda, halin bütün şartları gözetildiğinde, işçinin ödediği taksi parasının da karşılanması gerekebilir.

Harcamanın gerekliliği noktasında, objektif bir değerlendirmeden ziyade işçinin subjektif durumunu esas alan bir değerlendirme etkili olacaktır³⁰. Bu çerçevede, iş seyahati sırasında yapılan bir harcamanın işin görülmesi için gerekli olduğu sonucuna ulaşıyorsa –işçi sadakat ve özen borcuna aykırı hareket etmediği müddetçe- bu harcamanın karşılanması gerekir³¹. Öyle ki harcamanın yapılması ile hedeflenen sonuca ulaşamamış olsa bile yapılan harcamanın ödenmesi icap eder³². Yukarıdaki taksi örneğine dönecek olursak, işçi, bir sonraki müşteriye geç kalmamak için daha hızlı olacağını düşündüğü taksile ulaşımını sağlamış ancak buna rağmen randevusuna yetişememişse, işveren işçinin ödediği taksi ücretini yine de karşılamak durumundadır. Böyle olmayıp, işçi, örneğin, otobüsle birkaç saat içinde kolaylıkla gidilebilecek bir yere gönderilmiş ve işçi otobüs bileti yerine bundan kat kat pahalı bir uçak bileti almış olsaydı, işçi sadakat borcuna uygun davranmış sayılmayacağından, işverenin karşılamakla yükümlü olacağı tutar, işçi otobüsle gitseydi ödemek zorunda kalacağı tutar kadar olacaktır. Bu esaslar çerçevesinde, iş seyahatinde yapılan bazı harcama kalemleri aşağıda özel olarak incelenecektir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki iş seyahatiyle ilgili giderlerin karşılanması hususunda iş sözleşmeleri ya da iç yönetmeliklere hüküm konması yerinde olacaktır. Bu yaklaşım, çıkabilecek uyuşmazlıkları büyük ölçüde azaltacaktır.

b. Yol Harcamaları

İş seyahatiyle ilgili en önemli harcama kalemi, otobüs ya da uçak bileti, benzin ya da taksi parası gibi ulaşım ile ilgili giderlerdir. Yol harcamaları

26 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 759.

27 Rehbinden/Stöckli, OR Art. 327a, Rn. 3.

28 Brunold, s. 5; Rehbinden/Stöckli, OR Art. 327a, Rn. 3; Emel, Frank, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, CHK- Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht, 3. Auflage, 2016, OR Art. 327-327c, Rn. 2; Probst, Dominik, Arbeitsvertrag, SHK-Stämpflis Handkommentar, 2021, OR Art. 327a, Rn. 4.

29 Örnekler için bkz. Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian/Rudolph, Roger, Arbeitsvertrag, Praxis Kommentar zu Art. 319-362 OR, 7. vollständig überarbeitete und stark erweiterte Auflage, 2012, OR Art. 327a, N. 2; Brunold, s. 7.

30 Bkz. Rehbinden/Stöckli, OR Art. 327a, Rn. 3.

31 Brunold, s. 6.

32 Brunold, s. 5; Rehbinden/Stöckli, OR Art. 327a Rn. 1; Probst, OR Art. 327a, Rn. 2.

ile ilgili olarak açıklığa kavuşturulması gereken ilk husus, işçinin gönderildiği yere (örneğin müşterilere) giderken yaptığı bu harcamaların, hangi gerekçeyle işin görülmesinin gerektirdiği bir harcamaya kabul edildiğidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, iş görme borcunun götürülecek bir borç olması, evden işyerine yapılan yolculukların, işçiye izafe edilmesini gerektirirken, iş seyahatinde bu kuraldan sapılmaktadır. Bu farklılık, iş seyahati kapsamında yapılan yolculukların işçiden çok işverenin menfaatine olması, onun talimatı üzerine gerçekleştirilmesi ve işçinin bu yolculuklara doğrudan etki etme imkânına sahip olmamasından kaynaklanmaktadır.

İşçinin günlük çalışma süresinden önce ve bu sürelerden sonra yaptığı ve işverenin ayrı bir talimatını gerektirmeyen rutin yolculuklar, işverenin etki alanı dışındadır³³. İşçi işyerine yakın bir yerde yaşamayı tercih edebileceği gibi, ekonomik (örneğin kira bedelleri daha uygun olduğu için) ya da sosyal imkanlar nedeniyle (şehir merkezine yakın olduğu için) işyerine uzak bir yerde de yaşayabilir³⁴. Ayrıca işçi işyerine giderken kullanacağı ulaşım aracı veya güzergâh seçiminde de tamamen serbesttir. İşverenin işçilere servis sağlaması da bu durumu değiştirmemektedir. Buna karşılık, iş seyahatlerinde, işçi, evi/işyeri ile gönderildiği yer arasındaki uzaklığa etki etme imkânından yoksundur. İşçinin gönderileceği yer, işverenin/işletmenin ihtiyaçları doğrultusunda belirlenmektedir. Seyahat edilecek yer, işçinin evine yakın olacağı gibi uzak da olabilir. Üstelik işçi bu yolculuklarda kullanılacak ulaşım aracı ya da izlenecek rotanın seçiminde de tamamen serbest değildir. İşveren yolculuğun belirli bir araçla (örneğin otobüsle) veya belirli bir rota izlenerek yapılması konusunda talimat vermiş olabileceği gibi işverenin bu konuda herhangi bir talimatı olmasa bile işçi, sadakat borcu gereği -kendisin-

den beklenebilir olduğu ölçüde- en kısa ve en az masraflı yolu seçmekle yükümlüdür³⁵. Oysa, evden işyerine rutin olarak yapılan yolculuklarda gerek ulaşım aracının gerekse izlenecek yolun seçiminde tamamen serbesttir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, iş seyahati kapsamında yapılan yol giderlerinin işveren üzerinde bırakılması gerekmektedir.

İş seyahati kapsamında kalan gidiş ve dönüş yolculukları için yapılan harcamalara işverenin katlanması gerekmezse de iş seyahati sırasında yapılan her harcamanın işverene rücu edilmesi mümkün değildir. Uçak biletinden benzine, araç kiralamadan otopark parasına kadar farklılık gösterilebilen yol harcamaları bakımından, işverenin karşılamakla yükümlü olduğu tutar belirlenirken, "gereklilik" ölçütü üzerinden bir değerlendirilmeye gidilmelidir. "Gereklilik" konusunda yapılacak değerlendirmede, iş seyahatinde kullanılan araç ya da izlenen rotanın kim tarafından belirlendiği önem arz etmektedir.

İlk ihtimal, iş seyahati konusunda işverenin talimat verme yetkisini kullanarak işçinin kullanacağı araç ve/veya izleyeceği yolu belirlemesidir. Böyle bir durum söz konusu ise, işçinin işverenin talimatına uygun olarak yaptığı harcamaların tamamının karşılanması gerekir. İşçi, otobüs, uçak, tren gibi bir toplu taşıma aracı ile gönderilmişse, bilet parası ile havaalanı, terminal ya da gara gidiş ve buradan dönüş için ödenen transfer ücretlerinin işverence karşılanması icap eder. İşveren, işçiyi, toplu taşıma yerine kendi tahsis ettiği bir araçla göndermişse, TBK m. 415/1 uyarınca, aracın işletilmesi ve bakımı için gerekli olan olağan giderleri karşılamakla mükelleftir. Bu giderlere, yakıt, otoyol ve köprü geçiş ücreti, otopark bedeli, oto yıkama parası gibi harcamalar örnek olarak gösterilebilir³⁶. İşçi, işverenle anlaşarak kendi ara-

33 Krause, Rüdiger, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl., 2021, § 60 Begriff, Grundlagen und Kontrolle des Arbeitsentgelts, Rn. 18.

34 Krause, § 60 Begriff, Grundlagen und Kontrolle des Arbeitsentgelts, Rn. 18.

35 İşçinin en kısa rotayı seçmekle yükümlü olması hakkında bkz. Griesse, Thomas, Personalbuch (Küttner), 29. Aufl., 2022, Rn. 4; Krause, § 60 Begriff, Grundlagen und Kontrolle des Arbeitsentgelts, Rn. 19.

36 Örnekler için bkz. Brunold, s. 138-139; Probst, OR Art. 327b, Rn. 9; Streiff/von Kaenel/Rudolph, OR Art. 327b, N. 2.

cı ile iş seyahatine çıkacak olursa da aynı giderlerin karşılanması gerekir. İşçi, otomobil ya da motosiklet gibi bir motorlu aracını işe özgülemişse, işveren, bu giderlere ek olarak işçiye “uygun bir tazminat” da ödemek zorundadır (TBK m. 413/2 ve 415/2). Uygun bir tazminat ile kastedilen, aracın yıpranmasının karşılığı olan amortisman bedelinin³⁷ işçiye ödenmesidir. Bunun dışında, araçla ilgili vergi ve zorunlu mali sorumluluk sigortası priminin³⁸ de işveren tarafından karşılanması gerekir (TBK m. 415/2). Elbette bu gider ve tazminatlar, iş için kullanılma ölçüsü dikkate alınarak belirlenecektir (TBK m. 415/1 ve 2). İşveren tarafından tahsis edilen aracın, kişisel amaçlarla kullanılması durumunda da aynı esas geçerlidir. İşveren, iş için kullanıldığı ölçüde, yakıt vb. giderlerden sorumlu olacaktır. İş için kullanımın kişisel kullanıma olan oranı belirlenirken, gidilen kilometrenin esas alınması düşünülebilir³⁹.

Yukarıda anlatılanlar, işçinin, işverenin verdiği talimata uygun hareket etmesi durumuna ilişkindir. İşçinin, işverenin verdiği talimata aykırı hareket etmesi durumunda yapılan harcamaların kime ait olacağı, ayrı bir meseledir. Örneğin, işveren, uçak ya da otobüs gibi toplu taşıma araçlarının kullanılması hususunda talimatta bulunmuş, işçi bu talimata rağmen kendi aracı ile seyahat etmişse, yol giderlerinden kim, hangi nispette sorumlu olacaktır? Bu gibi durumlarda, işverenin sorumluluğu belirlenirken, işçi talimata uygun hareket etmiş olsaydı hangi masraflar yapılacak idiyse, o tutarla sınırlı bir sorumluluk esasının kabul edilmesi uygun olur⁴⁰. Örneğin, Ankara’ya otobüsle gönderilen işçi, otobüsle gitmek yerine kendi aracı ile yola çıktığında, işverenden yalnızca, otobüsle gitseydi ödemek durumunda kalacağı bilet parası kadar bir talepte

bulunabilecektir.

Yol harcamaları bakımından ele alınması gereken ikinci ihtimal, işverenin kullanılacak araç ya da izlenecek rotayı belirlemeyip işçiye bu konuda serbest bırakmasıdır. Bu ihtimalde, işverence karşılanacak giderlerin kapsamı tayin edilirken, işçinin sadakat ve özen borcuna uygun davranıp davranmadığı belirleyici olacaktır⁴¹. Sadakat borcu gereği, işçiden beklenen, en makul araç ve güzergâh seçiminde bulunmasıdır. Toplu taşıma yoluyla ulaşımın, özel araçla ulaşımaya kıyasla daha hesaplı olduğu düşünülecek olursa, işçinin, mümkün olduğunca, otobüs, uçak, tren gibi ulaşım araçlarını kullanarak seyahat etmesi gerekir⁴². Ancak işçinin gönderildiği yere toplu taşıma yoluyla ulaşım çok kısıtlı ya da çok zahmetli ise işçi kendisine araç tahsis edilmesini ya da kendi aracını kullanmasına izin verilmesini isteyebilir⁴³. Bu durumda yakıt, yol ve köprü ücreti, otopark bedeli gibi harcamaların işveren üzerinde bırakılması gerekir (TBK m. 415/1). Toplu taşıma ile özel araç kullanımı bakımından yapılan bu karşılaştırma, toplu taşıma araçlarının kendi içinde de yapılabilir. Ülkeden ülkeye ya da dönemden döneme değişmekle birlikte, ülkemizde otobüs biletleri, uçak biletlerine göre daha ucuz; tren biletlerine göre daha pahalı olduğundan, demiryoluyla ulaşım, karayoluna; karayolu ile ulaşım, havayoluna tercih edilmelidir. Seçilen aracın alternatifler arasında en uygun fiyatlı olması dışında, bu seçimin yolda harcanacak süre üzerindeki etkisinin de dikkate alınması uygun olur⁴⁴. Seçeneklerden biri (örneğin otobüs) masrafı azaltıp yol süresini arttırıyor; diğeri (uçak) masrafı arttırmakla birlikte yol süresini önemli ölçüde kısaltıyorsa bu iki seçenek tartılmalı, hangisi daha

37 Bkz. Rehinder/Stöckli, OR Art. 327b, Rn. 7.

38 Zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kasko priminin işverence karşılanması gerekmez, bkz. Rehinder/Stöckli, OR Art. 327b, Rn. 7; Probst, OR Art. 327b, Rn. 10.

39 Bu konudaki görüşler için bkz. Rehinder/Stöckli, OR Art. 327b, Rn. 5; Brunold, s. 142; Facincani/Picenoni/Sutter, s. 205; Probst, OR Art. 327b, Rn. 6, 11; Streiff/von Kaenel/Rudolph, OR Art. 327b, N. 2.

40 Bu yönde bkz. Brunold, s. 137.

41 İşin görülmesinin gerektirdiği masraflar bakımından işçinin sadakat ve özen yükümlülüğünün bir referans noktası olarak alınması gerektiği yönünde bkz. Brunold, s. 6.

42 Bkz. Probst, OR Art. 327b, Rn. 4.

43 Bkz. Rehinder/Stöckli, OR Art. 327b, Rn. 2; Probst, OR Art. 327b, Rn. 4.

44 Bkz. Rehinder/Stöckli, OR Art. 327b, Rn. 2; Probst, OR Art. 327b, Rn. 4. Bu değerlendirmede maliyet ve zaman faktörleri ile somut olayın özel koşullarının dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Brunold, s. 135-136.

makul görünüyorsa tercih ondan yana yapılmalıdır. Kullanılacak aracın seçiminde işçinin işi ve işyerindeki pozisyonunun da dikkate alınmasını gerektiren durumlar olabilir⁴⁵. Örneğin, işyerinde üst düzey yönetici⁴⁶ olarak çalışan işçilerin, iş seyahatlerinde kendilerine şoför tahsis edilmesini, uçak biletlerinin ticari sınıf (*business class*) ya da birinci sınıf (*first class*) olarak değiştirilmesini talep edebileceği belirtilmektedir⁴⁷.

c. Pasaport, Vize ve Diğer Seyahat Dokümanlarına İlişkin Harcamalar

İş seyahatiyle ilgili olarak incelenmesi gereken bir gider kalemi de pasaport, vize ve diğer seyahat belgelerine (örneğin, sarı humma aşı sertifikası⁴⁸ gibi) ilişkin harcamalardır. İşçinin iş dolayısıyla çıkardığı pasaportu ya da aldığı vizeyi kendi kişisel seyahatlerinde de kullanabilmesi, bu giderlerin -en azından- bir kısmının işçi üzerinde bırakılmasını gerektirir mi sorusunu akıllara getirmektedir. İşçinin pasaportu ya da vizesi yokken, iş gerektirdiği için pasaport ve vize almak durumunda kalmış ve bu nedenle harcama yapmışsa, yapılan harcamanın tamamının işverence karşılanması gerekir. Bu konuda TBK m. 414/3 hükmü açıktır: “Zorunlu harcamaların kısmen veya tamamen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmalar geçersizdir”. Pasaport harcı ve vize başvuru ücreti gibi masraflar, seyahat için zorunlu harcamalardan olduğundan, kısmen de olsa işçi üzerinde bırakılamazlar.

Pasaport ve vize masrafları ile ilgili akla gelebilecek bir diğer soru, işçinin özel yaşamında edindiği pasaport ve vize nedeniyle, işverenden bir karşılık talep edip edemeyeceğidir. Bizce bu soruya da olumsuz yanıt verilmesi gerekmektedir. Harcamanın yapılma anı ve amacı dikkate alındı-

ğında, işin görülmesi için yapılmış bir giderden söz edilemediğinden, bu harcamanın işçi üzerinde bırakılması gerekir.

d. Abonman Harcamaları

İşin görülmesiyle ilgili giderler bahsinde ele alınması gereken bir konu da işçinin sahip olduğu kişisel abonelikleridir. İşçinin edindiği aylık akbil ya da sabit faturalı cep telefonu hattı buna örnek olarak verilebilir. İşçinin kişisel ihtiyaçları nedeniyle edindiği bu gibi aboneliklerin işin görülmesinde kullanılması oldukça yaygındır. İşverenin bu giderlere katılmakla yükümlü olup olmadığı cevaplandırılması gereken önemli bir sorudur⁴⁹. Bahsi geçen harcamalar işin görülmesinin bir sonucu olarak yapılmadığından, ilk bakışta, işçiye talep yetkisi vermemektedir⁵⁰. Pasaport ve vize masrafları bahsinde belirttiğimiz gibi, harcamanın yapılma anı ve amacı esas alındığında, işçinin yapmış olduğu masrafı işverenden isteyememesi gerekir. Bununla birlikte, bu masrafları pasaport ve vize masraflarından ayıran bir yön vardır. Bu da ulaşım ya da iletişimde kullanılan aboneliklerin, hak sahibine sınırlı bir yararlanma imkânı sunmasıdır. Örneğin, İstanbul’daki toplu taşıma araçlarında kullanılan “Mavi Kart” adı verilen abonman kartı, hak sahibine bir ay içerisinde 180 yolculuk hakkı tanımaktadır. Bu kartın, iş amaçlı (örneğin müşteri ziyaretlerinde) kullanılması, işçinin kişisel amaçlarla kullanma imkanında azalma yaratır. Benzer durum, faturalı hatlar için de söz konusudur. İşçinin sahip olduğu paket/tarife belirli düzeyde bir kullanıma izin verdiğinden işçinin paket/tarife aşımı ile karşılaşması gündeme gelebilir. Özetle, bu tür aboneliklerden doğan giderlerin bir kısmının işverene yansıtılmasını gerektiren durumlar olabilir.

Yukarıda açıklandığı şekilde işçinin sahip olduğu bir aboneliğin işveren yararına kullanılması halinde sorun, abonman ücretinin ne ölçüde işveren üzerinde bırakılacağıdır. Burada ilk akla gelen, TBK m. 415’in kıyasen uygulanması yoluyla iş amacıyla kullanımın kişisel kişisel kullanıma olan

45 Brunold, s. 13.

46 Kavram için bkz. Ünal Adınır, Canan, İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler, 2. Tıpkı Basım, 2023, s. 31 vd.

47 Bkz. Staehelin, Adrian, Der Arbeitsvertrag Art. 319-330a OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, ZK-Zürcher Kommentar, vierte völlig neu bearbeitete Auflage, 2006, OR Art. 327a, Rn. 2.

48 Seyahate engel bulaşıcı hastalıklara yönelik tarama testleri (örneğin COVID-19 PCR testi) de buna dahil edilebilir.

49 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 760.

50 Facincani/Picenoni/Sutter, s. 205.

oranı üzerinden işverenin giderlere katlanmasıdır⁵¹. İşverenin (ve işçinin) oransal katılımı menfaatleri dengeleme anlamında en makul çözüm gibi gözükmektedir. Ancak bu oranlamayı yapmak da güçlükler içermektedir⁵². İş amacıyla kullanım ile özel amaçlı kullanımın rahatça ayrıştırılmadığı ya da özel yaşamın gizliliği nedeniyle kayıt altına alınmadığı hallerde orantılı ödeme sorun yaratabilecek niteliktedir⁵³. Bu gibi hallerde orantılı ödeme yerine işverenin her ay düzenli bir ödeme yapması⁵⁴ ya da masrafları yarı oranında üstlenmesi⁵⁵ gibi uygulanması daha basit çözümler kullanılabilir.

2. İşçinin Geçimi İçin Zorunlu Olan Harcamalar

İş seyahatlerinde yol harcamaları dışında en önemli gider kalemi, konaklama ve yeme-içme masraflarıdır. İş seyahati dolayısıyla ortaya çıkan bu masrafların karşılanması bakımından TBK m. 414/1 hükmündeki esastan hareket edilmesi gerekir. Buna göre işveren, "işçiyi işyeri dışında çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu olan harcamaları da ödemekle yükümlüdür." Geçim giderlerinden kasıt, işle doğrudan bağlantılı olmayan, işçinin yeme-içme ve barınma gibi ihtiyaçlarına yönelik giderlerdir⁵⁶. İşin görülmesi nedeniyle yapılan masraflardan farklı olarak işçinin geçimi için yapılan harcamalara işverenin katlanma borcu Kanun'da "zorunlu" olanla sınırlandırılmıştır.

İşçinin geçimi için zorunlu olan harcamalar belirlenirken, seyahatin yapıldığı yerdeki alım gücünün esas alınması gerekir. Dünyanın en pahalı şehirlerinden biri olan Singapur'a gönderilen işçi ile Ankara'ya gönderilen işçiye yapılacak ödeme aynı olmayacaktır. Yapılacak ödemeden, işçi iş seyahatine gönderilmeseydi de yeme-içme, barınma gibi ihtiyaçları için birtakım masraflar yapacağından bahisle bir mahsup yapılması düşünülebilirse de İsviçre hukukunda bu mahsup uygun görülmemektedir⁵⁷.

İş seyahatindeki geçim harcamaları bahsinde değinmek istediğimiz bir konu da "bizcation" ya da "bleisure" olarak adlandırılan uygulamalardır. İngilizce *business* (iş) ve *vacation* (tatil) sözcüklerinin bir araya gelerek kaynaşmasından oluşan *bizcation*, iş seyahatlerinin kişisel amaçlarla yapılan seyahatlerle birleşmesini ifade etmek üzere kullanılır⁵⁸. *Bleisure* ise İngilizce *business* (iş) ve *leisure* (dinlenme) kelimelerinin birleşiminden oluşmakla, iş seyahatine çıkan işçinin birkaç gün daha ekleyerek iş seyahatini tatile dönüştürmesi ya da iş seyahatine çıkarken yanına eşini veya arkadaşısını almasını anlatır⁵⁹.

Bizcation ve *bleisure* uygulamalarında üç ayrı durumla karşılaşılabılır. İlk durum, iş seyahatine gönderilen işçinin seyahat süresi içinde boş vakitlerini değerlendirmekle sınırlı bir "tatil" yapması, ikincisi bu tatili iş seyahati öncesine çekmek ya da sonrasına ertelemek yoluyla iş seyahatini uzatması, üçüncüsü ilk iki ihtimalde yalnız olmayıp eşi/ailesi ya da bir arkadaşının kendisine eşlik etmesidir. Taraflar bu ihtimalleri düşünerek iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesinin eki niteliğindeki iç yönetmeliklere, *bizcation* ya da *bleisure'dan* doğan ek masrafların karşılanmasına yönelik hükümler dercetmiş olabilirler. Böyle bir kararlaştırma yoksa, işçinin iş seyahati-

51 Bkz. Baysal, Ulaş, "İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 40, 2018, s. 69; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 760. İsviçre Borçlar Kanunu'nun TBK m. 415 maddesine karşılık gelen 327b maddesinin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. Brunold, s. 11; Streiff/von Kaenel/Rudolph, OR Art. 327a, N. 2.

52 Bunun pratik olmadığı yönünde bkz. Streiff/von Kaenel/Rudolph, OR Art. 327a, N. 2; Brunold, s. 11.

53 Bu sorunlar için bkz. Baysal, Taşınabilir İletişim Cihazları, s. 69.

54 Bkz. Baysal, Taşınabilir İletişim Cihazları, s. 69; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 760. Bkz. Wildhaber, Isabella/Hänsenberger, Silvio, "Bring Your Own Device (BYOD)", ARV, 2016, s. 156.

55 Bkz. Streiff/von Kaenel/Rudolph, OR Art. 327a, N. 2; Brunold, s. 11.

56 Bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 759; Rehbin-der/Stöckli, OR Art. 327a, Rn. 5; Brunold, s. 44.

57 Rehbin-der/Stöckli, OR Art. 327a, Rn. 5; Streiff/von Kaenel/Rudolph, OR Art. 327a, N. 2; Brunold, s. 45.

58 Kavram için bkz. Eisenstein, Bernd/Reif, Julian/Schmücker, Dirk/Krüger, Manon/Weis, Rebekka, Geschäftsreisen, Merkmale, Anlässe, Effekte, 2019, s. 313 vd.

59 Kavram için bkz. von Steinau-Steinrück, Robert, "Was ist bei „Workation" und „Bleisure" rechtlich zu beachten?", NJW-Spezial, 2021, s. 627.

ni uzatması ya da bu seyahatlerde kendisine eşlik eden birilerinin olması ihtimalinde artan geçim harcamalarının akıbeti, TBK m. 414'e göre belirlenmek durumundadır.

TBK m. 414/1 hükmünde *işçinin* geçimi için *zorunlu* olan harcamalardan söz edildiğine göre, iş seyahatlerinde işçiye eşlik eden eş vb. kişiler için yapılan harcamaların işverene yüklenmesi mümkün olmasa gerekir⁶⁰. İşçinin iş seyahatini uzatmaksızın kalan boş vakitlerini değerlendirmek üzere yaptığı harcamalar için de aynı şeyi söylemek mümkündür. Buna karşılık İsviçre hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, uzun süreli iş seyahatlerinde, işçinin eğlenmesi ve dinlenmesi için gerekli mutad harcamaların da karşılanması gerekir⁶¹. Sinema, tiyatro, ya da konser biletleri, bu kapsamda düşünülmesi gereken harcamalar olarak sayılmaktadır⁶². Kanaatimizce işverenin giderlere katlanma borcunun kapsamının bu denli genişletilmesi mümkün değildir. İşçinin gönderildiği yerde sosyal ve kültürel etkinliklere katılmak için yaptığı masraflar, işçinin geçimi için zorunlu olan harcamalardan olmadığı gibi bütünüyle işçinin özel yaşam alanını ilgilendirdiğinden, bu giderlerin işverene yüklenmesini gerektiren hukuki bir temel bulunmamaktadır⁶³.

C. Giderlerin Ödenmesi ve Avans Uygulaması

İşçi yapmış olduğu giderler için işverenden talepte bulunurken, yaptığı harcamayı ve bu harcamanın gerekliliğini ortaya koymak durumundadır⁶⁴. Bilet, fiş, fatura, dekont, makbuz gibi belgeler bu konuda ispat kolaylığı sağlamaktadır⁶⁵. İşçinin masraf yaptığı açık; ancak miktarı

tam olarak ispatlanamıyorsa, TBK m. 50/2 hükmü kıyasen uygulanarak masrafın miktarı hâkim tarafından takdir edilebilir⁶⁶. Kural bu olmakla beraber, işçinin yaptığı harcamayı belgelemesi her zaman kolay ya da mümkün olmayabilir. Özellikle üst düzey yöneticiler ya da saha çalışanlarının yaptığı yahut cüzi nitelikteki masraflarda bu zorlukla sıkça karşılaşılmaktadır. Bu gibi zorluklar genellikle götürü ya da güvene dayalı harcama (*Pauschal- und Vertrauensspesen*) uygulamaları yoluyla aşılmaktadır.

Güvene dayalı harcama (*Vertrauensspesen*) uygulamasında, genellikle, azami bir tutar belirlenmekte ve bu tutara kadar yapılan harcamalar için işçiden detaylı bir döküm istenmemektedir⁶⁷. İşçinin yapmış olduğu harcama türünü ve miktarını genel hatları ile ortaya koyması gerekli ve yeterlidir⁶⁸. Yapılan harcama, belirlenen azami tutarın üstünde ise, işçinin (aşkın) harcamayı ve bu harcamanın gerekliliğini ispat etmesi gerekir⁶⁹. Götürü harcama (*Pauschalspesen*) uygulamasında ise yapılacak harcamalar için işçiye götürü bir bedel ödenmesi söz konusudur. Götürü harcamanın güvene dayalı harcamadan temel farkı, işçinin yapmış olduğu harcamayı genel hatlarıyla da olsa ortaya koymak gibi bir zorunluluğunun bulunmamasıdır⁷⁰. İşçinin yapmış olduğu harcama, kararlaştırılan götürü bedelden az olsa dahi işçi aradaki farkı işverene iade etmekle yükümlü değildir⁷¹. Buna karşılık işçinin yapmış olduğu gider, götürü bedeli aşıyorsa, işçi bu durumu ortaya koymak ve gerekli belgeleri sunmak kaydıyla aradaki farkı her zaman talep edebilir⁷². Zira masrafın götürü biçimde ödenmesi, işçinin yapılan masrafa katlanmasını gerektirmez. Bu konuda TBK m. 414/3 hükmü açık olup zorunlu harca-

60 Bleisure uygulamasından kaynaklanan ek masraflara işçinin katlanması gerektiği yönünde bkz. von Steinau-Steinrück, s. 627.

61 Bkz. Streiff/von Kaenel/Rudolph, OR Art. 327a, N. 2; Staehelin, OR Art. 327a, Rn. 5. Krş. Brunold, s. 44.

62 Bkz. Brunold, s. 44.

63 Bkz. Brunold, s. 44.

64 Streiff/von Kaenel/Rudolph, OR Art. 327a, N. 8; Rehbin-der/Stöckli, OR Art. 327a, Rn. 9; Brunold, s. 196 vd.

65 Bkz. Rehbin-der/Stöckli, OR Art. 327a, Rn. 9; Staehelin, OR Art. 327a, Rn. 10; Probst, OR Art. 327a, Rn. 3.

66 Bkz. Staehelin, OR Art. 327a, Rn. 10; Streiff/von Kaenel/Rudolph, OR Art. 327a, N. 8; Emmel, OR Art. 327-327c, Rn. 3; Probst, OR Art. 327a, Rn. 3; Probst, OR Art. 327c, Rn. 3; Pellascio, OR Art. 327c, Rn. 4.

67 Streiff/von Kaenel/Rudolph, OR Art. 327a, N. 8; Brunold, s. 184.

68 Rehbin-der/Stöckli, OR Art. 327c, Rn. 2; Brunold, s. 195.

69 Brunold, s. 184-185.

70 Brunold, s. 195.

71 Probst, OR Art. 327a, Rn. 14.

72 Bkz. Brunold, s. 173; Probst, OR Art. 327a, Rn. 14.

maların kısmen de olsa işçi üzerinde bırakılması yasaktır.

İşçinin yapmış olduğu harcamanın götürü bir biçimde ödenmesi imkânı, TBK m. 414/2'de özel olarak düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, götürü biçimde ödeme ancak yazılı bir iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmışsa mümkündür. Kanaatimizce, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş bir iç yönetmelikle de bu yapılabilir. TBK m. 414/2'ye göre, taraflar arasında kararlaştırılacak götürü bedel; gün, hafta, ay gibi belirli bir zaman dilimi dikkate alınarak belirlenebilir, günlük 1000 TL, haftalık 300 Euro, aylık 1000 Dolar gibi. Ancak bu şart değildir. TBK m. 414/2 hükmü, götürü bedelin farklı parametrelerle (kilometre başı ödeme gibi)⁷³ belirlenmesine de cevaz vermektedir. Bu noktada vergi mevzuatına göre vergiden istisna edilmiş harcırah tutarlarına da atıf yapılabilir⁷⁴.

Son olarak, işverenin giderleri karşılama borcunun muacceliyet anı üzerinde durmak gerekir. Bu borç, kural olarak, işin görülmesi için gerekli ya da işçinin geçimi için zorunlu olan bir harcama yapıldığı an doğar; ancak ücretle birlikte muaccel olur. TBK m. 416/1'e göre, işçi yapmış olduğu masrafları, daha kısa bir süre kararlaştırılmamış ya da aksine bir yerel adet yoksa ancak ücretle birlikte talep edebilir. Bununla birlikte işçi, düzenli olarak masraf yapan bir çalışan ise (saha çalışanları gibi), kendisine en az ayda bir olmak üzere belirli aralıklarla uygun bir avans verilmesini isteyebilir (TBK m. 416/2). İşverenin avans verme borcu, teknik anlamda bir yükümlülük değil; külfettir⁷⁵. İşçi, talep etmesine rağmen işveren avans vermemişse, işçi bunun ifasını talep edemez⁷⁶, yalnızca çalışmaktan kaçınma hak-

kını kullanabilir⁷⁷.

TBK m. 416/2'de düzenlenen avans, TBK m. 406/4'te düzenlenen avans ya da TBK m. 414/2'de düzenlenen götürü bedel ile karıştırılmamalıdır⁷⁸. TBK m. 406/4'teki avans, işçinin iş gördüğü sürenin karşılığı olan ücretin vadesinden önce ödenmesini ifade ederken⁷⁹; TBK m. 416/2'de düzenlenen avans, gelecekte yapılacak harcamaları karşılamak üzere verilir⁸⁰. Bu avans, TBK m. 414/2'de düzenlenen götürü bedelden de farklı içeriğe sahiptir. İşçi ile işveren masrafların götürü olarak karşılanması konusunda anlaşmışlarsa, bu artık işveren için bir yükümlülüktür; işverenin götürü bedeli ödememesi borca aykırılık olarak (borçlu temerrüdü) işçiye aynen ifayı talep yetkisi verir. Oysa, TBK m. 416/2'de düzenlenen avans, bir yükümlülük değil yukarıda da belirtildiği gibi külfettir⁸¹. İşveren harcamalar için avans verme borcuna aykırı davranmakla alacaklı temerrüdüne düşer⁸². Bu durumda işçi aynen ifa talebinde bulunamazsa da çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir⁸³ (TBK m. 408). Avans ile götürü bedel arasındaki bir diğer önemli fark, işçinin yapmış olduğu masrafın verilen avanstaki/kararlaştırılan götürü bedelden az olması durumunda ortaya çıkar. Yapılan masraf, verilen avanstaki az ise, işçi aradaki farkı işverene iade etmek⁸⁴ veya

73 Örnekler için bkz. Brunold, s. 166; Rehbinder/Stöckli, OR Art. 327b, Rn. 6; Probst, OR Art. 327b, Rn. 7; Streiff/von Kaenel/Rudolph, OR Art. 327b, N. 3.

74 1 Ocak 2024 – 30 Haziran 2024 dönemi için gelir vergisinden istisna edilmiş yurt içi ve yurt dışı harcırah tutarları için bkz. <https://www.turmob.org.tr/sirkuler/detailPdf/5fe5b949-ebb7-4e98-b1f1-f99cac-0458b1/1-ocak-2024---30-haziran-2024-tarihleri-arasinda-yurt-ici-ve-yurt-disi-gelir-vergisinden-istisna-har>

75 Rehbinder/Stöckli, OR Art. 327c, Rn. 4.

76 Probst, OR Art. 327c, Rn. 10.

77 İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği yönünde bkz. Facincani/Picenoni/Sutter, s. 208; Probst, OR Art. 327c, Rn. 9; Rehbinder/Stöckli, OR Art. 327c, Rn. 4.

78 Ücretin avans olarak ödenmesi ile iş avansının birbirine karıştırılmaması gerektiği yönünde bkz. Çil, Şahin, İş Hukukunda İşçinin Ücreti, 2010, s. 497.

79 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Baskı, 2023, s. 349; Süzek, s. 393; Mollamahmutoğlu/Asarlı/Baysal, s. 650-651; Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra, Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, 2023, s. 305. Ücretin avans olarak ödenmesi hakkında ayrıca bkz. Centel, Tankut, İş Hukukunda Ücret, 1987, s. 304 vd.; Ekonomi, Münir, İş Hukuku Cilt 1, Yenilenmiş 3. Baskı, 1987, s. 145; Çil, s. 495 vd.

80 Bkz. Brunold, s. 199.

81 Rehbinder/Stöckli, OR Art. 327c, Rn. 4.

82 Brunold, s. 199; Rehbinder/Stöckli, OR Art. 327c, Rn. 4; Staehelin, OR Art. 327c, Rn. 4; Pellascio, OR Art. 327c, Rn. 5.

83 Rehbinder/Stöckli, OR Art. 327c, Rn. 4; Facincani/Picenoni/Sutter, s. 208; Probst, OR Art. 327c, Rn. 9.

84 Staehelin, OR Art. 327c, Rn. 4; Rehbinder/Stöckli, OR Art. 327c, Rn. 3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, OR Art. 327c, N.

bir sonraki harcama için avans olarak kullanmak zorundadır. Buna karşılık giderlerin götürü bir biçimde ödenmesi söz konusu ise işçinin artan parayı işverene iade etmesi gerekmez⁸⁵.

III. İş Seyahatinde Yapılan Harcamalar Dolayısıyla Elde Edilen Menfaatler: *Bonus Mil* Örneği

İş seyahatlerinde yapılan giderler ile bağlantılı bir konu, yapılan harcamalar yoluyla elde edilen menfaatlerdir. Havayolu şirketlerinin sunduğu *bonus mil* programları, bunun tipik örneğidir. *Bonus mil* vb. adlar verilen bu programlarda, yapılan yolculuklar dolayısıyla puan toplanması, toplanan puanların daha sonra ücretsiz yolculuk yapma imkânı sağlaması söz konusudur. İşçinin bu tip programlar çerçevesinde kazandığı puanları, kendi kişisel seyahatleri için kullanıp kullanamayacağı; işverenin hediye millerin iadesini talep edip edemeyeceğini tartışmaya açmak gerekmektedir⁸⁶. Esasen bu tartışma, sadece *bonus miller* için değil; Almanca "*Treuprämien*" olarak adlandırılan "bağlılık primleri"nin⁸⁷ tümü için yapılabilir. Belirli bir marka, hizmet ya da ürüne olan bağlılığı arttırmak amacıyla, ilgili ürün ya da hizmeti satın alan müşterilere sağlanan her türlü indirim, kupon, eşantıyon vb. avantajı ifade eden⁸⁸ bu primler, iş seyahatlerinde belirli bir otel zincirinde konaklamak, belirli restoran ya da kahve zincirlerini tercih etmek suretiyle de elde edilebilmektedir.

Türk hukukunda bağlılık primlerinin, işçinin teslim ve hesap verme borcu bağlamında ele

alınması gerekir. İşçinin sadakat borcunun bir görünümü olan teslim ve hesap verme borcu, TBK m. 397'de özel olarak düzenlenmiştir. TBK m. 397'ye göre, işçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhâl ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermek dışında *hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri* de derhâl işverene teslim etmekle yükümlüdür. Bu yasal çerçevede bağlılık primleri, işin görülmesi dolayısıyla elde edildiğinden, işçinin bu primleri işverene devretmesi gerektiğine şüphe yoktur. Bu ilişkide işletme riskini taşıyan işveren, külfete katlandığı (bilet parası ödemek) gibi nimete (hediye miller) de hak kazanan taraftır. Bu nedenledir ki işçi iş seyahatlerinde belirli bir havayolu ile uçtuğunda, belirli bir otel zincirinde konakladığında ya da belirli bir marketten alışveriş yaptığında hesabına yüklenen puan ya da indirim, TBK m. 397/2 uyarınca, işverene teslim etmek zorundadır.

Bağlılık primlerinin, TBK m. 397/2 uyarınca işverene devri gerekmezse de bu her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin, bazı havayolu şirketleri, yalnızca gerçek kişilerin kampanyaya katılımına izin vermekte ve kazanılan puanların bir başkasına transferini yasaklamaktadır. Bu gibi durumlarda işçi elde ettiği mil, puan ya da indirim işverene devredemeyecekse de bunları bir sonraki iş seyahatinde kullanmak üzere biriktirmeye devam etmelidir⁸⁹. Önemle belirtmek gerekir ki TBK m. 397/2 hükmü, nispi emredici bir hükümdür. İşveren *bonus mil*, puan, indirim, kupon, vb. kullanımdan işçi lehine feragat etmiş olabilir. Böyle bir durum söz konusu ise, işçinin elde ettiği menfaati işverene devri gerekmeyecektir. Bu hususta iş sözleşmeleri veya iç yönetmeliklerde düzenleme yapılarak olası uyuşmazlıkların önüne geçilmesi isabetli olacaktır.

Sonuç

İş seyahati, salt hukuki bir kavram olmadığı gibi çalışma mevzuatımızda da *düzenlenmiş de-*

4; Probst, OR Art. 327c, Rn. 8; Brunold, s. 200; Facincani/Picenoni/Sutter, s. 208.

85 Probst, OR Art. 327a, Rn. 14.

86 Alman Federal İş Mahkemesinin buna ilişkin bir karar için bkz. BAG Urteil vom 11.04.2006, 9 AZR 500/05, BB 2006, Heft 39, s. 2137 vd. Kararın çevirisi için bkz. Baysal, Ulaş, "Alman Federal İş Mahkemesi Kararı Sık Uçanlar – Hediye Millier – İade Talebi", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 20, S. 6, 2007, s. 114 vd.

87 Kavram için bkz. Brunold, s. 47.

88 Bkz. Brunold, s. 47.

89 Bkz. Brunold, s. 50.

ğildir. Bu durum iş seyahatinin tanımlanmasına gerek olup olmadığını sorgulatabilirse de iş seyahatinden doğan hukuki sorunlara çözüm arayabilmek için iş seyahatinin kavramsal sınırlarının çizilmesi önemlidir. İş seyahatinin kavramsal sınırları bu incelemede, iş seyahatinin iş görme borcunun ifası ile olan ilişkisinden hareketle çizilmiştir. Buna göre iş seyahati, işçinin mutlak çalışma yeri dışında bulunan bir yerde geçici olarak çalışması veya iş ilişkisinden doğan yükümlülükleri kapsamında eğitim, fuar, toplantı vb. bir etkinliğe katılması amacıyla, gerektiğinde konaklamayı da içerir şekilde seyahat etmesini ifade etmektedir.

Otobüs ve uçak biletlerinden, araç kiralamaya, yakıt parasından otoyol ve köprü geçiş ücretlerine, fuar ya da eğitim kayıt ücretinden yeme-içme ve konaklama bedeline kadar bir dizi giderin yapılmasını gerektiren iş seyahatlerinde işverenin giderlere katlanma borcunun kapsamı TBK m. 414-415 hükümlerine göre belirlenir. TBK m. 414/1 uyarınca işveren, yalnızca işin görülmesinin gerektirdiği otobüs, uçak bileti, fuar/egitim ücretleri gibi harcamalardan sorumlu değildir; iş seyahatindeki işçinin geçimi için zorunlu olan harcamaları da karşılamakla yükümlüdür. Yeme-içme ve barınma gibi geçim giderleri zorunlu olanla sınırlanmış iken işin görülmesi için yapılan harcamaların gerekli olması yeterlidir. Somut durumda "gereklilik" ölçütü, işçinin subjektif durumu esas alınarak değerlendirilmelidir. Söz konusu değerlendirmede işçinin TBK m. 396 uyarınca işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorunda olduğu yönündeki esas dikkate alınmalıdır.

İşçi, iş seyahatine ilişkin yapmış olduğu giderler için işverenden talepte bulunurken yaptığı harcamayı ve bu harcamanın gerekliliğini ortaya koymakla mükelleftir. Fiş, fatura, dekont, makbuz gibi belgelerle bu husus kolayca ispatlanabilirse de işçinin yaptığı harcamayı belgelemesi her zaman kolay ya da mümkün olmayabilir. Özellikle üst düzey yöneticilerin yaptığı ya da cüzi nitelikteki masraflarda bu zorlukla sıkça karşılaşılacaktır. Bu gibi zorluklar genellikle götürü ya da güvene dayalı harcama (Pauschal- und Vertrau-

ensspesen) uygulamaları yoluyla aşılmaktadır.

İşverenin giderlere katlanma borcu, kural olarak, işin görülmesi için gerekli ya da işçinin geçimi için zorunlu olan bir harcama yapıldığı an doğar; ancak ücretle birlikte muaccel olur (TBK m. 416/1). Bununla birlikte işçi, düzenli olarak masraf yapan bir çalışan ise (saha çalışanları gibi), kendisine en az ayda bir olmak üzere belirli aralıklarla uygun bir avans verilmesini isteyebilir (TBK m. 416/2). İşverenin avans verme borcu, teknik anlamda bir yükümlülük değil; külfettir. İşçi talep etmesine rağmen işveren avans vermemişse, işçi avansın ifasını talep edemez, yalnızca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

İşçi, iş seyahatinde yaptığı harcamalar dolayısıyla birtakım menfaatler (hediye mil gibi) elde etmiş olabilir. Elde edilen bu gibi menfaatlerin, TBK m. 397/II uyarınca işverene devredilmesi, bu mümkün değilse bir sonraki iş seyahatinde kullanılması gerekir.

KAYNAKÇA

- Alles, Boris: Das Arbeitsrecht der Auslandsdienstreise, 2013.
- Anzinger, Rudolf/Koberski, Wolfgang: Kommentar ArbZG, 4. Aufl., 2014.
- Baysal, Ulaş: "Alman Federal İş Mahkemesi Kararı Sık Uçanlar – Hediye Miller – İade Talebi", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 20, S. 6, 2007, s. 114-120.
- Baysal, Ulaş: "İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 40, 2018, s. 65-75 (Taşınabilir İletişim Cihazları).
- Bissels, Alexander: Stichwortkommentar Arbeitsrecht (Groby/Panzer-Heemeier), 3. Aufl., 2021, Dienstreise.
- Boemke, Burkhard: "Fahrzeiten als Arbeitszeiten", RdA 2020, Heft 2, s. 65-74.
- Brunold, Fadri: Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, 2014.
- Centel, Tankut: İş Hukukunda Ücret, 1987.

- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Baskı, 2023.
- Çil, Şahin: İş Hukukunda İşçinin Ücreti, 2010.
- Eisenstein, Bernd/Reif, Julian/Schmücker, Dirk/Krüger, Manon/Weis, Rebekka: Geschäftsreisen, Merkmale, Anlässe, Effekte, 2019.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, 2023.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku Cilt 1, Yenilenmiş 3. Baskı, 1987.
- Els, Stefan: "Dienstreise und Arbeitszeit", Betriebs-Berater, 1986, Heft 32, s. 2192-2193.
- Emmel, Frank: Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, CHK- Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht, 3. Auflage, 2016.
- Facincani, Nicolas/Picenoni, Reto/Sutter, Reto: "Entschädigung von Spesen und Auslagen von Arbeitnehmern", TREX 2023, s. 204-209.
- Griese, Thomas: Personalbuch (Küttner), 29. Aufl., 2022, Dienstreise.
- Heintz, Michael: Wege- und Dienstreisezeiten, 2016.
- Hunold, Wolf: "Aktenlesen in der Bahn- Probleme von Arbeitszeit und Vergütung bei Dienstreise", NZA-Beil. 2006, Heft 1, s. 38-45.
- Krause, Rüdiger: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl., 2021, § 60 Begriff, Grundlagen und Kontrolle des Arbeitsentgelts.
- Loritz, Karl-Georg: "Die Dienstreise des Arbeitnehmers- Mitbestimmung, Vergütung, Haftungsfragen", NZA 1997, Heft 22, s. 1188-1196.
- Lunk, Stefan: "Die arbeitszeitrechtliche Behandlung von Dienstreisen", NZA 2022, Heft 13, s. 881-888.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, 2022.
- Oberklus, Volkmar: Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmen im Ausland entsandten Mitarbeiters zum Stammunternehmen, Pfaffenweiler, 1991.
- Pellascio, Michel: Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, OFK-Orell Füssli Kommentar, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, 2023.
- Preis, Ulrich/Schwarz, Katharina: Dienstreisen als Rechtsproblem, 2020.
- Probst, Dominik: Arbeitsvertrag, SHK-Stämpflis Handkommentar, 2021.
- Reh binder, Manfred/Stöckli, Jean-Fritz: Der Arbeitsvertrag, BK-Berner Kommentar, 2010, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR.
- Reichold, Hermann: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl., 2018, § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit.
- Staehelin, Adrian: Der Arbeitsvertrag Art. 319-330a OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, ZK-Zürcher Kommentar, vierte völlig neu bearbeitete Auflage, 2006.
- Stieger, Peter: Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, 2009.
- Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian/Rudolph, Roger: Arbeitsvertrag, Praxis Kommentar zu Art. 319-362 OR, 7. vollständig überarbeitete und stark erweiterte Auflage, 2012.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 23. Baskı (Tıpkı Basım), 2023.
- Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr>
- Ünal Adınır, Canan: İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler, 2. Tıpkı Basım, 2023.
- von Steinau-Steinrück, Robert: "Was ist bei Workation" und „Bleisure" rechtlich zu beachten?", NJW-Spezial, 2021, s. 626-627.

- Weber, Klaus: Weber Kompakt Rechtswörterbuch, 6. Edition, 2022, Gemeinde.
- Wildhaber, Isabella/Hänsenberger, Silvio: "Bring Your Own Device (BYOD)", ARV, 2016, s. 151-165.
- Zmarzlik, Johannes: "Grundbegriffe des Arbeitsschutzes", DB 1967, s. 1264-1268.

Dr. Öğr. Üyesi Fatih GÜLTEKİN*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2024/I Sayı 51: 92-109
Makale Gönderim Tarihi: 15 Nisan 2024
Makale Kabul Tarihi: 22 Nisan 2024

Alman Genetik Teşhis Kanunu Bağlamında Genom Analizinin Çalışma Hayatına Etkisi

Öz

Genom analizi genel olarak genlerin yapısı ve işlevleri hakkında sonuçlara varılmasına izin veren tüm araştırma yöntemlerini içerir. Genomun araştırılması, tanımlanması ve haritalanması analiz sonucu gerçekleşir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda kişinin genetik verileri özel nitelikli kişisel veriler arasında sayılmıştır. İlgili Kanunda özel nitelikli kişisel veriler hakkında sınırlayıcı düzenlemeler yer alsa da ülkemizde genetik verilerin korunmasına yönelik özel bir kanun bulunmamaktadır. Bununla birlikte kişinin sağlık verileri arasında yer alan genetik ve-

rilere yönelik müdahalenin sınırlarının daha kapsamlı biçimde düzenlenmesi gereklidir. Almanya'da kişilerin genetik verilerinin korunması konusunda Alman Genetik Teşhis Kanunu düzenlemesi mevcuttur. Söz konusu Kanun, istihdam ilişkisinde genetik verilerin işlenmesi ve kullanılmasına ilişkin düzenlemeler de içermektedir. Bu bağlamda çalışma kapsamında ülkemiz iş hukukuna örnek teşkil etmesi açısından Alman Genetik Teşhis Kanunu'nun istihdam ilişkisini ilgilendiren hükümleri incelenerek değerlendirilmede bulunulacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Genom analizi, Alman Genetik Teşhis Kanunu, özel nitelikli kişisel veri.

The Effect of Genome Analysis on Working Life in the Context of the German Genetic Diagnostic Law

Abstract

Genome analysis generally includes all research methods that allow drawing conclusions about the structure and functions of genes. The research, identification and mapping of the genome occur as a result of analysis. In the Personal Data Protection Law,

a person's genetic data is listed among special categories of personal data. Although the relevant law contains restrictive regulations regarding special personal data, there is no special law for the protection of genetic data in our country. However, it is necessary to

* Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, fatihgultekin@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3005-4061.

regulate the limits of intervention regarding genetic data among the person's health data in a more comprehensive manner. In Germany, there is a regulation in the German Genetic Diagnostic Law regarding the protection of people's genetic data. The law in question also includes regulations regarding the processing

and use of genetic data in the employment relationship. In this context, within the scope of the study, the provisions of the German Genetic Diagnostic Law regarding the employment relationship will be examined and evaluated in order to set an example for our country's labour law.

Keywords:

Genome analysis, German Genetic Diagnostic Law, special categories of personal data.

I. Giriş

Genetik mühendisliği, birçok alanda sosyal yapıları ve toplumun değer sistemini etkileyebilecek, evrensel olarak uygulanabilir bir anahtar teknolojidir¹. Gen teknolojisi, genetik hastalıkların teşhisini ve tedavisini mümkün kılma umuduyla bağlantılıdır. Bu bağlamda genetik teşhis birçok fırsatın önünü açabilir. Böylece genetik verileri teşhis edilen ve belirli hastalıkların ortaya çıkmasından sakınan kişi, yaşamını kendi genetik yatkınlığına göre uyarlama imkanına sahip olmaktadır. Benzer durum üzerinde herhangi bir araştırma yapılmamış, ancak incelenen kişi ile biyolojik ilişkisi nedeniyle aynı genetik yapıya sahip olan bireyler için de geçerlidir².

Kalıtıl bir hastalık ne kadar erken fark edilirse, hastalığın önlenme veya tedavisinin hızlandırılma şansı o derece yüksek olur. Genom analizleri aracılığıyla hastalığa yönelik teşhisler doğrulanabilirken diğer yandan tahmine dayalı incelemeler kapsamında gerçek semptomları ortaya çıkmadan önce hastalığın ilerlemesini etkileyen önleyici tedbirler alınabilir. Hatta bu testler vasıtasıyla hastalığın ortaya çıkmasının önüne geçilebilir³.

Hastalığa genetik yatkınlığın olduğu bilgisiyle karşı karşıya kalındığında söz konusu bilgi, kişinin tüm aile ve sosyal geleceği üzerinde geniş kapsamlı etkilere sahip olacaktır. Hastalık tedavi edilemiyor ve başka hiçbir önlem alınamıyor olsa bile hastalık riskinin bilinmesi yaşam planlaması açısından önemli olabilir. Buna karşın bilgi, hastalığın tedavisine ve iyileştirilmesine yardımcı olduğu sürece faydalıdır. Genom analizinin en büyük dezavantajı belirsizliğidir. Genom analizi konusundaki fırsatlar çok sayıda ciddi suiistimal risklerini de barındırır. Bireyi doğumdan itibaren etkileyen genetik bilginin belirlenmesi, kişilik haklarına yoğun bir müdahaleyi temsil etmektedir. Rıza alınmadan genetik verilerin tespit edilmesi veya iletilmesi durumunda kişinin bilgi edinme ve edinmeme hakkı eşit derecede etkilenir. Rıza halinde bile genetik testin yaşam üzerinde derin bir etkisi olabilir. Hastalık henüz akut olmadığı sürece genetik bilginin tespiti; genetik yatkınlığın hastalığın ortaya çıkmasına neden olup olmadığı, ne zaman, hangi şekilde veya hangi koşullar altında hastalığa yol açtığı konusunda güvenilir bir bilgi sağlamaz⁴.

Genetik verilerin incelenmesi ve analizi ile il-

1 Robert Diekgräf. (1991). Genomanalyse im Arbeitsrecht. BB. 1854.
2 Angie Genenger. (2010). Das neue Gendiagnostikgesetz. NJW.113.
3 Philipp S. Fischinger. (2010). Die arbeitsrechtlichen Re-

gelungen des Gendiagnostikgesetzes. NZA. 65.
4 Gregor Thüsing, Gerrit Forst. (2021). § 7. Informationserhebung bei der Einstellung und beim beruflichen Aufstieg. Beschäftigtendatenschutz und Compliance, 3. Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Rn.26; Genenger, 113; Fischinger, 65; Diekgräf, 1855.

gili olarak kişinin genetik yapısına ilişkin bilgiler aile, sigorta, iş hukuku gibi alanlarda da kullanılabilir⁵. Örneğin, sigorta firmaları bir sigorta sözleşmesinin imzalanmasını önlemek veya sigorta priminin artırılması şeklinde bir hastalık riski ek bedeli talep etmek için bu tür araştırmaların sonuçlarını öğrenmekle ilgilenebilir. İşverenler genetik özellikleri nedeniyle iş güvenliği tedbirleri almak zorunda kalacağı için veya uzun süreli iş göremezlik ile ilişkili genetik bir hastalık olasılığı yüksek olan iş başvurusu sahiplerini elemek için kişilerin genetik verileri ile ilgilenebilir veya bir çocuğun genetik verileri, ebeveynlerinin genetik yapısı hakkında güvenilir sonuçlara varılmasına olanak tanır⁶. Genom analizi sonuçlarının belirsizliğine rağmen hastalık ihtimali bile çalışma hayatında genetik verilere dayalı ayrımcılığa yol açabilmektedir. Bu sebeple genom analizinin aşağıda vurgulanacak riskleri göz önünde bulundurulduğunda, iş hukuku çerçevesinin tartışılması gerekmektedir.

Çalışmamızda genom analizinin işçinin kişilik haklarına olan etkisi ve bu kapsamda çalışanların genetik araştırmalara ve bunun istenmeyen sonuçlarına karşı ek korunmaya olan ihtiyaçları üzerinde durulacaktır. Kişisel verilerin korunması açısından ülkemizde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Buna karşın kişilerin genetik verilerinin korunmasına yönelik özel düzenlemeler içeren bir kanun bulunmamaktadır. Bu bağlamda örnek teşkil etmesi açısından Alman Genetik Teşhis Kanunu'nun çalışma yaşamına yönelik hükümleri ve literatür görüşleri incelenecektir.

II. Genom Analizi

Genom, genetik materyalin tamamı yani bir organizmanın genetik materyali veya bir hücrede mevcut olan genetik bilginin toplamı olarak tanımlanır. İnsan genomu 23 çift kromozom üzerinde düzenlenmiş en az 50.000 genden oluşur. Her gen, bireyin yaşam süreciyle ilgili bilgileri de-

polar. Kromozomlarda bulunan genlerin dış görünüşün, kişisel özelliklerin, eğilimlerin ve yaşam süreçlerinin belirlenmesine yönelik olarak kodlanması geçmişte kısmen bilirse de günümüzde genom analizi ile bazı genleri izole edip dizilemek ve onların moleküler yapısını yani genotipini ortaya çıkarmak mümkün olmuştur⁷.

Geniş anlamda genom analizi, genlerin yapısı veya işlevleri hakkında sonuç çıkarmaya olanak sağlayan tüm inceleme yöntemlerini içerir. Genomun araştırılması, tanımlanması ve haritalanması analiz sonucu gerçekleşir. Analiz yöntemleri farklı düzeylerde mevcuttur⁸. Günümüzde üç tür genetik analiz kullanılmaktadır. Kromozom analizi: Uzun yıllardır bilinen ve kullanılan bu analizde bir mikroskop kullanılarak kromozomlar; kırılma, kopya veya şekil değişiklikleri (kalıtsal hastalıkların belirtileri) açısından incelenmektedir. Kimyasal gen ürünü analizi: Kromozomlardaki genetik materyal olan DNA'da, genler bireyin belirli özelliklerini veya yeteneklerini belirler. Kimyasal gen ürünü analizinde, bir proteinin eksikliği veya miktarı, karşılık gelen DNA'nın bölümündeki bir kusurun belirlenmesi için kullanılır. Bu sayede proteinlerin nicelik veya kalitesindeki değişikliklerden gen değişiklikleri ve kalıtsal hastalıklar hakkında sonuçlara varılır. DNA analizi: DNA problemleri⁹ adı verilen cihazların yardımıyla işlevi çözülen bireysel genler, DNA'nın kendisi üzerinde kontrol edilir¹⁰. DNA analizi spesifik hücre tiplerinin incelenmesine dayanmamakta, insan genetik materyali moleküler düzeyde incelenmektedir. Gelecekte

7 Erwin Deutsch. (1989). Die Genomanalyse im Arbeits und Sozialrecht - Ein Beitrag zum genetischen Datenschutz. NZA. 657.

8 Christopher Melms, Michaela Felisiak. (2021). § 9 Anbahnung des Arbeitsverhältnisses. Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht. 5. Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Rn.112; Dieckgräf, 1854.

9 "DNA prob, işaretli bir DNA fragmanıdır; DNA molekülünün spesifik bir fragmanı (parçası) ile hibridizasyon için kullanılır; tamamlayıcı nükleotid dizilerini belirlemeye yardımcı olur." <https://bilsenbesergil.blogspot.com/p/dna-prob-dna-probe.html#:~:text=DNA%20prob%2C%20i%C5%9Faretli%20bir%20DNA,n%C3%BCKleotid%20dizilerini%20belirlemeye%20yard%C4%B1m-c%C4%B1%20olur.>

10 Hans-Joachim Menzel. (1989). Genomanalyse im Arbeitsverhältnis und Datenschutz. NJW. 2042; Dieckgräf, 1854.

5 Genenger, 113.

6 Fisinger, 65; Dieckgräf, 1856.

genetik değişiklikler ve yatkınlıklar hakkında en kapsamlı sonuçların çıkarılmasını sağlayacak genom analizi türü DNA analizidir¹¹.

İnsanın fenotipi yani görünüşü; yetiştirilme tarzı ve birikmiş deneyimlerini de içeren genotip ve çevre tarafından belirlenir. İnsanın fiziksel ve zihinsel özellikleri genetik yapıdan, sıklıkla da çeşitli genlerden kalıcı olarak etkilenir¹². Ayrıca bazı hastalıklar da genetik kaynaklı olabilmektedir. Kalıtsal hastalıklar bazen monogeniktir yani bireysel genlerin mutasyonundan kaynaklanırlar. Bu tür kalıtsal hastalıkların çoğu bugün bilinmektedir. Bunlar arasında orak hücre anemisi, hemofili hastalığı, diyabet ve bazı göz hastalıkları bulunur¹³. Genom analizi ilk olarak Amerikan Hava Kuvvetleri'nin orak hücre anemisi taramasında rol oynamıştır. Bu analizle uçak pilotlarının hücrelerine yetersiz oksijen gitmesi riskinin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Ancak orak hücreli anemi çoğunlukla siyahi popülasyonda meydana geldiğinden, bu test artık Amerika'da terk edilmiştir¹⁴.

İnsanın genetik haritasının tamamlanması çalışmalarındaki ilerlemeler, insanları ve gelişmelerini anlama ve tıbbi tedavilerde yeni yollar açma konusunda büyük katkı sağlamaktadır. Gen haritalaması tamamlandığında doktorlar binlerce kalıtsal hastalığı tanımlayabilecektir¹⁵. Ayrıca insan genomunun kodu tamamen çözüldükten sonra öngörülebilir gelecekte DNA analizleri genetik olarak belirlenmiş kişilik özelliklerini de ortaya çıkaracaktır¹⁶. Bu sebeple belirli hastalıkları veya bireysel eğilimleri bulmak için gen araştırmalarına ihtiyaç vardır. Bir gen portresi, bir kişinin temel genetik yapısının bir özetini temsil eder ve kişinin çoğu özelliği ve eğilimi hakkında güvenilir bilgi sağlar. Buna karşın kişi genetik özelliklerini öğrenmek istese bile genetik özelliklerinin başkalarınınca bilinmesi ya da bilinme po-

tansiyelinin olması ona ağır gelebilir. Bu sebeple insanın genetik analizi sonucu biyolojik açıdan şeffaf insana dönüşmesi ve genetik kütüphanesinin geleceğe taşınması hayret verici olduğu kadar korkutucudur¹⁷.

III. Genom Analizinin Kişisel Verilere ve Ayrımcılık Yasağına Etkisi

1. Genom Analizinin Kişisel Veriler ile İlişkisi

Bilimsel ilerlemenin mümkün kıldığı bilgiyi durdurmak ve araştırmaların önüne geçmek insanlığın gelişmesine sekte vurmaktadır. Organizmanın en küçük yapıtaşına inilerek yeni bilgilerin edinilmesi ve bunların insanlık için kullanılması çağ atlanmasına yol açacak niteliktedir. Dolayısıyla bu ilerleme olanakları reddedilmemelidir. Genom analizinin olumlu tarafını görmek önemlidir. İnsan genomu başarılı bir şekilde dizildiğinde tıp ve farmakolojiye yeni çalışma alanları ve karşılaşılan problemlere yeni çözümler sunulacaktır. Genetik mühendisliği hastalıkların başlangıçta teşhis alanına, daha sonra da tedavi alanına önemli katkılar sağlayacaktır¹⁸.

Buna karşın gen araştırmasına kişiliğin özgür gelişimini de kapsayan anayasal koruma büyük oranda engel olmaktadır. Çünkü yeni bir bilgi aracını temsil eden genom analizi son derece hassas ve en az geleneksel tıbbi veriler kadar koruma gerektiren kişisel veriler içermektedir¹⁹. Genom analizi sonucu bireyin kişiliği etkilenmektedir. Kişiliğin korunması, kişisel verilerin korunmasını da ilgilendirir. Veri korumanın tıp alanına da etkisinin olduğu artık kabul edilmektedir.

Genom analizinin belirli hastalıklara veya alerjilere yönelik eğilimlerin tespit edilmesine izin vermesi "Genom analizi öncesinde ilgili kişinin izni gerekli midir?", "Analiz sonuçlarının gizliliği

11 Diekgräf, 1854.

12 Deutsch, 657; Diekgräf, 1854.

13 Deutsch, 658.

14 Deutsch, 658.

15 Deutsch, 658.

16 Menzel, 2041; Diekgräf, 1856.

17 Deutsch, 658.

18 Deutsch, 658.

19 Menzel, 2042.

nasıl sağlanmalıdır?”, “Analizin sonucu kişiden izin alındıktan sonra paylaşılabilir mi?”, “Analiz sonuçları işveren gibi üçüncü kişilere iletilebilir mi?”, “İşveren, birini işe alırken veya iş ilişkisinin devamında aday/çalışandan kapsamlı veya sınırlı genom analizi yaptırmasını isteyebilir mi?”, “Genom analizini kabul eden kişinin kayıtlarını sildirme hakkı var mı?” gibi kişisel verileri ilgilendiren birçok soruyu gündeme getirmektedir. Bu sorular kişinin kaderini tayin hakkı ile de yakından ilişkilidir.

Hukukumuzda genetik verilerin korunmasına yönelik düzenlenen özel bir kanun bulunmamaktadır. Bu sebeple genetik veriler hakkında Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Kanun kapsamında kişinin genetik verileri, özel nitelikli kişisel veriler arasında sayılmıştır (KVKK m. 6/I). Kanun koyucu özel nitelikli kişisel verileri sayarken sağlık verileri ve genetik verileri ayrı ayrı zikretmiş olsa da genetik verilerin de sağlık verilerine dahil olduğu şüphesizdir. Buna karşın Almanya’da kişisel veriler, Alman Federal Veri Koruma Kanunu kapsamında korunmaktayken, kişilerin genetik verilerinin korunmasına yönelik Alman Genetik Teşhis Kanunu isminde özel bir kanun düzenlemesi de yer almaktadır.

Almanya’da genetik teşhis araştırmaları ile kişinin kendi kaderini tayin etme hakkı arasında bir denge sağlamayı ve insan onurunu korumayı amaçlayan Genetik Teşhis Kanunu (GenDG) 01.02.2010’da yürürlük kazanmıştır²⁰. Söz konusu kanun Almanya’da ilk kez genetik inceleme yöntemlerini kapsamlı ve bağlayıcı bir şekilde düzenlemiştir²¹.

Alman Genetik Teşhis Kanunu’nun amacı; genetik araştırmaların ve analizlerin, genetik örneklerin ve verilerin kullanımının önkoşullarının belirlenmesi ve genetik özelliklere dayalı ay-

rımcılığın önlenmesi, özellikle de devletin insan onuruna saygı duyma ve koruma yükümlülüğü ile kişinin bilgi edinme konusunda kendi kaderini tayin etme hakkının desteklenmesidir (GenDG § 1). Kanun hükümlerinin çalışma yaşamında da geçerli olduğu ve uygulanacağı düzenlenmiştir (GenDG § 2/I)²².

Kanun’un üçüncü maddesinde birçok yasal tanıma yer verilmiştir. Madde kapsamında “genetik test”, sonuçların değerlendirilmesi de dahil olmak üzere genetik özellikleri belirlemek veya doğum öncesi risk değerlendirmesi için yapılan bir genetik analizdir (GenDG § 3/I). “Genetik analiz”, kromozomların sayısı ve yapısını (sitogenetik analiz), deoksiribonükleik asit veya ribonükleik asidin moleküler yapısını (moleküler genetik analiz) veya nükleik asitlerin ürünlerini (gen ürün analizi) kapsayan genetik özellikleri belirlemeyi amaçlayan bir analizdir (GenDG § 3/II). “Genetik özellikler”, döllenme sırasında veya doğuma kadar edinilen veya miras alınan insanın genetik bilgisidir (GenDG § 3/IV). Diğer bir deyişle, doğuştan mevcut olan ve insanın biyolojik çekirdeğini oluşturan genetik verilerdir. Buna doğumdan sonra edinilen genetik değişiklikler dahil değildir²³.

a. Verilerin İncelenmesi ve Kişiden Onay Alınması

Genom analizi gerek kişisel özellikler gerekse de kişinin sağlık durumunun belirlenmesi amacıyla olsun ilgili kişinin rızasını gerektirir. Her halükârda, genetik portrenin tespiti kişiliğe o kadar derinden müdahale eder ki, analiz hiçbir durumda kişinin isteği dışında yapılmamalıdır. Bireysel genom analizlerine ancak yasalar tarafından izin verilebilir. Örneğin, günümüzde ceza davalarında genetik parmak izi adı verilen bir yöntem kullanılmaktadır²⁴.

Dikkat edilmesi gereken husus, bilgilendirilmiş

20 Rüdiger Linck. (2023). § 26. Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers. Arbeitsrechts-Handbuch Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis. 20. Auflage. München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung. Rn.19; Genenger, 113; Fischinger, 65; Melms, Felisiak, Rn.113.

21 Genenger, 114.

22 Ayrıca Kanunun 17. maddesinde soybağının belirlenmesi ve 18. maddesinde sigorta sözleşmesinin imzalanmasıyla bağlantılı genetik incelemeler ve analizlere hakkında düzenlemeler mevcuttur.

23 Fischinger, 66.

24 Deutsch, 659.

onamın iki türlü olduğudur. İlki, vücut sıvısının alınması ve genom analizinin kabul edilebilirliği ile ilgili olandır. Buradaki bilgilendirme sadece maddenin çıkarılmasını değil, değil aynı zamanda araştırmamanın kapsamını ve olası hedeflerini de kapsamalıdır. İlgili kişinin özellikle analiz odağı konusunda bilgilendirilmesi gerekmektedir. İkincisi, sonuç alındıktan sonra ilgili kişinin yenilenmiş rızasının alınması gerekir. Kişi, daha önce genom analizini kabul etmiş olsa da analiz sonucunun kendisine bildirilmesini ve işverenler gibi üçüncü taraflara aktarılmasını reddedebilir. Bu sebeple analize yönelik yeni endişeler ortaya çıktıysa veya kişi genom analizinin sonuçlarını öğrendikten sonra yeni bir karar vermek istiyorsa rıza özellikle önemlidir²⁵.

Alman Genetik Teşhis Kanunu'nun "Tıbbi amaçlı genetik incelemeler" başlığını taşıyan ikinci bölümü genetik verilerin belirlenmesi ve kullanılmasına ilişkin şartları düzenlemektedir. Buna göre, tanısal genetik incelemeler yalnız doktorlar tarafından, öngörücü genetik incelemeler ise insan genetiği uzmanı veya genetik alanında uzman olan nitelikli doktorlar tarafından yapılabilir (GenDG § 7/I). Genetik inceleme veya analiz ancak ilgili kişinin, sorumlu sağlık görevlisine inceleme yapılmasına ve gerekli genetik örneğin alınmasına açık yazılı rıza vermesi halinde yapılabilir ve gerekli genetik örnek alınabilir. Onay, hem genetik incelemenin kapsamına ilişkin kararı hem de test sonuçlarının açıklanması veya ne ölçüde imha edilmesi gerektiğine ilişkin kararı içerir. Verilen rıza aynı zamanda genetik verilerin işlenmesine ilişkin rızayı da içermektedir (GenDG § 8/I). İlgili kişi, yazılı veya sözlü olarak sorumlu sağlık görevlisine vereceği onayı gelecekte etkili olacak şekilde istediği zaman geri alabilir. Geri alma sözlü olarak yapılmışsa bunun derhal belgelenmesi gerekir (GenDG § 8/II). Sorumlu tıbbi kişi, onam almadan önce ilgili kişiyi genetik incelemenin niteliği, anlamı ve kapsamı konusunda bilgilendirmelidir. Bilgi verildikten sonra, rızaya ilişkin karar verilmeden önce ilgili kişiye bu konu

üzerinde düşünmesi için uygun bir süre tanınmalıdır (GenDG § 9/I). Gerekli rıza, ilgili kişinin genetik incelemenin kapsamını ve sonuçlarını öngörebilmesi veya öğrenmesi durumunda kendi kaderini tayin hakkının korunması açısından önemlidir²⁶. Kanunun dokuzuncu maddesinin 2. fıkrasında da muayene öncesi belgelenmesi gereken bilgilerin asgari içeriği düzenlenmiştir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda özel nitelikli kişisel veriler arasında sayılan genetik verilerin ilgilinin açık rızası halinde işlenebileceği (KVKK m.6/II) düzenlenmiştir. 01.06.2024 tarihinde yürürlüğe girecek olan 7499 sayılı Kanun m. 33 hükmü gereği KVKK m. 6/II yürürlükten kaldırılacaktır. KVKK m. 6/III "...sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde 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." Kişinin sağlığı kapsamında sayılan genetik verilerin KVKK m. 6/III'te bahsi geçen hallerde açık rızasının alınmadan işlenebilmesi kişilik hakkına yoğun bir müdahale oluşturmaktadır. KVKK m. 6/III, 7499 sayılı Kanun m. 33 hükmü ile "Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. Ancak bu verilerin işlenmesi; a) İlgili kişinin açık rızasının olması, b) Kanunlarda açıkça öngörülmesi, c) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin, kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, ç) İlgili kişinin alenileştirdiği kişisel verilere ilişkin ve alenileştirme iradesine uygun olması, d) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olması, e) Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca,

25 Deutsch, 659.

26 Genenger, 115.

kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması, f) İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması, g) Siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tâbi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına veyahut bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temasta olan kişilere yönelik olması, halinde mümkündür.” şeklinde değiştirilecektir. Değişiklik kapsamında getirilen düzenlemenin yerinde olduğu söylenebilir. Başta kişinin açık onayının alınması, kanunda açıkça öngörülme, istihdam alanında hukuki yükümlülüklerin yerine getirilme zorunluluğu gibi kriterler genetik verilerin işlenebilmesi konusunda önemli sınırlamalar getirmektedir. KVKK m. 6/IV kapsamında da özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınmasının şart olduğu düzenlenmiştir.

b. Verilerin İletilmesi, Saklanması ve İmha Edilmesi

Genom analizi ve sonuçları tıbbi gizliliğe dahildir. İnceleme gerçekleştirildikten sonra sonuçların ve elde edilen numunelerin iletilmesi, saklanması ve imha edilmesi özellikle önem taşımaktadır. Etkilenen kişilik alanının derinliği nedeniyle, kişilerin genom analizinin yapılması, iletilmesi veya sonuçlarının saklanması için önceden verdikleri onayları geri çekmeleri de mümkün olmalıdır. Bu, silme yükümlülüğüyle sonuçlanır. Verilerin silinmesi bir kısmı otomatik, bir kısmı ise ilgili kişinin isteği üzerine gerçekleşir. Söz konusu durum aynı zamanda ailelerin de çıkarınadır. Ancak ailenin özel talebi halinde ve meşru menfaat söz konusu olduğunda kişisel verilerin muhafazasının güvence altına alınması

gerekir. Kalıtsal hastalıkların erken genom analizleri kullanılarak takip edilmesi gerekiyorsa bu özellikle önemlidir²⁷.

Alman Genetik Teşhis Kanunu kapsamında muayene sonucunun ilgili kişiye yalnızca sorumlu tıbbi kişi veya muayeneden sorumlu hekim tarafından iletilebileceği, analiz yapmakla görevlendirilen kişi veya kurumun genetik analiz sonucunu yalnızca kendisini genetik analiz yapmakla görevlendiren hekime iletilebileceği düzenlenmiştir (GenDG § 11/I-II). Sorumlu hekim, genetik inceleme veya analiz sonuçlarını ancak ilgili kişinin açık rızası ile yazılı veya elektronik ortamda başkalarına iletilebilir (GenDG § 11/III). Kişi genetik test sonucunun imha edilmesi gerektiğine karar vermişse genetik testin sonucu iletilemeyebilir (GenDG § 11/IV). Sonuçların ve genetik örneklerin saklanması, kullanılması ve imhası da bağlayıcı düzenlemeler gerektirir. Sorumlu hekim, genetik inceleme ve analiz sonuçlarını ilgili kişinin muayene belgelerinde on yıl süreyle saklamak zorundadır. Saklama süresi sona ermişse veya ilgili kişinin genetik inceleme ve analiz sonuçlarının imha edilmesi gerektiğine karar vermesi halinde sorumlu hekimin, ilgili kişiye ait muayene belgelerinde yer alan genetik inceleme ve analiz sonuçlarını derhal imha etmesi gereklidir (GenDG § 12/I). Genetik örneklerin kullanımı, saklanması ve imhası, madde 13'te düzenlenmiştir. Madde hükmü genetik verilerin yetkisiz erişim ve ifşasına, kullanımı ve imhasına karşı koruma sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle Kanun öncelikle genetik örneklerin yalnızca elde edilme amaçları doğrultusunda kullanılabileceğini ve bunun teknik ve organizasyonel önlemlerle sağlanması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır²⁸. Genetik verilerin başka amaçlarla kullanımına yalnızca uygun yasal düzenlemelerin mevcut olması halinde veya ilgili kişinin açık, yazılı rızası ile izin verilir (GenDG § 13/II).

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na göre ise, özel nitelikli kişisel veriler arasında yer alan gene-

27 Deutsch, 659.

28 Genenger, 115.

tik veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz (KVKK m. 8/I). Buna karşın kişisel veriler, yeterli önlemlerin alınması ve KVKK m. 6/III'te belirtilen şartlardan birinin bulunması hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın aktarılabilir (KVKK m. 8/II-b). Verilerin silinmesi, yok edilmesi konusunda ise Kanun'a göre, "Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir." (KVKK m. 7/I).

2. Genom Analizinin Ayrımcılık Yasağı ile İlişkisi

Alman Genetik Teşhis Kanunu, genetik özellikler veya genetik inceleme ve analizlerin yapılması (yapılmaması) nedeniyle etkilenen kişiye ve genetik akrabalarına karşı her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır²⁹. Buna göre, hiç kimse, kendi genetik özellikleri veya genetik olarak ilişkili bir kişinin genetik özellikleri nedeniyle, kendisi veya genetik olarak ilişkili bir kişi üzerinde genetik inceleme veya analiz yapılması veya yapılmaması veya böyle bir inceleme veya analizin sonuçları nedeniyle ayrımcılığa uğrayamaz (GenDG § 4/I). Böylelikle hem AİHS'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağı hem de genetik yatkınlıkların prognoz³⁰ belirsizliği dikkate alınmıştır. Birey sağlık durumunun salt genetik altyapısına indirgenmesinden korunmuştur³¹. Gerçekten de tıp uzmanları genom analizlerinin önemini ne kadar belirsiz olduğunu vurgulamaktadır. Gelecekteki hastalıkların tahmin edilmesinde genellikle belirsizlik söz konusudur. Yaşam tarzı ve çevresel etkiler kişinin sağlığı üzerinde genellikle genetik yapının kendisi kadar önemlidir³².

Hukukumuzda Kişisel Verilerin Korunması Ka-

nunu kapsamında ayrımcılığın yasaklanmasına yönelik hüküm bulunmamaktadır. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda ise sağlık durumu temeline dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır (TİHEKK m. 3/II). Kişinin genetik verileri de sağlık verileri arasında sayılması sebebiyle genetik ayrımcılığın da yasak kapsamında olduğunu söylenebilir.

IV. Genom Analizinin Çalışma Yaşamına Etkisi

Bugüne kadarki bilimsel bilgi eksikliği göz önüne alındığında, genom analizleri günümüzde çalışma hayatında küçük bir rol oynamaktadır. Buna karşın özellikle kan testi gibi halihazırda kullanımda olan analitik yöntemlere kolaylıkla bağlanabildiklerinden, genom analizlerinin bilimsel ilerlemeler doğrultusunda yakın gelecekte çalışma hayatı uygulamasına dahil edilebileceği de göz ardı edilemez³³.

Alman Genetik Teşhis Kanunu kapsamında çalışan kavramı, yalnız iş sözleşmesi ile çalışanlar olarak sınırlandırılmamış, geniş tutulmuştur. Mesleki eğitim amacıyla istihdam edilenler, rehabilite edilenler, evde çalışanlar çalışan kapsamında sayılmıştır (GenDG § 3/XII). Ayrıca Kanun kamu sektörünün yanı sıra özel sektördeki çalışanlar için de geçerlidir³⁴. İş sözleşmesi kapsamında çalışan statüsünün kazanılması bir iş sözleşmesinin imzalanmasını gerektirse de Alman Genel Eşit Muamele Kanunu m. 6/I'e göre, iş başvurusunda bulunanlar da çalışan olarak kabul edilirler. Alman Genetik Teşhis Kanunu hükümleri bu grup için de uygulanır³⁵.

Çalışanları korumak için Alman Genetik Teşhis Kanunu'nun 19. maddesi işverenin genetik inceleme veya analiz talep etmesini, kabul etmesini

29 Genenger, 114.

30 Bir hastalığın seyri hakkında tahmini ve iyileşme şansı olup olmadığı anlamında kullanılan tıbbi bir terimdir. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Prognoz>, e.t., 29.11.2023.

31 Genenger, 114.

32 Menzel, 2042.

33 Diekgräf, 1855.

34 Martin Franzen. (2024). GenDG § 19 Genetische Untersuchungen und Analysen vor und nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. 24.Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Rn.2; Fisinger, 66.

35 Franzen, GenDG § 19, Rn.2.

veya kullanmasını ya da önceki muayenelerin sonuçlarını açıklamasını yasaklamaktadır. İşveren genetik verilere yönelik erişim talebini hangi biçimde veya hangi sebeple yaptığı önemli değildir. Bu sebeple işveren talebinin “zararsız” olduğunu ve genetik özellikleri nedeniyle faaliyetle ilişkili riskleri zamanında tespit edebilmek için yalnızca çalışanın yararına hareket etmek istediğini iddia edemez³⁶. Kanun’un 19 ve 20. maddelerindeki düzenlemelere göre, iş ilişkisinin kurulmasından önce, sonra ve koruyucu mesleki muayeneler kapsamında genetik inceleme veya analiz istenemez ve yapılamaz. Aynı şekilde genetik inceleme veya analiz sonuçlarının bildirilmesi istenemez, bu sonuçlar kabul edilemez ve kullanılamaz (GenDG § 19-20). Bu yasakların üç temel amacının olduğu söylenebilir. Öncelikle kişilik haklarının ve bilgi edinme (bilmeme) hakkının korunması amaçlanmaktadır. İkinci olarak, çalışanların gönüllü olarak genetik verilerini açıklayarak işgücü piyasasında avantaj elde etmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Üçüncü olarak, işverenin iş sağlığı ve güvenliği hukuku kapsamındaki yükümlülüklerini objektif olmayan teknik ve subjektif tedbirler kullanarak, özellikle genetik açıdan hastalığa yatkın kişileri çalıştırmayarak ve bu nedenle onlara ayrımcılık yaparak yerine getirmesi engellenmek istenmiştir³⁷. Kanun gerekçesinde de işverenin, başka amaçlarla yapılmış olan genetik testlerin sonuçlarını çalışanlardan talep edemeyeceği, kabul edemeyeceği veya örneğin bunları personel kararları için kullanamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca işverenin sonuçları kimden aldığına bakılmaksızın, en mahrem alana ait bu verinin ortaya çıkarılmasıyla çalışanın m. 19’da amaçlanan özlük haklarının korunması lehine bir durum söz konusudur. Madde düzenlemesindeki amaç, çalışanların genetik özelliklerinin bilinmesi halinde işgücü piyasasındaki fırsatlarının azalması tehlikesini ortadan kaldırmaktır³⁸.

Hukumumuzda Kişisel Verilerin Korunması Ka-

nunu, spesifik olarak çalışma hayatına ilişkin tanım ve düzenlemelere yer vermemiştir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 6’da istihdam ilişkisi ile ilgili iş süreçlerinde ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca İş Kanunu m. 5’te iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep “ve benzeri” sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı düzenlenmiştir. Madde kapsamında genetik ayrımcılığın yasaklanmasına yönelik açık hüküm yer almasa da “ve benzeri” sebepler arasına istihdam ilişkisinde kişinin genetik özellikleri sebebiyle ayrımcılığa uğrayamayacağını söylenebilir.

1. Genom Analizinin Çalışma Yaşamında Kişisel Verilerle İlişkisi

İşverenlerin işe alım öncesi sormuş olduğu sorular, başvuru sahibinin ilgili pozisyonu gelecekte doldurup dolduramayacağını belirlemeye yarar. İş başvurusunda bulunan kişi hakkında amaçlanan faaliyetle ilgili mümkün olduğunca fazla bilgi edinmek temel olarak işverenin meşru menfaatindedir³⁹. Günümüzde iş başvurusunda bulunanların veya halihazırda çalışmakta olanların sağlık açısından uygunluğuna ilişkin işveren tarafından önemli derecede bilgi talep edilmektedir. İşverenin iş başvurusunda bulunan kişinin veya çalışanın mevcut işe uygunluğunun belirlenmesinde meşru menfaatinin olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle işveren işe kabulü başvuru sahibinin tıbbi muayene yaptırmasına bağlı hale getirebilir. Bunun arka planında başta maliyetlerden kaçınmak yer almaktadır.

Genel sağlık muayeneleri işyerlerinde belirli etkilere maruz kalan veya kalacak olan çalışanları korumaya hizmet etmektedir. İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için mesleki tıbbi muayenelerin yapılması gerektiğine ilişkin düzenlemelerin temel amacı çalışanın mevcut hastalıklarını zamanında tespit etmek veya bu hastalıkların varlığını ortadan kaldırmaktır. Muayenelerle görülen iş kapsamında çalışanın bir hastalık riskine maruz kalıp kalmayacağı

36 Fischinger, 66; Franzen, GenDG § 19, Rn.5.

37 Genenger, 117.

38 Fischinger, 67.

39 Dieckgräf, 1855.

ve zarar görüp görmeyeceği tespit edilir. Özellikle tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde çalışan kesim için tıbbi muayene yapılması bir zorunluluktur. Kişi işe alındıktan sonra, doktorlar, hastaneler ve işverenler arasında çok sayıda veri aktarımı sağlayan bir sisteme dahil edilmektedir⁴⁰.

İş başvurularında başvuru sahibinin tıbbi muayenesi, işverenin soru sorma ve bilgi edinme hakkı çerçevesinde kabul edilebilir. İşe alınmadan önce genellikle başvuru sahipleri sağlık durumlarının işe uygunluğunun tespiti için bir doktor tarafından muayene edilir. Ancak doktordan alınan muayene raporu konusunda işverenin bilgilendirilmesi, işverenin bilgi edinme hakkının ötesine geçmemeli, işverenin bilgiye olan ilgisi çalışanın kişilik haklarına müdahale etmemelidir. İşverenin bilgi edinme hakkı yalnızca başvuru sahibinin ele alınacak iş ilişkisiyle ilgili hastalıkları olması durumunda kabul edilebilir. Amaçlanan faaliyete uygunluğu sürekli veya periyodik aralıklarla kısıtlayan hastalıklar, üçüncü kişileri tehlikeye atabilecek bulaşıcı hastalıklar ve yakın gelecekte çalışmamaya yol açacak durumlar hakkında soru sorulmasına izin verilebilir. Geçmiş ve kronik hastalıklarla ilgili sorulara ise sınırlı ölçüde izin verilmelidir⁴¹. İşverenlerin iş başvurusunda kişilerin sağlık bilgisine yönelik menfaatine yönelik sınırlamalar iş ilişkisinin devamı için de geçerlidir⁴².

Belirtmek gerekir ki bulaşıcı hastalıklar konusunda bile işverenin sağlık verilerine olan menfaati sınırsız değildir. Bu konuda verilebilecek en tipik örnek AIDS hastalığıdır. Burada esas olarak hastalığın akut aşamasında mı yoksa yalnızca enfeksiyon aşamasında mı olduğu konusunda bir ayırım yapılmalıdır. Akut bir hastalığın evresine ilişkin soru sorma hakkı genel olarak onaylanmakta ve iş ilişkisinde sosyal temaslarla enfeksiyon riskinin artması durumunda işverenin muayene talebi kabul edilmektedir. Ancak iş ilişkisinde enfeksiyon riski oluşturmayan bir faa-

liyette bulunulacaksa AIDS enfeksiyonuna ilişkin genel bir soru kabul edilemez⁴³.

Genetik analizler de geleneksel sağlık muayeneleri gibi çalışanlarda belirli meslek hastalıklarının önlenmesi veya erken dönemde tespit edilmesi olanağını sunmaktadır. Genom analizinin mesleki sağlık hizmetlerini iyileştirme fırsatı sunduğu kuşkusuzdur. Uygun bilgi aynı zamanda çalışanlara yaşam planlamalarında, bireysel sağlık bakımlarında ve kariyer planlamalarında destek olabilir ve böylece onları meslek hastalığı riskinden koruyabilir. Öte yandan bu tür araştırmaların, bir kişinin işe alınıp alınmaması veya işini kaybetmesi konusundaki karar sürecinde rol oynadığı da unutulmamalıdır⁴⁴. Genom analizinin sunduğu fırsatlar ve riskler, bir yandan günümüz hekimliğinin başarabileceklerinin çok ötesine geçmekte, diğer yandan da olumsuz etkiler yaratmaktadır. Alman Genetik Teşhis Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrası da iş ilişkisinde genom analizinin kabul edilemez olduğunu düzenlemiştir.

Günümüzde çalışanların sağlık muayeneleri için genetik muayeneye tabi tutulmasının gerekmediği kabul edilmektedir. Çalışanın işe uygunluğu mevcut sağlık durumunun tespiti ile doğrulanabilirken, genetik testler genellikle gelecekteki hastalıklar hakkında bilgi sağlar. Dolayısıyla işverenin genetik verileri talep etmesine izin verecek meşru ve hakkaniyete uygun bir menfaati bulunmamaktadır. Bu sebeple işverenin başvuru sahibinin genetik profiline ilişkin talebi genel olarak kabul edilemez olacaktır. Muayenelerinin konusu yalnızca kişinin mevcut sağlık durumunu belirlemek olabileceğinden, amaçlanan işyerine uygunlukla ilgisi olmayan hastalıklara ilişkin bilgilerin toplanması işverenin bilgi edinme hakkından hariç tutulmalıdır. Bir hastalığa olan genetik yatkınlık, hastalığın spesifik iş ilişkisi sırasında da ortaya çıkacağı anlamına gelmemektedir. Genetik yatkınlıkların hastalığa yol açıp açmadığına veya ne zaman yol açtığına ilişkin belirsizlik fak-

40 Diekgräf, 1855; Menzel, 2042.

41 Diekgräf, 1858; Menzel, 2041.

42 Genenger, 116.

43 Diekgräf, 1858.

44 Diekgräf, 1856-1857.

törü göz önüne alındığında, bunların hukuki anlamda uzak bir risk olması muhtemeldir ve bu durum, öngörülebilir gelecekte başvuru sahibinin veya çalışanın çalışma yeteneğinde herhangi bir bozulmaya yol açmaz. Bu sebeple genom analizi sıklıkla işyeriyle ilgili spesifik gerekliliklerin çok ötesine geçen bulgulara yol açar⁴⁵. Özellikle DNA analizi şeklindeki genom analizi, kişilik haklarına yoğun bir biçimde tecavüz ettiğinden işverenin bilgiye olan ilgisi ikinci planda kalmaktadır. Analiz sonuçları genellikle ilgili işyerine uygunlukla ilgisi olmayan bilgileri de ortaya çıkarır. Bu bakımdan, DNA ve kromozom analizlerinin işyeriyle ilgili sağlık muayenesinin çok ötesine geçtiğini belirtmek önemlidir⁴⁶. Bu sebeple genom analizinin gerçek anlamda bir hastalık testi olmadığı ve işyerindeki üçüncü kişilerin başvuru sahibinin genetik yatkınlığından etkilenmediği de unutulmamalıdır. Bir hastalığa karşı genetik yatkınlıkta (AIDS'te olduğu gibi) diğer çalışanlar için hayati risk oluşturabilecek bir enfeksiyon riski de yoktur⁴⁷. İşveren çalışanın işe devamlılığını genetik testlerin sunulmasına bağlı kıldığı sürece, çalışan çalışmaktan kaçınabilir veya iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir⁴⁸.

Ayrıca belirtilmelidir ki genom analizi mevcut iş güvenliği sisteminin bozulmasına yol açabilir. Çalışanın sağlığının zarar görmemesini sağlamak öncelikle işverenin sorumluluğundadır. İşveren öncelikle diğer iş güvenliği tedbirlerini kapsamında gerekli önlemlerin alınıp alınmadığını kontrol etmelidir. İş güvenliği öncelikle işyerindeki nesnel tehlikelere odaklanmalıdır. Tehlike iş güvenliği tedbirleriyle giderilebilecek nitelikteyse öncelikle buna başvurmak gerekir. Tanısal genetik testler iş sağlığı kontrollerinde ikincil bir araçtır ve testlere ancak alternatif olarak başvurulmalıdır⁴⁹.

Genom analizinin kişinin sağlık verilerine yoğun bir müdahale oluşturduğu kuşkusuz olsa da bazı sektörlerde işverenin işe alımı veya iş sözleşmesinin sürdürülmesini genetik teste bağlı tutması bir dereceye kadar engellenemeyecektir. Alman Genetik Teşhis Kanunu m. 19'da çalışanın rızası bile genetik test yasağını değiştirmedeği açık olarak düzenlense ve her ne kadar bu durum istisnai olsa da testin reddi halinde başvuru sahibi işe alınamama veya çalışan işini kaybetme riskini üstlenir⁵⁰. Belirli bir işyerinde veya belirli bir faaliyette çalışırken ortaya çıkabilecek ciddi hastalık veya sağlık bozukluklarına neden olan veya katkıda bulunan genetik özellikleri belirlemek için zorunlu olduğu ölçüde, önleyici iş sağlığı kontrollerinin bir parçası olarak gen analizleri yoluyla tanısal incelemelere izin verilmelidir. Diğer deyişle, bir analize yalnızca hastalığın iş ve genetik materyal kombinasyonu ile tetiklenebilmesi durumunda izin verilmelidir. Bu izin, çalışanlara yönelik bir riskin ancak olası genetik bilgiler temelinde ortadan kaldırılabileceği durumlarda geçerli olacaktır. Bu doğrultuda diğer çalışanların ve üçüncü kişilerin çıkarları ön planda olacak ve sınırlı genom analizi yapma zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Örneğin, özellikle riskli kişileri üçüncü şahısların yaşamını ve sağlığını tehdit altında sokacak işlerden uzak tutmak işverenin sorumluluğunda olduğundan, işverenin havayolu pilotlarından epileptik nöbetlere maruz kalıp kalmadığını öğrenmesi veya başka olası hastalıkların yaratacağı tehlikelerin önüne geçilmesi için protein kimyasal analizlerine ilişkin sorularına izin verilmesi veya ilgili kişiden analiz yaptırması beklenebilir. Çalışanın kendisinin taşıdığı riskten kendisinin korunması amacıyla da genetik analiz mümkün olmalıdır. Örneğin, toz patlaması (yanıcı toz ve hava karışımının neden olduğu patlama) riski olan bir işyerinde genom analizi gereklidir. Çünkü alfa-1-antitripsin gene-

45 Wolfgang Däubler. (1994). Erhebung von Arbeitnehmerdaten. CR. 105; Genenger, 117; Diekgräf, 1858; Menzel, 2041-2042; Franzen, GenDG § 19, Rn.5; Thüsing, Forst, § 7, Rn.28.

46 Diekgräf, 1859.

47 Diekgräf, 1858.

48 Franzen, GenDG § 19, Rn.6.

49 Martin Franzen. (2024). GenDG § 20 Genetische Unter-

suchungen und Analysen zum Arbeitsschutz. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. 24.Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Rn.6; Diekgräf, 1857; Melms, Felisiak, Rn.116.

50 Genenger, 117.

tik eksikliği olan çalışanların akciğer hastalığı riski önemli ölçüde daha yüksektir. Bu durumda da kişiye önceden kapsamlı bir açıklama yapıldıktan sonra kendisinden açık ve yazılı rıza alınmalıdır (GenDG m.20). Üçüncü kişilerin ve çalışanın kendisinin hayat ve sağlığının risk altında olabileceği alanlarda benzer istisnalar dikkate alınmaya değerdir⁵¹. Bu gibi istisnai durumlarda genom analizi, kişinin kendi kaderini tayin hakkını derin bir şekilde etkilediğinden buna ancak gerçek gönüllülüğün garanti edilmesi durumunda izin verilebilir. Bu durumda da kişi muayeneye katılıp katılmama özgürlüğüne sahiptir. Özellikle, rızaya yönelik fiili bir yükümlülük olmadan veya ilgili kişinin muayenenin sonuçları hakkında önceden tam olarak bilgilendirilmeden rıza verilmesi önlenmelidir. İlgili kişiye inceleme yapıldıktan sonra bile örneğin, konunun farkına varmasını ve işverenin bilgilendirilmesini engelleme fırsatı verecek çok aşamalı bir onay prosedürü getirilebilir. Verilen onayın açık bir biçimde yazılı olarak yapılması gereklidir⁵². Alman Genetik Teşhis Kanunu, iş sağlığı kontrollerinde teşhis amaçlı genetik incelemeleri zorunlu kılmaz. Buna karşın genetik analiz yasağına yönelik istisnai durumlara Kanunda yer verilmiştir. Buna göre, iş sırasında ortaya çıkan ciddi hastalıklardan veya ciddi sağlık bozukluklarından sorumlu genetik özellikleri belirlemek için gen ürün analizi yoluyla tanısal genetik incelemelere izin verilir (GenDG § 20/II). Genetik Teşhis Kanunu sitogenetik ve moleküler analize halihazırda izin vermemektedir. Buna karşın sitogenetik ve moleküler genetik analizlere belirli işyerlerinde belirli bir mesleki faaliyetle ortaya çıkabilen hastalıklar nedeniyle koruyucu iş sağlığı muayenelerinin bir parçası olması ve iş güvenliği önlemlerinin kapsamında yer alması koşuluyla ancak yasal bir düzenlemeyle izin verilebilir (GenDG § 20/III)⁵³. Alman Genetik Teşhis Kanunu m. 20/III kapsamında bir yasal düzenle-

me ile belirli koşullar altında iş sağlığı kontrolleri kapsamında tanısal genetik incelemelere izin verileceği düzenlense de bu yönde yasal bir düzenleme Almanya'da da henüz mevcut değildir⁵⁴.

Sorulması gereken bir soru da başvuru sahibi veya çalışanın önceden yaptırmış olduğu genom analizi sonucunda bir hastalığa yatkınlığı varsa ve bu hastalık riski sebebiyle ilgili kişi amaçlanan aktiviteyi neredeyse kesin olarak yerine getiremeyeceğini kesin olarak biliyorsa bu bilgiyi işverene açıklamasının gerekip gerekmediğidir. Genel olarak bulaşıcı bir hastalığın yayılmasının öngörülebilmesi veya üçüncü şahıslara yönelik bir sağlık riskinin beklenmesi durumunda, kişinin hastalığını işverene bildirmesi gereklidir. Bulaşıcı olmasa da bir hastalığa olan genetik yatkınlık, işin yerine getirilmesini imkânsız kılıyorsa kişinin test sonucunu işverene bildirmesi gerektiğine de her halde olumlu yanıt verilmesi gerekecektir⁵⁵.

Gen analizi yapılmış ve sonuçlar işverene iletilmişse, iş ilişkisi sona erdiğinde veya ilgili kişi öldüğünde, genom analizi verileri imha edilmelidir. Ayrıca işverenin genetik testleri usulüne aykırı olarak yaptırmış olması halinde, çalışan bunların imha edilmesini veya kendisine iade edilmesini talep edebilir⁵⁶.

İş başvurusunda bulunan kişinin veya çalışanın çalışılan ortamda maruz kalınacak belli maddelere veya koşullara karşı özel genetik duyarlılığının belirlenmesi amacıyla işveren tarafından genetik analiz yapılmasına yönelik talep kabul edilebilir görünmektedir. Ancak talebin DNA analizine gidilmeden kimyasal gen analiziyle sınırlı tutulması gerekir. Genlerdeki proteinin kimyasının araştırılması işverene bilgi için yeterli olasılıkları garanti eder. Bu sebeple suiistimalleri önlemek için teknik ve bilimsel olarak kanıtlanmış prosedürlere izin veren nihai yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır.

Belirtildiği üzere iş ilişkisinde tıbbi muayeneler

51 Franzen, GenDG § 19, Rn.5; Franzen, GenDG § 20, Rn.1, 3; Diekgräf, 1856, 1859; Melms, Felisiak, Rn.112, 114.

52 Diekgräf, 1860; Franzen, GenDG § 19, Rn.5.

53 Genenger, 117; Fischinger, 69; Franzen, GenDG § 20, Rn.3; Melms, Felisiak, Rn.114.

54 Franzen, GenDG § 20, Rn.2; Melms, Felisiak, Rn.115; Link, a.g.e., § 26, Rn.19.

55 Diekgräf, 1858.

56 Franzen, GenDG § 19, Rn.6.

zorunlu tutulabilir veya belirli koşullar altında muayenelere izin verilebilir. Genom analizindeki ilerlemeler ve özellikle de bireyin kişilik alanına ilişkin derin hassasiyet göz önüne alındığında, söz konusu muayenelerin genom analizini kapsamadığı varsayılabilir. Genom analizi, insan onuru ve kişinin kendi kaderini tayin hakkına tecavüz eder. Ayrıca başvuranın doğru bilgi verme yükümlülüğü veya çalışanın sadakat borcu genom analizine hoşgörü gösterme yükümlülüğü anlamına gelmez⁵⁷. Sadakat yükümlülüğü gereği ancak istisnai olarak, çalışanın sınırlı bir genom analizi yaptırma yükümlülüğü ortaya çıkacaktır. Söz konusu durum, yalnızca olası genetik bilgilere dayanarak diğer işçiler için bir tehlikenin dışlanabileceği durumlarda geçerli olacaktır. Bu bakımdan diğer çalışanların menfaatleri üstün tutulacak ve sınırlı genom analizi yapma zorunluluğu doğacaktır⁵⁸. Bu bağlamda; belirli maddelere karşı duyarlılığa neden olan genetik yatkınlıkların taranması mümkündür. Zararlı maddelerin insan vücuduna verdiği hasar, yalnızca bu maddelere dışarıdan ve içeriden maruz kalınmasına değil, aynı zamanda bireysel, genetik olarak belirlenmiş farklı metabolik süreçlere de bağlıdır. Ancak burada şunu da belirtmek gerekir ki, kirleticiler, hasar ve genetik yapı arasındaki bağlantıların henüz yeterince aydınlatılmadığı söylenebilir. Hastalık risklerini belirlemede belirli genetik özelliklerin öngörü değeri tamamen belirsiz olmasa da genellikle düşüktür⁵⁹. Kişinin gen yapısı ile toksik emisyonlar ve patolojik semptomlar arasındaki nedensel ilişkilerin değerlendirilmesindeki büyük belirsizlik göz önüne alındığında, hastalıkların maddelerin etkilerinden ziyade çalışanın genetik yatkınlıklarına bağlanması ve bunların meslek hastalığı olarak kabul edilmemesi yönünde bir risk de bulunmaktadır⁶⁰. Ayrıca genom analizi, bir çalışanın iş kazasına uğradığında yapılan işle ilgili yaralanmasının kesin nedeninin açıklığa kavuşturulmasına yardımcı olabilir. Böyle bir analiz, bir yandan uygun tedavinin belirlenmesinde, diğer yandan meslek hastalıklarının riskleri hakkındaki bilgilerin genişletilmesinde ve önleme seçeneklerinin geliştirilmesinde önemli bir araç

olabilir. Ancak burada da önemli belirsizlikler vardır. Kişinin bir hastalığa genetik yatkınlığı olsa bile genellikle hastalığa katkıda bulunan çeşitli dışsal başka nedenler de vardır⁶¹.

2. Genom Analizinin Çalışma Yaşamında Ayrımcılık Yasağıyla İlişkisi

Günümüzde genom analizlerinin işverenler tarafından çalışan seçimi aracı olarak kötüye kullanılması riski mevcuttur. Genetik test, bir çalışanın belirli maddelere karşı duyarlı olduğunu ortaya çıkarırsa, işveren şüphe durumunda onu işyerinde başka bir birime gönderebilir veya işten çıkarabilir. Ayrıca işverenin çalışma yeteneğindeki olası herhangi bir bozulmayı genetik analiz sonucuna gerekçe olarak kullanma riski de bulunmaktadır⁶². İşverenin genetik verilere erişimi ve bu verileri iş ilişkisinde kullanımı kişilerin işe alınmaması, damgalanması, terfi etmemesi veya işten çıkarılması gibi doğrudan ve "somut" bir dezavantajla ayrılmaz biçimde bağlantılıdır⁶³.

Alman Genetik Teşhis Kanunu'na göre, çalışanın işverenin talebini kabul etmesi, hatta kendi inisiyatifıyla genetik özellikleri hakkında işverene bilgi vermek istemesi halinde bile verilen rızanın bir önemi yoktur (GenDG § 19)⁶⁴. Kanun, çalışma hayatında genetik özelliklerine bağlı olarak çalışanın istihdam şansının tehlikeye girmesi riskini dışlamak için rıza olasılığını reddetmiştir. Bu durum bir çalışanın isteğiyle genetik özelliklerini açıklayarak diğer çalışanlara göre rekabet avantajı elde edemeyeceği sonucunu da doğurmaktadır. Çünkü genetik verilerin açıklanması çalışanın son derece sağlıklı ve dolayısıyla işveren açısından "çekici" göstermekte, söz konusu durum diğer çalışanlar üzerinde baskı yaratmaktadır. Kanun'a göre, işveren iş ilişkisi kurarken, kariyer ilerlemesinde, talimat verirken veya iş ilişkisini

57 Diekgräf, 1858.

58 Deutsch, 660.

59 Diekgräf, 1856.

60 Menzel, 2042.

61 Diekgräf, 1856.

62 Menzel, 2042.

63 Frank Bayreuther. (2010). Einstellungsuntersuchungen, Fragerecht und geplantes Beschäftigtendatenschutzgesetz. NZA. 681.

64 Franzen, GenDG § 19, Rn.4.

sona erdirirken, çalışanlara kendilerinin veya genetik olarak ilişkili bir kişinin genetik özelliklerinden dolayı ayrımcılık yaparak bu kişileri dezavantajlı hale getiremez. Bu durum, çalışanların kendilerine genetik inceleme veya analiz yapılmasını reddetmesi veya daha önce yapılmış olan genetik inceleme veya analizlerin sonuçlarını açıklamayı reddetmesi halinde de geçerlidir (GenDG § 21/I)⁶⁵. Maddenin ikinci fıkrasında işverenin genetik ayrımcılık yapması durumunda Alman Genel Eşit Muamele Kanunu hükümlerine (AGG § 15 ve 22) göre meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir (GenDG § 21/II).

İşverenin çalışanın genetik özelliklerine ilişkin bilgiyi başlangıçta çalışanın rızasıyla elde edip etmediğine bakılmaksızın geçerli olan söz konusu düzenleme, yalnızca çalışanın kendi genetik özelliklerinden kaynaklanan ayrımcılığı değil, aynı zamanda onunla genetik olarak akraba olan bir kişinin genetik özelliklerinden kaynaklanan ayrımcılığı da kapsamaktadır. Ayrımcılık yasağı kapsamında belirleyici olan şey taraflar arasındaki hukuki ilişki değil biyolojik soydur. Ebeveynlerin genetik verilerinden çalışanın hakkında sonuçlar çıkarılabilir⁶⁶. İşveren genetik test yasağını aşmayı amaçlıyor ve kişiye bir aile üyesinin hastalıklarıyla ilgili sorular soruyorsa çalışanın kendi kaderini tayin hakkı ihlal edilmektedir. Bu sebeple kişinin yakınlarının sağlık durumuna ilişkin sorular da kabul edilemez⁶⁷. Aile üyelerinin belirli hastalıklara sahip olması gerçeğinden, en iyi ihtimalle amatörce ve nihayetinde şüpheli sonuçlar çıkarılabilir. Böylece ilgili soruların cevabının nihayetinde güvenilir bir değeri yoktur⁶⁸. Almanya'da Darmstadt İdare Mahkemesi önüne gelen davada, davacı memuriyet sınavlarını geçtikten sonra bir okula öğretmen olmak için başvuruda bulunmuş ve kendisinden istihdam

koşullarının karşılanması için sağlık raporu istenmiştir. Resmi sağlık raporunda, davacının ailesinde kalıtsal bir hastalık öyküsünün bulunduğu ve bu nedenle davacının gelecek on yıl içinde bu hastalığa yakalanma olasılığının bulunduğu, fakat sağlık durumunun amaçlanan pozisyon için uygun olduğu belirtilmiştir. Başvuru, davacının gelecekte uzun süreli veya kalıcı iş göremezlik dönemleri göz ardı edilemeyeceğinden, devlet memuru yapılmasına ilişkin tıbbi kaygılar bulunması sebebiyle reddedilmiştir. Mahkemeye göre işe alma makâmı, bir kamu hizmeti pozisyonu oluşturmadan önce resmi bir tıbbi sağlık raporunun ibrazını talep etme hakkına sahiptir. Buna karşın bir devlet memurluğu için başvuruda bulunan kişinin, hastalığa neden olma olasılığı yüksek olan bir genin taşıyıcısı olma ihtimali tam olarak %50 ise bu durum tek başına onun sağlık açısından uygun olmadığı sonucuna varmak için kullanılamaz⁶⁹.

Bu bağlamda genom analizinin ayrımcılık açısından doğurduğu sakıncalara değinilecek olursa işverenler işe alımlarda genom analizlerini bir seçim kriteri olarak kullanabilir. İşverenin, amaçlanan faaliyetin taleplerini karşılayabilecek fiziksel kapasiteye sahip çalışanları işe alma konusundaki menfaati, çalışanın iş bulma arzusuyla çelişmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi genetik bir yatkınlık belirlenmiş olsa bile, etkilenen kişinin gerçekten hastalanıp hastalanmayacağı ve ne zaman hastalanacağını genellikle belirsiz olduğunu burada belirtmek özellikle önemlidir. Bu uzak risk nedeniyle ayrımcılığa uğramaları ve işgücü piyasasındaki fırsatlarının büyük ölçüde azalması, etkilenen çalışan grupları için ölümcül olacaktır. Genetik veriler değiştirilemez olduğundan, bunların bilgisi bir kişiyi kesin olarak sınıflandırmak veya etiketlemek için uygundur⁷⁰.

Genom analizinin bilgi edinmeye hakkına olan etkileri de dikkate alınmalıdır. Bu verilerin özellikle etik ve ahlaki etkisi göz önüne alındı-

65 Franzen, GenDG § 19, Rn.6.

66 Martin Franzen. (2024). GenDG § 21 Arbeitsrechtliches Benachteiligungsverbot. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. 24.Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Rn.4.

67 Bayreuther, 681-682.

68 Linck, a.g.e., § 26, Rn.31.

69 VG Darmstadt, Beschluß vom 03.12.2004 - 1 Q 71/04, NVwZ-RR 2006, 566.

70 Diekgräf, 1857; Thüsing, Forst, § 7, Rn.26.

ğında, bireye bu tür genetik özellikleri kendisinin bilmeme hakkının tanınması kesinlikle dikkate değerdir. Bu bakımdan bu tür genetik özelliklere ilişkin bilgilerin, bireyin kişiliğinin dar alanını ilgilendirdiği unutulmamalıdır⁷¹.

Ayrıca bireyin kendi kaderini tayin etme konusundaki menfaati işverenin talep ettiği tıbbi uygulamalarla çatışabilir. Bu tür muayenelere yalnızca çalışanın gönüllü rızası ile izin verilir. Kişinin rızayı vermeyi reddetmesi durumunda kendisi ayrımcılık yasağına tabidir⁷².

Genom analizi bir yönüyle kişiden HIV analizine benzetilebilir. Her iki analiz de kişinin sağlığına yönelik uzak bir geleceğinin kapısını aralamaktadır⁷³. Gen analizi uzun yıllar ortaya çıkmayacak kalıtsal hastalıkları ortaya çıkarabilir. Kişilerin şimdiki hayatlarını etkileme riski bulunan kaçınılmaz, hayatını tehdit eden ve tedavi edilemeyen hastalık risklerine ilişkin bilgileri yüklenmeme istekleri bile tamamen anlaşılabilir bir durumdur. Kişinin geleceğine bakmak isteyip istemediğine kendisinin karar karar vermesi, kişisel hakların özü olan özel yaşamın ihlal edilemez çekirdek alanını oluşturur⁷⁴. Başvuruda bulunan kişi ya da çalışan tamamen şeffaf bir meta değildir. Bu sebeple bireyin mahremiyeti (buna genetik analiz de dahildir) korunmalıdır. İşverenin "kişinin tamamını incelemek" konusundaki nispeten küçük bilgi kazanımı nedeniyle, mahremiyet alanına tecavüz edilemez⁷⁵.

Semptom öncesi bir teşhis, çalışanın genel hastalık riskinin ekonomik sonuçlarının yükünü tek başına üstlenmesine yol açabilir. İşveren normal şartlarda çalışanın gelecekte hastalanmasının ekonomik riskini üstlenmektedir. Genom analizi durumunda işveren, erken aşamada tespit edilen bu riski, ilgili kişinin ilk etapta işe alınmasını veya işe devamını önleyecek şekilde dikkate alabilir. Buna karşın genetik analiz yasağına kar-

şın işveren, genel olarak iş ilişkisinin kurulmasını, çalışanın tıbbi muayeneden başarılı bir şekilde geçmesini, eğer bu muayenede meşru bir menfaati varsa talep edebilir. İstisnai durumlarda meşru görülecek böyle bir talep ayrımcılık oluşturmaz.

Alman Genetik Teşhis Kanunu'na göre, genetik test/analiz yapılmasını talep etmek veya önceki sonuçları bildirmek veya bu sonuçları kabul etmek idari suçtur. Söz konusu ihlallere dayalı olarak idari para veya hapis cezası verilir (GenDG § 25-26)⁷⁶.

3. Hukuki İhtiyaçlar

Almanya'da literatürde Genetik Teşhis Kanunu'nun iyi niyetli olmasına rağmen özensiz düzenlemeler getirdiği, yasama organı tarafından Kanunda iyileştirme yapılması gerektiği, Alman Federal İş Mahkemesi tarafından Kanunun açıklığa kavuşturulması gerektiği gibi eleştiriler olsa da⁷⁷ genetik mühendisliği araştırmalarının muazzam potansiyeli göz önüne alındığında, eylem ve yönelim için bir çerçeve formüle etme konusunda mevzuat düzenlemesi girişiminde bulunulması Almanya için olumlu bir gelişmedir. Alman Genetik Teşhis Yasası'nın yürürlüğe girmesinden uzun yıllar öncesinde bile iş hukukunda genom analizine daha fazla kısıtlama getirilmesini savunan yasa tekliflerinin parlamentoda tartışılması ve Alman Sendikalar Federasyonu'nun kamuya açık bir tavır alarak genom analizinin kapsamlı bir şekilde yasaklanması çağrısında bulunması da dikkate değerdir⁷⁸.

Genom analizi süreçlerinin araştırma ve endüstride kullanılması konusunda, ülkemizde halihazırda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda yasal düzenlemeler mevcuttur. Buna karşın söz konusu düzenlemeler genel nitelik taşımakta ve özellikle çalışanlara yönelik genom analizine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Gösterilen fırsatlar göz önüne alındığında, iş

71 Diekgräf, 1857.

72 Franzen, GenDG § 21, Rn.5; Melms, Felisiak, Rn.115.

73 Menzel, 2042.

74 Menzel, 2042; Thüsing, Forst, § 7, Rn.26-27; Bayreuther, 681.

75 Däubler, a.g.e., s.105.

76 Almanya'da işveren yasağı ihlal etmesi durumunda 50.000 Euro'ya kadar para cezası ile cezalandırılır (GenDG § 26/I).

77 Fischinger, 70.

78 Diekgräf, 1855-1856.

sağlığı hizmetlerinde genetik analizler temel olarak memnuniyetle karşılanacaktır. Ancak istismarın gözle görülür tehlikeleri, iş güvenliği ve sosyal güvenlik sisteminde istenmeyen gelişmelerin yaşanması ve çalışanların özlük haklarına yönelik ciddi çatışmalar genom analizi ile ilgili açık yasal düzenlemeleri gerektirmektedir⁷⁹. Almanya'da genom analizinin gelişiminin mevcut durumu ve hukuki tartışmalar göz önüne alındığında, ülkemizde de bazı yasal düzenlemelerin yapılması gereklidir. Genom analizi yapılmasına yönelik olarak getirilecek spesifik düzenlemelerle çalışanın kişilik haklarını ihlal eden tüm test prosedürleri hariç tutularak işverenin soru sorma ve bilgi edinme hakkı sınırlandırılmalıdır. Dolayısıyla genetik testlere istisnai olarak yalnızca kanunda açıkça izin verilmesi halinde başvurulmalıdır. Ayrıca kişilerin genetik analiz verilerinin ihlal edilmesi, ağır cezai yaptırımlara bağlanmalıdır⁸⁰.

Her ne kadar işverenin iş muayenesi sırasında başvuranın genetik analizine ilişkin talebinin kabul edilemez olduğu söylene de açıkça standartlaştırılmış bir yasağın ortaya konulmasında fayda vardır. Şunu da belirtmek gerekir ki, eğer işveren genetik analiz konusunda ısrar ederse iş başvurusunda bulunan kişinin bu talebi reddetmesi fiilen işsiz kalmayla sonuçlanacaktır. Açık bir yasal düzenleme en azından yasağın fiili olarak gevşetilmesine sınırlama getirebilir. Genom analizinin kötüye kullanım potansiyeli göz önüne alındığında, sorgulama ve soruşturma sınırlarının ihlalini yaptırıma bağlayan cezai düzenlemelerin getirilmesine ayrıca önem verilmelidir. Yalnızca bilimsel olarak kanıtlanmış testlerin kullanılması ve suiistimallerin önlenmesi için bireysel test prosedürlerinin kanun tarafından açıkça onaylanması gerekir⁸¹. Yasama organınca kanuni düzenleme yoluna gidilmelidir. Aşağıdaki hususlar kanun koyucuya yol gösterebilir:

- Önleyici incelemeler konusunda, farklı ge-

nom analizi türleri arasında bir ayırım yapılmamıştır. Kromozom ve protein kimyasal analizleri, çalışanların ve üçüncü şahısların korunmasına yönelik tedbir amacıyla genellikle yeterli olduğundan ve yukarıda belirttiğimiz gibi DNA analizi konusunda temel endişeler bulunduğundan, DNA analizinin iş ilişkisinde yasaklanması gereklidir⁸².

- Somutluk gerekliliği: Genom analizine, yalnızca iş ilişkisinin gerektirdiği belirli hastalıklar veya eğilimlerle ilgili olması durumunda çalışanın rızası ile izin verilebilir. Her halükârda, belirli bir iş ilişkisi için gerekenden daha kapsamlı bir soruşturma yapılması kabul edilemez. Bir işte çalışmanın ciddi bir hastalığın ortaya çıkmasına yol açma ihtimalinin yüksek olması durumunda yalnızca yapılan işle ortaya çıkması muhtemel olan hastalığa genetik yatkınlığın incelenebileceği kanun düzenlemesinde yer almalıdır⁸³.

- Genetik veriler sağlık verileri arasında yer alsada genetik testler kişinin genel sağlık muayenelerine göre çok daha fazla korunmaya değer bilgileri sunmaktadır. Kişinin mahremiyet alanına yoğun bir müdahale oluşturan genetik verilere yönelik bilgi tüm iş sürecinde ayrımcılığa yol açacağından işverenin iş başvurusunda, iş ilişkisinin devamı ve sona ermesinde genetik verilere dayalı ayrımcılık yapamayacağı mevzuatta açık bir biçimde düzenlenmelidir.

-Özel gizlilik yükümlülüğü: Doktorlar ve sosyal güvenlik sistemi özel gizliliği korumakla yükümlüdür. İşlerinin bir parçası olması sebebiyle genom analizinin sonuçlarını yalnızca doktorların bilmesine izin verilmektedir. Gizlilik gereklilikleri nedeniyle tıbbi verilerin sağlanacağı alanlar da dahil olmak üzere diğer her türlü açıklamaya yalnızca hastanın özel izniyle izin verilebilir. Eğer işveren analiz sonuçları konusunda bilgilendirilmişse analiz sonuçlarının işyeri dışına sızmasına izin verilmemelidir. Çalışanın geleceğini ilgilendirdiğinden genom analizinin sonuçlarına erişim konusunda özel bir gizlilik

79 Diekgräf, 1859.

80 Deutsch, 660.

81 Diekgräf, 1859.

82 Diekgräf, 1860.

83 Deutsch, 660.

yükümlülüğü getirilmelidir⁸⁴.

-Analiz sonuçlarını kanunen silme zorunluluğu getirilmelidir. Ayrıca silme yükümlülüğü iş ilişkisi sona erdiğinde kendiliğinden ortaya çıkmalıdır. İşverenin işçinin kişiliğine gelecekte derinlemesine nüfuz eden bu tür verileri saklamakta hiçbir meşru menfaati yoktur⁸⁵.

-Sosyal sigorta kuruluşlarının, çalışanın çalıştığı işte maruz kaldığı hastalığa etki eden maddelere genetik yatkınlığı durumunda tamamen sorumsuz tutulmasının engellenmesi de önemlidir⁸⁶.

V. Sonuç

Her yeni teknoloji gibi genom analizi de hem fırsatları hem de riskleri beraberinde getirir. Bu özellikle tıp alanında geçerlidir. Tıbbi, etik ve analiz seçeneklerinin yeni kalitesi göz önüne alındığında, geniş bir hukuki politika tartışması ve yasama organının ulusal ve uluslar üstü düzeyde hızlı eyleme geçmesi gerekmektedir⁸⁷.

Alman Genetik Teşhis Yasası, insanlarda genetik teşhisin bağlayıcı düzenlemesine ilişkin ülkede uzun süredir devam eden tartışmayı sona erdirmeye yönelik ilk adımı temsil etmektedir. Söz konusu yasa belirli konularda eleştirilere maruz kalsa da genetik teşhis bağlamında bireyi koruma ve genetik test gerekliliklerini netleştirme adına gelecekte geliştirilmeye ve iyileştirmeye açık, memnuniyetle karşılanan bir temel sunmuştur⁸⁸.

Bireyin kişisel verilerinin gizliliğinin korunması ve kamu otoritelerine olan güveninin sürdürülmesi adına gen analizlerine erişim konusunda mümkün olan en geniş kapsamda sınırlamaların getirilmesi gereklidir. Halihazırda sağlık muayenelerine ilişkin mevcut düzenlemelerin genom analizine benzer bir şekilde uygulanması daha baştan hariç tutulmalıdır. Genetik veri koruma

düzenlemelerinin sağladığı korumanın açık bir biçimde somutlaştırılması önem arz etmektedir. Bu korumanın yasama organı tarafından daha da güçlendirilmesi gereklidir. İş ilişkisinde temel sorunlar ve menfaat dengesi göz önüne alındığında, yasal olarak standartlaştırılmış bir müdahale için yasama organının eyleme geçmesi gereklidir.

KAYNAKÇA

- Bayreuther, Frank. (2010). Einstellungsuntersuchungen, Fragerecht und geplantes Beschäftigtendatenschutzgesetz. NZA. 679-683.
- Däubler, Wolfgang. (1994). Erhebung von Arbeitnehmerdaten. CR. 101-110.
- Deutsch, Erwin. (1989). Die Genomanalyse im Arbeits und Sozialrecht - Ein Beitrag zum genetischen Datenschutz. NZA. 657-661.
- Diekgräf, Robert. (1991). Genomanalyse im Arbeitsrecht. BB. 1854-1860.
- Fischinger, Philipp S. (2010). Die arbeitsrechtlichen Regelungen des Gendiagnostikgesetzes. NZA. 65-70.
- Franzen, Martin. (2024). GenDG § 19 Genetische Untersuchungen und Analysen vor und nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. 24.Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Rn.1-8.
- Franzen, Martin. (2024). GenDG § 20 Genetische Untersuchungen und Analysen zum Arbeitsschutz. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. 24.Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Rn.1-7.
- Franzen, Martin. (2024). GenDG § 21 Arbeitsrechtliches Benachteiligungsverbot. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht. 24.Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Rn.1-7.
- Genenger, Angie. (2010). Das neue Gendiagnostikgesetz. NJW.113-117.
- Linck, Rüdiger. (2023). § 26. Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers. Arbeitsrechts-Handbuch Systematische Dars-

84 Deutsch, 660.

85 Deutsch, 660.

86 Diekgräf, 1859.

87 Diekgräf, 1860.

88 Genenger, 117.

tellung und Nachschlagewerk für die Praxis. 20. Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Rn.1-50.

- Melms, Christopher, Felisiak, Michaela. (2021). § 9 Anbahnung des Arbeitsverhältnisses. Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht. 5. Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Rn.1-139.
- Menzel, Hans-Joachim. (1989). Genomanalyse im Arbeitsverhältnis und Datenschutz. NJW. 2041-2043.
- Thüsing, Gregor, Forst, Gerrit. (2021). § 7. Informationserhebung bei der Einstellung und beim beruflichen Aufstieg. Beschäftigtendatenschutz und Compliance, 3. Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Rn.1-36.

Dr. Öğr. Üyesi Hasan Ali KAPLAN*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2024/I Sayı 51: 110-120
Makale Gönderim Tarihi: 4 Nisan 2024
Makale Kabul Tarihi: 15 Nisan 2024

Hastalık Nedeniyle İşten Çıkarılan ve İyileşen Gazetecilerin Yeniden İşe Alınması Yükümlülüğü**

Öz

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 12. maddesinde hastalıkları nedeniyle vazifesini göremeyecek hale gelen ve iş sözleşmeleri işveren tarafından sona erdirilen gazetecilere yeniden işyerlerine dönmeleri bakımından bir güvence sağlanmıştır. Anılan düzenlemeye göre, hastalanan gazetecinin bu hastalığının 6 ay sürmesi ve işgörme edimini bu nedenle yerine getirememesinden ötürü iş sözleşmesi işveren tarafından tazminat ödenmek suretiyle feshedilebilir. Bu şekilde iş sözleşmesi feshedilen

gazetecinin 1 yıl içerisinde iyileşmesi durumunda, işveren tarafından tekrar eski işine tercihan alınması gerekmektedir. Kanunda açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte, gazetecinin işveren tarafından yeniden işe alınabilmesi için başvuruda bulunması gerekecektir.

Bu çalışmada Basın İş Kanunu m. 12'de yer alan yeniden iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünün koşulları ve sonuçları öğretideki görüşler de dikkate alınarak açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Gazeteci, hastalık, iş sözleşmesinin feshi, yeniden işe alınma, Basın İş Kanunu.

The Obligation to Rehire a Journalist Who is Terminated from Their Job due to Illness After They Recover

Abstract

Article 12 of Law No. 5953 on the Press Labor stipulates a guarantee for journalists who become unable to perform their duties due to illness and whose employment contracts are terminated by the employer to return to their workplaces. According to this regulation, if a journalist is ill for a period of 6 months and is unable to perform their job duties as a result,

the employment contract can be terminated by the employer by paying compensation. If such a journalist recovers within 1 year after the termination of the employment contract, the employer is required to rehire them in their former position. Although not explicitly stated in the law, the journalist will need to apply to the employer to be rehired.

* Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, kaplanha@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5685-4986.

**Yazarın lisansüstü tezinden güncellenerek yayıma hazırlanmıştır.

This study will attempt to explain the conditions and consequences of the obligation to enter into a new employment

contract as stipulated in Article 12 of the Press Labor Law, taking into account the opinions in the literature.

Keywords:

Journalist, illness, termination of employment contract, reemployment, Press Labor Law.

1. Giriş

Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun¹ (Basın İşK) m. 12’de, hastalıkları nedeniyle iş sözleşmeleri işveren tarafından sona erdirilen gazetecilere iyileşmeleri durumunda yeniden işyerlerine dönmeleri bakımından bir güvence sağlanmıştır.

Anılan hüküm şöyledir: “Gazetecinin uğradığı hastalık sebebiyle iş akdi işveren tarafından feshedilemez. Ancak, bu hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde tazminat verilmek suretiyle akdin feshi cihetine gidilebilir.

Bu maddenin birinci fıkrasında yazılı haller dolayısıyla vazife göremeyecek duruma düşüp de işveren tarafından işinden çıkarılan gazeteci, azami bir yıl içinde iyileştiği takdirde tekrar eski işine tercihan alınır.”

Görüldüğü üzere hükmün ilk fıkrasında hastalık sebebiyle gazetecinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilemeyeceği kural olarak kabul edilmiş ancak hastalığın altı aydan fazla sürmesi durumunda işverenin iş sözleşmesini tazminat ödemek koşuluyla feshedebileceği belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise ilk fıkrada belirtilen hastalıktan ötürü “vazife göremeyecek” duruma düşen ve iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen gazetecinin en çok bir yıl içinde iyileşmesi halinde eski işine öncelikle alınacağı belirtilmektedir.

Basın İşK m. 12 dikkate alındığında, işverenin gazeteciyi yeniden işe alma yükümlülüğünün

doğabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır. İlk olarak; gazeteci, vazifesini yapmasını, başka bir deyişle işgörmesini yerine getirmesini engelleyen bir hastalığa tutulmalıdır. Ayrıca, bu hastalık en az 6 ay sürmelidir. İkinci olarak; gazetecinin iş sözleşmesi en az 6 ay süren ve vazifesini yapmasını engelleyen hastalığı nedeniyle işveren tarafından feshedilmelidir. Üçüncü olarak; gazeteci iş sözleşmesinin feshinden itibaren en çok 1 yıl içerisinde iyileşmelidir. İyileşmenin 1 yıllık süreyi aşması durumunda yeniden işe alma yükümlülüğünden söz edilemeyecektir. Dördüncü ve son olarak da; iyileşen gazetecinin yeniden işe alınması amacıyla işverene başvuruda bulunması gerekecektir. Zira, gazetecinin başvuruda bulunmaması halinde işverenin işe alma yükümlülüğünden söz edilemeyecektir. Aşağıda bu koşullar incelenecek olup, işverenin gazeteciyi işe başlatması veya başlatmamasının sonuçlarına da değinilecektir.

2. Gazetecinin Yeniden İşe Alınması Yükümlülüğünün Koşulları

a. Gazetecinin Hastalanması ve Hastalığın En Az Altı Ay Sürmesi

Basın İşK m. 12’ye göre, gazetecinin uğradığı hastalık nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için bu hastalık en az altı ay sürmelidir. Gazetecinin hastalık nedeniyle devamsızlığı altı ayı aşmadan yapılan fesih, haklı veya geçerli

1 RG, 20.6.1952, 8140.

nedene dayanmadan yapılan feshin niteliğindedir. Bu durumda, kıdem tazminatı yanında ihbar tazminatının da ödenmesi gerekeceği ve işe iade davası açılabileceği belirtilmektedir².

Nitekim Yargıtay'ın bir kararında da³, üç ay süresince aralıksız rahatsızlığı nedeniyle raporlu olan ve raporun bitiminde izne çıkan, izin dönüşü çalışmaya başladıktan sonra Basın İşK m. 12 gerekçe gösterilerek, iş sözleşmesi feshedilen gazetecinin istirahat raporunun altı aydan az olmasından ötürü, iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır.

Gazetecinin hastalığının işinden veya işyerinden kaynaklanan bir hastalık olması zorunlu değildir; hatta gazetecinin kendi kusuru, ağır ihmali veya kasdından kaynaklanan hastalık hallerinde de, Basın İşK m. 12'de yer alan güvence uygulanacaktır⁴.

Gazetecinin hastalığının vazife göremeyecek dereceye ulaşması durumunda bile, altı aylık süre içerisinde iş sözleşmesi işverence feshedilemeyecektir⁵. Bu altı aylık süre içerisinde iş sözleşmesi askıda kalacaktır⁶. Başka bir deyişle, gazetecinin işgörme edimini yerine getirmesini engelleyecek şekilde bir hastalığa yakalanması ve bunun en az 6 ay süreyle devam etmesi gerekmektedir⁷.

Altı aylık sürenin geçmesinden sonra, işverenin gazetecinin iş sözleşmesini feshedebilmesi

için, gazetecinin tutulduğu hastalığın görevini yapmasını engelleyecek nitelikte bir hastalık olması gerekmektedir. İşveren, görevini yapmasına engel oluşturan bir hastalığı bulunmayan gazetecinin iş sözleşmesini bu hastalık altı aydan fazla sürse de feshedemeyecektir⁸. Zira, Basın İşK m. 12/II'de, altı aydan fazla süren hastalığı nedeniyle "vazife göremeyecek duruma" düşen gazeteciden söz edilmektedir.

b. İş Sözleşmesinin Gazetecinin Hastalığından Ötürü İşverence Feshedilmesi

Altı aydan fazla süren ve gazeteciye vazifesini yapamayacak duruma getiren bir hastalığa tutulan gazetecinin iş sözleşmesi, Basın İşK m. 12 uyarınca işverence feshedilebilecektir. Basın İşK m. 12/I'e göre; böyle bir durumda işveren, ancak tazminatını ödeyerek gazetecinin iş sözleşmesini sona erdirebilecektir.

Sözü edilen tazminat ihbar tazminatı değil, kıdem tazminatı olarak anlaşılmalıdır⁹. Ancak öğretilde, iş sözleşmesi hastalığı nedeniyle feshedilen gazetecinin talep edeceği tazminatın kıdem tazminatı olup olmadığının belirsiz olduğunu

2 Akar, Esin, İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2007, s. 98.

3 Yargıtay 9. HD, 8.4.2008, 2007/27731 E., 2008/7815 K., www.corpus.com.tr.

4 Ekonomi, Münir, Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu ve Hükümleri, İstanbul, 1969, s. 75; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2012, s. 208, dn. 128; Akar, s. 98.

5 Sümer, N. Binnur, İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1992, s. 90-91.

6 Makas, Recep, İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2023, s. 61.

7 Türe, Gökhan, İş Sözleşmesinin Kurulması (İşçinin İşe Alınması), Ankara, 2021, s. 117; Sümer, Haluk Hadi, Bireysel Basın İş Hukuku, Ankara, 2020, s. 200; Gökçek Karaca, Nuray, Basın İş Hukuku (Medya Çalışma İlişkileri), Ankara, 2020, s. 177.

8 Ekonomi, s. 75; Şakar, Müjdat, Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Çalışma ve Toplum, S. 57, 2018, s. 17; Makas, s. 61; Akar, s. 99; Umar, Afşin Burak, Türk İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sonraya Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 55.

9 Şakar, Müjdat, Gazetecilik Sözleşmesinin Sona Ermesi, İhbar ve Kıdem Tazminatı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, Legal, 2006, s. 110; Şakar, Basın İş Sözleşmesi, s. 17; Şahlanan, Fevzi, İş Guvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, Legal, 2006, s. 137; Çil, Şahin, Gazetecinin İş Guvencesi Uygulaması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, Legal, 2006, s. 164; Akar, s. 98; Karahisar, Tuba, Basın İş Kanunu'na Göre Gazetecilerin Yasal Hakları, Marmara Üniversitesi İletişim Dergisi, C. 13, S. 13, 2008, s. 75. Ayrıca bkz. Akyiğit, Ercan, Basın İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 3-4-5, Ağustos-Kasım 2012/Şubat 2013, s. 9 vd.; Birinci Gemici, Nur/Gemici, Cihat, 5953 Sayılı Basın İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı Düzenlemesi, İş ve Hayat, C. 3, S. 5, 2017, 283; Makas, s. 61.

belirten görüşler de bulunmaktadır¹⁰. Oğuzman, anılan tazminatın nasıl hesaplanacağına Kanunda öngörülmediğini, toplu iş sözleşmelerinde bu tazminatın kıdem tazminatı olarak kabul edildiğini belirtmektedir¹¹.

Basın İşK m. 12/II'de öngörülen fesih, derhal fesihtir¹². Anılan durumun haklı neden değil geçerli neden olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır¹³. Bu durumun fesih için geçerli neden oluşturacağı sonucuna varılması, yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından uygulanabilir bir fesih şekli olduğunu da kabul etmek anlamına gelecektir. Zira, geçerli sebep kavramı ve işe iade kurumu belirsiz süreli iş sözleşmelerine özgü kavramlardır. Bu nedenle buradaki fesih sebebinin geçerli sebep değil, haklı sebep olduğu kanaatindeyiz. Aksi takdirde, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olan bir gazetecinin tutulduğu hastalık 6 aydan uzun da sürse, vazifesini yapmasına engel teşkil etse de sözleşme işvereni tarafından Basın İşK m. 12'ye göre feshedilemeyecektir.

Başka bir açıdan da bakıldığında, Basın İşK metninde hiçbir şekilde geçerli sebep kavramına yer verilmemektedir. Basın İşK, 1952 yılında yürürlüğe girmiş olup, çalışmanın konusunu ilgilendiren 12. madde, en son 1961 yılında değişikliğe uğramıştır. Bu denli tarihi geçmiş bulunan düzenlemede yer alan fesih şeklinin geçerli sebebe dayandığını iddia etmek son derece güçtür. Zira, ne Basın İşK'nun yürürlüğe konulduğu 1952 yılında ne de çalışmamıza konu 12. maddede son değişikliğin yapıldığı 1961 yılın-

da Türk hukukunda geçerli sebep kavramı dahi bulunmamaktaydı. Geçerli sebep kavramı ve iş güvencesi ilk kez Türk hukukuna 2002 yılında 4773 sayılı Kanun'la¹⁴ 1475 sayılı İş Kanunu'na¹⁵ eklenen 13/A maddesi ile girmiş olup, daha sonra bu düzenleme bazı değişikliklerle birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu'nda¹⁶ da (İşK) devam ettirilmiştir. Basın İşK kapsamına giren gazetecilerin iş sözleşmelerinin feshinde geçerli sebep kavramı ve iş güvencesi kurumu Basın İşK m. 6'nın yaptığı atıf nedeniyle ve ancak bu kapsamda uygulama alanı bulabilecektir. Basın İşK m. 5 ve 6 belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshine ilişkin olup, m. 5'te belirsiz süreli iş sözleşmelerinin ihbar süresine uyularak feshedileceği, ihbar süresine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle de sözleşmenin hemen feshedilebileceği, m. 6'da ise gazetecinin kıdemine göre 1 ve 3 aylık ihbar süresine yer verilmekte, işverence ihbar süresine uyularak yapılan feshlerde İşK m. 18, 19, 20, 21 ve 29. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. İncelemeye konu Basın İşK m. 12'de ise, herhangi bir şekilde ihbar süresine, belirsiz süreli iş sözleşmesine değinilmeden, iş sözleşmesinin gazetecinin "vazifesini göremez" duruma gelmesinden ötürü işverence feshinden söz edilmektedir. Özetle, Basın İşK m. 12'de sözleşmenin feshinin geçerli sebebe bağlı olduğunu iddia etmek, 1952 yılından bu yana Basın İşK uygulamasında geçerli sebep kavramının bulunduğu iddia etmek anlamına da gelecektir ki, böyle bir durumun söz konusu olmadığı açıktır.

Basın İşK'de işverenin fesih hakkını ne kadar sürede kullanması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konudaki boşluğun İşK hükümleri ile doldurulması önerilmektedir¹⁷. Yargıtay'ın bir kararında¹⁸, Basın İşK'da yer almayan fesih hakkını kullanma süresinin İşK uygulanarak belirlenmesinin hatalı olduğu belirtilmiş-

10 Bkz. Narmanlıoğlu, Ünal, Gazeteciye Kıdem Tazminatı Talep Hakkı Sağlayan Sona Erme Durumları Üzerinde Düşünceler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1745.

11 Oğuzman, M. Kemal, Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 879.

12 Karahisar, s. 75.

13 Ada, Berke, Basın İş Kanunu Açısından Gazetecinin İş Görme Borcunun İfasını Engelleyen Durumların İşverenin Ücret Ödeme Borcuna Etkisi, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 18, Aralık 2021, s. 625.

14 RG, 15.8.2002, 24847.

15 RG, 1.9.1971, 13943.

16 RG, 10.6.2003, 25134.

17 Gökçek Karaca, s. 177; Sümer, s. 200.

18 Yargıtay 9. HD, 7.6.2000, 2000/4840 E., 2000/8081 K.

ken, başka bir kararında¹⁹ ise İşK'da öngörülen 6 iş günlük fesih süresinin Basın İşK kapsamındaki fesihlerde de uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak, burada tartışılacak bir husus şudur; İşK'da yer alan 6 iş günlük fesih süresi ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılıktan doğan fesih sebepleri için geçerlilik taşımaktadır, bu süre diğer fesih sebepleri için (sağlık nedenleri, zorlayıcı nedenler) uygulanmaz²⁰. Bu nedenle gazetecinin hastalığından ötürü iş sözleşmesinin işverence feshinde 6 işgünlük sürenin uygulanma kabiliyeti olmadığını düşünmekteyiz. Burada İşK hükümlerine başvurulacak ise, İşK m. 25/1/b bendinde yer alan ve işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi sağlık sorunları nedeniyle devamsızlığının kıdemine göre uygulanacak bildirim süresini 6 hafta aşmasından sonra işverene haklı fesih olanağı tanıyan düzenleme göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim, belirtilen hallerde haklı neden oluşturan hal sona erip işçi işyerine dönene kadar işverenin fesih hakkını kullanabileceği, fesih hakkını kullanma süresinin fesih nedeninin devamına bağlı olduğu, fesih hakkı ortadan kalktığı anda fesih hakkının da ortadan kalkacağı isabetli olarak ifade edilmektedir²¹.

Gazetecinin yeniden işe alınma hakkına sahip olabilmesi için iş sözleşmesi hastalığından ötürü işverence feshedilmiş olmalıdır. Bu nedenle, iş sözleşmesinin işveren tarafından başka bir nedenle feshedilmesi durumunda, gazeteci yeniden işe alınmasını talep etme hakkına sahip olamayacaktır.

Gazetecinin hastalığının devam ettiği ve vazifesini yapamadığı sürede iş sözleşmesi askıda olacağından²², işgörme edimini yerine getirme-

mesine rağmen işverenine karşı diğer yükümlülükleri devam edecektir. Örneğin, iş sözleşmesinin askıda olduğu sürede de, gazeteci işverenine karşı doğruluk ve güvene aykırı davranışlarda bulunmamakla yükümlüdür. Bu çerçevede, hastalığın devam ettiği ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı sürede, gazeteci kasten veya ağır ihmalle gazetesinin itibarına zarar verecek davranışlarda bulunursa iş sözleşmesi işverence Basın İşK m. 11 uyarınca bu sebeple feshedilebilir. Burada, gazetecinin hastalığından kaynaklanan bir fesih söz konusu değildir. Bu nedenle, iş sözleşmesi bu şekilde feshedilen gazeteci, Basın İşK m. 12'ye dayanarak yeniden işe alınmasını talep edemeyecektir. Benzer şekilde, tutulduğu hastalık nedeniyle iş sözleşmesinin işverence değil de, gazetecinin kendisi tarafından feshedildiği durumlarda da, Basın İşK m. 12 işlerlik kazanamayacaktır.

c. Gazetecinin Fesihten Sonra En Çok Bir Yıl İçinde İyileşmesi

Hastalığı nedeniyle iş sözleşmesi işveren tarafından sona erdirilen gazeteci, fesihten itibaren en çok bir yıl içinde iyileşmelidir; bu süre hak düşürücü niteliktedir²³. Bir yıllık sürenin başlangıcı gazetecinin işten çıkarıldığı ve böylece feshin hüküm doğurduğu tarihtir²⁴. Bir yıl içinde iyileşerek çalışabilir duruma geldiğini ispat yükümlülüğü gazeteciye aittir²⁵.

Öğretide, bir yıllık süre sınırlamasının madde- nin temel amacına aykırı olduğu ileri sürülerek eleştirilmektedir²⁶. Kanaatimizce, burada işvere-

edimini ifa edememesi durumunda işverenin o süreye ilişkin hakkaniyete uygun bir ücret ödemesi gerektiğini öngören Borçlar Kanunu (RG, 4.2.2011, 27836) m. 409 uyarınca doldurulması gerektiği belirtilmektedir Bk. Gökçek Karaca, s. 132; Koçak, Berkay, Basın İş Kanunu'na Göre İşverenin Ücret Ödeme Borcu ve Kapsamı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020, s. 115.

23 Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2022, s. 97; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Ankara, 2022, s. 553; Sümer, s. 200; Akar, s. 99; Sümer, Serbesti, s. 91; Umar, s. 5.
24 Tunçomağ/Centel, s. 97; Türe, s. 117; Akar, s. 99; Sümer, Serbesti, s. 91; Umar, s. 5.
25 Akar, s. 99; Sümer, Serbesti, s. 91; Umar, s. 5.
26 Ekonomi, s. 76-77.

19 Yargıtay 22. HD, 7.5.2014, 2014/10810 E., 2014/11780 K.
20 Süzek, Sarper, İş Hukuku, İstanbul, 2023, s. 717; Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2021, s. 734.

21 Ekmekçi/Yiğit, s. 735.

22 Gazetecinin hastalığı nedeniyle iş sözleşmesinin askıda olduğu hallerde ücretinin ödenip ödenmeyeceği konusunda Basın İşK'da açık bir hüküm bulunmadığı, bu nedenle ortaya çıkan boşluğun uzun süreli bir hizmet sözleşmesinde işçinin hastalık sebebiyle kusuru olmaksızın iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme

nin sorumluluğunun belirli bir süreyle sınırlandırılması yerindedir. Zira, aksi taktirde işveren ne zaman ortaya çıkacağı belirsiz bir yükümlülük altına girmiş olacaktır. Maddenin amacı dikkate alındığında, bir yıllık sürenin az olduğu, vazifesini göremeyecek duruma gelen bir kişinin bir yıl içerisinde sağlığına kavuşmasının çoğu durumda güç olacağı belirtilerek bu sürenin biraz daha arttırılması gerektiği öne sürülebilir. Ancak, süre sınırlamasının tamamen ortadan kaldırılmasını öne sürmek isabetli değildir.

Gazetecinin iyileşmesi ile neyin kastedildiği, tamamen iyileşmesinin mi, yoksa görevini yapabilecek ölçüde iyileşmesinin mi aranacağı konusunda Basın İşK m. 12'de bir açıklık yoktur. Burada, gazetecinin tamamen iyileşmesini aramak katı bir yaklaşım tarzı oluşturacaktır. Basın İşK m. 12'de, vazifesini yapamayacak derecede hastalığa tutulan gazeteciden söz edildiğinden, iyileşip iyileşmediği saptanırken tamamen iyileşmesini, hastalığının bütün etkilerinin ortadan kalkmasını aramak maddede öngörülen güvenceyi işlevsiz bir duruma getirecektir. Bu nedenle, gazetecinin yeniden vazifesini yapabilecek ölçüde kısmen iyileşmesi durumunda da, yeniden iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünün doğduğu kabul edilmelidir²⁷. Zira, burada önem taşıyan gazetecinin tıbbi açıdan hastalığın bütün etkilerinden kurtulması değil, vazifesini yapabilecek duruma gelmesidir.

d. Gazetecinin Başvuruda Bulunması

Basın İşK m. 12'ye göre, işverenin gazeteciyi yeniden işe almakla yükümlü tutulabilmesi için iyileşen gazeteci, işverene yeniden işe alınması amacıyla başvuruda bulunmalıdır²⁸. Zira, yeniden işe alınması konusunda başvuruda bulunmayan gazeteciyi, işverenin işe alma yükümlülüğünden söz edilemeyecektir.

Kanunda öngörülen bir yıllık süre içerisinde,

hem işçinin iyileşmesi hem de başvuruda bulunması aranmamaktadır. Kanun, sadece gazetecinin iyileşmesinin fesihten itibaren en çok bir yıl içinde gerçekleşmesini aramaktadır. İşçi bir yıl içinde iyileştikten sonra, başvurunun hangi süre içerisinde yapılacağı konusunda Basın İşK m. 12'de bir hüküm yoktur. Ancak, hukuki istikrar ve hakkın kötüye kullanılmaması bakımından başvuru, makul bir süre içerisinde yapılmalıdır. Örneğin, gazetecinin iyileşmesinin ardından 1-2 yıl sonra yapılan başvuru makul bir sürede yapılmış sayılmayacaktır. Aksi takdirde, işveren ne zaman ortaya çıkacağı belirsiz bir yükümlülüğe tabi tutulmuş olacaktır.

3. Gazetecinin Yeniden İşe Alınması

Basın İşK m. 12/II'ye göre; işveren, işten çıkarıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde iyileşen ve yeniden işe alınması için başvuran gazeteciyi "eski işine tercihan" almakla yükümlüdür.

Öğretide, gazetecinin yeniden eski işine alınmasının, işyerinde boş yer bulunması koşuluna bağlı bulunup bulunmadığı konusunda görüş birliği yoktur. Bir görüş, Basın İşK m. 12/II'de boş yer bulunması koşulu açıkça ifade edilmemekle birlikte, hükümde geçen "eski işine tercihan alınır" ifadesinin eski yerin işçi almak üzere boş olması koşulunu içerdiğini, gazetecinin diğer istekliler karşısında öncelik tanınarak işe alınmasının söz konusu olduğunu, eski işinin boş olmaması halinde dahi işvereni gazeteciyi işe almakla yükümlü tutmanın işyeri gereklerini dışlayan isabetsiz bir çözüm olacağını, ancak gazetecinin eski işi ifadesinin eski işi yanında eski işine benzer işlerdeki boş yerleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini belirtmektedir²⁹.

27 Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara, 2022, s. 109; Türe, s. 117.

28 Ekonomi, s. 74-75; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 553; Akar, s. 99.

29 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 553-554; Umar, s. 56; Ekonomi, s. 77-78; Sümer, Serbesti, s. 92; Senyen-Kaplan, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Ankara, 2023, s. 224; Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2012, s. 87; Tunçoğlu/Centel, s. 97.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre³⁰ ise, basın işçilerinin özelliği ve gazetecilerin özel durumları, bu yükümlülüğünün yerine getirilmesini işyerinde boş yer olması koşuluna bağlayan bir çözümün benimsenmesini engellemektedir. Zira, boş yer bulunması koşulu, Kanunda açıkça öngörülmemişken, "tercihan" ibaresine³¹ dayanılarak Kanunun böyle bir koşulu aradığı sonucuna varmak, işçi lehine yorum ilkesine aykırıdır.

Zira, işverene yeniden iş sözleşmesi yapma yükümlülüklerinin yüklendiği diğer durumlarda (İşK m. 30/V, İşK m. 31/IV, İşK m. 29/VI) açıkça boş yer bulunması veya yeni işçi alma ihtiyacı doğmasından söz edilmektedir. Burada ise, gazetecinin "eski işine tercihan" alınacağı belirtilmektedir. Kanun koyucunun iradesi işyerinde boş yer bulunması yönünde olsaydı, diğer durumlarda olduğu gibi burada da bu koşulun açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi gerekirdi.

Boş yer bulunması koşulunun aranmamasıyla, işverene işyerinde ihtiyacı olmamasına rağmen, gazeteciyi işe alma yükümlülüğü yükleneyeceği yönünde eleştiri getirilebilir ise de; gazetecilik mesleğinin özellikleri dikkate alındığında, yeniden işe alınma talebinde bulunan gazeteciye işyerinde ihtiyaç bulunup bulunmadığı veya onun işe alınması için boş yer bulunup bulunmadığının saptanması oldukça güçtür. Örneğin, bir gazetede bir köşe yazarına ihtiyaç olup olmadığını veya bir televizyonun haber merkezinde bir muhabire ihtiyaç duyulup duyulmadığını saptamak hem güçtür, hem de varılacak sonuç sübjektif bir değerlendirmeye dayanacaktır. Kanaatimizce, bu durumun farkında olan kanun koyucu, bilinçli olarak boş yer bulunması koşulunu ifade etmekten imtina etmiştir.

Yeniden işe alınan gazeteci (diğer yeniden iş sözleşmesi yapma yükümlülüklerinde olduğu

gibi) burada da, işe alındığı tarihteki koşullara (ücret ve diğer sosyal haklar açısından) tabi olmalıdır.

Basın İşK m. 12/II'de, işten çıkarıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde iyileşen ve yeniden işe alınması için başvuran gazetecinin "eski işine" alınacağından söz edilmektedir. Burada, "eski işi" ifadesi katı bir şekilde yorumlanarak, gazetecinin mutlaka hastalanmasından önce yaptığı işe alınmasının zorunlu olduğu sonucuna varılmamalıdır. Örneğin, bir televizyon kanalının haber merkezinde veya bir gazetede Ankara temsilcisi olarak görev yapmaktayken, Basın İşK m. 12 kapsamında iş sözleşmesi feshedilen, ancak iyileşmesinin ardından yeniden işe alınan gazetecinin mutlaka Ankara temsilcisi olarak işe alınması zorunlu tutulmamalıdır. Bu nedenle, yeniden işe alınan gazetecinin yapacağı işin, eski işi veya eski işine benzer bir iş olması yeterlidir³².

4. Yükümlülüğe Aykırılığın Yaptırımı

Basın İşK m. 12/II çerçevesinde, hastalığı iyileşen ve yeniden işe alınması talebiyle işverene başvuruda bulunan gazeteciyi, koşullar gerçekleşmesine rağmen işe almayan işverene karşı bir yaptırım öngörülmemiştir.

Basın İşK m. 12, yükümlülüğüne aykırı davranan işvereni tazminat ödemekle yükümlü tutmadığı gibi; Basın İşK'nın idari para cezalarını düzenleyen maddelerinde de (m. 26-30), bu yükümlülüğe aykırı davranan işverenlere karşı idari para cezası öngörülmemiştir.

Bu nedenle, gazetecinin yeniden işe dönmesinin ancak işverenin isteğiyle gerçekleşebileceği, gazeteciyi korumak amacıyla öngörülen hükümlerin amacına ulaşması ve işlerlik kazanmasının işverenin iradesine bırakıldığı, gazetecinin dava yoluyla işvereni buna zorlayamayacağı belirilerek düzenleme eleştirilmektedir³³.

30 Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s. 208. Türe, s. 117.

31 Hükümden geçen "tercihan" ibaresinin birden fazla istekli arasında tercihte bulunma şeklinde anlaşılacağı, anılan ibarenin gazetecinin eski işinde çalışmasını engelleyecek bir haklı neden bulunmadıkça işe başlatılması gerektiği şeklinde yorumlanması önerilmektedir. Bkz. Türe, s. 117.

32 Ekonomi, s. 78; Akar, s. 100; Sümer, Serbesti, s. 92.

33 Şakar, Gazetecilik Sözleşmesi, s. 110; Çil, s. 164; Akar, s. 98-100.

Kanaatimizde de, işverene karşı açılacak bir dava yoluyla iş sözleşmesinin kurulabileceğini iddia etmek güçtür. Öğretide, yasal düzenlemede özel bir yaptırım öngörülmemiş hallerde iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverene karşı aynen ifa davası açılarak yargı kararıyla iş sözleşmesinin kurulabileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır³⁴. Bu suretle kurulan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu ve taraflar arasında yargı kararı ile kurulan bir iş sözleşmesi bulunmakla birlikte, işverenin işçiyi fiilen işyerinde çalıştırmaya zorlanamayacağı, işverenin işçiyi işe başlatmaması durumunda iş sözleşmesini feshetmiş sayılarak, işveren feshinin sonuçlarının doğacağı (iş güvencesi veya kötüniyetli fesih) belirtilmektedir³⁵. İş sözleşmesinin yargı kararı ile kurulabileceği düşüncesi, genel olarak özel hukuk sözleşmelerinin yargı kararı ile kurulabilip kurulamayacağı yönündeki görüş ve tartışmalardan dayanak almaktadır. Ancak, burada gözden uzak tutulmaması gereken bir husus şudur ki; özel hukuk ilişkilerinde daha spesifik olarak borçlar hukuku ilişkilerinde sözleşme yapma zorunluluğu, genellikle serbest piyasa ekonomisinde taraflardan birinin gücünü kötüye kullanmasını engellemeyi, eşit durumda bulunan tüketiciler arasında ayırım yapılmamasını, kişilerin yaşamsal ihtiyaçlarının temin edilmesini, ekonomik özgürlüğün korunmasını amaçlamaktadır³⁶. Yani, piyasaya mal ve hizmet arzında bulunan tarafın sözleşme yapmaktan kaçınmasının olası zararlı sonuçlarının giderilmesi amaçlanmaktadır. Oysa, işçi-işveren ilişkisinde hizmet arzında bulunan taraf işçidir, işveren tabiri caize bu hizmet arzının alıcısı konumundadır. Bu nedenle, borçlar hukuku ilişkilerinde mal-hizmet arzından kaçınan tarafa teorik olarak uygulanabilecek sonuçların işçi-iş-

veren ilişkisinin özellikleri göz ardı edilerek aynen uygulanması son derece güçtür.

Kanaatimizce, Basın İşK m. 12'de işverenin ödemekle yükümlü olduğu bir tazminattan söz edilmemesi, genel hükümler uyarınca işverene karşı tazminat davası açılmasını engellemeyecektir. Özellikle, bir yıl içinde iyileşerek işverene yeniden işe alınması talebiyle başvuruda bulunan, ancak koşullar gerçekleşmesine rağmen işveren tarafından işe alınmayan, bu nedenle yeni bir iş bulana kadar geçen sürede gelir kaybına uğrayan gazeteciler, bu zararları nedeniyle, genel hükümler çerçevesinde eski işverenlerine dava açabilmelidir.

Basın İşK m. 12'de, İşK m. 30/V ve İşK m. 31/IV'te olduğu gibi üç aylık veya altı aylık ücret tutarında tazminattan söz edilmemesi, gazetecinin eski işverenine karşı tazminat davası açamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira, İşK m. 30/V'te işverenin ödeyeceği tazminatın altı aylık ücretle, İşK m. 31/IV'te ise üç aylık ücretle sınırlı olarak öngörülmesi, aslında (sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça) işverenin ödeyeceği tazminatın üst sınırını oluşturmakta, böylece işçilerin işverenden isteyebilecekleri tazminat miktarı kanun hükmüyle sınırlandırılmış olmaktadır. Basın İşK m. 12'de, bu şekilde sabit bir tazminat miktarına yer verilmemesi, aslında gazetecilerin uğrayacakları gelir kaybına ilişkin açacakları olası bir tazminat davasında, talep edebilecekleri miktara Kanunla bir sınırlama getirilmediğini göstermektedir.

Nitekim işçi-işveren ilişkisi dışında da olsa sözleşme yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği bir uyuşmazlığa ilişkin Yargıtay HGK'nun bir kararında³⁷ şu saptama yapılmaktadır; "Sözleşme yapma mecburiyetinin mevcut olduğu hallerde, sözleşmeyi yapmaktan kaçınma, hukuka aykırı bir davranış oluşturur. Böyle bir kaçınmaya karşı iki türlü yaptırım uygulanabilir, istenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişi, kuruluş ve kuruma karşı ya aynen ifa davası açılarak sözleşmenin yapılması sağlanır. Ya da onun aleyhine

34 Süzek, s. 341-342.

35 Süzek, s. 341-342.

36 Ayrancı, Hasan, Sözleşme Kurma Zorunluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, 2003, s. 232-233. Nitekim, Ayrancı "kendisiyle sözleşme kurulmak istenen tarafın hakim durumda olmasını" sözleşme kurma zorunluluğunun bir unsuru olarak belirtmektedir (s. 243).

37 Yargıtay HGK, 10.12.2003, 2003/693 E., 2003/740 K.

tazminat davası açılarak uğranılan zararın tazmini istenebilir.”

Öğretideki bir görüşe göre de; haklı bir neden bulunmaksızın işe alınmayan gazeteci aynen ifa davası açarak işe alınmasını talep edebileceği gibi, tazminat davası açarak uğradığı zararların tazminini de talep edebilir³⁸.

5. Sonuç

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 12. maddesinde, hastalıkları nedeniyle vazifesini göremeyecek hale gelen ve iş sözleşmeleri işveren tarafından sona erdirilen gazetecilere yeniden işyerlerine dönmeleri bakımından bir güvence sağlanmıştır. Anılan düzenlemeye göre, hastalanan gazetecinin bu hastalığının 6 ay sürmesi ve işgörme edimini bu nedenle yerine getirememesinden ötürü iş sözleşmesi işveren tarafından tazminat ödenmek suretiyle feshedilebilir. Buradaki tazminatın niteliği konusunda görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte, kıdem tazminatı olarak değerlendirilmesi menfaatler dengesine uygun görünmektedir. Bu şekilde iş sözleşmesi feshedilen gazetecinin 1 yıl içerisinde iyileşmesi durumunda, işveren tarafından tekrar eski işine tercihan alınması gerekmektedir.

Basın İşK m. 12 dikkate alındığında, işverenin gazeteciyi yeniden işe alma yükümlülüğünün doğabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır. İlk olarak; gazeteci vazifesini yapmasını, başka bir deyişle işgörme edimini yerine getirmesini engelleyen bir hastalığa tutulmalıdır. Ayrıca bu hastalık en az 6 ay sürmelidir. Gazetecinin hastalığının işinden veya işyerinden kaynaklanan bir hastalık olması zorunlu değildir; hatta gazetecinin kendi kusuru, ağır ihmali veya kasdından kaynaklanan hastalık hallerinde de, Basın İşK m. 12'de yer alan güvence uygulanacaktır.

38 Türe, s. 118. Yazar, gazetecinin eski işine başlatılmaması bakımından haklı neden örneği olarak reorganizasyon süreci sonrasında, işin mesleki ve teknik gereksinimlerinde meydana gelen değişikliğin gazeteci tarafından yerine getirilmesinin önemli ölçüde güçleşmesini göstermektedir (s. 117).

İkinci olarak; gazetecinin iş sözleşmesi, en az 6 ay süren ve vazifesini yapmasını engelleyen hastalığı nedeniyle işveren tarafından feshedilmelidir. İşverence gerçekleştirilen fesih haklı nedenle derhal fesihtir.

Üçüncü olarak gazeteci iş sözleşmesinin feshinden itibaren en çok 1 yıl içerisinde iyileşmelidir. Bu koşul yorumlanırken, gazetecinin tamamen iyileşmesi değil, vazifesini yapacak ölçüde iyileşmesi yeterli görülmelidir. İyileşmenin 1 yıllık süreyi aşması durumunda yeniden işe alınma yükümlülüğünden söz edilemeyecektir. Bu sürenin hak düşürücü nitelikte olduğu kabul edilmektedir.

Dördüncü ve son olarak da; iyileşen gazetecinin yeniden işe alınması amacıyla işverene başvuruda bulunması gerekecektir. Zira, gazetecinin başvuruda bulunmaması halinde işverenin işe alma yükümlülüğünden söz edilemeyecektir. Kanun, sadece gazetecinin iyileşmesinin feshitten itibaren en çok bir yıl içinde gerçekleşmesini aramaktadır. İşçi bir yıl içinde iyileştikten sonra, başvurunun hangi süre içerisinde yapılacağı konusunda Basın İşK m. 12'de bir hüküm yoktur. Ancak, hukuki istikrar ve hakkın kötüye kullanılmaması bakımından, başvuru makul bir süre içerisinde yapılmalıdır.

Yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmesinin ardından, gazetecinin yeniden eski işine alınmasının, işyerinde boş yer bulunması koşuluna bağlı bulunup bulunmadığı konusunda, öğretilerde görüş birliği bulunmamaktadır. Gazetecinin yeniden işe alınmasının işyerinde boş yer bulunması koşuluna tabi tutulmasının hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştireceği kanaatindeyiz.

Yeniden işe alınan gazeteci (diğer yeniden iş sözleşmesi yapma yükümlülüklerinde olduğu gibi) burada da, işe alındığı tarihteki koşullara (ücret ve diğer sosyal haklar açısından) tabi olmalıdır.

Basın İşK m. 12/II'de, işten çıkarıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde iyileşen ve yeniden işe alınması için başvuran gazetecinin “eski işine” alın-

çağından söz edilmektedir. Burada, "eski işi" ifadesi katı bir şekilde yorumlanarak, gazetecinin mutlaka hastalanmasından önce yaptığı işe alınmasının zorunlu olduğu sonucuna varılmamalıdır. Bu nedenle, yeniden işe alınan gazetecinin yapacağı işin, eski işi veya eski işine benzer bir iş olması yeterlidir.

Basın İşK m. 12, yükümlülüğüne aykırı davranan işvereni tazminat ödemekle yükümlü tutmadığı gibi; Basın İşK'nın idari para cezalarını düzenleyen maddelerinde de (m. 26-30), bu yükümlülüğe aykırı davranan işverenlere karşı idari para cezası öngörülmemiştir. Kanaatimizce, Basın İşK m. 12'de işverenin ödemekle yükümlü olduğu bir tazminattan söz edilmemesi, genel hükümler uyarınca işverene karşı tazminat davası açılmasını engellemeyecektir. Özellikle, bir yıl içinde iyileşerek işverene yeniden işe alınması talebiyle başvuruda bulunan, ancak koşullar gerçekleşmesine rağmen işveren tarafından işe alınmayan, bu nedenle yeni bir iş bulana kadar geçen sürede gelir kaybına uğrayan gazeteciler, bu zararları nedeniyle, genel hükümler çerçevesinde eski işverenlerine dava açabilmelidir.

KAYNAKÇA

- Ada, Berke, Basın İş Kanunu Açısından Gazetecinin İş Görme Borcunun İfasını Engellenen Durumların İşverenin Ücret Ödeme Borcuna Etkisi, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 18, Aralık 2021, s. 583-637.
- Akar, Esin, İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2007.
- Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2012.
- Akyiğit, Ercan, Basın İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 3-4-5, Ağustos-Kasım 2012/Şubat 2013, s. 1-23 (<https://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1363163742.PDF>).
- Ayrancı, Hasan, Sözleşme Kurma Zorunluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, 2003, s. 229-252.
- Birinci Gemici, Nur/Gemici, Cihat, 5953 Sayılı Basın İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı Düzenlemesi, İş ve Hayat, C. 3, S. 5, 2017, s. 272-289.
- Çil, Şahin, Gazetecinin İş Güvencesi Uygulaması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, Legal, 2006, s. 154-188.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2021.
- Ekonomi, Münir, Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu ve Hükümleri, İstanbul, 1969.
- Gökçek Karaca, Nuray, Basın İş Hukuku (Medya Çalışma İlişkileri), Ankara, 2020.
- Karahisar, Tuba, Basın İş Kanunu'na Göre Gazetecilerin Yasal Hakları, Marmara Üniversitesi İletişim Dergisi, C. 13, S. 13, 2008, s. 67-82.
- Koçak, Berkay, Basın İş Kanunu'na Göre İşverenin Ücret Ödeme Borcu ve Kapsamı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.
- Makas, Recep, İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2023.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Ankara, 2022.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara, 2022.
- Narmanlıoğlu, Ünal, Gazeteciye Kıdem Tazminatı Talep Hakkı Sağlayan Sona Erme Durumları Üzerinde Düşünceler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1719-1751.
- Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2012.
- Oğuzman, M. Kemal, Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmu-

- ası, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 858-883.
- Senyen-Kaplan, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Ankara, 2023.
 - Sümer, Haluk Hadi, Bireysel Basın İş Hukuku, Ankara, 2020.
 - Sümer, N. Binnur, İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları, (Serbesti), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1992.
 - Süzek, Sarper, İş Hukuku, İstanbul, 2023.
 - Şahlanan, Fevzi, İş Guvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, Legal, 2006, s. 127-154.
 - Şakar, Müjdat, Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, (Basın İş Sözleşmesi) Çalışma ve Toplum, S. 57, 2018, s. 11-29.
 - Şakar, Müjdat, Gazetecilik Sözleşmesinin Sona Ermesi, İhbar ve Kıdem Tazminatı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul, Legal, 2006, s. 104-115.
 - Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2022.
 - Türe, Gökhan, İş Sözleşmesinin Kurulması (İşçinin İşe Alınması), Ankara, 2021.
 - Umar, Afşin Burak, Türk İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sonraya Etkisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

Dr. Öğr. Üyesi İrem YAYVAK NAMLI*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2024/1 Sayı 51: 121-140
Makale Gönderim Tarihi: 28 Mart 2024
Makale Kabul Tarihi: 4 Nisan 2024

Radyasyonla Çalışan İşçilerin Şua (Sağlık) İzni

Öz

Radyasyona maruz kalarak çalışma, çalışanın sağlığını önemli ölçüde etkiler. Bu nedenle dinlenme süresi bakımından iş mevzuatındaki düzenlemelerden farklı hükümler öngörülmüştür. Radyasyona maruz kalarak çalışanlar için, özel bir düzenleme yoksa, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan dinlenme sürelerine ilişkin hükümler aynen uygulama alanı bulur. Bununla birlikte söz

konusu işçiler için özel bir dinlenme süresi daha getirilmiştir. Mevzuatta "şua izni" yıllık ücretli izne ek bir izin hakkı olarak 3153 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatta düzenlenmiştir. Bu çalışmada sağlık iznine hak kazanma şartları ile sağlık izninin kullanılmasına ilişkin esaslar üzerinde durulacaktır. Ayrıca yeri geldikçe yargı kararlarından da yararlanılacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Şua izni, dinlenme süresi, radyasyon, kontrollü alan, dozimetre.

Health Permit for Workers Exposed to Radiation

Abstract

Working with exposure to radiation significantly affects the health of the employee. For this reason, different provisions are stipulated in terms of rest periods from the provisions in the labour regulations. Unless there is a special regulation, the provisions regarding rest periods in the Labour Law No. 4857 shall be applied to the workers exposed to radiation. However, a special rest period

has been introduced for these workers. In the legislation, "health permit" is regulated in the Law No. 3153 and related legislation as an additional leave right to annual paid leave. In this study, the conditions for entitlement to health permit and the principles regarding the use of medical leave will be analysed. In addition, judicial decisions will be discussed when necessary.

Keywords:

Health permit, rest period, radiation, controlled area, dosimeter.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, irem.yayvak@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1669-6826.

Giriş

Radyasyon, elektromanyetik dalgalar ya da parçacıklar halindeki enerji yayımı veya aktarımı olarak tanımlanabilir¹. Son yıllarda özellikle sağlık alanında geliştirilen iyonlaştırıcı radyasyon yayan cihazların kullanımı arttığından, sağlık çalışanlarının radyasyona maruziyetleri de oldukça artmıştır².

Radyasyona maruz kalınması sonucunda oluşacak sağlık sorunları derhal ortaya çıkmaz. Radyasyonun canlı dokuda meydana getirdiği etki yıllar sonra dahi oluşabilmektedir³. Uzun süre radyasyonla çalışmanın, sağlık açısından oluşturabileceği ciddi riskler gözetilerek, radyasyona maruz kalanların dinlenme süreleri diğer çalışanlardan farklı düzenlenmiştir. Radyasyonla çalışanların tâbi olduğu bu düzenlemeler, 2021 yılından sonra büyük ölçüde değişikliğe uğramış olduğundan, 2021 öncesi dönem ile 2021 sonrası dönem olarak ayırım yapılması gerekir.

Radyasyona maruz kalarak çalışma, sağlık çalışanlarının sağlığını ve güvenliğini büyük ölçüde tehlikeye atmasına rağmen literatürde, özellikle mevzuat değişikliği sonrası şua izni konusunun etraflıca ele alınmadığı tespit edilmiştir. Bu nedenle çalışmamızın konusu radyasyonla çalışanların şua izni olarak belirlenmiştir. Bu çerçevede öncelikle, yürürlükte olan mevzuat ile yürürlükten kaldırılan mevzuatın belirlenmesi üzerinde durulacaktır. Daha sonra ise radyasyona maruz kalarak çalışma bakımından önemli bazı kavramlara yer verilecektir.

Çalışmamızın konusu, radyasyonla çalışanlara

- 1 Yunus Emre Öztürk/ Halil Türktemiz/ Turan Akdağ, "Dozimetre Taşıyan Sağlık Çalışanlarında İş Yükünün İyonlaştırıcı Radyasyon Risk Algısına Etkisi", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 2017, C. 20, S.2, s. 145.
- 2 Özlem Coşkun, "İyonize Radyasyonun Biyolojik Etkileri", Süleyman Demirel Üniversitesi Teknik Bilimler Dergisi 2011, C.1, S.2, s.13; Turan Akdağ/ Levent Sarıyıldız, "Elektromanyetik Alanlara Maruziyet Sonrası Gözlenen Bazı Biyokimyasal Değişiklikler", Cumhuriyet Medical Journal, 2012, 34, s. 534-539.
- 3 Selçuk Yaşar/ Mustafa Saygın/ Gürsel Çetinkaya/ Tuna Parpar, "Girişimsel Radyolojideki Sessiz Tehlike", SDÜ Tıp Fakültesi Dergisi, 2014, 21 (4), s. 152.

özel olarak tanınan dinlenme süresi olan şua iznidir. Bu kapsamda şua izni detaylı olarak ele alınacak olup, hak kazanma şartları belirlendikten sonra, şua izninin uygulanması ile zamanaşımı ve faiz konuları üzerinde durulacaktır.

En baştan belirtelim ki; radyasyonla çalışmaya ilişkin ilgili mevzuatta, yıllık ücretli izne ek olarak verilen bu izne, "sağlık izni" denilmektedir. Ancak çalışmamızda, yargı kararlarında sıklıkla kullanılan ve uygulamada bilinen adıyla "şua izni" ifadesini kullanmayı tercih ettik. Şua izni ifadesini tercih etmemizin bir diğer nedeni ise sağlık izni ifadesinin, işçinin sağlık sorunları nedeniyle aldığı izin ile karıştırılma ihtimalidir.

Radyasyona maruz kalarak çalışanlara ilişkin düzenlemeler, sadece işçiler bakımından getirilmemiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu⁴'nün 103.maddesinin son fıkrasında radyasyona maruz kalan devlet memurları için özel bir düzenleme mevcuttur: "Hizmetleri sırasında radyoaktif ışınlarla çalışan personele, her yıl yıllık izinlerine ilaveten bir aylık sağlık izni verilir". Çalışmamız kapsamında, sadece radyasyona maruz kalan işçilerin şua izni inceleneceğinden, 657 sayılı Kanun kapsamında çalışanlara ilişkin mevzuat hükmüne değinmekle yetindiğimizi belirtmek isteriz.

I. Radyasyona Maruz Kalarak Çalışan İşçilere Yönelik Mevzuat

Radyasyona maruz kalarak çalışan sağlık personeli bakımından dinlenme süresi, 4857 sayılı İş Kanunu⁵'nda yer alan dinlenme sürelerine ilişkin genel hükümlerden farklı düzenlenmiştir. Aşağıda yer verileceği üzere, konuyu düzenleyen özel bir kanun mevcuttur. Bunun dışında dinlenme süresine ilişkin ayrıntılar, yönetmelikler yoluyla düzenlenmiştir.

Radyasyonla çalışan işçilere yönelik şua izni ve diğer izin haklarına ilişkin düzenleme getiren

4 RG.T. 23/07/1965, RG.S. 12056.

5 RG.T. 10/06/2003, RG.S. 25134.

temel hukuki dayanak, 19/04/1937 tarih ve 3153 sayılı "Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun"⁶dur. 3153 sayılı Kanun dışında, konu hakkında düzenlemeler içeren mevzuatta özellikle 2021 yılı sonrasında önemli değişiklikler olmuştur. Dolayısıyla 2021 sonrası dönem bakımından ortaya çıkan uyumsuzluklara uygulanacak düzenlemelerin doğru tespit edilebilmesi için, yürürlükte olan mevzuat ile yürürlükten kaldırılan mevzuatın ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

3153 sayılı Kanuna dayanılarak öncelikle, Bakanlar Kurulu'nun 27.04.1939 tarih ve 2/10857 sayılı kararı ile kabul edilip, 6.5.1939 tarih ve 4201 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan "Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname" 24.06.2021 tarih ve 4144 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile yürürlükten kaldırılmıştır. İlgili Cumhurbaşkanlığı kararı 25.06.2021 tarih ve 31522 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

1939 tarihli Nizamname yürürlükten kaldırıldıktan sonra, radyasyonla çalışmanın ayrıntılarını düzenleyen farklı yönetmelikler yayınlanmıştır. 3153 sayılı Kanun'a dayanılarak hazırlanan, 13/4/2023 tarih ve 32162 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "İyonlaştırıcı Radyasyon ve Radyonüklit Kullanılarak Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik" konu hakkında önemli düzenlemeler içermektedir. Buna göre, bu Yönetmeliğin amacı; sağlık hizmeti sunumu kapsamında iyonlaştırıcı radyasyon ve radyonüklit kullanılarak tetkik, teşhis ve tedavi amaçlı uygulanan radyoloji, nükleer tıp, radyasyon onkolojisi hizmetleri ile ağız, diş ve çene radyolojisi hizmetlerinin sunulduğu binaların vasıflarını, iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı nedeni ile ışınlanmalara karşı hastalar ve çalışan güvenliğine ilişkin usul ve esasları ve iyonlaştırıcı radyasyon ve radyonüklit kullanılarak yürütülen faaliyetlerde çalışan personele verilecek sağlık iznini belirlemektir (m. 1).

26/4/2022 tarih ve 31821 sayılı Resmî Gazete

te'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Radyoloji Hizmetleri Yönetmeliği"⁷ de sağlık hizmet sunumu kapsamında tetkik, teşhis ve tedavi amaçlı uygulanan radyoloji hizmetlerinin planlanması, sınıflandırılması ile bu hizmetlerin sunulduğu sağlık kurum ve kuruluşların faaliyetlerine, standartlarına ve denetlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir (m. 1).

24.03.2000 tarih ve 23999 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren bir başka Yönetmelik ise "Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği"dir. Bu Yönetmelik, iyonlaştırıcı radyasyon ışınlamalarına karşı, kişilerin ve çevrenin radyasyon güvenliğini sağlamayı amaçlar (m. 1).

II. Radyasyonla Çalışmaya İlişkin Önem Arz Eden Kavramlar

Radyasyona maruz kalan çalışanlara ilişkin Yönetmeliklerde, özellikle çalışma konumuzu olan dinlenme süreleri bakımından önem arz eden bazı tanımlara yer verilmiştir. Bu başlık altında ayrıca, radyasyonla çalışmaya ilişkin bazı temel kavramların tanımları da ele alınacaktır.

3153 sayılı Kanun ek 1. madde, şua izninin temel dayanağını oluşturur. Ek m. 1'de, "İyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saattir. Bu süre içerisinde, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirtilen radyasyon dozu limitleri de ayrıca dikkate alınır. Doz limitlerinin aşılması için alınması gereken tedbirler ile aşıldığı takdirde izinle geçirilecek süreler ve alınacak diğer tedbirler Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir." ifadesine yer verilerek, azami çalışma süresi belirlenmiş, ancak izin sürelerinin düzenlenmesi yönetmeliklere bırakılmıştır. Aşa-

7 Söz konusu Yönetmelik ile 5/7/2012 tarihli ve 28344 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları ile Çalışan Personelin Radyasyon Doz Limitleri ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik" yürürlükten kaldırılmıştır.

6 RG.T. 28/04/1937, RG.S. 3591.

ğıda yer verilen Yönetmeliklerde de yer aldığı üzere, bu kavram mevzuatta “sağlık izni” olarak geçmektedir.

2023 tarihli “İyonlaştırıcı Radyasyon ve Radyonüklit Kullanılarak Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik”in dördüncü maddesinde, radyasyonla çalışan, iyonlaştırıcı radyasyon kaynaklarıyla yürütülen faaliyetlerde görevi gereği halk için belirlenen doz sınırlarının üzerinde ışınlanma olasılığı olan kişi olarak tanımlanmıştır.

Bu noktada aklımıza “iyonlaştırıcı radyasyon” ve “iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı” nedir sorusu gelir. Aynı Yönetmelik, bu kavramları da dördüncü maddesinde tanımlar. İyonlaştırıcı radyasyon, maddesel ortamdan geçerken onunla etkileşerek iyon çiftleri oluşturabilen X ışını, gama ışını gibi elektromanyetik ışınlarla, kinetik enerjileri olan yüklü parçacıklar, ağır iyonlar ve serbest nötronlar gibi tanecik karakterli ışınları ifade eder. Bu tanımla bağlantılı olarak iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı ise iyonlaştırıcı radyasyon üreten veya yayan cihazlar ile radyoaktif kaynakları olarak tanımlanmıştır.

Tanımlar maddesinde çalışmamız açısından önemli olan bir başka kavram ise sağlık iznidir. Yönetmeliğe göre sağlık izni, 3153 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesi ile 657 sayılı Kanunun 103 üncü maddesi kapsamında iyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ile çalışanlara verilecek izni belirtir.

2022 tarihli “Radyoloji Hizmetleri Yönetmeliği” radyasyonla çalışan, iyonlaştırıcı radyasyon ve iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı kavramları için yukarıda bahsi geçen 2023 tarihli Yönetmelik ile tamamen aynı tanımlara yer vermiştir. Bununla beraber sağlık izni bakımından tek fark, bu sefer “iyonlaştırıcı radyasyonla çalışan personel” ifadesi yerine, “radyasyonla çalışan personel” olarak tanım getirmiş olmasıdır. Böylelikle sadece iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı ile çalışanlar değil, radyasyonla çalışan tüm sağlık çalışanları Yönetmelik kapsamına alınmıştır.

III. Radyasyonla Çalışanlara Özel Dinlenme Süresi: Şua İzni

A. Genel Olarak Şua İzni

4857 sayılı İş Kanunu’nun 53.maddesi ve devamında, işçilerin yıllık ücretli izin hakkı düzenlenmiştir⁸. Aynı düzenlemeler İş Kanunu kapsamında radyasyona maruz kalarak çalışanlar için de uygulama alanı bulur. Bununla beraber söz konusu işçiler için yıllık ücretli izin haklarının yanı sıra, “şua izni” olarak nitelendirilen bir izin hakkı daha mevcuttur. Şua izni, radyasyon ışınlarına maruz kalan kişilerin, bu maruziyetleri nedeniyle hak kazandıkları bir ek izin hakkıdır⁹.

Şua izni kavramı doktrinde bazı yazarlarca tanımlanmıştır. Bir yazara göre şua izni, sağlık kuruluşlarının radyolojik ışınlara maruz kalınan veya maruz kalma riski yüksek olan bölümlerinde çalışan sağlık personeline, sağlık hakkını dikkate alarak yıllık izin hakkına ek olarak dört hafta tatil hakkı veren izindir¹⁰. Başka bir tanıma göre, sağlık izni çalışanların sağlığını korumaya yönelik önlem niteliğinde olan ve yıllık izne ek olarak yıl içinde kullanılması zorunlu olan bir izindir¹¹. Şua izninin, çalışanların maruz kaldıkları ışın nedeniyle bu ışınlara maruz kalarak çalışanlara, yıllık izinlerine ek olarak tanınan bir izin hakkı olarak da tanımlanmaktadır¹². Görüldüğü üzere, şua iznine ilişkin yapılan tanımların ortak noktası ışınlara maruz kalanların sağlığının korunmasının amaçlandığına dikkat çekilmesi ve yıllık ücretli izin hakkına ek bir izin olduğunun vurgulanma-

8 Yıllık ücretli izne ilişkin bilgi için bkz. Sarper Süzek, İş Hukuku, 21. Bası, Beta, 2021, s. 866 vd.; Nuri Çelik/ Nürşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat/ Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta, 2023, s. 780 vd.; Ömer Ekmekçi/ Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku, 5. Bası, On İki Levha, 2023, s. 506 vd.; Öner Eyrenci/ Savaş Taşkent / Devrim Ulucan/ Esra Başkan, Bireysel İş Hukuku, 10. Bası, Beta, 2020, s. 335 vd.

9 Barlaz Us/Us, s. 90; Terzioğlu/ Koç, s. 249.

10 Olgaç, s. 338.

11 Barlaz Us/ Us, s. 90.

12 Boydak, s. 464.

sıdır. Aynı şekilde Yargıtay da isabetli olarak, şua izninin normal yıllık ücretli izinden ayrı kullanılması gereken bir izin türü olduğunu belirtmektedir¹³.

Şua izni, 3153 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, "...Doz limitlerinin aşılmaması için alınması gereken tedbirler ile aşıldığı takdirde izinle geçirilecek süreler ve alınacak diğer tedbirler Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir." Esasında Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname yürürlükten kaldırılmadan önce 24.maddesinde şua izninin kapsam ve süresi ayrıntılı olarak düzenlenmekteydi: "Bu gibi müesseselerde, her röntgen mütahassısının veya röntgen ve radyom ile işteğal eden kimsenin senede dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir". Günümüzde ise şua izni, 2023 tarihli "İyonlaştırıcı Radyasyon ve Radyonüklit Kullanılarak Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik"¹⁴in 8. maddesinde sağlık izni kenar başlığı altında düzenlenir:

"(1) Sadece iyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ve radyonüklitlerin kullanıldığı denetimli alanlarda çalışanlara yıllık izinlerine ilaveten sağlık izni verilir. İyonlaştırıcı radyasyon kaynağı ile çalışanlara verilecek sağlık izni süresi, bu çalışanların bir takvim yılı içerisinde denetimli alanlarda fiilen çalıştığı süreler dikkate alınarak bu Yönetmeliğin eki EK-2'de yer alan "Sağlık İzni Tablosu"nda belirtilen çalışma süresine göre belirlenir.

(2) Mobil röntgen veya skopi gibi hareketli cihazları kullanan iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı ile çalışanlara verilecek sağlık izni süresi, bu çalışanların bir takvim yılı içerisinde denetimli alanlarda fiilen çalıştığı süreler dikkate alınarak bu Yönetmeliğin eki EK-2'de yer alan "Sağlık İzni Tablosu"nda belirtilen çalışma süresine göre belirlenir.

(3) Denetimli alanlarda iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı cihazı kullanan çalışanların etkin doz aşımı halinde sağlık kurum ve kuruluşu tarafından sağlık izni hemen kullanılır.

(4) Sağlık izni bölünemez, yıl geçişlerinde üst üste kullanılamaz ve diğer yıla aktarılamaz.

(5) Denetimli alanlarda iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı ile çalışanlara verilecek sağlık izni süresi hesaplanırken doğum, ölüm, evlilik ve yıllık izin ile geçirilen süreler, çalışma süresine dahil edilmez."

Görüldüğü üzere, Yönetmelik oldukça ayrıntılı bir düzenleme öngörmüştür. Düzenlemede kimlerin, hangi şartlarla, ne kadar süre ile şua izni kullanabileceği açıkça düzenlenir. Bu noktada şu hususu belirtmek isteriz. Şua izni, denetimli alanlarda iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı cihazı kullanan çalışanlara tanınmış bir ek izindir. Buradaki amaç, sağlık için tehlike arz eden bir cihazın kullanımı nedeniyle belirli bir süre bu ışıklardan uzak kalarak, dinlenmesinin sağlanmasıdır. Yargıtay bir kararında şua izninin amacını şu şekilde açıklamıştır: "...Şua izni insan vücudunun radyasyondan, şuadan arındırılması için verildiğinden..."¹⁴ Dolayısıyla Yönetmelik'teki düzenleme yorumlanırken, şüphe halinde işçi lehine yorum yapılması isabetli olacaktır.

Örnek vermek gerekirse, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53.maddesinde, yıllık ücretli izne hak kazanmak için işyerinde işe başladığı günden itibaren deneme süresi de dâhil olmak üzere en az bir yıl kıdem şartı aranmasına yönelik düzenleme, radyasyona maruz kalarak çalışan işçinin şua izni hakkı bakımından dikkate alınmamalıdır. Nitekim şua iznine hak kazanmak bakımından Yönetmelik'in 8.maddesinde açıkça böyle bir şart bulunmadığından, bir yıllık kıdem süresi aranmaksızın bir takvim yılı içerisinde fiilen çalıştığı süreler dikkate alınarak, şua izni kullanılması gerektirir¹⁵. Yani işçi çalışmaya başladıktan sonra şua

13 Y.9.HD., E.2016/972, K. 2019/9865, T. 6.5.2019, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19/01/2024.

14 Y.9.HD., E.2017/10959, K.2019/13946, T.21.6.2019, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 31/01/2024.

15 Aynı görüşte bkz. Barlaz Us/ Us, s. 90; Boydak, s. 465; Gürkan Akalın, "Radyasyon ve Çalışma Yaşamına İlişkin Yasalar – Haklar", Sağlık Çalışanlarında Radyasyon Güvenliği-Skopi Sempozyumu (Ed. Hasan Doğan), TTB Yayınları, s. 44; Seçkin, s. 202-203. Aksi görüşte olan Olgaç'a göre, şua izni hakkının doğması için en az bir yıllık çalışma gerektiğinden, bir yıldan kısa süre çalışanlar orantılı olarak dahi bu haktan şua izni hakkından yararlanamayacaktır. Bu görüş için bkz. Olgaç, s. 117.

iznine hak kazanmak için en az bir yıllık çalışması beklenmemeli, bir yıldan önce iş sözleşmesi herhangi bir sebeple sona erse bile çalıştığı süre ile orantılı şekilde bu izne hak kazanmalıdır¹⁶. Aynı kabul, şua iznine hak kazanmak için işçinin gelecek şua izin hakları için geçmesi gereken hizmet süresi bakımından da geçerlidir. Bu halde de bir yıllık kıdem süresini doldurması beklenmez.

Nizamname yürürlükten kaldırılmadan önce ise Yargıtay'ın şua iznini hak etmek için işçinin bir yıl çalışması gerektiği, bir yıldan kısa süreli çalışmalar için orantılı şekilde şua izni süresi hesaplanmayacağı doğrultusunda farklı yönde kararları vardı. Yargıtay'ın Nizamname döneminde isabetli bulmadığımız bir kararında aynen şu ifadeye yer verilmiştir¹⁷:

"...6/5/1939 tarih ve 4201 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamnamesinin 24. maddesinde "Bu gibi müesseselerde, her röntgen müta-hassısının veya röntgen ve radyom ile iştigal eden kimsenin senede dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir." şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Dosya kapsamından davacının 2 yıl 2 ay 3 gün çalıştıktan sonra iş sözleşmesinin sona erdiği anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtilen madde metni dikkate alındığında, şua izninin verilebil-

mesinin 1 yıllık çalışma şartına bağlandığının ve iznin kesintisiz olarak kullanılması gerektiğinin düzenlendiği anlaşılmaktadır. Şu halde davacının tam yıl oluşturmaya sürelerdeki çalışması bakımından şua iznine hak kazanması mümkün değildir. Tam yıl oluşturmaya süre bakımından şua izninin kısıtelyevm usulüne göre hesaplanarak hüküm altına alınması hatalıdır..."

Yürürlükten kaldırılan Nizamname'deki düzenleme, Yönetmelik'ten daha farklı bir ifadeye sahiptir. Fakat Yönetmelik döneminde olduğu gibi, Nizamname dönemine ait uyumsuzluklarda da mutlaka bir yıl çalışma şartı aranmaksızın ve çalıştığı süre ile orantılı hesaplama yapılması, kanaatimizce şua izninin düzenlenme amacı dikkate alındığında daha isabetli olurdu.

B. Şua İznine Hak Kazanma Şartları

2023 tarihli "İyonlaştırıcı Radyasyon ve Radyonüklit Kullanılarak Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik" in 8.maddesinde şua iznine hak kazanma şartları düzenlenmiştir.

1. İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynağı ve Radyonüklit Kullanılan Kontrollü Alanlarda Çalışma Yapan Çalışan Olmalı

Şua izni hakkından yararlanmak için aranan ilk şart, radyasyona maruz kalmaya yol açacak çalışma yerine ilişkindir. Yönetmelik'in 8.maddesinde bu çalışma yeri "sadece iyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ve radyonüklitlerin kullanıldığı kontrollü alanlar" olarak ifade edilmiştir. İşte bu alanlarda çalışanlara yıllık ücretli izinlerine ek olarak şua izni kullandırılması gerekmektedir.

Bu noktada öncelikle "kontrollü alan" ifadesinin açıklanması önem kazanır ki, Yönetmelik'in tanımlara ilişkin 4.maddesinde kontrollü alan şu şekilde açıklanmıştır: "Radyasyondan korunmayı sağlamak veya radyoaktif kirliliğin yayılmasını önlemek amacı ile özel kuralların uygulandığı, radyasyonla çalışanların kişisel doz izlemelerinin yapıldığı, giriş çıkışların kontrole tabi olduğu ve görevi gereği radyasyonla çalışanlar için ardışık beş yılın ortalaması olan yıllık doz sınırlarının 3/10'undan fazla radyasyon dozuna maruz kalabilecekleri

16 Aynı yönde bkz. Akalın, s. 44; Seçkin, s. 204.

17 Y.22.HD., E.2017/24594, K.2019/19085, T.16.10.2019, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 01/02/2024. Yargıtay'ın 7. Hukuk Dairesi aynı yönde bir başka kararda da şu ifadelerle yer verilmiştir: "...6/5/1939 tarih ve 4201 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamnamesinin 24. maddesinde "Bu gibi müesseselerde, her röntgen müta-hassısının veya röntgen ve radyom ile iştigal eden kimsenin senede dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir." şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Dosya kapsamından davacının 2 yıl 10 ay 25 gün çalıştıktan sonra iş akdini haklı nedenle feshettiği anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtilen madde metni dikkate alındığında, şua izninin verilebilmesinin 1 yıllık çalışma şartına bağlandığının ve iznin kesintisiz olarak kullanılması gerektiğinin düzenlendiği anlaşılmaktadır. Şu halde davacının tam yıl oluşturmaya sürelerdeki çalışması bakımından şua iznine hak kazanması mümkün değildir. Tam yıl oluşturmaya süre bakımından şua izninin kısıtelyevm usulüne göre hesaplanarak hüküm altına alınması hatalıdır...". Bu karar için bkz. Y.7.HD., E.2015/4786, K.2015/20295, T.22.10.2015, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 01/02/2024.

alanları" ifade eder.

Yönetmelik'te kontrollü alan olarak tarif edilen çalışma yeri, çalışanın radyasyona maruz kalma ihtimalinin yüksek olduğu, yıllık doz sınırının belirli bir oranın üzerinde olduğu ve özel kuralların uygulandığı alanlardır. Bununla birlikte Yönetmelik, sadece kontrollü alanda çalışmaktan bahsetmemiş, ayrıca iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı ve radyonüklit kullanılan alan olmasını da aramıştır.

"Radyonüklit" ise aynı Yönetmelik'te, doğal veya nükleer reaksiyon ürünü elementlerin radyoaktif formu olarak ifade edilmiştir (m. 4). Yani Yönetmelik'te sayılı tipte radyasyon yayan bir alanda çalışma olması beklenmektedir. Bu tip radyasyon yayan alan olmasının ise "sadece" ifadesi kullanılmak suretiyle sınırlayıcı olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu nedenle sağlık kuruluşunda çalışan her sağlık çalışanı şua izni hakkında yararlanamayacak, iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı ve radyonüklit kullanılan kontrollü alanlarda çalışan sağlık çalışanı olması halinde bu haktan yararlanabilecektir.

Yine Yönetmelik'in 8.maddesinin geneline bakıldığında, "radyasyonla çalışan" ifadesine yer verildiği görülmekte olup, Yönetmelik'in radyasyona fiilen maruz kalınmasını aradığı anlaşılmaktadır¹⁸. Dolayısıyla radyasyona fiilen maruz kalmaksızın, sadece sekreterlik işi yapan, cihazdan rapor yorumlayan, hastaları içeri alıp, dışarı çıkaran sağlık çalışanı her ne kadar iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı ve radyonüklit kullanılan alanda çalışıyor olsa da doğrudan radyasyona maruziyeti yoksa şua izni kullanamayacaktır¹⁹.

Bu konuda Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir²⁰: "...Bu sebeple, röntgen servisinde çalışmak veya çalışırken Röntgen cihazlarının "yakınında bulunmak" suretiyle radyasyonun zararlı etkilerine maruz kalmanın mümkün olmadığı da belirtilmiş ve davacının herhangi bir şekilde zararlı radyasyona maruz kaldığı veya bu nedenle sağlığının etkilendiğine dair delil bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Dosyada davalı iş yerinde yetkili bulunan Radyoloji Uzmanı doktorun yazısında, davacının çalışmaları sırasında aktif radyasyon alanı dışında, sekreterlik ve filmleri hastalara verme göreviyle çalıştığı belirtilmiştir. Davacı bu göreve rağmen haksız uygulamalarla röntgen filmi çekimi işi yaptırıldığı iddiasını ispatlayacak delil dosyaya sunmamıştır...Mahkemece davacının şua iznine ilişkin alacağı, yapmış olduğu hizmetleri sırasında bulunduğu ortamda radyasyona maruz kalmayacağını tespit edilmesi nedeniyle hak kazanamayacağı kabul edilmişken..."

Kararı değerlendirdiğimizde, eğer radyasyon yayan cihazla fiilen çalışmaya da yakınında bulunması çalışanın radyasyona maruz kalmasına neden oluyorsa ya da maruz kalınan küçük dozların zamanla sağlığı etkilediği tespit edilebiliyorsa söz konusu çalışanın radyasyona maruz kaldığı yönünde karar verilmesi gerekir. Somut uyuşmazlık açısından karar isabetli kabul edilse bile, "röntgen servisinde çalışmak veya çalışırken Röntgen cihazlarının "yakınında bulunmak" suretiyle radyasyonun zararlı etkilerine maruz kalmanın mümkün olmadığı" şeklindeki ifade mutlak doğru kabul edilmemeli; cihazla olan mesafe, alınan güvenlik önlemleri, kontrollü alana yakınlık,

18 Danıştay'ın bu yöndeki kararı için bkz. Danıştay 12.Dairesi, E.1995/4317, K.1996/3220, T.15/10/1996. Aynı yönde Y.9.HD., E.2017/1963, K.2017/5361, T.30/03/2017, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19/01/2024.

19 Yargıtay tarafından onanan bir BAM kararında bu konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta şu şekilde ifadeler yer verilmiştir: "...davacının çalıştığı yerin gözetimli radyasyon alanı statüsünde olduğu zira iyonlaştırıcı radyasyon yayan yere komşu olan bilgisayar başında çalıştığı, davacının çalıştığı yer itibarı ile radyasyona hiç maruz kalmamasının mümkün olmadığı, ancak düzenli olarak tutulan dozimetre kayıtlarına göre maruz kaldığı radyasyon oranının °C olduğundan TAEK'e göre kabul edilebilir toplum üyesi kişilerin için ... doz sınırında olması nedeniyle 3153 Sayılı Kanun hükümlerine tabi olmadığından şua izni hakkı olmadığı ve fazla çalışma yönünden haftalık 35 saat değil 4853 Sayılı ... Kanunu uyarınca 45 saati aşan çalışmaların fazla çalışma sayılması gerekirken İlk Derece Mahkemesince şua izni ve fazla çalışma alacağına hüküm altına alınmasının isabetsiz olduğu...". Yargıtay'ın onama kararı için bkz. Y.9.HD., E.2022/7635, K.2022/10713, T.28.9.2022, www.kazanci.com.tr, 05/02/2024. Bu doğrultuda bkz. Seçkin, s. 191. Nizamname yürürlükteyken aynı görüşte bkz. Olgaç, s. 342-343.

20 Y.22.HD., E.2013/6451, K.2014/5011, T.06/03/2014, www.kazanci.com.tr, 05/02/2024.

çalışanın görev alanı gibi unsurlar açısından her uyumsuzluk ayrı değerlendirilmelidir. Nitekim bir Bölge Adliye Mahkemesi kararında, fiilen radyasyona maruz kalma şartı aranırken, çalışanın iyonlaştırıcı radyasyon yayan cihazla bizzat çalışıyor olması aranmamış, yakınında bulunmanın yeterli olduğu belirtilmiştir²¹.

Şunu da belirtmek isteriz ki; yürürlükten kaldırılan Nizamname'nin 22. maddesinde "*Hastahanelerde, röntgen ve radyom ile tam müddetle (günde 5 saat) çalışan kimseler,..*" ifadesine yer verilmiş, şua iznini düzenleyen 24. maddede ise "*Bu gibi müesseselerde...*"denilerek çalışma yeri, 22. maddede sayılan yerler ile sınırlandırılmıştır. Nizamname yürürlükteyken, şua izni kullanmak için hastanelerde röntgen mütehasısı veya röntgen ve radyom ile iştigal eden kimse olmak şartı aranmaktaydı. Bu durumda ise şua izninin hastane dışında başka bir sağlık kurumunda kullanılarak kullanılamayacağı ya da hastanenin özel veya kamu hastanesi olmasının fark edip etmeyeceği gibi hukuki sorunlar ortaya çıkabilmekteydi²². Bugün ise Yönetmelik, "hastane" ifadesine yer vermediğinden, sadece iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı ve radyonüklit kullanılan kontrollü alanların tümünde şua izni kullanılması mümkün hale gelmiştir.

Yönetmelik'in 8.maddesinin ilk cümlesinde "çalışanlar" denilerek, hem iş sözleşmesi ile çalışanların hem de kamu personelinin şua izni bakımından söz konusu düzenlemenin kapsamında olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla ister 4857 sayılı Kanun kapsamında iş sözleşmesi çalışan olsun, ister 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²³'na tâbi çalışan olsun tüm şartları haiz ise şua iznine hak kazanır. Bunun yanı sıra daha önce de belirttiğimiz üzere, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun

103.maddesinde de şua izni özel olarak düzenlenmiştir.

2. Mobil Röntgen veya Skopi Gibi Hareketli Cihazları Kullanan Radyasyonla Çalışan Olmalı

İyonlaştırıcı Radyasyon ve Radyonüklit Kullanılarak Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesinin ikinci fıkrasında, mobil röntgen veya skopi gibi hareketli cihazları kullanan radyasyonla çalışanlara şua izni verilebileceği düzenlenmiştir. Yani 8. maddenin birinci fıkrası kapsamına girmeyen, fakat mobil röntgen veya skopi gibi hareketli radyasyon yayan cihazları kullananlar da şua izni talep edebilecektir. Buradaki farklılık, esasında birinci fıkrada sabit bir kontrollü alanda radyasyonla çalışma yapılmasıyla, ikinci fıkrada ise hareketli cihazlarla radyasyonla çalışma söz konusu olmasıdır. Yönetmelik'te hareketli cihazlar sayılırken sınırlama yapılmamış, "gibi" ifadesine yer verilerek radyasyon yayan her türlü hareketli cihaz kapsama alınmıştır.

Söz konusu cihazlarla çalışanlara verilecek şua izni süresi, birinci fıkrada sayılan çalışanlarla aynı kurallara tâbi tutulmuş, aralarında herhangi bir farklılık yaratılmamıştır.

3. Radyasyon Doz Sınırının Aşılması

İyonlaştırıcı Radyasyon ve Radyonüklit Kullanılarak Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'in 8.maddesinin üçüncü fıkrasında, kontrollü alanlarda radyasyonla çalışanların maruz kaldıkları dozların, doz sınırlarını aşması hâlinde, bu çalışanlar için sağlık kurum ve kuruluşu tarafından sağlık izninin hemen kullanılacağına yer verilmiştir.

Doz sınırları ise Radyoloji Hizmetleri Yönetmeliği'nin 13. maddesinde yer alır. Bu Yönetmeliğe göre, radyasyonla çalışanlar için etkin doz sınırı yıllık 20 mSv'tir. Ancak ardışık beş yılın ortalaması 20 mSv'i geçmemek üzere tek bir yılda en fazla 50 mSv'e kadar izin verilebilir (m. 13/2). El, kol, ayak ve cilt için yıllık eşdeğer doz sınırı 500 mSv, göz merceği için ardışık beş yılın ortalaması 20

21 Ankara BAM, 8.HD., 2578/937, T.05/06/2020, www.lexpera.com.tr, 05/02/2024.

22 Nizamname yürürlükteyken de bir görüş tarafından hastane ifadesinin geniş yorumlanarak, radyolojik ışınlarla bağlı çalışmanın söz konusu olduğu tüm sağlık kuruluşlarında çalışan personelin şua izni hakkından yararlanabileceği kabul edilmekteydi. Bu görüş için bkz. Olgaç, s. 340-341.

23 RG.T. 04/02/2011, RG.S. 27836.

mSv'i geçmemek üzere tek bir yılda en fazla 50 mSv 'dir (m. 13/3).

Aynı şekilde Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği'nin onuncu maddesinde de doz sınırları benzer şekilde düzenlenmiştir: "Radyasyon görevlileri için etkin doz ardışık beş yılın ortalaması 20 mSv'i, herhangi bir yılda ise 50 mSv'i geçemez. El ve ayak veya cilt için yıllık eşdeğer doz sınırı 500 mSv, göz merceği için 150 mSv'dir. Cilt için en yüksek radyasyon dozuna maruz kalan 1 cm²'lik alanın eşdeğer dozu, diğer alanların aldığı doza bakılmaksızın ortalama cilt eşdeğer dozu olarak kabul edilir."²⁴

İşte bahsi geçen fıkralarda belirtilen doz sınırları aşıldığı anda, şua izni derhal kullanılmalıdır. Pekâlâ doz sınırlarının aşılmaması nasıl belirlenir? Yönetmelik bu soruya da 13. maddesinin birinci fıkrasında cevap vermiştir: Bu Yönetmeliğe uygun olarak kontrollü alanlarda iyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ile çalışan personel kişisel dozimetre kullanmak zorundadır. Girişimsel radyoloji ve floroskopik uygulamalarda iyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ile çalışan personel kişisel dozimetresine ek olarak el bileği veya yüzük dozimetresi taşır²⁵. Yıllık doz sınırları ile ilgili hususlarda NDK tarafından yapılan düzenlemeler esas alınır (m. 13/6).

Aynı maddenin farklı fıkralarında ise doz sınırlarının aşılması durumunda nasıl hareket edileceğine dair düzenlemelere yer verilmiştir. Kişisel dozimetri hizmeti, bu hizmeti vermek üzere NDK tarafından yetkilendirilen kuruluşlardan alınır (m. 13/7). Kişisel dozimetre sonuçları, NDK bünyesindeki Ulusal Merkezi Doz Kayıt Sistemine

gönderilir (m. 13/8). Kişisel dozimetre sonuçlarında doz sınırlarının aşıldığının tespit edilmesi halinde kişisel dozimetri hizmeti alınan kuruluş tarafından derhal radyoloji merkezine, üniteye veya gözetimli radyoloji birimine bildirimde bulunulur (m. 13/9). Kişisel dozimetre sonuçlarında aylık 2 mSv değerinin aşılması durumunda merkez sorumlusu ve radyasyondan korunma sorumlusu sorunun kaynağını inceleyip değerlendirir, varsa eksiklik ve aksaklıkların düzeltilmesi için gerekli tedbirleri alır ve NDK mevzuatı kapsamında işlem yapılır (m. 13/10).

Görüldüğü üzere, yıllık doz sınırının aşılmaması hususu, sadece radyasyona maruz kalan çalışanın şua iznini kullanma zamanına ilişkindir. Böyle bir halde işveren, derhal şua iznini kullanmalıdır. Buna karşılık Yönetmelik'te belirlenen doz sınırının aşılmamış olması, şua izni kullanılmasını engelleyici nitelikte değildir²⁶. Nitekim 8. maddenin ilk iki fıkrasında, radyasyon doz sınırının aşılması şeklinde bir şart aranmaksızın, sadece radyasyon kaynağı ile çalışanların şua izni süresinin nasıl belirleneceğine yer verilmiştir. Dolayısıyla ilk iki fıkradan, radyasyon ile çalışanlara doz limiti aşılsın ya da aşılmamasın, şua izni kullanılması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Son olarak eklemek isteriz ki, radyasyona maruz kalan çalışanın dozimetre taşıyor olması şua iznine hak kazanmadığı anlamına gelmez. Bu durumda keşif yapılarak çalışanın radyasyona maruz kalıp kalmadığı tespit edilebilir²⁷.

4. Şua İzninin Kesintisiz Kullanılması

Şua izninin kesintisiz şekilde kullanılmasına ilişkin düzenleme, Yönetmelik'in 8. maddesinin dördüncü fıkrasında yer almaktadır. Yönetmelik açıkça, şua izninin bölünemeyeceğini ifade ederek, bu iznin radyasyona maruz kalarak çalışanın belirli bir süre bu maruziyetten uzak kalması ve dinlenmesi amacıyla verildiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla şua izni, işçinin yıllık ücretli izin hakkına ilişkin İş Kanunu m. 56/4'teki tarafların an-

24 İsaetli bulduğumuz bir görüşe göre, radyasyon görevlisi olarak tanımlanabilmek için Yönetmelik'te yer alan doz sınırının aşılabilmek ihtimali yeterli kabul edilmelidir. Bu sınıra haiz sayılmak için, Yönetmelik'te belirtilen doz sınırının mutlak olarak aşılması aranmamalıdır. Bu görüş için bkz. Seçkin, s. 186.

25 Radyasyon ölçümlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Akif Tektaş, "Sağlık Sektöründe İyonlaştırıcı Radyasyona Maruz Kalan Çalışanlar İçin Uygulamadaki İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Araştırılması, Analizi Ve Çözüm Önerileri", İş Sağlığı ve Güvenliği Uzmanlık Tezi, Ankara 2016, 10.02.2024 tarihinde <https://www.csgb.gov.tr/media/90103/mehmetakiftektas.pdf>, adresinden erişildi, s. 13 vd.

26 Aynı görüşte bkz. Akalın, s. 44-45; Seçkin, s. 201.

27 Olgaç, s. 347; Seçkin, s. 201.

laşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere bölümler hâlinde kullanılabilir şeklindeki düzenlemeden ayrılmaktadır. Radyasyona maruz kalarak çalışan işçi, yıllık ücretli iznini işvereni ile anlaşarak bölümler halinde kullanabilecekken, şua iznini taraflar aksine anlaşma yapsa bile kesintisiz kullanır.

Şua izni kesintili şekilde, yani parça parça kullanılırsa hukuki sonucu ne olur? Bu sorunun cevabı ne 3153 sayılı Kanun ne de ilgili Yönetmelik'te yer alır. Buna karşılık Yönetmelik hükümünün mutlak emredici niteliği dikkate alındığında amaç, şua izninin kesintisiz kullanılmasıdır. Aksi halde bu iznin hiç kullanılmadığı sonucuna varılmalıdır²⁸. Kaldı ki Yargıtay'ın 2019 tarihli bir kararında²⁹ isabetli olarak bu yönde bir ifadeye yer verilmiştir:

"...Şua izni insan vücudunun radyasyondan, şuadan arındırılması için verildiğinden, bölüm bölüm kullanılması mümkün değildir. Açıklanan nedenler ile davacının klasik röntgen bölümünde çalışırken radyasyona maruz kaldığı ve şua iznine hak kazandığı tartışmasız olduğundan, davacının klasik röntgen bölümünde çalışırken hak kazandığı şua izni hakkı hesaplanarak, yıllık izin haricinde kesintisiz yıllık 4 hafta şeklinde kullanılmamış ise kısmi kullanımlar toplam hakkından düşülmeksizin hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Davacının MR bölümünde çalıştığı dönem bakımından, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu'ndan şua iznine MR bölümünde çalışırken de hak kazandığının bildirilmesi halinde hak kazandığı dönem bakımından şua izni hakkı hesaplanarak, yıllık izin haricinde kesintisiz yıllık 4 hafta şeklinde kullanılmamış ise kısmi kullanımlar toplam hakkından düşülmeksizin hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır..."

Şua izninin parça parça kullanılması halinde, şua izni hiç kullanılmamış sayıldığından, tüm süreye ilişkin ücretin hesaplanması gerekir. Bu durumda bir hususa daha dikkat edilmesi

önemlidir. Şua izni kesintili kullanılmış ise işverenin işçiye şua izninde olduğu için o döneme ilişkin çalışmaksızın ödediği ücret, hesaplanacak toplam şua izni alacağından mahsup edilmelidir. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir³⁰.

Yönetmelik'in sekizinci maddesinin dördüncü fıkrasında ayrıca şua izninin yıl geçişlerinde üst üste kullanılamayacağına da açıkça dikkat çekilmiştir. Nitekim şua iznin amacı gözetildiğinde, yıl geçişlerinde üst üste şua izni kullanılması mümkün olsaydı, çalışan takvim yılı içinde gerçek anlamda dinlenmiş olmayacaktı. Örneğin, 2022 yılının Aralık ayında şua izni kullanılan işçiye, hemen 2023 yılı başında fiilen çalıştığı süreler dikkate alınarak şua izni kullanılması geçerli olmayacaktır. Nitekim bu husus, şua izni süresinin belirlenmesinde "bir takvim yılı" içinde fiilen çalışılan sürelerin dikkate alınacağı şeklindeki sekizinci maddenin birinci fıkrasındaki ifadede de anlaşılmaktadır.

5. Şua İzninin Hak Kazanılan Yıl Kullanılması

Yönetmelik'in sekizinci maddesinin dördüncü fıkrasında son olarak, şua izninin diğer yıla aktarılamayacağı belirtilerek, şua izinlerinin yıl içinde hak kazanılıp da kullanılmamasının mümkün olmadığı, izinlerin birleştirilerek bir sonraki yıl kullanılması konusunda anlaşma dahi yapılamayacağı açıklanmıştır. Şua izninin amacı gözetildiğinde, son derece isabetli bir düzenleme olduğu

28 Nizamname yürürlükteyken aynı yöndeki görüş için bkz. Barlaz Us/Us, s. 90.

29 Y.9.HD., E.2017/10959, K.2019/13946, T.21.6.2019, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 31/01/2024.

30 "...Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının son dört yıl şua izinlerini bölünmeden kullandığı gerekçesiyle bu süreler dışlanarak bakiye sekiz yıl üzerinden alacağın hesaplanması yerindedir. Ancak davacının bu sekiz yıllık dönemde parça parça kullandığı şua izinlerine ait dönemlerde ödenen ücretlerinin, hesaplamada gözetilmesi yerinde değildir. Başka bir ifadeyle dosyada mübrez belgelerle sabit olduğu üzere önceki yıllarda bölünerek kullanılan şua izni dönemlerinde, davacıya çalışmadığı günler için de dönem ücreti üzerinden ücret ödemesi yapılmıştır. Her ne kadar şua izni bölünemez ise de davacının parça parça kullandığı şua izinlerinin ait olduğu aylarda, o izin dönemlerinde ödenen ücret miktarlarının davacının sekiz yıl üzerinden hesaplanan toplam şua izni alacağından mahsubu gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır. Kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir..." Bkz. Y.9HD., E.2022/8406, K.2022/14932, T.21.11.2022, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 31/01/2024.

nu söyleyebiliriz.

Yönetmelik hükmünün aksine bir anlaşma yapılırsa, bu anlaşma geçersiz kabul edileceği gibi; işveren izinlerin birleştirilerek bir sonraki yıl kullandırılması yönünde bir uygulamaya giderse, o yılın şua izni kullandırılmamış sayılmalıdır.

C. Şua İzni Süresinin Tespitinde Çalışma Süresinin Belirlenmesi

Şua iznine hak kazanmak için aranan şartları haiz olan sağlık çalışanı bu izni kullanır, işveren de bu izni kullandırmak zorundadır. Şua izni kaç gün olarak kullanılır sorusuna cevap aranırken, konuya ilişkin yürürlükten kaldırılan ve yürürlükte olan mevzuat açısından farklılık olduğunu görürüz.

Yürürlükten kaldırılan Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname'nin 24. maddesinde şua izni süresi, radyasyonla çalışanlar için yılda dört hafta olmak üzere sabit bir süre olarak belirlenmişti: "...Bu gibi müesseselerde, her röntgen mütahassısının veya röntgen ve radyom ile iştigal eden kimsenin sene de dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir..."

Halen yürürlükte olan İyonlaştırıcı Radyasyon ve Radyonüklit Kullanılarak Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'te ise şua izni süresi, bir takvim yılındaki fiili çalışma süresi dikkate alınarak kademeli olarak belirlenmiştir. Fiili çalışma süresi arttıkça, şua izni süresi de artmaktadır. Yönetmelik'in 8. maddesinin birinci fıkrasına göre, radyasyonla çalışanlara verilecek şua izni süresi, bu çalışanların bir takvim yılı içerisinde kontrollü alanlarda fiilen çalıştığı süreler dikkate alınarak, Yönetmelik EK-2'de yer alan "Sağlık İzni Tablosu"nda belirtilen çalışma süresine göre belirlenir. Mobil röntgen veya skopi gibi hareketli cihazları kullanan radyasyonla çalışanlara verilecek sağlık izni süresi de aynı esaslara bağlıdır (m. 8/2).

"Sağlık İzni Tablosu"nu incelediğimizde ise çalışma süresinin bir takvim yılı içinde fiilen 0-50 saat olması halinde bir gün olarak şua izni kul-

landırılabilceği düzenlemesi ile kademelendirmenin ilk ayağının oluşturulduğu görülür. Bundan sonra şua izni süresi her seferinde birer gün artırılarak toplam otuz kademedede belirlenmiştir. Yani şua izni süresi asgari bir gün, azami otuz gündür. Otuz günlük şua iznine hak kazanmak için bir takvim yılı içinde kontrollü alanlarda fiilen 1451-1500 saat çalışmak aranır. Bu tablodan çıkan sonuç, bir takvim yılı içerisinde kontrollü alanlarda örneğin, fiilen sadece bir saat çalışmış bile olsa bir günlük şua iznine hak kazanılacağıdır. Yönetmelik ekinde, süreklilik arz edecek şekilde radyasyona maruz kalınması aranmamış, çok kısa süreli maruziyet bile toplum için belirlenen doz sınırı üzerinde kalmak gibi diğer tüm şartlar mevcut ise şua iznine hak kazanmak için yeterli görülmüştür.

Toplum için belirlenen doz sınırına ise "Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği"³¹'nin onuncu maddesinin birinci fıkrasının b bendinde yer verilmiştir. Buna göre, toplum üyesi kişiler için etkin doz yılda 1 mSv'i geçemez. Özel durumlarda; ardışık beş yılın ortalaması 1 mSv olmak üzere yılda 5 mSv'e kadar izin verilir. Cilt için yıllık eşdeğer doz sınırı 50 mSv, göz merceği için 15 mSv'dir.

Tablodan çıkan bu sonuç ise geçmişte yaşanan hak kayıplarını ortadan kaldırması bakımından önemlidir. Şöyle ki Yönetmelik öncesi dönemde, Nizamname'nin 24. maddesinde, şua iznine hak kazanmak için ne kadar süre radyasyona maruz kalarak çalışılması gerektiği yer almıyordu. Nizamname'de röntgen mütahassısının yanı sıra röntgen ve radyom ile iştigal eden kimsenin de şua izni olduğuna açıkça yer verilmiş ve bu iznin kullanımı bakımından herhangi bir başka sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla Nizamname'nin 24. maddesi uyarınca, röntgen ve radyom ile iştigal eden kimse olduğu ve Atom Enerji Kurumu'ndan alınması gereken belgelere sahip olduğu belirlenen çalışanlara, toplum üyesi kişiler için belirlenen doz limiti aşılmış olmak şartıyla, radyasyon yıllık doz limiti aşılmış olsun ya da olmasın kanaatimizce şua izni kullandırıl-

31 RG.T.03.2000, RG.S. 23999.

ması gerekmektedir³².

Yargı kararlarında ise, genellikle çalışanın radyasyona maruz kalarak çalışmasının süreklilik arz etmesi bekleniyor, kısa süreli radyasyona maruz kalınması şua izni talep etmek için yeterli bulunmuyordu. Bunun nedeni ise mülga Radyasyon Güvenliği Tüzüğü³³'nün ikinci maddesinin birinci fıkrasının K bendinde, radyasyon görevlisi tanımlanırken sürekli olarak denetimli alanlarda veya radyasyon kaynaklarıyla çalışan kişi olmasının aranmasıdır³⁴. Bu nedenle de kısa süreli maruziyetlerde şua izni talebi mahkemeler tarafından reddediliyordu. Örneğin, Yargıtay 2023 tarihli bir kararında³⁵ kanaatimizce isabetsiz şekilde "...davacının sürekli görev yaptığı çalışma alanının endoskopi ünitesi olduğu, kurumda yapılan incelemede ünite içerisinde ilave skopi cihazının bulunmadığının saptandığı, buna göre radyon maruziyetinin bulunmadığının belirlendiği, davacının ara sıra görev yaptığı (skopi cihazı eşliğinde yapılan ERCP, Bilier ve GİS stentleri takılıp çıkarılması gibi) işlemlerin denetimli alanlarda yapılan işlemler sayılmakla ve farklı bir çalışma alanı bulunduğundan radyasyona maruziyeti olmakla birlikte süreklilik arz etmediğinin, ara sıra bu alanda çalışması nedeniyle radyasyon görevlisi sayılmaması gerektiğinin tespit edildiği,...bu kapsamda davacının radyasyon görevlisi sayılmayacağından 3153 Sayılı Kanun gereğince radyasyon çalışanlarına sağlanan haklardan yararlanmayacağı..." ifadesine yer vererek, davacının kontrollü alanda çalıştığı ve radyasyona maruz kaldığı tespit edilmiş olmasına

rağmen, bu maruziyet "süreklilik" arz etmediği için şua izni hakkından yararlanamayacağına yer vermiştir.

Bu konuda örneğin 657 sayılı DMK kapsamında çalışan dış hekim için verilen bir Danıştay kararında³⁶ şu ifadeler yer alır: "...Dairemizin 6.3.1996 günlü, E:1995/4317 sayılı ara kararına verilen cevabının incelenmesinden, dış hekimlerinin radyoaktif ışınlar (Alfa-Beta-Gama) ile çalışmayıp, iyonizan ışın olan X ışınları (röntgen ışını) ile film çektikleri, diğer yandan dış hekimlerinin radyasyondan korunmak için herhangi bir önlem alınmasa bile, maksimum dozu aşmadan yılda 5.000 adet dış filmi çekebileceği anlaşılmıştır. Bu durumda röntgenle ortalama günde 3 adet dış filmi çekerek çalışan ve bu nedenle sağlık izni verilmesini gerektirecek oranda radyoaktif ışınlarla maruz kalmayan ve ayrıca iyonizan ışınlarla çalıştığı anlaşılan davacıya, 657 sayılı Yasanın 103. maddesine göre yıllık iznine ilaveten bir aylık sağlık izni verilmemesinde hukuka aykırılık bulunmayıp, bu yoldaki işlemin iptaline ilişkin idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir..."

Başka bir Danıştay kararında³⁷ ise "...Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi üzerine düzenlenen raporda dış hekimlerinin radyoaktif ışınlar (Alfa-Beta-Gama) ile çalışmayıp, iyonizan ışın olan X ışınları (Röntgen ışını) ile film çektikleri, davacının görev yaptığı dış kliniğinin yıllık çalışma yükünün 538-677 film arasında olup tatiller çıktıktan sonra 240 çalışma günü esas alındığında günlük ortalama röntgen filmi çekim sayısının 2.44 olduğu, bu miktarın çok düşük olup radyasyonla ilgili işlerde çalışan kişiler için uluslararası ve TAİK'in kabul ettiği doz seviyesinin altında olduğu, dış kliniklerinin röntgen, radyum ve benzeri ışınlar ile çalışan laboratuvarlar olmadığı ve kişinin devamlı olarak radyasyon ile 5 saat çalışmadığı belirtilmiştir. Bu durumda, röntgenle daimi olarak günde beş saat çalışmayan ve bilirkişi raporunda belirttiği üzere kendisine sağlık izni verilmesini gerektirecek

32 Şua iznine hak kazanmak için toplum üyesi kişiler için belirlenen doz limitinin üzerinde olma şartının aranması, doza maruz kalma olasılığının yeterli olması şeklindeki aksi görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Aksi görüşte bkz. Seçkin, s.202. Nitekim doza maruz kalma olasılığı şua iznine hak kazanmak için yeterli değildir, şua izni yeni düzenlemelerle belirli süre radyasyonla çalışarak toplum üyesi kişiler için belirlenen doz limiti üzerinde radyasyona fiilen maruz kalan çalışanların sağlığının korunması amacıyla düzenlenmiştir.

33 RG.T. 07.09.1985, RG.S.18861. Radyasyon Güvenliği Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Karar (Karar Sayısı: 7742), RG.T. 28/09/2023, RG.S.32353.

34 Y.9.HD., T.13/03/2019, E.2019/1755, K.2019/5564, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 05/02/2024.

35 Y.9.HD., E.2023/9615, K.2023/13605, T.3/10/2023, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 05/02/2024.

36 Danıştay 12. Dairesi, E.1995/4317, K.1996/3220, T.15/10/1996, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 05/02/2024.

37 Danıştay 5. Dairesi, E.1993/4219, K.1993/4014, T.27/10/1993, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 05/02/2024.

biçimde radyoaktif ışınlarla maruz kalmayan davacıya, 657 sayılı Yasanın 103. maddesine göre yıllık iznine ilaveten bir aylık sağlık izni verilmemesinde hukuka aykırılık bulunmayıp, bu yoldaki işlemin iptaline ilişkin idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir...”

Söz konusu kararlarda, radyasyona maruziyet bakımından “maksimum dozu” aşmaktan ve “radyasyonla daimi olarak günde beş saat çalışmaktan”, aksi halde ise şua iznine hak kazanılamayacağından bahsedilmiştir. Hâlbuki kanaatimizce, kararda iyonlaştırıcı radyasyonla çalıştığı tespiti yapılan dış hekimleri için maksimum dozu aşmadığı ya da günlük kaç röntgen filmi çektiği gibi kriterler önem arz etmeksizin, toplum için belirlenen doz sınırı üzerinde radyasyona maruziyeti varsa şua izni kullandırılması gerekmektedir.

Aynı şekilde daimi olarak günde beş saat çalışma şartı, şua iznine hak kazanmak için aranan bir şart olmayıp, radyasyonla günlük azami çalışma limiti olarak mülga mevzuatta yer almaktaydı. Nitekim şua iznine hak kazanmak için ne 3153 sayılı Kanun ne de uyuşmazlığın tâbi olduğu mülga Nizamname’de radyasyon doz sınırı ya da günlük çalışma sınırı şeklinde bir şart aranmaktaydı. Nizamname’nin 24. maddesinde radyasyon görevlisi olmanın dışında, röntgen veya radyom ile işgal eden kişi bakımından da şua izni verilmesi yönünde düzenleme mevcuttu. Bu nedenle sağlık kuruluşunda radyasyona maruz kalan dış hekimleri çalışmak, şua iznine hak kazanmak bakımından Nizamname’nin 21 ve 24. maddeleri uyarınca yeterliydi. Aynı değerlendirmemiz, işçi statüsündeki dış hekimleri ile yürürlükteki Yönetmelik dönemi için de geçerlidir.

Sonuç olarak Yönetmelik yürürlüğe girdikten sonra, “süreklilik”, “uzun süreli maruziyet”, “radyasyonla çalışmanın görev tanımında yer alıyor olması” gibi ek kriterler aranması beklenmeksizin, bir takvim yılı içerisinde kontrollü alanlarda, radyasyona maruz kalarak bir saat hatta daha az süre çalışmış olsa bile şua iznine hak kazanılacak şekilde düzenleme getirilmiştir. Kanaatimizce

geçmişte, yargı kararlarında radyasyonla çalışmasına rağmen kısa süreli ve kesintili olduğu için şua izni talepleri reddedilen çalışanların hak kayıplarının önlemesi açısından bu düzenleme isabetlidir. Kaldı ki Radyasyon Güvenliği Tüzüğü de yürürlükten kaldırıldığından, radyasyon görevlisi için aranan “süreklilik” radyasyona maruziyet olgusunun aranmasının dayanağı kalmamıştır. Son dönemde yargı kararlarında da süreklilik olgusunun esnekleştirildiği görülmektedir³⁸.

Kuşkusuz geçmiş dönemde, çalışma süresine bakılmaksızın radyasyona maruz kalan çalışanlar için kademelendirme olmadan, dört haftalık şua iznine hak kazanılması dikkate alındığında, günümüzdeki düzenlemede yer alan kademelendirme sonucunda şua izni kullanılacak gün sayısı bazı çalışanlar için azalabilecektir. Bu husus eleştiriye açıktır. Fakat kanaatimizce, çalışma süresine göre yapılan kademelendirme geçmiş döneme göre çalışanlarca hak kaybı olarak ileri sürülebilirse de maruziyet süresi ile orantılı olarak şua izni süresi arttığından adaletli olarak da görülebilir. Sonuç olarak radyasyona maruziyet arttıkça, hak kazanılan şua izni süresi de doğru orantılı şekilde artar.

D. Şua İzninin Kullanılmasına İlişkin Esaslar

İş Kanunu’nun 54. maddesinin dördüncü fıkrasında, işçinin her hizmet yılına karşılık, yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanacağı ifadesine yer verilmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise işçinin gelecek izin hakları için geçmesi gereken bir yıllık hizmet süresinin bir önceki izin hakkının doğduğu günden başlayarak, gelecek hizmet yılına doğru hesaplanacağı öngörülmüştür.

Şua iznini düzenleyen “İyonlaştırıcı Radyasyon ve Radyonüklit Kullanılarak Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik”te bu yönde açık bir hüküm yoktur. Oysaki yürürlükten kaldırılan “Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon

³⁸ Gaziantep BİM, 3.İDD, T.28/11/2017, 1761/1777, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 02/02/2024.

Kaynakları ile Çalışan Personelin Radyasyon Doz Limitleri ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik³⁹'in 8. maddesinin 11. fıkrasında, radyasyon kaynağı ile çalışan personelin sağlık izni yılı içerisinde kullanılır şeklinde özel bir düzenleme mevcuttur. Günümüzde ise yürürlükteki mevzuat dikkate alınarak, şua izni bakımından yorum yapılması gerekir.

İlk olarak Yönetmelik'in 8. maddesinin birinci fıkrasında, şua izni süresinin hesabında bu çalışanların "bir takvim yılı içerisinde" kontrollü alanlarda fiilen çalıştığı sürelerin dikkate alınacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla İş Kanunu'nda yıllık ücretli izin hesabından farklı olarak şua izin hesabı, bir önceki izin hakkının doğduğu günden başlayarak gelecek hizmet yılına doğru hesaplanmaz. Şua izni için önemli olan takvim yılıdır. Bunu somutlaştırırsak, örneğin Eylül 2022'de çalışmaya başlayan işçinin şua izni, Aralık 2022'nin son gününe kadar çalıştığı fiili sürelerin dikkate alınması ile hesaplanacaktır. Bir sonraki şua izni süresi ise Eylül 2023'ten itibaren hesaplanmaz. Bu süre, 1 Ocak 2023 ile 31 Aralık 2023 tarihi arasında kontrollü alanda fiilen çalıştığı süreler dikkate alınarak belirlenir.

İkinci olarak şua izin süresi hesaplanırken, bir takvim yılı içinde kontrollü alanda fiilen çalışılan süreler dikkate alınacağından, işçi şua iznini bir sonraki takvim yılı içinde kullanabilecektir. Bu noktada ise Yönetmelik'in 8. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan şua izninin, yıl geçişlerinde üst üste kullanılamayacağı düzenlemesi önem kazanır. Aynı örnekten devam edersek, Eylül 2022'de çalışmaya başlayan işçinin 31 Aralık 2022 tarihine kadar kontrollü alanda fiilen çalıştığı süreler dikkate alınarak hesaplanan şua izni süresini, 2023 yılı içinde kullanması esastır. Fakat bu düzenleme gereği işveren, işçinin hak kazandığı bu izni Aralık 2023'te kullanıp, 2023 takvim yılı içinde hak kazandığı şua iznini ise Ocak 2024'te kullanıramaz. Aksi halde Yönetmelik'teki düzenlemeye aykırı olarak izinleri üst üste kullanmış olur. Bu bakımından isabetli olan, işverenin işçi-

nin hak kazandığı şua iznini, bir sonraki takvim yılının sonuna doğru ve işçinin de talebini dikkate alarak kullanmasıdır.

E. Şua İzninin Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları

Şua izni, Yönetmelik'in 8. maddesindeki şartları taşıyan işçiye mutlaka kullanılması gereken bir ek izin hakkı olarak düzenlenmiştir. Kuşkusuz uygulamada, bu iznin işverenler tarafından işçiye kullanılmaması ihtimali mevcuttur. Bu durumun hukuki sonucu, 3153 sayılı Kanun ile ilgili Yönetmelik'te yer almaz. Nitekim bu düzenleme yapılırken, iyiniyetli şekilde ihlal edilmeyeceği düşünülerek yaptırım getirilmemiş olabilir. Fakat bu durum, düzenlemenin ihlal edilmesi halinde yaptırımsız kalacağı anlamına da gelmez. Böyle bir durumda genel hükümlerden ve yargı kararlarından hareket edilerek bir hukuki sonuca varılabilir.

Şua izni hakkından yararlanmanın mutlak emredici olarak düzenlendiği dikkate alındığında, bu hakkın kullanılmaması halinde iş sözleşmesi devam ederken ücrete dönüştüğünü kabul etmek isabetli olmayacaktır⁴⁰. Bu konu, iş sözleşmesi sona erdiğinde hak edip de kullanılmamış olan şua izni ile iş sözleşmesi devam ederken önceki yılların şua izninin kullanılmaması hali olarak ikiye ayrılarak incelenebilir.

Öncelikle belirtelim ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nun sözleşmenin sona ermesinde izin ücreti kenar başlıklı 59. maddesinde, iş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücretinin, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödeneceği açıkça düzenlenmiştir. İş Kanunu'nda iş sözleşmesi sona erdiğinde hak edip de kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkında özel bir düzenleme olmasına rağmen, 3153 sayılı Kanun ile

39 RG.T.05.07.2012, RG.S. 28344.

40 Terzioğlu/Koç, şua izninin ücrete dönüşmeyeceğini ifade etmelerine rağmen, işçinin iş sözleşmesi şua izin hakkını kullanmadan sona ererse, hukuki sonucunun ne olacağı hakkında bir görüş bildirmemişlerdir. Bkz. Terzioğlu/Koç, s. 250.

ilgili Yönetmelik'te şua izni bakımından böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu durumda işverenden beklenen, iş sözleşmesi devam ederken şua izni hakkından işçiyi yararlandırmasıdır. Buna rağmen iş sözleşmesi sona ererken herhangi bir nedenle bu izin hakkını kullan(a)mamışsa, izin hakkının tamamen ortadan kalktığını ifade etmek de adaletli olmaz. Bu durumda işçi, bir hak kaybı yaşadığından, bunun telafi edilmesi gerekir. En isabetli yol, yıllık ücretli izne ilişkin düzenlemeden kıyasen yararlanarak, işçinin hak kazanıp da kullanamadığı şua izninin, iş sözleşmesi hangi nedenle sona ermiş olursa olsun, iş sözleşmesi sona erdiği tarihte ücrete dönüştüğünün kabulüdür⁴¹. Bu kabul, aşağıda ele alınacağı üzere zamanaşımının başlangıcı yönünden de işçinin lehine olacaktır. Zamanaşımı, şua izninin ücrete dönüştüğü tarih olan iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren hesaplanacağından, işçinin geçmiş dönemde hak edip de kullanmadığı şua izinlerinin zamanaşımı defî nedeniyle reddedilmesinin önüne geçilecektir.

Geçmiş dönemde Yargıtay, şua iznini fazla çalışma benzeri alacak olarak kabul edip, İş Kanunu'nda açıkça düzenlemediğinden, işçinin sözü edilen zaman dilimi içinde çalıştırılması halinde, çalışma karşılığı olmaksızın alması gereken ücret yanında, ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanan çalışılan süre ücreti kadar "tazminatın" ödenmesi gerektiği yönünde karar vermektedir. Bu yönde bir kararda aynen şu ifadeler yer almaktaydı⁴²: "... Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının üroloji uzmanı olarak çalıştığı, davalı kurum tarafından 2005 yılından sonra şua izinlerinin kullandırıldığı, önceki çalışmalar için şua izni kullandırılmadığı anlaşılmaktadır. 3153 sayılı nizamnamenin 21 ve 22. Maddesinde röntgen ve radyom ile çalışanların günlük azami çalışma süresi günlük 5 saat olarak belirlenmiştir. İşçinin çalışmasının yasaklandığı dönemde çalışma karşılığı olmaksızın ücret hakkı

bulunmaktadır. Aynı dönemde işçinin çalıştırılması halinde, işverence işçinin zararının da karşılanması gerekir. Sözü edilen çalıştırma yasağı, yıllık izin olarak değerlendirilemeyeceğinden iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine son ücretten izin ücreti olarak talep mümkün olmasa da, işçinin çalıştırılmasının yasaklandığı dönemde çalışması halinde işçinin zararının tazmin edilmesi gerekir. Mahkemece davacının son ücreti üzerinden yapılan hesaba göre alacaklar hüküm altına alınmıştır. Ancak şua izni fazla çalışma benzeri alacak olduğundan ve İş Kanununda açıkça düzenlemediğinden, işçinin sözü edilen zaman dilimi içinde çalıştırılması halinde çalışma karşılığı olmaksızın alması gereken ücret yanında, ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanan çalışılan süre ücreti kadar tazminatın ödenmesi gerekir. Mahkemece çalışılan dönem ücretine göre yeniden hesaplama yapılarak sonuca gidilmelidir..."⁴³

Son dönemde ise Yargıtay'ın görüş değiştirerek, şua izninin son ücret üzerinden hesaplanacağına dair kanaatimiz yönünde karar verdiği anlaşılmaktadır⁴⁴.

İkinci hal olarak, işçinin iş sözleşmesi devam ederken, talebi üzerine veya talebi olmaksızın şua iznini kullanmayıp, karşılığının ücret olarak ödenmesi mümkün değildir⁴⁵. Keza Yargıtay bir kararında, "...Şua izni yıllık izin ücretinden ayrı olarak 3153 Sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname ile sağlanan dinlenme hakkı olup çalışırken ücrete dönüşmesi mümkün

43 Şua izninin ücret alacağına dönüşmeyeceği, dolayısıyla sadece işçinin zararının tazmin edilmesinin mümkün olduğu, işçinin sözü edilen zaman dilimi içinde çalıştırılması halinde çalışma karşılığı olmaksızın alması gereken ücret yanında, ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanan çalışılan süre ücreti kadar tazminatın ödenmesi şeklinde Yargıtay'ın kararları yönündeki görüş için bkz. Olgaç, s. 345-346; Boydak, s. 466.

44 Bu yönde bir kararda "...Somut uyuşmazlıkta, hükme esas alınan bilirkişi raporunda şua izni alacağına davalının son ücreti üzerinden hesaplanması gerekirken, ait olduğu dönem ücreti üzerinden hesaplanması hatalıdır..." ifadesine yer verilmiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., E.2015/32289, K.2019/4787, T.26.2.2019, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 01/02/2024.

45 Aynı yönde bkz. Olgaç, s. 345; Boydak, s. 466.

41 Aynı yönde bkz. Seçkin, s. 203-204.

42 Y.9.HD., E.2009/36989, K. 2012/5590, T. 23.2.2012, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 01/02/2024.

olmadığından ... sözleşmesi devam ettiği sürede bu alacağın muaccel olması söz konusu değildir..." ifadesine yer vererek bu hususu vurgulamıştır⁴⁶. Aksine bir uygulama yapılması halinde işçi, iş sözleşmesi sona erdikten sonra bir uyuşmazlık çıktığında, geçmiş yıllarda kullanmadığı izinlerin karşılığını kanaatimizce son ücreti üzerinden talep edebilir. Bu halde daha önce kendisine ödenen ücretlerin mahsup edilmesi isabetli olur.

F. Şua İzni Alacağı Bakımından İspat Kuralları

Şua izni alacağına ilişkin bir uyuşmazlık çıkması halinde ispat yükü özel bir düzenlemeye konu olmadığından herhangi bir özellik arz etmez. Dolayısıyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴⁷'nin ispat yükü kenar başlıklı 190. maddesinin birinci fıkrasında yer alan genel kural, şua izni alacağı bakımından da uygulanır. Buna göre ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir.

Bu düzenlemeden yola çıktığımızda, şua izninin kullandırılmaması nedeniyle şua izni alacağı bulunduğu iddiasıyla işçi tarafından açılacak davada, şua iznine ve şua izni alacağına hak kazandığını ispat yükü işçide olacaktır. Buna karşılık işveren ise şua izninin kullandırıldığını ispat yükü altındadır. Örneğin, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kararında⁴⁸ "...Mahkemece davacının şua iznine ilişkin alacağı, yapmış olduğu hizmetleri sırasında bulunduğu ortamda radyasyona maruz kalmayacağını tespit edilmesi nedeniyle hak kazanamayacağı kabul edilmişken..." ifadelerine yer verilerek, davacının şua iznine hak kazanma şartlarını haiz olduğunu ispat edememesi dolayısıyla şua izni alacağı talebi reddedilmiştir.

Şua izni alacağının ispatında her türlü delilden yararlanılabilir. Fakat bu uyuşmazlıklar özelinde "keşif" ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim davacının

işyerindeki çalışma yeri ve çalışma şekli bakımından radyasyona fiilen maruz kalıp kalmadığının, ne kadar süre ile radyasyona maruz kalmış olabileceğinin, işyerinde kontrollü alan bulunup bulunmadığının ve bu alanın mevzuata uygun olup olmadığı belirlenmesi gibi hususlarda keşif yoluna başvurulması beklenir. Yukarıda yer verilen ispat yüküne ilişkin 2013/6451 esas numaralı aynı kararda, işçinin şua izni alacağına hak kazanıp kazanmadığının tespitinde, işyerinde Radyoloji uzmanının yazısı ve benzeri diğer deliller yanında, keşif yoluna da gidilerek sonuca varıldığı görülmektedir: "...Keşif sırasında davacının görev yaptığı yerler olarak gösterdiği alanların röntgen cihazlarının kurulu olduğu ve radyasyon güvenliği yönetmeliğinde "denetimli alanlar" olarak tanımlanan radyasyona maruz kalma riski taşıyan yerler içerisinde olmadığı bilirkşi raporu ile tespit edilmiştir. Yine aynı keşifte adı geçen hastanede bulunan röntgen cihazlarının kanun ve yönetmeliklere uygun olarak kurulmuş olduğu, radyasyon güvenliği yönetmeliğine uygun olarak korunma tedbirlerinin alınmış olduğu, TAEK tarafından incelendiği ve radyasyon güvenliği lisansı verildiği tespit edilmiştir. Bu sebeple, röntgen servisinde çalışmak veya çalışırken Röntgen cihazlarının "yakınında bulunmak" suretiyle radyasyonun zararlı etkilerine maruz kalmanın mümkün olmadığı da belirtilmiş ve davacının herhangi bir şekilde zararlı radyasyona maruz kaldığı veya bu nedenle sağlığının etkilenmediğine dair delil bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Dosyada davalı iş yerinde yetkili bulunan Radyoloji Uzmanı doktorun yazısında, davacının çalışmaları sırasında aktif radyasyon alanı dışında, sekreterlik ve filmleri hastalara verme göreviyle çalıştığı belirtilmiştir. Davacı bu göreve rağmen haksız uygulamalarla röntgen filmi çekimi işi yaptırıldığı iddiasını ispatlayacak delil dosyaya sunmamıştır..."

Aynı şekilde toplum için belirlenen doz sınırının aşılmış olmadığı, mevzuattaki maksimum doz sınırına ulaşıp ulaşılmadığının tespiti için de davacının varsa kişisel dozimetresinin kayıtları da dikkate alınmalıdır. Ancak bu noktada tekrar dikkat çekmek isteriz ki radyasyona maruz kalan çalışanın dozimetre taşıyor olması tek başına

46 Y.9.HD., E.2022/8406, K.2022/14932, T.21.11.2022, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 01/02/2024.

47 RG.T. 04.02.2011, RG.S. 27836.

48 Y.22.HD., E.2013/6451, K.2014/5011, T.06/03/2014, www.kazanci.com.tr, 05/02/2024.

şua iznine hak kazanmadığı anlamına gelmez. Zira böyle bir durumda, keşif yapılarak çalışanın radyasyona maruz kalıp kalmadığı tespit edilebilir⁴⁹. Yargıtay tarafından onanan bir BAM kararında dozimetre kayıtlarının dikkate alındığı anlaşılmaktadır: "...ancak düzenli olarak tutulan dozimetre kayıtlarına göre maruz kaldığı radyasyon oranının 'C olduğundan TAEK'e göre kabul edilebilir toplum üyesi kişiler için ... doz sınırında olması nedeniyle 3153 Sayılı Kanun hükümlerine tabi olmadığından şua izni hakkı olmadığı ve fazla çalışma yönünden haftalık 35 saat değil 4853 Sayılı ... Kanunu uyarınca 45 saati aşan çalışmaların fazla çalışma sayılması gerekirken İlk Derece Mahkemesince şua izni ve fazla çalışma alacağına hüküm altına alınmasının isabetsiz olduğu..."⁵⁰

G. Şua İzni Alacağıın Zamanaşımı Süresi ve Faiz

Şua izni alacağıın zamanaşımı süresi ise borç ilişkisinden doğan alacaklar için Türk Borçlar Kanunu m. 146'da belirlenen on yıllık süredir. Nitekim yıllık ücretli izinden farklı olarak, İş Kanunu ek m.3'te şua izni, beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanacak alacaklar arasında sayılmamıştır.

İş sözleşmesi sona erdikten sonra hak edip de kullanılmayan şua iznine ilişkin alacağın zamanaşımı süresinin başlangıcı da önem arz eden bir konudur. Zira yıllık ücretli izin hakkı bakımından İş Kanunu'nda yine özel bir düzenleme vardır. İş Kanunu'nun 59. maddesinde "...Bu ücrete ilişkin zamanaşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar." şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek, esasında yıllık ücretli iznin ücrete dönüşerek bir alacak hakkı doğurduğu an olan iş sözleşmesinin sona erdiği tarih zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak kabul edilmiştir.

Şua izni bakımından ise belirttiğimiz üzere bu yönde özel bir düzenleme mevcut değildir. Fakat iş sözleşmesi sona erdiğinden, işçinin artık bu izni kullanması olanaklı değildir. Bu nedenle

yıllık ücretli izne ilişkin düzenleme kıyasen uygulanarak, iş sözleşmesi sona erdiği anda şua iznin ücret alacağına dönüştüğü kabul edilmelidir. Böylelikle zamanaşımı süresi de ücret alacağına dönüştüğü andan, yani iş sözleşmesi sona erdiği tarihten itibaren hesaplanmalıdır. Bu nedenle Yargıtay'ın şua iznine ilişkin alacağına hangi tarihte hak kazanılmışsa, o tarihte zamanaşımı süresinin başlayacağı yönündeki kararları isabetli değildir⁵¹.

Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2021 tarihinde, isabetli olarak kanaatimiz yönünde bir karara varmıştır⁵²: "...Somut uyuşmazlıkta; hükme esas alınan bilirkişi raporunda, şua izni ücreti hesabında zamanaşımı def'i, fazla mesai ücretinde olduğu gibi değerlendirilmiş ise de bu kabul hatalıdır. Şua izin ücretinde zamanaşımı def'i yıllık izin ücreti gibi değerlendirilmelidir, başka bir deyişle iş akdinin fesih tarihinden itibaren zamanaşımı gözetilmelidir. Şua izin ücreti fesihle birlikte paraya dönüşeceğinden, bu alacak talebi için zamanaşımı fesihle birlikte işlemeye başlayacaktır. Açıklanan nedenle hükmün bozulması gerekmektedir..."

Şua izni alacağına ilişkin faiz bakımından ise bu alacak, geniş anlamda ücrete dâhil olmadığından, Yargıtay⁵³ tarafından isabetli olarak, ya-

51 "...Şua izin alacağı yukarıda da belirtildiği üzere fazla çalışma benzeri çalışma karşılığı olduğundan zamanaşımı da fesihden itibaren değil, şua iznine hak kazanma tarihinden itibaren dikkate alınmalıdır. Davalının zamanaşımı itirazı değerlendirilemediğinden karar bu yönden hatalıdır..." Bu karar için bkz. Y. 9.HD., E.2009/36989, K. 2012/5590, T. 23.2.2012, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 01/02/2024.

52 Y.9.HD., E.2020/5953, K.2021/3837, T.15.2.2021, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 01/02/2024. Aynı yönde bkz. Y.9.HD., E.2020/4230, K.2021/1802, T.21.1.2021, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 01/02/2024. Benzer yönde bir kararda da şua iznin çalışırken ücrete dönüşemeyeceği ve bu nedenle iş sözleşmesinin devam ettiği sürede muaccel olmasının ve zamanaşımına uğramasının söz konusu olamayacağı vurgulanmış, iş sözleşmesi sona erdikten sonra ise yıllık izin gibi son ücret üzerinden hesaplanacağı belirtilmiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., E.2020/5049, K.2021/5141, T.25.2.2021, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 01/02/2024.

53 Y.9.HD., E.2016/2547, K.2019/12571, T.29.5.2019, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 02/02/2024. Aynı yönde bkz. Y.9.HD., E.2010/3062, K.2012/9626, T.22.3.2012, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 02/02/2024.

49 Olgaç, s. 347; Seçkin, s. 201.

50 Yargıtay'ın onama kararı için bkz. Y.9.HD., E.2022/7635, K.2022/10713, T.28.9.2022, www.kazanci.com.tr, 05/02/2024.

sal faiz uygulanması gerektiği kabul edilmektedir: "...Şua izni alacağı geniş anlamda ücret içinde yer almadığından 4857 Sayılı Kanun'un 34. maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilemez. O halde, şua izni alacağı için uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır. Mahkemece şua izni alacağına bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmesi isabetsizdir..."

Sonuç

Radyasyona maruz kalarak çalışma, çalışanın sağlığını önemli ölçüde etkileyebilecektir. Bu nedenle dinlenme süresi bakımından iş mevzuatındaki düzenlemelerden farklı hükümler öngörülümüştür.

Radyasyona maruz kalan çalışanların dinlenme sürelerine ilişkin temel hukuki kaynak olan 1937 tarihli 3153 sayılı Kanun halen yürürlüktedir. Bunun yanı sıra dinlenme sürelerine ilişkin ayrıntılı hükümler Yönetmeliklerle düzenlenir. Radyasyonla çalışanların farklı hukuki düzenlemelere tâbi tutulmasındaki amaç ise işçinin sağlığının korunması ekseninde radyasyona maruz kaldıkları sürenin en aza indirilerek, dinlenme sürelerinin sağlanmasıdır.

Radyasyona maruz kalarak çalışanlar için, özel bir düzenleme öngörülmedikçe, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan dinlenme sürelerine ilişkin düzenlemeler aynen uygulama alanı bulacaktır. Bununla beraber söz konusu işçiler için özel bir dinlenme süresi daha getirilmiştir. Mevzuatta "sağlık izni" olarak yer alan, uygulamadaki bilinen ismiyle "şua izni" yıllık ücretli izne ek bir izin hakkı olarak 3153 sayılı Kanun ek m. 1 ile 2023 tarihli Yönetmelik'in 8. maddesinde düzenlenmiştir.

Yönetmelik'te şua iznine ilişkin ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Buna rağmen uyumsuzluk doğması halinde düzenleme yorumlanırken "işçinin sağlığının" söz konusu olduğu unutulmadan, şüphe halinde hükümlerin işçi lehine yorumlanması kanaatimizce isabetli olacaktır. Bu konuda verilebilecek en iyi örnek, ilgili Yönetmelik'te şua iznine hak kazanma şartı olarak "bir yıllık kıdem

süresi"nin aranmamasıdır. Bu durumda şua iznine hak kazanma bakımından kanaatimizce bir yıl çalışma şartı aranmamalı, işçi bir yıl dolmadan işten ayrılmış ise şua izni çalıştığı süre ile orantılı olmak üzere işçiye kullanılmalıdır.

Şua iznine hak kazanmak için Yönetmeliğin 8. maddesine göre, sadece iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı ve radyonüklit kullanılan kontrollü alanlarda çalışma yapan sağlık çalışanı olmak şarttır. Dolayısıyla mülga Nizamname döneminden farklı olarak, çalışma yerinin mutlaka "hastane" olması gerekmez. Kısacası Yönetmelik'te, iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı ve radyonüklit kullanılan sağlık kurumunun kontrollü alanlarının tümünde radyasyona fiilen maruz kalınması beklenmektedir. Yönetmelik, sabit bir kontrollü alan olmaksızın mobil röntgen veya skopi gibi hareketli cihaz kullanarak radyasyona maruz kalanları da şua iznine hak kazanma şartları bakımından aynı kuralara tâbi tutmuştur.

Şua iznine hak kazanma bakımından ilgili Yönetmelik'in 8. maddesinin 3. fıkrasında ise maruz kalınan doz sınırının aşılması halinde, sağlık izninin hemen kullanılması yer alır. Ancak şunu belirtmek isteriz ki doz sınırının aşılması şua iznine hak kazanma bakımından aranan bir şart değildir. Doz sınırı aşılmamış olsa bile toplum için belirlenen sınırın üzerinde radyasyona maruz kalan çalışanlar, diğer şartların varlığı halinde şua iznine hak kazanır. Doz sınırının aşılmış olması, sadece şua izninin kullanılma zamanı bakımından önem arz eder.

Şua izni, mevzuatta düzenlenme amacı da gözetilerek, kesintisiz kullanılması gereken bir izindir. Nitekim ilgili Yönetmelik'te de bu husus özel olarak düzenlenmiştir. Kesintili kullanılması halinde ise Yargıtay'ın kararlarında yer aldığı üzere, bu iznin hiç kullanılmamış sayılması ve tüm süreye ilişkin ücret hesaplanması isabetlidir. Eğer şua izni kesintili kullanılırken işveren, izinde olduğu dönem için çalışmaksızın ücret ödemiş ise bu ücretin, toplam şua izni alacağından mahsup edilmesi gerekir.

Mülga Nizamname döneminde, şua izni rad-

yasyona maruz kalan çalışanlar için yılda dört hafta olarak düzenlenmişti. 2023 tarihli Yönetmelik'te ise bir takvim yılı içindeki radyasyonla fiilen çalışılan süre dikkate alınarak kademeli olarak bir ila otuz gün olarak belirlenmiştir. Söz konusu kademeler ise Yönetmelik EK-2'de "Sağlık İzni Tablosu" altında yer alır. Bu tablodan çıkan en önemli sonuç ise geçmişte, Yargıtay'ın isabetsiz bulduğumuz kararlarından farklı olarak, bir takvim yılı içinde 0-1 saat süre radyasyona maruz kalarak çalışılmış olsa bile bir günlük şua iznine hak kazanılmasıdır. Böylelikle mevzuatta olmasına rağmen, Yargıtay'ın radyasyona sürekli maruz kalınmasını aradığı, devamlı olarak günde beş saat radyasyonla çalışılmasını beklediği ya da radyasyon azami doz sınırının aşılmasını şart saydığı isabetsiz kararlarının önüne geçilmiştir.

İlgili Yönetmelik'in sekizinci maddesi gereği, şua izni bir önceki izin hakkının doğduğu günden başlayarak hesaplanmaz. Şua iznine hak kazanma zamanı hesaplanırken önemli olan takvim yılıdır. Buradan çıkan sonuç ise şua iznine hak kazanan işçinin bir sonraki takvim yılı içinde bu iznini kullanması gerektiğidir. Nitekim ilgili Yönetmelik'in sekizinci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan, şua izninin yıl geçişlerinde üst üste kullanılamayacağına ilişkin düzenleme de burada anlam kazanır.

Son olarak şua izni, gerekli şartları taşıyarak hak kazanan işçiye mutlaka kullanılmalıdır. Bu duruma ilişkin hukuki sonuç ilgili mevzuatta açıkça yer almaz. Fakat bu ihlal, yaptırımsız da bırakılamaz. Bu noktada İş Kanunu'nun 59. maddesindeki düzenlemenin kıyasen uygulanması en isabetli çözüm yolu olacaktır. Bu kabul, 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcının şua izninin ücrete dönüştüğü an olan iş sözleşmesinin sona erme tarihine ötelenmesi nedeniyle işçinin de lehine olacaktır. Belirtmek isteriz ki, şua izni iş sözleşmesi devam ederken ücrete dönüşmez. Şua izninin ücrete dönüşmesi, ancak iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte hak kazanılıp da kullanılmayan şua izinleri bakımından geçerlidir. Şua izni alacağına uygulanacak faiz ise şua izni geniş anlamda ücrete dahil olmadığından yasal faizdir.

KAYNAKÇA

- Akalın, G. (2019). Radyasyon ve Çalışma Yaşamına İlişkin Yasalar – Haklar. Sağlık Çalışanlarında Radyasyon Güvenliği-Skopi Sempozyumu 21 Ekim 2018 (Ed. Hasan Doğan). TTB Yayınları. 40-45.
- Akdağ, T./Sarıyıldız, L. (2012). Elektromanyetik Alanlara Maruziyet Sonrası Gözlenen Bazı Biyokimyasal Değişiklikler. Cumhuriyet Medical Journal. 34, 534-539.
- Barlaz Us, S./ Us K. (2021). Türkiye'de Radyasyon Çalışanlarının Mevzuattan Kaynaklanan Hakları. Lokman Hekim Dergisi. 11 (1), 83-93.
- Boydak, A. B. (2019). İşyerinde Radyasyona Maruz Kalabilecek İşçiler İçin Çalışma Süreleri ve İzin Hakkı. TBB Dergisi. 141, 455-468.
- Coşkun, Ö. (2011). İyonize Radyasyonun Biyolojik Etkileri. Süleyman Demirel Üniversitesi Teknik Bilimler Dergisi. 2011. 1/2, 13-17.
- Çelik, N./Canıklıoğlu, N./Canbolat, T./Özkara, E. (2023). İş Hukuku Dersleri, 36.Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Ekmekçi, Ö./Yiğit, E. (2023). Bireysel İş Hukuku. 5. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D./Baskan, E. (2020). Bireysel İş Hukuku. 10. Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Olgaç, S. C. (2015). İş Hukukunda Şua İzin Alacağı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme. TBB Dergisi, 117, 337-362.
- Öztürk, Y. E./Türktemiz, H./Akdağ, T. (2017). Dozimetre Taşıyan Sağlık Çalışanlarında İş Yükünün İyonlaştırıcı Radyasyon Risk Algısına Etkisi. Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi. 20/2, 143-155.
- Seçkin, M. T. (2021). Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları İle Çalışan İşçilerin Pandemi Dönemindeki Çalışma Esasları. Sicil İş Hukuku Dergisi. 45, 183-208.
- Tektaş, M. A. (2016). Sağlık Sektöründe İyonlaştırıcı Radyasyona Maruz Kalan Çalışanlar

İçin Uygulamadaki İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Araştırılması Analizi ve Çözüm Önerileri. İş Sağlığı ve Güvenliği Uzmanlık Tezi. 10.02.2024 tarihinde <https://www.csgb.gov.tr/media/90103/mehmetakiftectas.pdf>, adresinden erişildi.

- Terzioğlu, A./Koç, Y. K. (2016). Radyasyon Riskine Tabi Çalışanlara, Çalışma Hayatında Sağlanan Haklar. Mali Çözüm Dergisi. 138, 247-253.
- Yaşar, S./Saygın, M./Çetinkaya, G./Parpar, T. (2014). Girişimsel Radyolojideki Sessiz Tehlike. SDÜ Tıp Fakültesi Dergisi.21/4, 151-157.

Necla DOĞAN CEYLAN*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2024/I Sayı 51: 141-167
Makale Gönderim Tarihi: 28 Şubat 2024
Makale Kabul Tarihi: 7 Mart 2024

Yargıtay Kararları Işığında İşverenin Eşit Davranma Borcu

Öz

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit davranma ilkesi" başlıklı 5. maddesinde ayrımcılık yapma yasağı düzenlenmiş, ayrıca öğretilerde ve Yargıtay kararlarında "ayrımcılık tazminatı" olarak ifade edilen tazminata ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu çalışmada Yargıtay kararları kapsamında** 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki düzenleme ile ilgili ilkeler

açıklanacak, ayrıca ayrımcılık tazminatının kötüniyet tazminatı, iş güvencesi tazminatı, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde hüküm altına alınan sendikal tazminat ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde düzenlenen haksız fesih tazminatı ile ilişkisi incelenecektir.

Anahtar Sözcükler:

Eşit davranma borcu, ayrımcılık, kötüniyet, sendikal tazminat, haksız fesih tazminatı.

The Employer's Obligation of Equal Treatment in the Light of the Court of Cassation Decisions

Abstract

The prohibition of discrimination is regulated in article 5 of the Labour Law No 4857 titled "The principle of equal treatment" and provisions regarding compensation referred to as "Discrimination compensation" are given in the doctrine and Court of Cassation decisions. In this article within the scope of the Court of Cassation decisions the principles regarding the regulation in article 5 of the Labour Law No 4857 will be

explained and in addition the provision of discrimination compensation, bad faith compensation, job security compensation, provision in article 25 of the Trade Unions and Collective Labour Agreements Law No 6356 the union compensation under the law and its relationship with termination unfairly compensation regulated in article 438 of the Turkish Code of Obligations No 6098 will be examined.

Keywords:

Obligation of equal treatment, discrimination, bad faith, union compensation, unfairly termination compensation.

* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi, n.ceylan75.nc@gmail.com, ORCID: 0009-0009-3213-2482.

**Bu çalışmada yer verilen Yargıtay kararları Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminden (UYAP) alınmış ve kişisel verilerden arındırılmıştır.

Giriş

I. Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yapma Yasağı

1. Hukuki Dayanağı

İşverenin iş sözleşmesinden doğan borçlarından biri de ayrımcılık yapmama ve eşit davranma borcudur.¹ Eşitlik ilkesinin temelinde *adalet* ve *hakkaniyet* düşüncesi yatar. Adaletin eşitlik ilkesinden ayrı düşünülmesi olanaksızdır.²

Türk iş hukukunda eşitlik ilkesinin hukuksal dayanağını 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın (Anayasa) 10. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun (4857 sayılı Kanun) 5. maddesi oluşturmaktadır.³ Anayasa'nın 10. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasına göre "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*" Eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların

kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.⁴ Anayasa'nın 10. maddesi "*ayrımcılık yasağı*" biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin, anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekir. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir.⁵ Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere Anayasa'nın 10. maddesinin hem ayrımcılık yasağını hem de eşit davranma yükümlülüğünü düzenlediği kabul edilmelidir.

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu fıkranın öğretisi ve Yargıtay kararlarında "*mutlak ayırım yasakları*"nın düzenlediği kabul edilmektedir.

Ayrımcılık, kişinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesinin beklenemeyeceği bir özelliği nedeniyle o kişiye farklı uygulama yapma anlamına gelmektedir.⁶

Öte yandan 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılı nedenler sınırlı olarak düzenlenmemiştir. Maddenin yazımında "*benzeri sebepler*" ifadesinin yer alması da bu sonuca varılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla işveren maddede sayılmış bulunan ayırım yasaklarının yanında haklı bir nedene dayanmayan, ayırım oluşturan başka bir nedene dayalı olarak herhangi bir işlem yaptığında da ayrımcılık yasağına aykırı davranmış olacaktır.⁷

1 Türk Dil Kurumu Sözlüğünde borç sözcüğünün anlamlarından biri "Birine karşı bir şeyi yerine getirme yükümlülüğü"; yükümlülük ise "yapılması zorunlu olan iş veya bir işi yapma zorunluluğu, mecburluk, mükelleflik, yüküm, mecburiyet..." olarak tanımlanmış olup bu çalışmada borç ve yükümlülük sözcükleri aynı anlama gelmek üzere kullanılacaktır. Ayrıca terminoloji açısından öğretilerde işverenin eşit davranma borcu yönünden ayırım yapma yasağı ve dar anlamda eşit davranma borcu veya ayırım yapma yasağı ve genel anlamda eşit davranma borcu şeklinde ayrımlar yapılmakta ise de bu çalışmada Yargıtay kararları da dikkate alınarak ayrımcılık/ ayırım yapma yasağı ve eşit davranma borcu ifadeleri tercih edilmiştir.

2 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 23. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul 2023, 468.

3 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin gerekçesinde de "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..." şeklinde açıklamaya yer verilmiştir. Kanun'un gerekçesine 13.01.2024 tarihinde *tmm.gov.tr* adresinden erişildi.

4 Anayasa Mahkemesi (AYM) 08.12.2011 T., 2010/119 E., 2011/165 K., Resmî Gazete: 14.02.2012, 28204.

5 AYM 25.06.2014 T., Başvuru Numarası: 2014/256, Resmî Gazete: 05.07.2014, 29051.

6 Ugan Çatalkaya, Deniz: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayırım Yasağı", Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 2021/2, 861.

7 Yıldız, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, 2008, 63; aynı yönde Tuncay Senyen Kaplan, E.:

Yargıtay'ın bir kararında da "...Mutlak ayırım yasakları olarak nitelenebilecek hâller 5 inci maddenin ilk fıkrasında sayılmıştır. İlgili hükümde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı öngörülmektedir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerekir. Fıkra da sayılan hâller sınırlı olmayıp bu hâllere benzer nedenlerle de işveren ayırım yasağını ihlal edemez. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi, siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi sebepler benzeri sebepler kapsamında değerlendirilebilir..." şeklindeki açıklamayla bu hususa vurgu yapılmıştır.⁸

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında bazı iş sözleşmesi türleri yönünden ayrımcılık yasağına yer verilmiş, diğer fıkralarda da biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça iş sözleşmesinin yapılmasında, iş şartlarının oluşturulmasında ve sona ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Öğretide 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin başlığının "Eşit davranma ilkesi" olmasına rağmen maddede ayırım yasaklarının düzenlendiği, genel anlamda eşit davranma borcuna yer verilmediği, ancak Anayasa'nın 10. maddesinde hem ayrımcılık yapma yasağının hem de bunun dışında genel anlamda eşit davranma borcunun hüküm altına alındığı, "Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlığını taşıyan 11. maddesindeki hüküm nedeniyle Anayasa'nın 10. maddesinin özel hukuk ilişkilerinde de yatay düzeyde uygulanacak olmasından ötürü Anayasal eşitlik ilkesinin tüm hukuk düzeninde ve bu arada iş ilişkilerinde de geçerli genel bir ilke niteliği taşıdığı

⁸ "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", TBB Dergisi, 2017 (Özel Sayı), 236.

8 9. Hukuk Dairesi (HD) 16.05.2023 T., 2023/1603 E., 2023/7165 K.

belirtilmektedir.⁹ Yargıtay da aynı görüştedir.¹⁰

Ayrımcılık yapmama ve eşit davranma borcunun işverenin yönetim hakkını sınırlandırdığı açıktır.¹¹ Ayrımcılık yasakları temelde temel hak ve özgürlüklerle ilişkili iken eşit davranma borcu daha çok işverenin yönetim hakkı ile ilgilidir.¹² İşçilerin hak ve özgürlüklerden eşit yararlanabilmelerini sağlama ve böylece işyerinde çalışma barışının korunması amacıyla işverenin sözleşme özgürlüğü ve yönetim yetkisinin sınırları, kişinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesi beklene-meyecek özelliklerine dayanan ayrımcı bir uygulama yapmama ve eşit durumdaki işçilere eşit davranılması kuralı ile çizilmektedir. İşverenin işçileri arasında farklı bir uygulama yapabilmesinin gerekçesi ise ayrımcılık kriterlerine dayanmayan, objektif, haklı nedenler olabilecektir.¹³

Belirtilmelidir ki, iş hukuku yönünden yukarıda içeriğine yer verilen Anayasal ve yasal düzenlemeler yanında Devletimizin tarafı olduğu birçok uluslararası sözleşme ve diğer hukuki metinlerde de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına ilişkin hükümler bulunmaktadır.¹⁴

2. Niteliği

Eşit davranma borcu, herkesi mutlak olarak

9 Süzek, 473-474; Yıldız, Eşit İşlem, 65; Ulucan, Devrim: "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık": Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, 372; aynı yönde Demircioğlu, A. Murat/Korkmaz, Doğan/Kaplan, Hasan Ali: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, Genişletilmiş, 4. Baskı, İstanbul 2018, 115.

10 "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi kural olarak işverenin ayırım yapma yasağını düzenlemekte, bütün hukuk düzenimizde geçerli olan Anayasa'nın 10. maddesi ise işverene hem ayırım yapma yasağını hem de genel anlamda eşit davranma borcunu yüklemektedir..." Hukuk Genel Kurulu (HGK) 30.09.2021 T., 2018/(22)9/592 E., 2021/1129 K. Ayrıca 9. HD 22.12.2020 T., 2020/3651 E., 2020/19572 K.

11 Ulucan, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", 372-373; 9. HD 17.03.2021 T., 2020/9093 E., 2021/6337 K.

12 Yenisey Doğan, Kübra: "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 2006/4, 66.

13 Ugan Çatalkaya, Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni, 867; aynı yönde Kandemir, Murat/Yardımcıoğlu, Didem: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 30-31, 2014, 2.

14 Ayrıntılı bilgi için Yıldız, Eşit İşlem, 34 vd.

eşit kılmak anlamında düşünülmemelidir. Farklı çalışma koşullarına tabi işçiler için eşitlik ilkesinden söz edilemez. Bu durumdaki işçiler arasında ayırım yapılabilir.¹⁵ Başka bir deyişle işveren çalıştırdığı işçilerin kıdemi, vasıfları (örneğin eğitim durumu, yabancı dil bilgisi, tecrübesi) yaptığı işin niteliği, işin tehlikeli olup olmaması gibi objektif nedenleri ya da işçinin verimliliği ve performansı gibi subjektif nedenleri dikkate alarak farklı işlem yapabilir.¹⁶ ¹⁷Bu yönüyle eşit davranma borcu olumlu ve olumsuz nitelikte olmak üzere iki yükümlülüğünden oluşmaktadır. İşçiler arasında haklı bir neden olmadıkça ayırım yapmama, bu borcun olumsuz yanını, haklı nedenlerin varlığı hâlinde ayırım yapma yükümlülüğü ise borcun olumlu yanını oluşturur.¹⁸

15 Çelik, Nuri/Canıklıoğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Baskı, İstanbul 2020, 439; Süzek, 473; Yıldız, Eşit İşlem, 65; Kandemir/Yardımcıoğlu, 4; Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 9. Baskı, İzmir 2016, 195; aynı yönde Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022, 724, 726; Uşan, Fatih/Erdoğan, Ersin/Erdoğan, Canan: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2021, 182.

16 Aynı yönde Süzek, s.473; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/ Ulucan Devrim: İş Hukuku, 10 Baskı, İstanbul 2020, 165; Narmanlıoğlu, Ünal: Ferdi İş İlişkileri, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2014, 327-328, Ulucan, Devrim: "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", 377.

17 "...Somut uyuşmazlıkta; davacı, davalı işveren tarafından işçiler arasında maaş zamları konusunda ayrımcılık yapıldığı, diğer çalışanların ücretine daha fazla zam yapılmasına rağmen kendisinin ücretine daha az zam yapıldığı ve kendisinden sonra işe başlayan çalışanların bile daha fazla ücret aldığı iddiası ile iş akdini haklı nedenle feshettiğini belirterek kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur...Sonuç olarak aynı bölümde çalışan K.'in eğitim durumu ve performans olarak ve G...pozisyon ve performans olarak davacıdan daha üstün durumdadır. İşveren eğitim durumu, kıdem ve performans gibi objektif nedenlere bağlı olarak yönetim hakkı çerçevesinde farklı oranlarda zam yapabilir ve buna bağlı olarak farklı miktarlarda ücret ödeyebilir. ... davalı işveren tarafından işçilere farklı oranlarda zam yapılmasının ve farklı miktarlarda ücretler ödenmesinin objektif nedenlerini dosyaya sunduğu belgelerle ortaya koyduğundan davalının eşit davranma borcuna aykırı davrandığının söylenemeyeceği ve davacının iş akdinin feshinin haklı nedene dayanmadığı anlaşıldığından kıdem tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." 9. HD 10.12.2018 T., 2015/28698 E., 2018/22722 K.

18 Kandemir/Yardımcıoğlu, 4.

Yargıtay da bir kararında "...Eşitlik ilkesinin iki görünümü vardır. Biri mutlak eşitlik, diğeri nispi eşitliktir. Mutlak eşitlikten amaç kanunun herkese eşit olarak uygulanma zorunluluğudur. Nispi eşitlikte ise aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tabi tutulmasıdır. Eşit olmayanlara farklı kurallar uygulanması(nın) eşitlik ilkesine aykırı..." olmadığını belirtmiştir.¹⁹

"Mutlak ayırım yasakları" denilen dil, ırk, renk, cinsiyet gibi Kanun'da öngörülen bu durumların uygulanması ya da göz önüne alınması için başka bir hususun gerçekleşmesine gerek yoktur. Özellikle, dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasal veya felsefi düşünce (inanç), mezhep ve benzeri nedenlerin mevcudiyeti yeterli olup herhangi bir karşılaştırmaya konu yapılamazlar. Zira bunlar doktrinde "mutlak ayırım yasağı" olarak nitelendirilmektedir. Buna karşılık "nispi ayırım yasakları"nda iş sözleşmesinin türü, mesleğin niteliği ya da başka nedenlerle işveren işçiler arasında farklı işlem yapamaz. Ancak benzer durumdaki kişiler arasında bir kıyaslama yapılması gerekir.²⁰ Yargıtay'a göre de "...aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratılmamalıdır. İşçilerin kişisel niteliklerinden bağımsız olarak önceden belirlenmiş bir esasa göre ücret ödemesi yapılıyor ise, bu göreve atanan işçilere önceden belirlenen esasa göre öngörülen ücretin ödenmesi gerekir. Aynı nitelikteki işçilerden bir kısmını koruyucu hükümler dışında tutmak hem Anayasa'nın eşitlik ilkesine, hem de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki temel kurala uygun düşmez.... Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir..."²¹

19 9. HD 23.03.2010 T., 2010/6862 E., 2010/7768 K.

20 Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, 325; Ulucan, Devrim: "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", 375 vd.

21 9. HD 17.03.2021 T., 2020/9093 E., 2021/6337 K. sayılı kararı. HGK'nın 16.09.2021 T., 2017/(22)9-3193 E., 2021/1025 K., 06.02.2013 T., 2012/9-847 E., 2013/200 K. 9. HD'nin 16.05.2023 T., 2023/1603 E., 2023/7165, 24.11.2020 T., 2016/32146 E., 2020/16554 K., 10.12.2018 T., 2015/28698 E., 2018/22722 K., 16.05.2018 T., 2015/32477 E., 2018/12025 K. sayılı kararları da aynı yöndedir.

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasında cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan ayrımcılığın yanı sıra dolaylı ayrımcılık da yasaklanmış ancak bu kavramların tanımı yapılmamıştır. Dolaylı ayrımcılık hâllerinde görünüşte yasaklanan ayrımcılık nedenleri ile ilgisi bulunmayan işveren kararı, davranışı veya işleminin bir cinse mensup kişileri diğer cinse mensup kişilere göre özel olumsuz bir duruma soktuğu, olumsuz biçimde etkilediği, ayrımcılık teşkil eden ölçüt, karar ve davranışın hukuken meşru sayılabilecek bir nedenle de haklılaştırılmadığı, dolaylı ayrımcılık ile görünenin ötesine geçilerek tarafsız görünen ölçütler arkasındaki ayrımcı olguların kavranmaya çalışıldığı, örneğin işe almada uygulanacak ortalamanın üzerindeki bir boy ölçütünün görünürde cinsiyetle bir ilgisi olmamasına rağmen bu boy şartını erkeklerin sağlama olanağı kadınlara göre ciddi anlamda daha yüksekse boy koşulunun dolaylı ayrımcılığın göstergesi olabileceği de ileri sürülmektedir.²² 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun (6701 sayılı Kanun) "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin (e) bendinde de dolaylı ayrımcılık benzer şekilde tanımlanmıştır.²³ Yargıtay'ın da dolaylı ayrımcılıkla ilgili kararları bulunmaktadır.²⁴

3. Koşulları

Eşit davranma borcunun varlığı için bazı koşulların bulunması gerekmektedir. Zira eşit davranma borcu ancak aynı işyerinde çalışan işçilere karşı söz konusu olabilir ("*işyerinde birlik*"). Yine karşılaştırılacak durumların aynı zaman dilimi içinde meydana gelmesi ("*zamanda birlik*"), karşılaştırma yapılmasına imkân verecek "*birden fazla işçiyi ilgilendiren kolektif bir uygulama*"nın mevcut olması gerekir.²⁵ Yargıtay'ın da aynı kriterleri benimsediği görülmektedir.²⁶ İşverenin bir atıfet, ikram veya hediye olarak verdiği şeyler nedeniyle işçileri arasında eşit davranma borcunu ihlal ettiği söylenemez; işçilerin birinin düğününde eşine altın takması, diğerinin düğününde aynı şekilde davranmaması bu borca aykırılık değildir.²⁷

Aynı çalışma koşullarına tabi birden fazla işyerinde çalışan işçiler ile devralınan işyerlerinde çalışan işçiler açısından da işverenin eşit davranma

rimcilik söz konusudur.... Somut uyumsuzlukta, davalı işverenin fesihden önce aldığı kararların uygulanması, kısa çalışma ödeneği başvurusunda, ücretsiz izin uygulamasında aleyhine dava açan işçiler ile açmayan işçiler arasında dolaylı ayrımcılık yapmıştır. İş sözleşmesinin feshinde de aynı işçileri işten çıkararak aynı uygulamaya gitmiş ve ücretsiz izni kabul edip etmediği 6 günlük süre beklenmeden 22. maddedeki koşullara da aykırı da davranmıştır. Davalı işverenin uygulaması yukarıda açıklanan normatif kurallar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ayrımcılık Sözleşmesi, Anayasa'nın 10 ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırıdır. Davacının iş sözleşmesinin feshinden önceki fesih dışındaki önlemlerin uygulamasında ve iş sözleşmesinin feshinde, davalı işveren dolaylı olarak ayrımcılık yapmıştır. Fesih geçerli nedene dayanmamaktadır. Mahkemece fesih geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi isabetli olduğundan, kararın bu gerekçe ile..." onanmasına karar verilmiştir. (Kapatılan) 22. HD 03.11.2011 T., 2011/1617 E., 2011/3856 K.

25 Süzek, 472-473; Tuncay Senyen Kaplan, E.; Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara 2023, 346.

26 "...Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir..." 9. HD 29.11.2011 T., 2009/19835 E., 2011/46440 K., 12.05.2014 T., 2012/11403 E., 2014/15227 K., (Kapatılan) 22. HD 25.12.2012 T., 2012/28504 E., 2012/29501 K.

27 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 726.

22 Yenisey, 71; Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", 240.

23 "Dolaylı ayrımcılık: Bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını,"... ifade eder. Resmi Gazete: 20.04.2016, 29690.

24 "...Anılan 5. madde ile ayrımcılık açısından doğrudan ayrımcılık yanı sıra dolaylı ayrımcılık da yasaklanmış, ancak doğrudan veya dolaylı ayrımcılığı tanımlamamıştır. Ölçüt olarak alınacak Avrupa Birliği'nin 2000/48/AB, 2000/73/AB, 2000/78/AB, 2006/54 sayılı yönergelerindeki tanımlara göre "bir işçi yasaklanan ayrımcılık nedenlerinden dolayı, örneğin cinsiyeti, gebeliği veya ırkı, dili nedeniyle, bir başka işçinin muhatap olduğu veya olacağı davranışa göre daha olumsuz, daha az lehe, bir davranışa muhatap kalıyorsa doğrudan ayrımcılık; buna karşın görünüşte yasaklanan ayrımcılık nedenleri ile bir ilgisi bulunmayan işveren kararı, davranışı veya işlemi, örneğin bir cinse mensup kişileri diğer cinse mensup kişilere göre özel olumsuz bir duruma sokmakta, olumsuz biçimde etkilemekte ise dolaylı ay-

borcu bulunduğu ileri sürülmektedir.²⁸ Yargıtay da bir kararında işverenin kendi işçilerine yılda iki maaş ikramiye verirken devralınan işyeri işçilerine yılda bir maaş ikramiye vermesi nedeniyle eşit davranma borcunu irdelenmiştir.²⁹ Yine Ankara'daki işyerinde çalışan bir işçi ile İstanbul'daki işyerinde çalışan işçi arasında işverenin eşit davranma borcu yönünden kıyaslama yapmıştır.³⁰

"İşyerinde birlik" koşulu ile ilgili olarak özellik arz eden bir durum tam süreli-kısmî süreli ve belirsiz süreli-belirli süreli çalışan işçilere yö-

28 Yıldız: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021, Seminer, Ankara 18-19 Kasım 2022, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 1. Baskı, İstanbul 2023, 88; Yıldız, Eşit İşlem, 181 vd; Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", 250. Devralınan işyeri yönünden aynı görüş için Kandemir/Yardımcıoğlu, 11-12; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, İstanbul 2022, 157 (Yazarlar yer ve konu itibarıyla birbirinden ayrı işyerlerinde çalıştırdığı işçiler yönünden işverenin eşit davranma borcu olmadığını ileri sürmektedirler.)

29 "...Somut olayda dosya içeriği itibarıyla işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını gösterir delil bulunmadığı gibi C... 'nın işçileri ile G... A.Ş.den gelen işçiler birbirinden farklı şartlarda çalışırken şirketlerin birleşmesiyle birlikte çalışmaya başlamışlar, davalı işveren de oluşan bu yeni duruma göre daha önce çalıştıkları C... 'da ikramiye almayan işçilere de ikramiye vermeye başlamıştır. İşverenin her iki şirket çalışanı işçiler arasında eşitlik ilkesine aykırı davrandığı söylenemez. 9. HD 29.12.2009 T., 2008/13349 E., 2009/38126 K.

30 "...Somut olayda; Dairemiz bozma ilamı kapsamında yapılan araştırma ve incelemeye göre davacının emsal olarak gösterdiği işçi T. B'nin İstanbul ilinde 60 ambulans filonun destek hizmet yetkili yardımcısı olduğu, bu görevinin yanında makam ve ambulans şoförlüğü de yaptığı, davacının ise Ankara ilinde 2 ambulans filonun destek hizmet yetkili yardımcısı olduğu ve böylelikle sözü edilen işçinin davacının emsali işçi olarak değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır. ...Davalı işyerinde aynı ünvanda çalışan T.B'a zam uygulandığı ileri sürülmüşse de, yukarıda açıklandığı üzere davacı ile bu işçinin yaptıkları işlerin kapsamı ile sorumluluklarının aynı olmadığı açıktır. Davacı ile aynı grupta olup da zam verilen başka bir işçinin bulunduğu da ortaya konulmuş değildir. Belirtilen sebeplerle; işverence 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki mutlak ayırım yasaklarına aykırı hareket edilmediği ve Kanun'da düzenlenen ayrımcılık tazminatına hak kazanma şartlarının somut olayda oluşmadığı anlaşıldığından; gerek işçiye uygulanması gerektiği belirtilen zamdan kaynaklı fark ücret alacağı ve gerekse ayrımcılık tazminatı taleplerinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Kapatılan) 22. HD 19.04.2018 T., 2018/1633 E., 2018/9113 K.

nelik olarak 4857 sayılı Kanun'un 12 ve 13. maddelerinde öngörülen emsal işçinin gerektiğinde aynı iş kolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen işçi olarak ifade edilmesi nedeniyle eşit davranma borcunun işyeri ve işletme sınırlarını aştığı ileri sürülmektedir.³¹

4. Uygulanacağı Durumlar

a. İşe Almada

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin gerekçesinde "işe almadan itibaren" ifadesinin kullanılmasına rağmen Kanun'da öngörülen istisnalar dışında işverenin işe almada eşit davranma borcunun bulunmadığı, işe alacağı işçiyi istediği gibi seçebileceği, aksi durumun Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünün ihlali anlamına geleceği, eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için öncelikle işçi ile işveren arasında "iş ilişkisi"nin³² kurulması gerektiği, 5. maddenin üçüncü fıkrasındaki açık düzenleme nedeniyle işverenin işe almada cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yapmasının yasaklandığı, yine 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun (6356 sayılı Kanun) 25. maddesindeki hüküm nedeniyle işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri ya da belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı kabul edilmektedir.³³ Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (5237 sayılı Kanun) 122 ve Anayasa'nın 10. maddelerindeki hükümler birlikte değerlendirildiğinde esasında diğer ayrımcılık sebepleriyle de iş ilişkisinin kurulması aşamasında ayrımcılık yapılamayacağı³⁴ ayrıca ayrımcılık yasakları dışında işverenin işe almada eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı yönünden Anayasa'nın girişim ve sözleşme özgürlüğünü hükme bağlayan 48. maddesi ile eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesinin karşı-

31 Kandemir/Yardımcıoğlu, 11; Yıldız, Eşit İşlem, 181.

32 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasında iş ilişkisi, "işçi ile işveren arasında kurulan ilişki" şeklinde tanımlanmıştır.

33 Tunçomağ/Centel, 157 vd; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 165.

34 Kandemir/Yardımcıoğlu, 18, Süzek, 475-476.

lıklı durumunun “ölçülülük ilkesi” ve temel hak ve özgürlüklerin çatışması hâlinde birbirlerini yok etmeyip dengelenerek mümkün olduğunca birlikte var olmalarını sağlayan “*pratik uyuşum ilkesi*” uyarınca değerlendirilmesi sonucu sözleşme ve girişim özgürlüğüne üstünlük tanınması suretiyle işverenin işe almada eşit davranma borcu altında olmadığı, sözleşme serbestisi gereği işletmesi için yararlı bulunduğu veya uyumlu çalışabileceğini düşündüğü adayı seçebileceği görüşleri de ileri sürülmektedir.³⁵

İşyerine sadece erkeklerin alınacağı izlenimi yaratan iş ilanları ve iş görüşmelerinde yöneltilen sorular doğrudan veya dolaylı ayrımcılık niteliği taşıyabilir. Kadın işçi ilke olarak işyeri ve işle ilgisi olmayan soruları cevaplamakla yükümlü değildir. Özellikle kadın işçilere yöneltilen kısa süre içinde evlenmek isteyip istemediklerine ilişkin sorular caiz olmadığı gibi yanlış cevaplar herhangi bir hukuki sorun doğurmaz. Ancak işyerine sadece kadın adayların alınması düşünülüyorsa veya niteliği itibarıyla hamile bir kadının yapamayacağı bir iş söz konusu ise -örneğin spor hocalığı, mankenlik gibi- işe alınacak adaya hamile olup olmadığı sorulabilir. Hamilelik testi ise talep edilemez. Belirtilen durumlar dışında kadın müracaatçıya hamile olup olmadığı şeklinde sorulması Ülkemiz tarafından onaylanan Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 11. maddesine aykırıdır.³⁶

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'da (5378 sayılı Kanun) da doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımları yapıldıktan sonra 14. maddesinde, “... İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz. Çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak

şekilde, engelinden dolayı diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz...” hükmüne yer verilmiş ve böylece işe almada engellilik nedeniyle ayrımcılık yasaklanmıştır.³⁷

Yargıtay'ın bir kararında, yasal olmayan ücret artışı talebinde bulunarak topluca çalışmama eylemine katıldıkları için iş sözleşmesi feshedilen işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden işe alınmasının eşit davranma borcuna aykırı olmadığı ve davacı işçi yönünden haklı fesih nedenini ortadan kaldırmadığından ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁸ Aynı mahiyetteki bir bozmaya karşı verilen direnme kararı da Hukuk Genel Kurulu'nca Özel Daire bozma kararı benimsenerek bozulmuştur.³⁹ Yargıtay'ın başka bir kararında ise “... Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin aynı nitelikte olsa bile yeni işe aldığı işçi için kararlaştırılan ücretin daha yüksek olması eşit işlem borcuna aykırı olmadığından, işverenin bu işlemde farklı davranması sözleşme serbestisi kapsamında kaldığından, davacının fark alacaklarının ve eşit davranma borcuna aykırılık tazminat istemlerinin...” yerinde olmadığı belirtilerek karar bozulmuştur.⁴⁰ Hukuk Genel Kurulu'nun son dönemde verdiği bir karar da aynı doğrultudadır.⁴¹

37 Resmî Gazete: 07.07.2005, 25868.

38 9. HD 17.03.2009 T., 2007/38590 E., 2009/7042 K.

39 HGK 23.12.2009 T., 2009/9-485 E., 2009/568 K.

40 9. HD 14.12.2020 T., 2016/34591 E., 2020/18303 K.

41 “...Somut uyuşmazlıkta, davacı vekili, davalı işverene ait işyerinde çalışan müvekkili davacının ‘... kriz sona erdiği ve planladığımız üretim temposuna yeniden ulaşma olasılığı belirlediği takdirde sizinle önceki ücret düzeyinizi esas alarak yeniden iş sözleşmesi yapma isteğimizi muhafaza ettiğimizi bilmenizi isteriz...’ ifadesinin yer aldığı fesih bildirimini ile iş sözleşmesinin 05.01.2009 tarihinde feshinden sonra, 10.08.2009 tarihinde yeniden işe alınması sırasında müvekkili gibi yeniden işe alınan diğer işçilerin eski ücretleri ile işe başlatılmasına karşılık davacının düşük ücretle işe başlatıldığını, bu suretle davalı işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırı davrandığını ileri sürerek ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini talep etmiş; davalı işveren ise fesih ihbarnamesinde yer alan ifadenin bağlayıcılığı olmadığını, sözleşme serbestisi kapsamında ücretlerin belirlendiğini ve çalışanların performans puanlarının farklılığına bağlı olarak ücretlerinde farklı belirlendiğini, eşit davranma borcuna aykırı davranılmadığını savunmuştur...davalı işverenin işe başlayan işçilerin bir kısmını eski ücretleri ile işe başlatılmasına karşılık davacıyı fesih öncesi ücretle

35 Süzek 476 vd.

36 Tuncay Senyen Kaplan, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, 242, 244, 246; benzer yönde Kandemir/Yardımcıoğlu, 19-20; aksi yönde Akyiğit, Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Bası, Cilt 1, Ankara 2008, 436.

b. İş İlişkisinin Devamı Süresince

İş ilişkisinin devamı süresince de işverenin eşit davranma borcuna uygun davranması ve ayrımcılık yapmaması gerekmektedir. İşveren ücret ve diğer tüm çalışma koşulları yönünden bu yükümlülük altındadır. Kanun'un 5. maddesinde sözü edilen ücret, genel anlamda ücret olup ücret dışında ikramiye, prim vb ödemeleri de kapsamaktadır.⁴² Ancak işveren tarafından çeşitli ücret grupları oluşturulması ve bunlar için de farklı ücret uygulamasına gidilmesi mümkün ise de işveren gruplandırmada keyfilikten kaçınılmalı ve haklı neden olmaksızın farklı işlem yapılmalıdır.⁴³ Yargıtay içtihatları da aynı yöndedir.⁴⁴ Ancak yoksun kalınan hakka ilişkin talebi toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesine dayandırmanın mümkün olduğu durumlarda eşit işlem yapma borcunun değil bu hukuk kaynaklarından birinin uygulanmaması söz konusudur. Şu hâlde eşit işlem yapma borcu işverence tek taraflı olarak ya-

tinden daha düşük ücret ile işe başlatmak suretiyle ayrımcılık yaptığı iddiası, kanunda belirtilen ayrımcılık sebeplerinden ve benzerlerinden hiçbirine girmemektedir. Bu ücret farkının işçinin değiştirmesi mümkün olmayan ve değiştirmesi kendisinden beklenemeyecek özelliklerinden kaynaklı olmadığından benzeri sebepler kısmına girmesi de mümkün değildir. ...Öte yandan ayrımcılık tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında belirtildiği üzere iş ilişkisinde veya sona ermesinde talep edilebilmektedir. Davacı işçi yönünden "cinsiyet veya gebelik" nedenine dayalı farklı işlem yapılmadığından, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasının uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Bu nedenlerle davacının iş ilişkisinin kurulması aşamasında ücret düşüklüğüne dayalı olarak eşit davranma ilkesine dayalı tazminat hakkının olmadığı sabittir..." HGK 30.09.2021 T., 2018/(22)9-592 E., 2021/1129 K.

42 9. HD 15.05.2019 T., 2016/1423 E., 2019/111167 K.

43 Aynı yönde Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, 349; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2006, 174.

44 "...İşverenin, işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturulmasında, uygulanmasında işçinin cinsiyet veya gebelik siyasi düşünce, inanç, etnik köken veya benzer bir düşünce veya özelliği nedeniyle farklı işlem yaptığı aynı veya eşit bir iş için daha düşük ücret ödendiği davacı tarafça kanıtlanmadığı gibi hükme esas alınan bilirkişi raporunda da açıklandığı üzere davalı işverenin yaptığı sınıflandırmadaki tüm işçilere kendi sınıfındaki ücret seviyesine göre ödeme yaptığı görülmekle unsurları oluşmayan ayrımcılık tazminatı taleplerinin, reddi gerekirken hüküm altına alınması yerinde olmamıştır..." 9. HD 24.09.2013 T., 2011/21933 E., 2013/23897 K.

pılan ikramiye, prim, çocuk zammı ve diğer sosyal yardımlarda ortaya çıkmaktadır.⁴⁵ Bununla birlikte 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesindeki açık hüküm nedeniyle ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışındaki işçiler hakkında uygulanmaması eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez. Ancak bu durum sadece ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal haklar bakımından söz konusu olduğundan parasal konular dışındaki toplu iş sözleşmesi hükümlerinin işyerinde çalışan tüm işçilere ayırım yapılmadan uygulanması gerektiği açıktır.⁴⁶

Yönetim hakkı işverenin, işin yapılması konusunda tek yanlı düzenlemeler getirme (emir ve talimat verme) yetkisini anlatır. Buna işverenin emir ve talimatlarıyla (tek yanlı irade bildirimleriyle) işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkı da denebilir. Bu nedenle işverenin emir ve talimat verme hakkında da eşit davranma borcunun önemli bir uygulama alanı vardır. Özellikle sigara içme yasağı, işyerine giriş-çıkış kapı kontrolleri gibi çok sayıdaki işçi için konulmuş genel kayıtlar (hizmet talimatı) ancak tüm işyeri için konulabilir ve böyle bir talimatın uygulanmasında haklı bir neden olmadıkça herhangi bir işçinin zararına ve yararına bir durum yaratılamaz.⁴⁷ "...işyerinde iş

45 Çelik, 174.

46 "...Somut olayda, işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmesinin feshinin Disiplin Kurulu kararı ile yapılacağı belirtilmiş olup davacının iş sözleşmesinin Disiplin Kurulu kararı olmadan, başka bir deyişle toplu iş sözleşmesinde öngörülen prosedür yerine getirilmeksizin feshedildiği görülmektedir. Her ne kadar davacı işçi sendika üyesi değilse de 6356 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen hükmü uyarınca toplu iş sözleşmesinde yer alan çalışma düzenine ilişkin hükümler kapsamında, disiplin kuruluna ilişkin düzenlemeler yönünden işçiler arasında sendika üyesi olup olmamaya göre ayırım yapılamayacağı anlaşılmakla; İlk Derece Mahkemesince, feshin disiplin kurulu kararı alınmadan yapılmasının işçiler arasında haksız kılacağı kabul edilmek suretiyle davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar verilmesi isabetlidir..." 9. HD 02.11.2022 T., 2022/10691 E., 2022/14105 K.

47 Tunçoğlu/Centel, 160; benzer yönde Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, 347; Demir, 195.

güvenliğini tehlikeye düşürmesine rağmen tüm işçilerce ve hatta idari personelce sigara içildiği, bu güne kadar bu nedenle işçi çıkarılmamasına rağmen sigara içmenin daha sonra işveren tarafından fesih sebebi yapıldığı sonucuna ulaşılmıştır. Davalı işverenin fesih hakkını kullanırken, Medeni Kanun'unun 2. maddesindeki kurala uymadığı, ayrıca eşit işlem borcuna aykırı davrandığı sabittir. İşverenin gerçekleştirdiği fesih bu nedenle haklı ve geçerli nedene..” dayanmamaktadır.⁴⁸ Bunun gibi işveren işin dağıtımında da örneğin fazla çalışma, tatil ve gece çalışmalarında aynı nitelikteki işçiler arasında ayırım yapmaması gerektiğinde bu işçiler arasında münavebe (nöbetleşe) usulüne başvurmalıdır. Aynı durum işveren tarafından yapılan sosyal yardımlarda da görülür. İşveren işçilerin tamamına bazı yardımlar yapabileceği gibi belirli objektif niteliklere göre de bazı işçilere sosyal yardım yapabilir. Örneğin yemek ve yakacak yardımları ile bayram paraları bütün işçilere yapılması gerekirken çocuk parası ve aile yardımı gibi yardımlar sadece bu nitelikleri taşıyan (evli ve çocuklu) işçilere yapılabilir.⁴⁹

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında cinsiyet nedeniyle ayırım yasaklandığı gibi maddenin diğer fıkralarında biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça bir işçiye iş sözleşmesinin uygulanmasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı, aynı veya eş değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı, işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının daha düşük ücret uygulanmasını haklı kılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu nedenle sadece cinsiyet ayrımcılığına dayanarak aynı veya eşit verimle çalışan işçiler arasında farklı ücret ödenmesi, yani bir kadın işçiye sırf kadın olduğu için erkek işçiden daha az, erkek işçiye sırf erkek olduğu için kadın işçiden daha yüksek ücret ödenmesi mümkün değildir. Çalışma hayatında kadın ve erkek eşitliği ilkesi,

erkeklere tanınan her türlü imkânın (ilerleme, geliştirme, terfi, karar verme gibi) kadına da tanınmasını gerektirir.⁵⁰ Ayrımcılık tazminatının kabulüne karar verilen bir olayda Yargıtay'ca, "... Somut uyuşmazlıkta; davacının davalı işyerinde finansman ve fon yönetimi yöneticisi olarak çalıştığı, davacı yanın beyanlarından da anlaşılacağı üzere davacının görevinin davalı işyeri bakımından önem arzeden bir görev olduğu, bu görevin geçici görevlendirme ya da devamlılık arz etm(e)yecek şekilde belirli süreli iş sözleşme(si) ile gördürülemeyeceği anlaşılmaktadır. Bu sebeplerle davalı işyerinin davacının ücretsiz izinde iken yerine personel alması olağan karşılanmalıdır. Davacı işe başlamak istediğinde görev yaptığı pozisyonun dolu olması sebebiyle kendisine başka bir pozisyon teklif edilmiş, kabul etmemiş ve görevinden istifa etmiştir. Davalı işyerince istifa üzerine davacıya kıdem ve ihbar tazminatı yanında beş aylık ücreti tutarında ikramiye ödenmiştir. Tüm dosya kapsamı değerlendirildiğinde davacıya doğum yapması ve bu sebeple ücretsiz izin hakkını kullanması sebebiyle işveren tarafından uygulanan bir ayrımcılık söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır..." gerekçeyle karar bozulmuştur.⁵¹

50 Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", 250.

51 (Kapatılan) 22. HD 24.12.2012 T., 2012/9578 E., 2012/29458 K. sayılı kararı. Mahkemece bozma kararına direnilmiş, HGK'nın 14.03.2018 T., 2015/22-1621 E., 2018/484 K. sayılı kararı ile "...mahkemece davacının birlikte çalıştığı, aynı görevi yürüten Ö... Ö...askerde iken davacının bu görevi tek başına yürüttüğü, F...A... Ö...in davacıya yardım ettiği, davalı işverenin mahkemeye gönderdiği müzekkere cevabından Ö... Ö... isimli işçi görevde (askerde) iken yerine personel alınmadığı, askerden dönen Ö... Ö...in aynı görevine iade edildiği, davacıya ise doğum sonrası kullandığı ücretsiz izin dönüşü alt görev teklif edildiği, bu durumda davalının davacı ile aynı bölümde çalışan Ö... Ö... arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5'inci maddesi uyarınca cinsiyet ayırımı yapmak sureti ile eşitlik ilkesine aykırı davrandığı gerekçesi ile..." direnme adı altında verilen kararın yeni bir karar olduğu belirtilerek dosya temyiz incelemesi için Özel Daireye gönderilmiştir. (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 05.07.2018 T., 2018/7697 E., 2018/17200 K. sayılı kararı ile, "...Her ne kadar Mahkemece davacı aynı işi yapan personele askerden döndükten sonra aynı işin verilmesinin ayrımcılık olduğu belirtilmiş ise de; dosya kapsamında davacının altı aylık ücretsiz izin talebi sonrasında davacının bulunduğu göreve atama yapıldığı, askere giden Ö... Ö... isimli kişinin yaklaşık üç ay sonra

48 9. HD 11.10.2010 T., 2009/27207 E., 2010/28494 K.

49 Demir, 195-196.

İş sözleşmelerinin türü bakımından (tam-kısmî, belirli-belirsiz süreli) da işverenin ayrımı haklı kılan nedenler bulunmadığı takdirde tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapması mümkün değildir. Kanun'da haklı nedenler "esaslı sebepler" olarak ifade edilmiştir.

Kısmî süreli iş sözleşmesine ilişkin düzenlemelere 4857 sayılı Kanun'un 13. maddesinde de yer verilmiş olup bu maddedeki hükme göre kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir. Emsal işçi ise işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır. Bu düzenlemelere göre kısmî süreli çalışan işçi ücret

ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerden tam süreli çalışan işçiye nazaran çalıştığı süreyle orantılı olarak; bölünemeyen menfaatlerden ise tam süreli çalışan işçi gibi ayırım yapılmadan faydalanacaktır.⁵² Yargıtay başka bir kararında ise ayrımı haklı kılan nedenler bulunmadığından toplu iş sözleşmesinin part-time çalışanların sözleşmeden yararlanamayacaklarına ilişkin hükmünün geçersiz olduğunu ve kısmî süreli çalışan işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması gerektiğini belirtmiştir.⁵³

Kısmî süreli çalışan olarak işe alınmasına rağmen haftalık çalışma süresinin 32-36 saat arasında olması nedeniyle tam süreli çalıştığı kabul edilen işçinin sosyal haklarının haftalık çalışma süresine oranlanması suretiyle belirlenmesinin yerinde olmadığı, sosyal haklardan tam süreli çalışan işçi gibi yararlanması gerektiği gerekçeyle verilen bozma kararına direnilmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu'nca bozma kararı aynen benimsenerek direnme kararı oy çokluğuyla bozul-

erken terhis olarak işe geri döndüğü, yani kısa bir süre askerlik nedeniyle işten ayrıldığı, bu nedenle cinsiyete dayalı bir ayrımcılığında bulunmadığı anlaşılmaktadır..." şeklindeki ilave gerekçe yanında önceki bozma kararının gerekçesi tekrar edilerek mahkeme kararı bozulmuştur. Mahkemece bozmaya uyularak istemin reddine karar verilmiş ve karar davacının temyizi üzerine aynı Dairenin 28.02.2019 T., 2019/262 E., 2019/4751 K. sayılı kararı ile onanmıştır. Kararın kesinleşmesinden sonra davacı AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuş, AYM'nin 19.10.2023 T., 2019/11085 Başvuru Numaralı kararı ile, "...Bu durumda ilk derece mahkemesi kararlarında işveren ile başvurunun çıkarları arasında adil bir dengeleme yapıp yapılmadığı konusunda başvurunun cinsiyeti, içinde bulunduğu koşullar ve ihtiyaçları yönünden bir değerlendirme yapılmadığı dikkate alındığında kararların gerekçelerinin başvurunun özel hayata saygı hakkının korunması yönünden ilgili ve yeterli olmadığı anlaşılmaktadır...Sonuç olarak ölçülülük çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda taraflar arasındaki adil dengenin sağlanması bakımından başvurunun şahsi olarak aşırı bir külfete katlandığı değerlendirilmiştir...Açıklanan gerekçeyle Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine..." karar verilmiştir. Karara 05.02.2024 tarihinde *kararlarbilgibankisi.anayasa.gov.tr* adresinden erişildi.

52 "...Somut uyuşmazlıkta, işyeri hekimi olarak çalışan davacı, işyerinde kapsam dışı işçi olarak bir kısım işçilere öğrenim yardımı ve ikramiye yardımı yapıldığını, söz konusu ödemelerin kendisine de yapılması gerektiğini ileri sürerek öğrenim yardımı ve ikramiye alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir...kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının özellikle kendisi gibi kapsam dışı olarak çalışan diğer tam süreli işçiler ile arasında ayırım yapılmasını haklı kılabilecek bir sebep olup olmadığı da belirlenerek, eşit davranma borcuna aykırılık bulunup bulunmadığının tespiti yönünden emsal işçiler titizlikle belirlenerek, zamanda birlik kuralı gereği uyuşmazlık konusu dönemin tamamına yönelik karşılaştırma ve araştırma yapıldıktan sonra işin esası hakkında bir sonuca varılması gerektiği gözetilmelidir. Mahkemece belirtilen yönler dikkate alınmadan eksik inceleme ile sonuca gidilmesi yerinde değildir..." (Kapatılan) 22. HD 01.07.2020 T., 2017/28961 E., 2020/8422 K.

53 "...davacının kısmî süreli mi yoksa tam süreli çalışan mı olduğu belirlenmeli, davacının kısmî süreli olarak çalıştığına anlaşılması halinde, davaya konu Toplu İş Sözleşmesinin 6/c maddesinde yer alan part time çalışan işçilerin ayrıca toplu iş sözleşmesindeki bu yardımlardan yararlanamayacağına ilişkin düzenlemenin, davalı tarafından bu düzenlemeyi haklı kılan bir nedenin bulunduğu ispat edilemediğinden, geçersiz olduğu kabul edilerek, davacının çalışma süresi ile orantılı olarak toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanacağı kabul edilmelidir. Anılan yön gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." (Kapatılan) 22. HD, 04.03.2019 T., 2017/20568 E., 2019/4851 K.

muş⁵⁴, karşı oy yazısında ise 30 saatin üzerinde ancak 45 saatten az çalışan davacı ile haftalık 45 saat çalışan işçi arasında fark bulunması gerektiğinden çalışılan saat üzerinden oranlama yapılarak sosyal haklarının belirlenmesinin yerinde olduğu görüşü dile getirilmiştir.

Belirsiz iş sözleşmesi ile çalışan işçi karşısında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye ayrımı haklı kılan esaslı nedenler bulunmadıkça farklı işlem yapılması da mümkün olmayıp 4857 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden olmadıkça, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanır. Emsal işçi ise işyerinde aynı veya benzer işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır.

4857 sayılı Kanun'un 14. maddesine 6715⁵⁵ sayılı Kanun ile eklenen altıncı fıkraya göre uzaktan çalışmada işçiler, esaslı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Ancak kısmî süreli ve belirli süreli sözleşme ile çalışan işçilere ilişkin ayırım yasağından farklı olarak uzak-

tan çalışanlara dair ayırım yasağına 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer verilmemiştir. Bu durumda 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen ayırmacılık tazminatı uzaktan çalışan işçilerin sırf sözleşmesinin niteliğinden ötürü farklı işleme tabi tutulmaları hâlinde kıyasen uygulanır.⁵⁶

Ücretlerini alamadığı için icra takibi başlatan işçinin, icra takibi yapmayanlara işverenin ödeme yaptığı iddiası ile ayırmacılık tazminatı talep ettiği başka bir olayda mahkemece ayırmacılık tazminatı hüküm altına alınmış, davalının temyizi üzerine karar 7. Hukuk Dairesince 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasındaki ayırmacılık hâllerinin bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş, mahkemenin direnmesi üzerine dosya Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nca "...davalı işverenin, aleyhine icra takibi başlatan işçilere ücret ödemesi yapmayıp, hakkında icra takibi başlatmayan işçilere ücret ödemesi yapmak suretiyle ayırmacılık yaptığı iddiası, temel hak ve hürriyetler arasında yer alan hak arama özgürlüğünün kullanılması bakımından çalışanlar arasında ayırmacılık yapıldığı iddiası olarak nitelendirilmesi gerektiğinden, bu iddia 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında değerlendirilmeli ve esasa yönelik denetim suretiyle iddianın sübut bulup bulmadığı belirlenmeli..." şeklindeki açıklamadan sonra icra takip dosyaları, ödeme yapılan ve yapılmayan işçilere ait ücret bordroları ve banka kayıtlarının celbi ile yapılacak araştırma sonucu karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle karar oy birliğiyle bozulmuştur.⁵⁷

Kısa çalışma uygulamasında işverenin eşit davranma borcu ayrıca ele alınmalıdır. İşyerinde işin azalması tüm birimlerde aynı şekilde yapılıyorsa tüm işçiler için kısa çalışma başvurusu yapılmalıdır. Ayrımı haklı kılan bir neden olmadığı hâlde işçilerin bir kısmının tam zamanlı çalıştırılarak tam ücret ödenmesine devam edilmesi, diğerlerinin kısa çalışma uygulaması ile ücretin %60'ı ile yetinmeleri eşit davranma borcuna ay-

54 "...tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilen davacı yönünden sosyal ve parasal haklarının diğer tam süreli çalışanlara göre, haftalık çalışma süresinin oranlanmasıyla belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırı olup, davacı ile diğer tam süreli iş akdi ile çalışanlar arasında oranlamayı haklı gösterecek objektif bir nedenin varlığı da ispat edilemediğinden davacı işçi tam süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığına göre sosyal yardımlardan da tam süreli diğer işçiler gibi yararlanmalıdır..." HGK 06.02.2013 T., 2012/9-847 E., 2013/200 K.

55 6715 sayılı İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmî Gazete 20.05.2016, 29717.

56 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 745.

57 HGK 25.02.2020 T., 2016/(7)22-1531 E., 2020/202 K.

kırılık oluşturabilir.⁵⁸

Greve katılmayan işçilerin çalıştırılması konusuna gelince, 6356 sayılı Kanun'un 64. maddesinin birinci fıkrasında greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçenlerin işyerinde çalışmalarının hiçbir şekilde engellenemeyeceği ancak işverenin bu işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbest olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hüküm uyarınca işveren greve katılmayan işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbest ise de öğretide bu işçileri çalıştıracaksa eşit davranmak zorunda olduğu, işverenin bu serbestisini her işçi için ayrı ayrı değil, işçilerin tümü için kullanabileceği kabul edilmektedir.⁵⁹ Ancak haksız ve keyfi olmamak kaydıyla sadece çalışmalarında yarar görülmeyen işçilerin işten uzaklaştırılmasının hukuka aykırı olmadığı da ileri sürülmektedir.⁶⁰ Yargıtay'ın konuyla ilgili kararı tespit edilememiştir.

Psikolojik tacize de değinilmelidir. Psikolojik taciz, işyerinde bir işçiye yöneltilmiş, işveren veya işyerinde çalışan diğer çalışanlarca tekrarlanan saldırılar biçiminde uygulanan psikolojik bir terör şekli olup kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca, onur kırıcı ve yıldırıcı davranışlarla ortaya çıkar.⁶¹

Bir eylemin psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için bir işçinin hedef alınarak gerçekleştirilmesi, belli bir süreye yayılması ve bu durumun sistematik bir hâl alması gerekir. Belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin her somut

olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Psikolojik tacizin nedenleri farklılık göstermesine karşın amaç, çoğu kez işçinin işyerinden ayrılmasını sağlamaktır.⁶²

Ülkemizde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanun'dan (6098 sayılı Kanun) önceki dönemde özel bir düzenleme olmamasına rağmen çalışanların maruz kaldıkları psikolojik taciz, hizmet sözleşmesinin taraflara yüklediği borçlar ve ödevler kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre psikolojik taciz eylemi, işverenin işçiyi koruma (gözetme) ve eşit davranma borçlarına aykırılık oluşturmaktadır.⁶³ 6098 sayılı Kanun'un 417. maddesinde ise *psikolojik taciz* ifadesine açıkça yer verilmiş ve işçinin kişiliğinin korunması yoruma yer vermeyecek biçimde özel olarak düzenlenmiştir.

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde psikolojik taciz ayrımcılık nedenleri arasında gösterilmemiş ise de 6701 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (g) bendinde işyerinde yıldırma, "Bu Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıkırtmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler" olarak tanımlanmış, Kanun'un 4. maddesinde de *işyerinde yıldırma* Kanun kapsamına giren ayrımcılık türleri arasında sayılmıştır.

Son olarak 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesinde düzenlenen çalışma koşullarında değişikliğe ilişkin düzenleme yönünden işverenin eşit davranma borcu bulunup bulunmadığı irdelenmelidir. 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesinde işverenin iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabileceği, bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişikliklerin işçiyi bağlamayacağı, bu durumda işverenin değişikliğin geçerli nedene dayandığını veya fesih için başka geçerli bir

58 Çil, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları), Tıpkı 9. Baskı, Ankara 2022, 255.

59 Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", 259; Kandemir/Yardımcıoğlu, 22; benzer yönde Kandemir, Murat: "Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi ve Sınırları", AÜHFD, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 4, 189; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nursen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Baskı, İstanbul 2023, 443; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 444.

60 Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 10. Bası, Ankara 2022, 484; benzer yönde Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı, İstanbul 2016, 729.

61 Yuvalı, Ertuğrul: "Mobbingin Psiko-Sosyal, Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler": İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 2, Özel Sayı 2015, 723.

62 HGK, 15.09.2020 T., 2016/9-1208 E., 2020/590 K.

63 HGK 09.02.2021 T., 2016/9-1427 E., 2021/53 K., 9. HD 15.12.2021 T., 2021/12218 E., 2021/16601 K.

neden bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürelerine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebileceği hükme bağlanmıştır.

İşveren yönetim hakkı kapsamında kalan konularda tek taraflı değişiklik yapabileceği gibi yönetim hakkının sınırlarını aşsa bile iş sözleşmesinin esaslı unsurlarına müdahale ederek işçinin durumunu ağırlaştırmayan, aleyhe durum yaratmayan değişiklikleri de yapabilir. Başka bir deyişle iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarına müdahale oluşturan, bu sözleşme ile kurulan denge ve düzen ilişkisini belirli ölçüde bozan değişiklikler esaslı değişiklik olarak kabul edilebilir.⁶⁴ İşçinin ücretinin düşürülmesi, yararlandırıldığı aynı veya nakdi yardımların azaltılması ya da tümünden kaldırılması, çalışma süresinin arttırılması, işçinin yaşamında zorluklara neden olacak şekilde çalışma saatlerinin, görev yaptığı işyerinin değiştirilmesi gibi değişiklikler esaslı değişikliklere örnek olarak verilebilir.

İşveren çalışma koşullarında değişiklik yapma yetkisini kişilik haklarına, dürüstlük kuralına, eşit davranma borcuna ve ölçülülük ilkesine uygun kullanılmalıdır. Yargıtay da değişiklik teklifi eşit davranma ilkesini ihlal ediyorsa işçinin bu teklife katlanmak zorunda olmadığı ve işçinin böyle bir değişikliği kabul etmemesi nedeniyle yapılan feshin geçersiz olduğuna hükmetmiştir.⁶⁵ Nitekim Yargıtay diğer bir kararında başka şehirdeki işyerine atamayı kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesine göre feshini işverenin eşit davranma borcuna yönünden denetlemiştir.⁶⁶

64 Süzek, 675-676.

65 9. HD, 26.03.2012 T., 2010/1395 E., 2012/9918 K.

66 "...Ancak işverenin cevabında 1012 personelden 667 işçinin Ankara'da çalışmaya devam ettiği ve davacının davalıya sunduğu itiraz dilekçelerinde kendisiyle aynı ünvanda çalışan personelin halen Ankara'da çalışmaya devam ettiği yönündeki itirazı da dikkate alındığında Mahkemece bu yönde yeterli bir araştırma ve inceleme yapılmaksızın yetersiz rapora itibarla hüküm kurulması da hatalı olmuştur. Mahkemece, aralarında İnsan Kaynakları ve Bilgi Teknolojileri alanında uzman bilirkişinin de yer aldığı bilirkişi heyetinden rapor alınması, davalı bankanın Ankara S...binalarında davacı ile aynı görevde olup da nakil sonrası aynı işyerinde çalışan işçilerin Ankara'da hangi görevlerde çalıştıkları, işverenin

c. İş Sözleşmesinin Feshinde

İş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı tartışmalı olmakla birlikte işverenin iş sözleşmesinin feshi aşamasında da 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılanlar ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapması yasak olduğu gibi Kanun'un 18. maddesinin 3. fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerinde öngörülen sebeplerle iş sözleşmesinin feshi ayırım yasaklarının ihlâli anlamına gelecek ve bu fesih haksız feshin tabi olduğu hükümleri tabi olacaktır.⁶⁷

İş sözleşmesinin feshinde de işverenin eşit davranma borcu olduğunu savunan yazarlara göre; işverenin eşit davranma borcundan sözü edilebilmesi için karşılaştırma yapılmasını mümkün kılacak sayıda işçinin iş sözleşmesinin feshi yönünden haklı ya da geçerli nedenin bulunması gerekmekte olup böylesi bir durumda işveren fesih hakkını eşit davranma borcuna uygun kullanmalı, başka bir deyişle yapacağı seçimin objektif ve makul nedenlerini ortaya koymalıdır.⁶⁸

Yargıtay fesihte de işverenin eşit davranma borcunun bulunduğunu kabul etmektedir. Nitekim Yargıtay kahvede okey oynayan on işçiden davacı ile birlikte diğer bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini eşit davranma borcu yönünden irdelerek "...mahkemece davalı işyerinde fesih tarihinde eksper olarak kaç kişinin çalıştığı, kahvede okey oynayanların tek tek hangi işle-

Ankara'da kalma eş durumu mazereti dışında mazeret kabul etmeyeceğini bildirdiği ve davacının da mazeretini sunduğu halde neden dikkate alınmadığı, mazeretin hangi ölçüde göre dikkate alındığı, işverenin Ankara'da halen çalışan sayısı olarak bildirdiği personel içerisinde davacıyla aynı ünvanda çalışan olup olmadığı hususlarının araştırılması gerekmektedir. Bu konuda eksiklik giderilmeden yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir..." (Kapatılan 22. HD 03.07.2018 T., 2018/8652 E., 2018/16598 K.

67 Aynı yönde Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Ankara 2020, 233.

68 Yıldız, Eşit İşlem, 256; benzer yönde Kandemir/Yardımcıoğlu, 30; Fesih hakkının kötüye kullanılmasına yol açan durumlar dışında işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu olmadığına ilişkin Çelik, 173,174; Tunçomağ/Centel, 161; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 441; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 728; Demir, 196; Yenisey, 69.

ri yaptıkları, işten çıkarılan diğer işçinin yaptığı iş tes(p)it edilerek, davalı işverenin sadece davacı ve diğer bir işçinin hizmet akitlerini feshetmesinde Yasanın 5. maddesine aykırı hareket edip etmediğinin belirlenmesi...” gerektiği gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur.⁶⁹ İmalatta yasaklanmış maddeyi kullanan iki işçiden davacının iş sözleşmesinin feshedilip daha baskın kusurlu olan ustabaşı konumundaki işçinin sadece ihtar ve yevmiye kesim cezası ile cezalandırılmasının eşit davranma borcuna aykırılık teşkil ettiği kabul edilmiştir.⁷⁰ Yine işverenin zararına neden olunan bir olayda kusuru daha fazla olan işçinin işten çıkarılmayarak davacının iş sözleşmesinin feshi eşit davranma borcuna uygun bir davranış olarak kabul edilmemiştir.⁷¹ Üretim müdürü olan davacının iş sözleşmesinin işyerindeki bir kadın işçi ile uygunsuz davranışı nedeniyle feshedildiği olayda ise Bölge Adliye Mahkemesince diğer işçinin iş sözleşmesinin feshedilmemesi eşit davranma borcuna aykırı kabul edilerek kıdem ve ihbar tazminatları hüküm altına alınmış, Yargıtay tarafından “...Davacının işyerindeki konumu dik-kate alındığında, diğer işçinin göstermesi gereken

özenin derecesi ve sadakat borcunun kapsamı ile davacının özen ve sadakat borcunun kapsamının aynı ölçüde olması mümkün değildir. Somut olayda davacı ile dava dışı işçi arasındaki iş ahlâkına ve genel ahlâka aykırı nitelikteki davranışın davacı ile işveren arasındaki güven ilişkisini, diğer işçi ile işveren arasındaki ilişkiye nazaran daha fazla sarsması öngörülebilir bir sonuçtur. Böyle bir durumda işverenin sözleşmenin feshinde eşit davranma borcunu ihlal ettiğinden söz edilemeyeceğinden Bölge Adliye Mahkemesinin aksi yöndeki gerekçesi yerinde...” görülmemiştir.⁷² İşverenin zararın tazmini ni zarara neden olan işçilerden sadece birinden talep etmesi ise eşit davranma borcuna aykırı bulunmamıştır.⁷³ Hukuk Genel Kurulu da kavgaya karışan iki işçinin de iş sözleşmesinin feshi karşısında işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmadığına karar vermiştir.⁷⁴

Yargıtay, başka bir olayda ise bulaşıcı hastalığa yakalanan işçinin işyerinde çalıştırılmamasını ayırıcılık kabul ederek tazminata hükmeden mahkeme kararını “...mahkemenin kabulünde olduğu üzere iş sözleşmesi işçinin istifasıyla sonlanmış olup... davacının mevcut hastalığının bulaşıcı olduğu göz önüne alındığında bu hastalığının işçinin çalışmasına engel olmadığı keyfiyeti ile çalıştırılması halinde diğer işçiler için sakınca oluşturabileceği hususu birlikte değerlendirildiğinde, işverenin diğer çalışanlarını korumak saiki ile davrandığı anlaşılmaktadır. İşverenin bu eyleminin ayırıcılık olarak nitelendirilmesi(nin) yerinde...” olmadığı gerekçesiyle bozmuştur.⁷⁵

69 9. HD 14.02.2011 T., 2009/4160 E., 2011/2530 K.

70 9. HD 08.11.2010 T., 2009/35465 E., 2010/32189 K., Dairenin 10.04.2013 T., 2011/5941 E., 2013/11521 K. sayılı kararı ise “...Bu bağlamda, her ne kadar kavgayı başlatan ve kavganın tarafı olan davacı işçinin bu eylemi işverene iş akdini haklı olarak feshetme hak ve yetkisi verse de işveren bu hakkını eşit davranma borcuna aykırı şekilde kullanamayacaktır. Bir başka anlatımla, işveren tarafından sadece davacı işçinin iş akdinin feshedilmesi, diğer üç işçinin iş akitlerinin feshedilmemesi işverenin eşit davranma borcuna aykırı olup işveren tarafından gerçekleştirilen feshi haksız hale getirecektir. Bu nedenle, iş akdi işveren tarafından haksız olarak feshedilen davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar vermek gerekirken taleplerin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” şeklindedir.

71 “...Dosya içeriğine göre, ...oluşan zarar miktarı kusuru oranında davacının 30 günlük brüt ücretinden fazla olduğundan iş sözleşmesinin feshi haklı neden niteliğinde ise de, ...Davalı şirketin maddi zarara uğramasına ve davacının iş akdinin feshine sebep olan hatalı beton dökme olayında şantiye şefinin davacıdan daha fazla kusuru olduğu sabit olmakla eşit işlem ilkesine aykırı olarak sadece davacının iş sözleşmesinin feshedilmesi haksız olup bu nedenle kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulü gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” (Kapatılan) 22. HD 24.09.2018 T., 2015/35120 E., 2018/19675 K.

72 9. HD 14.12.2022 T., 2022/14710 E., 2022/16732 K.

73 9. HD 30.11.2011 T., 2009/26698 E., 2011/46582 K.,

74 HGK 13.12.2017 T., 2015/9-2795 E., 2017/1752 K. Karara ilişkin değerlendirme için ÇİL, İlke Kararları, 254.

75 9. HD 01.10.2013 T., 2011/28499 E., 2013/24767 K. sayılı kararı. Mahkemece bozmaya uyularak ayırıcılık tazminatı talebinin reddine karar verilmiş, karar davacının temyizi üzerine 9. HD tarafından onanarak kesinleşmiştir. Bunun üzerine davacı AYM’ye bireysel başvuruda bulunmuş, AYM ilk derece mahkemesi ve Yargıtay tarafından davacının işten ayrılmaya zorlandığı, bu şekilde aslında işveren tarafından işten çıkarıldığı yönündeki iddiaları ile işyerinde alternatif iş imkanlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle Anayasa’nın 17 ve 20. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AYM, 01.02.2017 T., Başvuru Numarası: 2014/19081, Resmî Gazete: 10.03.2017, 30003.

Yargıtay işletmesel nedenlere dayanan feshlerde de ayrımcılık yapma yasağına ve eşit davranma borcuna uygun davranılıp davranılmadığını denetlemektedir.⁷⁶ Yargıtay başka bir kararında ise "...Dosya içeriğine göre, davacı, iş akdinin davalı işyerinde hukuk müşaviri olarak çalışmakta iken işverence çalıştığı hukuk müşavirliği bölümünün kapatılarak hukukî hizmetlerin dışarıdan alınacağı gerekçesiyle sona erdirildiği, ancak asıl sebebin hamileliği olduğu iddiasıyla eşit davranma tazminatına, feshin geçersizliğine ve işe iade edilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı işveren ise; davacının iş akdinin tüm hukuk hizmetlerinin dışarıdan bir avukatlık bürosundan alınması ve bu karar doğrultuda Şirket bünyesindeki hukuk departmanının kapatılması yönünde alınan işletmesel karara binaen feshedildiği, avukat olan davacının başka bir bölümde de istihdamının mümkün olmadığından feshin geçerli olduğu savunularak davanın reddi talep edilmiştir. ...işveren feshi hukuk hizmetlerinin dışarıdan alınması ve buna bağlı olarak hukuk departmanının kapatılması kararına dayandığından, fesih tarihinden sonra hukuk hizmetlerinin dışarıdan alındığını gösterir hizmet alım sözleşmelerinin bulunup bulunmadığı, daha evvel de bu hizmetlerin dışarıdan alınıp alınmadığı, ayrıca alınan kapatma kararının fiilen uygulanıp uygulanmadığı hususlarının tereddüde

*mahal verilmeksizin açıklığa kavuşturulmalı, sonucuna göre de davacının eşit davranma tazminatı değerlendirilip bu tazminat ile işe iade ve sonuçları hakkında karar verilmesi gereklidir...*⁷⁷

Bu arada yeri gelmişken belirtilmelidir ki, 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun (7036 sayılı Kanun) 11. maddesi ile 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinde değişiklik yapılarak feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade istemiyle açılan davalarda ilk derece mahkemesince verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceği, ancak bölge adliye mahkemesi kararının kesin olduğu, 7036 sayılı Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde de bölge adliye mahkemelerinin bu konuda verecekleri kararlarının temyiz edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. 7036 sayılı Kanun'un 38. maddesinde bu hükmün 01.01.2018 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bu itibarla 01.01.2018 tarihinden sonraki dönemde Yargıtay tarafından feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davaları yönünden temyiz incelemesi yapılmamakta, kararlar istinaf yolundan sonra kesinleşmektedir.

Bazı Yargıtay kararlarında ise eşit davranma borcuna aykırılığın feshin haksız olması sonucunu doğurursa da geçerliliğine etki etmeyeceği kabul edilmiştir.⁷⁸

5. Yaptırımı

a. Ayrım Yasaklarında

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin altıncı fık-

76 "...davacının iş sözleşmesinin, 13.09.2012 tarihinde çalıştığı bölümün tasfiye edildiği gerekçesiyle geçerli sebebe dayanılarak feshedildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, davalı işyerinde mahkemece yapılan keşif ve diğer belgeler değerlendirildiğinde üretim faaliyetlerinin durduğu sabittir. Tanıklar, şirket ortaklarının, yeni ortaklarla birlikte A... M... adında yeni bir şirket kurduğunu ve işyerinden yeni şirkete alınan işçiler olduğunu beyan etmiş ise de bu yönde herhangi bir araştırma yapılmamıştır. Yeni kurulan şirkete işçilerin bir kısmının alınıp, bir kısmının alınmaması eşit davranma ilkesine aykırıdır. Şu halde, mahkemece, iki şirket arasında iddia doğrultusunda bağlantı olup olmadığı tespit edilmeli, davalı işyerinden dava dışı A... M... isimli şirkete geçen işçi olup olmadığı, bu işçilerin yaptıkları işin niteliği ile işçilerin vasıfları belirlenmeli ve bu suretle işverenin eşit davranma ilkesine aykırı davranıp davranmadığının kuşkuyla yer vermeyecek şekilde tespiti ile oluşacak sonuca göre karar verilmelidir. Bu husus araştırılmaksızın, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Kapatılan) 22. HD 03.12.2013 T., 2013/30572 E., 2013/27841 K. sayılı kararı.

77 9. HD 02.04.2015 T., 2015/4139 E., 2015/13002 K.

78 "...Dosya kapsamından kavganın kim tarafından başlatıldığı tespit edilemese de karşılıklı olduğu ve kavgaya karışan diğer işçinin iş sözleşmesinin feshedilmediği anlaşılmaktadır. Davalı işverenin diğer işçinin iş sözleşmesini feshetmeyerek eşit işlem borcuna aykırı davrandığı ve bu nedenle davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığı ortadadır. Ancak fesih haklı nedene dayanmasa da davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı ve yapılan feshin haklı olmasa da geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından, davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır..." 9 HD 2015/31120 E., 2016/12799 K. sayılı kararı. (Kapatılan) 22 HD 06.02.2017 T., 2017/858 E., 2017/1122 K. ile 26.03.2019 T., 2016/8370 E., 2019/6561 K. sayılı kararları da aynı doğrultudadır.

rası uyarınca “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. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.”⁷⁹

4857 sayılı Kanun’un 5. maddesindeki hüküm uyarınca işveren iş ilişkisinde veya sona ermesinde ayrımcılık yaparsa işçiye 4 aya kadar ücreti tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olduğu gibi işçi yoksun kaldığı haklarını da talep edebilecektir. Örneğin farklı ücret uygulaması nedeniyle ücret veya ikramiye farkı, yararlandırılmadığı bir takım ücret ekleri, sosyal yardımlar, hatta bazı hâllerde kıdeme bağlanan haklardan kıdeminin düşük olması nedeniyle yararlanmaması bu çerçevede sayılabilir.⁸⁰

Öte yandan tam süreli-kısmî süreli veya belirsiz süreli-belirli süreli çalışan işçiler arasında ayrımı haklı kılan nedenler bulunmadığı hâlde farklı işlem yapılması da ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini gerektirir.⁸¹ 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinin altıncı fıkrasında “yukarıdaki fıkra

hükümleri” ifadesi bu kabulün dayanağını oluşturmaktadır. Başka bir deyişle kısmî süreli veya belirli süreli çalışan işçiye ayrımı haklı nedenler olmadığı hâlde sırf sözleşmenin niteliğinden dolayı tam süreli veya belirsiz süreli çalışan işçiye göre farklı işlem yapılmış ise işçi ayrımcılık tazminatı talep edebilir.⁸²

4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen ayrımcılık tazminatı iş ilişkisinde ve sona ermesinde söz konusu olduğundan işe almada maruz kalınan ayrımcılık nedeniyle genel mahkemelerde genel hükümlere göre sözleşme görüşmelerinde kusur (*culpa in contrahendo*) hukuksal nedenine dayalı olarak tazminat talep edilmesi mümkündür.⁸³ Yargıtay da sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklanan tazminat istemlerinde görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğunu, iş mahkemesine açılan davada görevsizlik kararı verilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁸⁴

4857 sayılı Kanun’un 5. maddesindeki yükümlülükler aykırı davranan işverene para cezası verileceği Kanun’un 99. maddesinde hükme bağlanmıştır. Yine 5237 sayılı Kanun’un “Nefret ve ayrımcılık” başlıklı 122. maddesinde işe almada ayrımcılık suç olarak düzenlenmiştir.⁸⁵

79 2821 sayılı Sendikalar Kanunu 07.11.2012 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6356 sayılı Kanun’un 81. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve diğer mevzuatta bu Kanun’a yapılan atıfların 6356 sayılı Kanun’a yapılmış sayılacağı belirtildiğinden 4857 sayılı Kanun’un 5. maddenin altıncı fıkrasında saklı tutulan düzenleme 6356 sayılı Kanun’un 25. maddesi olarak anlaşılmalıdır.

80 Yenisey, 81.

81 “...Kısmî süreli hizmet akdiyle çalışan işçiye, ayrımı haklı kılan bir neden bulunmadıkça salt bu nedenle farklı bir işlem yapılamayacağı Kanunda öngörülmüştür. İşçinin, ücretinin veya diğer parasal haklarının tam süreli emsal işçinin çalışma süresi ve ücretine göre oranlanmak suretiyle belirlenecek olan haklarını talep etmesi mümkündür. Bundan başka 4857 sayılı Yasanın Sıncı maddesinde bu yönde yapılacak bir ayırım açık biçimde yaptırıma tabi tutulmuş olmakla, eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının talep edilmesi de olanaklıdır. Ayırım sonuçları para veya para ile ölçülebilen menfaatlere dair değilse, sadece eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının ödetilmesi söz konusu olur...” 9. HD 19.02.2018 T., 2015/24277 E., 2018/3225 K. sayılı kararı. Dairenin 13.05.2019 T., 2016/3906 E., 2019/10613 K., 08.12.2020 T., 2016/32478 E., 2020/17741 K., 22.12.2020 T., 2020/3651 E. 2020/19572 K. ile (Kapatılan) 22. HD 08.06.2020 T., 2017/29375 E., 2020/6031 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir.

82 Aynı yönde, Çil, Şahin: İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara, 2010, 175.

83 Süzek, 476; Öner/Taşkent/Ulucan, 158; Tuncay Senyen Kaplan, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, 262. Ulucan, Devrim: “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, 376 (Yazar, 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinin açık biçimde eşitliğe aykırı işlemler bakımından getirdiği yaptırımların iş ilişkisinin kurulmasından sonraki dönemi kapsadığını, iş sözleşmesi yapma safhası ile ilgili yaptırım öngörmediğini belirtmektedir.)

84 “...Davacının sözleşme öncesi işlemlere dair sorumluluk temeline dayanan davalarda görevli mahkeme İş mahkemesi olmayıp, Asliye Hukuk Mahkemesidir. Bu nedenle görev hususu re’sen gözetilerek mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. 9. HD 28.10.2020 T., 2017/17897 E., 2020/13824 K.

85 “Madde 122-(Değişik: 2/3/2014-6529/15 md.)

(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

...c) Bir kişinin işe alınmasını...engellleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

b. Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranmada

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması hâlinde işçinin ayrımcılık tazminatı talep edip edemeyeceği konusu tartışmalıdır.

Öğretide bir görüşe göre iş hukukunda eşitlik ilkesinin hem ayrımcılık yasağını, hem de eşit işlem yapma borcunu içerdiği, ancak 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin yazım şekline ayrımcılık tazminatının sadece ayrımcılık durumlarında talep edilebileceği, eşit işlem yapma borcuna aykırılık hâlinde yani herhangi bir objektif ve makul gerekçe olmaksızın aynı veya benzer durumdaki işçiler arasında işverence keyfi işlem yapılması durumunda bu tazminatın talep edilemeyeceği sonucunun çıkarılabildiği, bu durumlarda ise işverenin yaptığı keyfi işlemin hiçbir yaptırıma tabi tutulmamış olacağı, bu takdirde de Anayasa'nın 10. maddesinde hukuki dayanağını bulan işverenin eşit işlem yapma borcunun kâğıt üstünde kalacağı, işveren eşit işlem yapma borcuna aykırı davranrsa dahi kendisine yaptırım uygulanmadığı takdirde fiili olarak eşit işlem yapma borcunun varlığından söz edilemeyeceği, bu nedenle buradaki kanun boşluğunun hâkim tarafından 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı esas alınarak doldurulması gerektiği, sonuç olarak ayrımcılık tazminatının sadece 5. maddenin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilen nedenlere dayalı olarak yapılan ayrımcılıkta değil işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı işlemlerinde de talep edilebileceği ileri sürülmekle birlikte⁸⁶ eşit davranma borcuna aykırılık durumunda işçinin yoksun bırakıldığı haklarını isteyebileceği ancak ayrımcılık tazminatı talep edemeyeceği de savunulmaktadır.⁸⁷

Yargıtay ise 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan nedenler ve benzerleri kapsamında ayrımcılık yapılmadığı takdirde işverenin sırf eşit davranma borcuna aykırı dav-

ranmasının ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini gerektirmediği yönündeki istikrarlı uygulamasını sürdürmektedir. Bu kabulünün temelinde işverenin eşit davranma borcunun dayanağını oluşturan yasal ve Anayasal düzenlemelerin dar yorumlanması gerektiği yönündeki görüşünün yattığı söylenebilir.⁸⁸ "...Somut uyuşmazlıkta İlk Derece Mahkemesince davalı işveren tarafından davacıya emsal işçilere yapılandan daha düşük prim ödemesi yapıldığı gerekçe gösterilerek dava konusu ayrımcılık tazminatı talebinin kabulüne karar verilmiştir...Söz konusu alacağın eksik ödenmesinin 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 gerekirken kabulü hatalıdır."⁸⁹ Yine işyerinde çalışan bazı işçilere kreş imkanı tanınırken davacının bu hizmetten yararlandırılmaması nedeniyle ayrımcılık tazminatının hüküm altına alındığı karar Yargıtayca 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrası kapsamında ayrımcılık yapıldığının ispat edilemediği ve istemin reddi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.⁹⁰

88 (Kapatılan) 22. HD 14.09.2017 T., 2017/11785 E., 2017/17709 K., 9. HD 30.05.2018 T., 2017/8108 E., 2018/12119 K.

89 9. HD 16.09.2020 T., 2016/33995 E., 2020/8116 K., 22.12.2020 T., 2020/3651 E., 2020/19572 K., 26.01.2021 T., 2020/4817 E., 2021/2405 K., 16.05.2023 T., 2023/1603 E., 2023/7165 K., (Kapatılan) 22 HD 03.07.2019 T., 2017/23268 E., 2019/14998 K. sayılı kararlar örnek olarak verilebilir.

90 9. HD 16.02.2015 T., 2013/11034 E., 2015/6688 sayılı kararı. Mahkemece bozmaya uyularak istemin reddine karar verilmiş, karar 9. HD tarafından onanarak kesinleşmiştir. Bunun üzerine davacı bireysel başvuruda bulunmuş, AYM tarafından "...Sonuç olarak somut olayda durumları benzer olan kadın işçiler arasında kreş imkânından yararlanma bakımından farklılık oluşturulduğu açıktır. Farklı muamelenin varlığının ortaya konulmasından sonra bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama külfeti işverene aittir. Olayda işverenin farklı muamelenin sebebi konusunda herhangi bir açıklama getirmediği görülmektedir. Derece mahkemelerinin işverenin farklı muamelenin nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama yükümlülüğünü yerine getirmediğini gözetmemiş olması nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.... Öte yandan işverenin bir kısım kadın işçisine kreş imkânı sağladığı sabit olduğuna göre İş Mahkemesinin işverenin bazı kadın çalışanlarına sağladığı imkânın ekonomik

86 Yıldız, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları, 88; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 747.

87 Süzek, 493; Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul 2023, 378-379.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespit edilmesi hâlinde ise işçi baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayıldığından yoksun kaldığı haklarını talep edebilirse de sırf muvazaalı işlem sebebiyle ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir.^{91 92}

Özellik arz eden bir durum olarak belirtilme-

değerini ortaya koyma külfetini işçiye (başvurucuya) yüklemesinin ve başvurucunun yoksun kaldığı haklara ilişkin tazminat talebini bu temelde reddetmesinin Anayasa'nın 10. maddesinin devlete yüklediği pozitif yükümlülükler uygun bir yaklaşım olmadığı belirtilmelidir. İşverenin bazı kadın çalışanlarına sağladığı kreş imkânının mali değerini ortaya koymasını ayrımcılığa maruz kalan başvurucudan beklemek, başvurucuya aşırı külfet yüklenmesi anlamına geleceği gibi işverene kendi kusurundan lehine haklar çıkarma fırsatı sunar. İş Mahkemesinin ispat külfetine ilişkin bu yaklaşımı, işveren tarafından yapılan ayrımcı muamelelerin telafi edilmesini önlemiştir..." gerekçesiyle Anayasa'nın 20. maddesi ile bağlantılı olarak 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiştir. AYM 28.12.2021 T., Başvuru Numarası: 2016/5824, Resmî Gazete: 27.01.2022, 31732.

91 "...Davacı işçi, İş Kanunu'nun 5. maddesi ve maddede ki hâllere benzer diğer sebeplere dayalı bir ayırım yapıldığını da ileri sürüp ispat edemediğine göre salt asıl işveren-alt işverenin ilişkisinin muvazaalı olmasının İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. O hâlde eşit işlem borcuna aykırılık tazminatı talebinin reddine karar verilmelidir..." HGK 05.10.2021 T., 2018/9/880 E., 2021/1153 K. sayılı kararı. HGK'nın 16.09.2021 T., 2017/(22)9-3193 E., 2021/1025 K. sayılı kararı da aynı yöndedir.

92 "...Somut uyuşmazlıkta Mahkemece hükmedilen eşit davranma tazminatına gerekçe olarak "davalı işverenin muvazaalı işlemi sebebi ile eşit işlem borcuna aykırı davrandığı, davacının bu sebeple mali olarak mahrum kaldığı haklarının bilirkişi raporu ile ayrı ayrı hesap edildiği, ayrıca davacının mahrum kaldığı haklarının yanında davalıların muvazaalı işlem yapmış olmaları, davacının kıdemi birlikte değerlendirildiğinde davalı şirketlerin ayrıca ayrımcılık yapmaları gözetilerek kanunen üst sınır olan 4 aylık brüt ücreti tutarında eşit işlem borcuna aykırılık tazminatına hükmedilmesinin hakkaniyetli olacağı" yazılmıştır. Yukarıda açıklandığı üzere 4857 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı getirilmiş olup somut olayda bu ve benzeri sebeplere dayalı bir ayırım yapıldığı ileri sürülüp kanıtlanmadığından eşit davranma tazminatı talebinin reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." 9. HD'nin 15.01.2018 T., 2016/25313 E., 2018/156 K. sayılı kararı. 9. HD'nin 28.03.2018 T., 2015/10850 E., 2018/6939 K., 03.03.2021 T., 2020/4588 E., 2021/5455 K., 06.10.2020 T., 2016/24252 E., 2020/10625 K., 16.09.2020 T., 2016/20946 E., 2020/8120 K. ile 7. HD'nin 01.10.2015 T., 2014/19783 E., 2015/17677 K. sayılı kararları da aynı yöndedir.

lidir ki, psikolojik tacize maruz kalan işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi manevi tazminat talep hakkı da bulunmaktadır. Psikolojik tacizin işverenin eşit davranma borcunun ihlali anlamına geldiği, bu nedenle işçinin 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatını talep edebileceği ileri sürülmekte ise de⁹³ Yargıtay aksi görüştedir. "... *mobbing uygulandığı anlaşıldığından mahkemenin manevi tazminata ilişkin kararı isabetlidir. ... Dosya içeriğine göre, davacıya kadınlar gününde hediye verilmemesi, telefon, laptop eksikliklerinin giderilmemesi gibi davalı işverenin davranışları ve davacının yaşadığı diğer tüm olaylar mobbingin unsurlarını oluşturmaktadır. ... davalı işyerinde ayrımcılık yapılarak 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesine aykırı bir uygulamanın olduğunu gösteren bir delil davacı tarafından ileri sürülmemiştir. Davalı tarafından yapılan tüm eylemler, işyerinde ayrımcılık yapılarak eşit davranma ilkesine aykırı davranıldığına değil, küll halinde mobbingin unsurlarını oluşturmaktadır. Bu doğrultuda; davacının eşit davranma ilkesine aykırılığa ilişkin tazminat talebinin reddi gerekmektedir...*"⁹⁴

İşçi, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması nedeniyle iş sözleşmesini 4857 sayılı Kanun'un 24. maddesinin II numaralı bendinin (e) ve (f) alt bentlerinde düzenlenen haklı sebeplerle feshedip kıdem tazminatı da alabilecektir.⁹⁵ "...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 ahdini bu nedenle haklı nedene dayalı olarak fesheden davacının kıdem tazminatı isteğinin de kabulü gerekirken yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi..." bozma nedeni yapılmıştır.⁹⁶

Bu konuda son olarak belirtilmelidir ki, 6098

93 Yuvalı, 735.

94 (Kapatılan) 22. HD 23.02.2016 T., 2014/30716 E., 2016/4938 K., Aynı yönde 9 HD 08.10.2019 T., 2016/9885 E., 2019/17630 K.

95 Demir, 191; Yenisey 76.

96 9. HD 05.10.2020 T., 2017/16279 E., 2020/10415 K.

sayılı Kanun'un 27. maddesinde Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağı hükme bağlanmıştır. Konuya 6098 sayılı Kanun'un 27. maddesindeki düzenleme yönünden yaklaşıldığında; 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki hüküm emredici nitelik taşıdığından işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması veya ayrımcılık yapması hâlinde buna ilişkin sözleşme düzenlemeleri ya da işveren uygulamaları hüküm ifade etmeyecek, oluşan boşluk eşit davranma ilkesinin gereklerine göre doldurulacaktır. Görüldüğü üzere bu hâlde işlemin bütünüyle hükümsüz sayılması farklı işleme maruz kalan işçinin yararına olmadığından kısmî hükümsüzlük söz konusu olacaktır.⁹⁷ Bu hâli ile eşitlik ilkesi hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet etmektedir.⁹⁸ Başka bir deyişle örneğin aynı veya benzer işi yapan işçilerden bir kısmına zam yapılmamış ise eşitlik, zam yapılmayan işçilere zam yapılması yönünde pozitif uygulama düzleminde sağlanmalıdır.

c. İspat

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin son fıkrasında Kanun'un 20. maddesindeki hüküm saklı kalmak kaydıyla işverenin maddedeki hükümlere aykırı davrandığını iddia eden işçinin bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu ancak işçinin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda böyle bir ihlalin mevcut olmadığını işverenin ispat etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca ayrımcılık iddiası 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesi kapsamında iş sözleşmesinin sebep gösterilmeksizin ya da geçerli neden olmaksızın

zın feshine ilişkin ise ispat yükü 20. maddenin ikinci fıkrası gereğince işverene ait olmakla birlikte bunun dışındaki hâllerde ispat yükü işçinin üzerindedir. Ancak işçiye ispat yükü bakımından kolaylık getirilmiş ve belirli durumlarda ispat yükünün yer değiştirebileceği kabul edilmiştir.⁹⁹ Yargıtay'ın uygulaması da öğretideki görüşlerle aynı doğrultudadır. *"...Davacı işçi, cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren doktor raporu ve tanık beyanına dayanmış olduğuna göre bunun aksini ispatla yükümlü olan davalı işveren doğum sonrası feshin makul ve meşru sebebini ortaya koymalıdır. Dosya kapsamına göre davalı işverenin iş hacminde düşüş meydana geldiği ve davacının çalışmasına ihtiyaç kalmadığı gerekçesi somut ve inandırıcı delillerle kanıtlanmış değildir. Davalı işverenin cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sabittir. Hal böyle olunca davacının 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan ayrımcılık tazminatı isteğinin kabulü gerekir..."*¹⁰⁰ Yargıtay başka bir kararında ise eşit davranma borcuna aykırılığın ispatı yönünden *yumuşatılmış bir ispat yükü* olduğuna vurgu yapmıştır.¹⁰¹

99 Aynı yönde Süzek, 494-495; Yıldız Eşit İşlem, 297 vd; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 445.

100 (Kapatılan) 22. HD 09.06.2015 T., 2015/15750 E., 2015/200058 K. Aynı yönde "...Dosya içeriği ve mail yazışmalarına göre, davacı işçinin işyerinde olumsuzluklara neden olan bir çalışmasının bulunmadığı, aksine yaptığı çalışmaların yöneticisi tarafından takdir edildiği, davacının 04.07.2014 tarihli hastane yazısı ile hamileliğini davalı işverenliğe bildirdiği, ardından davacının yöneticisi tarafından işyeri insan kaynakları müdürlüğüne yazılan 05.07.2014 tarihli yazıda, davacıdan verim alınmadığı gerekçesiyle kendisiyle çalışmak istenmediğinin bildirildiği, bunun üzerine işverence iş sözleşmesinin 07.07.2014 tarihinde feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacının hamileliği nedeniyle ayrımcılık yapılarak iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmakta olup, ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmuştur. ...ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekirken tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır." 9. HD 15.05.2019 T., 2016/1423 E., 2019/11167 K.

101 "...Şu halde kötüniyet tazminatında, işverenin fesih hakkını kötüye kullandığını ispat yükü tamamen işçiye ait iken, ayrımcılık tazminatı yönünden işçinin kendisine ayrımcılık yapıldığını gösteren durumu güçlü biçimde ortaya koymuş olması yeterli görülmelidir..." (Kapatılan) 22. HD 27.03.2018 T., 2015/28332 E., 2018/7866 K.

97 9. HD 16.05.2023 T., 2023/1603 E., 2023/7165 K. Aynı yönde Ugan Çatalkaya, Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni, 871.

98 9. HD 17.03.2021 T., 2020/9093 E., 2021/6337 K., 26.01.2021 T., 2020/4817 E., 2021/2405 K.

d. Miktarı, Hesaplamaya Esas Ücret, Zamanaşımı ve Faiz Başlangıç Tarihi

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen tazminat işçinin 4 aya kadar ücreti tutarında olup madde gerekçesinde de belirtildiği üzere tazminatın işçinin asıl ücreti üzerinden hesaplanması gerekmektedir. Başka bir deyişle asıl ücretin dışında ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal hakların ücrete eklenmesi, tazminatın giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanması mümkün değildir. Yine maddenin yazılış biçimi dikkate alındığında ayrımcılığa maruz kalan işçi yoksun kaldığı haklarını ayrıca talep edebileceğinden ayrımcılık tazminatının zarar olmasa da istenebileceği sonucu çıkmaktadır. Zira bu hüküm ile bir bakıma işveren hukuka aykırı davranışı nedeniyle cezalandırılmaktadır.

Bu tazminatın talep edilebilmesi için iş sözleşmesinin mutlaka feshedilmesi gerekmemekte olup iş sözleşmesi devam ederken de "iş ilişkisi"nde" yapılan ayrımcılık nedeniyle sözü edilen tazminat talep edilebilir.¹⁰²

İşe almada cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık hâlinde ise ortada henüz bir sözleşme olmadığı için tazminat miktarının belirlenmesinde 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen hüküm çerçevesinde benzer işte çalışanların aldığı ücret ve yoksun kaldığı diğer haklar ölçü olarak dikkate alınmalıdır.¹⁰³

İşçi ayrımcılık tazminatı ve yoksun kaldığı hakların yanı sıra maddi ve manevi tazminat da talep edebilir.¹⁰⁴

Ayrımcılık tazminatında üst sınır 4 ay olup alt sınırdan ayrılarak tazminata karar veren hâkimin bu kabulün gerekçesini göstermesi gerekir. Ayrıca işçinin çalışma süresi, fesih nedeni, maruz kalınan durum gibi hususlar tazminatın miktarının

belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.¹⁰⁵

Öğretide 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki tazminatın miktarına ilişkin hükmün nispi emredici nitelikte olduğu, bu nedenle iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile miktarının arttırılabileceği ileri sürülmektedir.¹⁰⁶ Yargıtay'ın bu konuyla ilgili kararı tespit edilememiştir.

Ayrımcılık tazminatında zamanaşımı süresi Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca 10 yıl olarak kabul edilmekte iken¹⁰⁷ 7036 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile 4857 sayılı Kanun'a eklenen Ek 3. madde ile "iş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat" yönünden zamanaşımı süresi 5 yıl olarak düzenlenmiş, maddenin yürürlüğünden (25.10.2017) önce başlamış zamanaşımı süreleri bakımından da geçici 8. madde ile geçiş hükmü öngörülmüştür.¹⁰⁸ Ancak Kanun'un lafzında fesih işlemi dışındaki ayrımcılık hâlleri düzenlenmemiştir. Bu durumda fesih dışında kalan ayrımcılık hâllerinde istenecek ayrımcılık tazminatının zamanaşımı süresinin genel hükümlere göre 10 yıl olarak kabul edilmesi gerekecektir. Kanun'un bu düzenleniş biçimi ile aynı tazminat için farklı zamanaşımı sürelerinin uygulanması gibi çelişkili bir durum ortaya çıkmıştır.¹⁰⁹

Ayrımcılık tazminatı için faiz talebi ve başlangıç tarihi yönünden genel hükümlere göre değerlendirme yapılmalıdır.¹¹⁰ Dava tarihinden

1059. HD 24.11.2020 T., 2016/32146 E., 2020/16654 K.; 15.05.2019 T., 2016/1423 E., 2019/11167 K.; 05.10.2017 T., 2015/13409 E., 2017/15065 K.

106 Süzek, 486.

1079. HD 16.07.2017 T., 2017/5838 E., 2017/15823 K.

108 4857 sayılı Kanun'un Geçici 8. Maddesi:

Ek 3 üncü madde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra sona eren iş sözleşmelerinden kaynaklanan yıllık izin ücreti ve tazminatlar hakkında uygulanır.

Ek 3 üncü maddede belirtilen yıllık izin ücreti ve tazminatlar için bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri, değişiklikten önceki hükümlere tabi olmaya devam eder. Ancak, zamanaşımı süresinin henüz dolmamış kısmı, ek 3 üncü maddede öngörülen süreden uzun ise, ek 3 üncü maddede öngörülen sürenin geçmesiyle zamanaşımı süresi dolmuş olur.

109 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 747; Çil, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, Ankara 2020, 296.

110 Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, 331.

102 Aynı yönde Yenisey 77; Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", 263.

103 Öner/Taşkent/Ulucan, 158.

104 Demir, 191; Tuncay Senyen Kaplan "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı" 264 (Yazara göre ayrıca hukuka aykırılığın tespiti, yasaklanması veya önlenmesi veya ortadan kaldırılmasının da talep edilebilir.); Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 746.

önce temerrüt varsa temerrüt tarihi, aksi hâlde dava tarihinden itibaren yasal faize karar verilmelidir.¹¹¹ Ayrıca belirtilmelidir ki, 24.05.2019 tarihli ve 2017/8 Esas, 2019/3 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında, bir miktar para alacağının faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesinin talep edildiği kısmî davada, dava konusu miktarın kısmî ıslahla faiz talebi belirtilmeksizin arttırılması hâlinde, arttırılan miktar bakımından dava dilekçesindeki faiz talebine bağlı olarak faize hükmedilebileceği kabul edilmiştir.¹¹²

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin İş Dairelerinin birleşmesinden sonra aldığı ilke kararı doğrultusunda verdiği kararlar dikkate alındığında, hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda işçinin davanın açıldığı tarihte alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi kendisinden beklenemeyeceğinden ¹¹³ayrımcılık tazminatının miktarının belirlenmesinde de çalışma süresi, fesih nedeni ve ihlalin ağırlığına göre hâkimin takdir yetkisi bulunduğu gözetildiğinde bu tazminatın belirsiz alacak davasına konu edilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

6. Diğer Tazminatlarla İlişkisi

a. Kötüniyet Tazminatı ile İlişkisi

4857 sayılı Kanun'un 17. maddesinde 18. maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanun'un 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödeneceği hükme bağlanmıştır. Kanun'da kötüniyet sayılan hâller belirtilmemiş ise de madde gerekçesinde işçinin işveren hakkında şikayette

bulunması, işveren aleyhine dava açması ya da tanıklık yapması örnek kabilinden sayılmıştır. Uygulamada ve öğretide bu tazminat "kötüniyet tazminatı" olarak ifade edilmektedir.

4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasında örnek olarak sayılan ve iş güvencesi kapsamı içindeki işçiler için geçersiz feshe yol açan sebepler ve benzerleri iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için kötüniyetli fesih/ayrımcılık sebebi oluştururlar ve iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler kötüniyet tazminatı talep edebilir.¹¹⁴

Öğretide 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinde düzenlenen sendikal tazminatla ayrımcılık tazminatının birlikte hükmedilemeyeceğine ilişkin açık hüküm bulunduğu ancak kötüniyet tazminatı yönünden maddede böyle bir düzenleme mevcut olmadığından kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenebileceği, işçi lehine yorum ilkesinin de bu sonuca varmayı gerektirdiği, aksi hâlde söz konusu işçilerin maruz kaldıkları ağır haksızlığa rağmen sınırlı haklarla yetinmek durumunda kalacakları görüşü savunulduğu gibi¹¹⁵ iş güvencesine tabi olmayan işçiler yönünden kötüniyetin ayrımcılık teşkil eden davranıştan kaynaklandığı, ayrımcılığın kötüniyetin özel bir türü olduğu, bu nedenle işverenin aynı davranışı nedeniyle iki ayrı tazminata hükmedilemeyeceği de ileri sürülmektedir.¹¹⁶

Yargıtay ise her iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceğini kabul etmektedir. "...Somut olayda davacının iş akdinin davacının hamile olduğunun öğrenilmesi üzerine işverence feshedildiğinin dosya kapsamından anlaşılması karşısında, ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi isabetli ise de, kö-

111 Çil, Şahin: Yargıtay Uygulamaları, 296; Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan /Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006, 60.

112 Resmî Gazete: 27.09.2019, 30901.

113 "...Alacağın miktarının belirlenebilmesinin hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda hukuki imkânsızlık söz konusu olur. Bu durumda davacı alacaklı, hâkimin takdir yetkisini nasıl kullanacağını bilemeyeceği için davanın açıldığı tarihte alacağının miktarını belirleyebilecek durumda değildir..." 9. HD 06.10.2020 T., 2017/16282 E., 2020/10599 K.

114 Aynı yönde Bakırcı, Kadriye: "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, 118.

115 Süzek, 490, 491; aynı yönde Tuncay Senyen Kaplan, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı, 263; Kandemir/Yardımcıoğlu, 38; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 749-750.

116 Demir, 194; Yenisey, 81; Bakırcı, 119; Akyiğit, 319; Çankaya/Günay/Göktaş, 63.

tüniyet tazminatının koşullarının gerçekleşmemesi nedeniyle ve aynı hukuki nedenden dolayı ikinci bir tazminata hükmedilemeyeceği göz ardı edilerek kötüniyet tazminatı talebinin kabulü isabetsiz olup, hükmün açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir.¹¹⁷ Yargıtay'ın başka bir kararında ise "...Somut olayda, aynı fesih sebebine bağlı olarak hem kötüniyet tazminatına, hem de eşit davranma borcuna aykırılık tazminatına hükmedilmiştir. Aynı fesih sebebine bağlı olarak iki ayrı tazminata hükmedilebilmesi, ancak kanunun açıkça cevaz verdiği hallerde mümkündür. Oysa, yukarıda bahsedilen 4857 sayılı Kanun hükümlerinden iki tazminata da hükmedilebileceği sonucuna ulaşılamamaktadır. Bu durumda, aynı olay sebebiyle birden fazla tazminat koşullarının gerçekleşmesi halinde, işçi lehine olan tazminata hükmedilmesi gerekirken, iki tazminata birden hükmedilmesi usul ve kanuna aykırı..." bulunarak işçinin lehine olan tazminata karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁸

b. Sendikal Tazminat ile İlişkisi

6356 sayılı Kanun'un 25. maddesindeki hüküm uyarınca işe almada, işin devamı süresince yapılan işlemlerde ve işe son vermede sendikal nedenle ayırım kanıtlandığı takdirde işveren işçiye bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat öder. İşçi fesihten dolayı hiçbir zarara uğramamış olsa bile sendikal tazminata hak kazanır. Bu tazminatın ücretin bir yıllık tutarına ilişkin kısmı kesin ve götürü niteliktedir. Bu bakımdan öğretide bunun bir tür medeni ceza olduğuna işaret edilmektedir.¹¹⁹

Ayrımcılık tazminatını düzenleyen 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesindeki hüküm saklı tutulduğundan sendikal tazminatla ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilmesi mümkün değildir. Nitekim Hukuk Genel Kurulu da önüne gelen bir uyuşmazlıkta bu yönde karar vermiştir.¹²⁰

1179. HD 05.11.2014 T., 2012/39721 E., 2014/32640 K.

118 (Kapatılan) 22. HD 29.11.2013 T., 2012/29053 E., 2013/27095 K.

119 Sur, 70.

120 "...Somut olay bu çerçevede irdelendiğinde; davacı sendika üyesi olmayan işçilere daha fazla ücret ödenmek

6356 sayılı Kanun'un 25. maddesindeki düzenleme nedeniyle sendikal ayrımcılığa maruz kalan işçinin işe iade davası açmadan doğrudan sendikal tazminat davası açması mümkün kılındığından işçinin 4 aylık ayrımcılık tazminatı yerine 1 yıllık ücreti tutarında sendikal tazminatı tercih edeceği ancak toplu iş sözleşmeleri ile arttırılan ihbar öneleri daha yüksek miktarda bir tazminata hak kazandırıyorsa işçinin ayrımcılık tazminatı ya da sendikal tazminat yerine kötüniyet tazminatını isteyebileceği de ileri sürülmektedir.¹²¹

c. İş Güvencesi Tazminatı ile İlişkisi

Sendikal nedenle fesihler hariç iş sözleşmesinin feshinin mahkeme tarafından geçersiz olduğunun tespit edilmesi ve işverenin işçiyi başvurmasına rağmen bir ay içinde işe başlatmaması hâlinde işçiye en az dört aylık, en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Uygulamada ve öğretide bu tazminata "iş güvencesi" veya "işe başlatmama tazminatı" adı verilmektedir.

İşveren, ayırım yasaklarını ihlal ederek iş sözleşmesini ırk, renk, cinsiyet, medeni hâl, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerle feshettiği takdirde bu fesih, 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendi uyarınca geçersiz fesih niteliği taşıdığından işçi feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davası açabilir. Bu durumda feshin geçersizliğinin tespitine karar verilmekle birlikte buna ilaveten iş güvencesi tazminatına da hükmedilir. İşveren işçiyi işe başlatırsa iş sözleşmesi kaldığı

suretiyle ayrımcılık yapıldığı idd(i)asıyla İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen dört aylık ücret tutarındaki ayrımcılık tazminatının tahsilini talep etmiştir. Ancak bu davada ileri sürdüğü olaylar açmış olduğu işe iade davasında tartışılmış ve davacının iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği için feshin geçersiz olduğu kabul edilerek davacının işe iadesine ve 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesi uyarınca 12 aylık ücret tutarındaki sendikal tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir. O halde davalı işveren sendikalaşmaya karşı olan eylemi nedeniyle yaptırma maruz kaldığı için aynı eylem nedeniyle ikinci defa yaptırım uygulanmasının hukukun genel ilkelerine aykırılık oluşturduğu dikkate alınarak istemin reddine karar verilmesi gerekmektedir..." HGK 22.07.2017 T., 2015/9-305 E., 2017/323 K.

121 Demir, 195.

yerden devam eder. Aksi hâlde iş güvencesi tazminatı ödemek zorundadır. İş sözleşmesi ayrımcılık yasaklarına aykırı olarak feshedilmiş ise bu durumda hem geçersiz fesih durumu ortaya çıkacak hem de ayırım yapılmış olacaktır. İşte böylesi bir durumda iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkmakta olup bu konuda öğretilerde yine farklı görüşlerin bulunduğu, bir kısım yazarlarca 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde ayrımcılık tazminatı ile birlikte sadece sendikal tazminatın istenemeyeceğinin hüküm altına alındığı, bu hükmün karşıt kavramından ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte talep edilebileceği, zira her iki tazminatın amaçlarının da birbirinden farklı olduğu, iş güvencesi tazminatının feshin geçersizliğinin tespitine rağmen işçinin işe başlatılmamasının yaptırımı olduğu, ayrımcılık tazminatının ise iş ilişkisinde veya sona ermesinde ayrımcılık yapılması durumunda talep edilebilen özel bir tazminat olduğu, bu nedenle her iki tazminata birlikte hükmedilebileceği ileri sürülmektedir.¹²² Bazı yazarlar ise ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatına birlikte hükmedilemeyeceği görüşündedir.¹²³

Yargıtay ise her iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceğini kabul etmektedir. "...İşverenin yaptığı fesih işlemi, ayrıca ayrımcılık yasağını ihlal etse bile yine de sonuç değişmeyecek ve feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verilecektir. Yasanın 21. maddesindeki özel düzenleme nedeniyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedecek, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemeyecektir. Üstelik 21. maddedeki tazminat en az dört aya kadarki ücret tutarında, 5. maddedeki tazminat ise en çok

4 aya kadarki ücret tutarında olup 21. madde işçi lehinedir. Aksinin kabulü halinde, ayrımcılık yasağının gündeme geldiği her işe iade davasında, davayı kabul eden mahkeme, hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek zorunda kalacaktır. İşçinin işe başlatılma başvurusunun işverence reddedilmesi... yeni bir fesih sayılmaktadır. Dolayısıyla burada, ayrımcılık söz konusu olmayıp kanundan doğan sonuç gerçekleşmektedir. Müeyyidesi ise yasanın 21. maddesinde iş güvencesi tazminatı şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle burada, ayrıca 5. maddedeki ayırım yasaklarının tartışılması da mümkün değildir. Somut olayda, davalı işveren, işe iade davasını kazanan davacıyı işe başlatmamış ve iş güvencesi tazminatını ödediğinden uygulama yeri olmayan ayrımcılık tazminatının reddi yerine hüküm altına alınması hatalıdır..."¹²⁴ Yargıtay'ın daha eski tarihli bir kararı ise aksi yöndedir.¹²⁵

1249. HD 18.06.2012 T., 2010/13065 E., 2012/23353 K. Ayrıca başka bir kararda TİS'de öngörülen iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına da birlikte hükmedilemeyeceği belirtilmiştir. "...2-Davacının iş akdinin işveren davalı belediye tarafından siyasi nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda 4857 Sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca eşitsizlik tazminatı ile birlikte TİS'nin 24.maddesindeki haksız işten çıkartma için öngörülen iş güvencesi tazminatı gerektirir bir tek eylem söz konusudur. Bu durumda, söz konusu tazminatlardan iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi gerekir. 4857 Sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca eşitsizlik tazminatı istediğinin reddine karar verilmelidir..."⁹. HD 06.06.2007 T., 2006/30730 E., 2007/18714 K. sayılı kararı. 9. HD'nin 17.09.2015 T., 2015/18355 E., 2015/26031 K. sayılı kararı da aynı doğrultudadır.

125 "... davacı işçinin daha önce açtığı işe iade davasında, doğum izninde olduğu bir dönemde davacının yerine başka bir kişinin atanması ve izin sonrası davacıya başka bir görev teklifi İş Kanunu hükümlerine aykırı olarak değerlendirilmiş ve davacının yapılan görev değişikliğini kabul etmemesi sebebiyle iş sözleşmesinin feshi haklı ve geçerli bulunmamış, davacının önceki işine iadesine karar verilmiştir. Davalı işverenin temyizi üzerine kesinleşen karara dayanılarak davacı işçi tarafından yapılan işe başvuru da işverence reddedilmiş ve işe başlatılmayarak tazminatları ödenmiştir. Kesinleşen işe iade kararı da işverence yapılan değişikliğin organizasyon değişikliği kapsamında geçerli bir nedene dayanmadığını ortaya koymaktadır...Yapılan bu açıklamalara, dosya içeriğine ve özellikle kesinleşen işe iade kararı gerekçesine göre davacı işçinin doğum iznini kullanması sebebiyle kabulü mümkün olmayan daha alt bir görev teklif edildiği ve işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine de iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının doğum

122 Süzek, 492; Şahlanan, Fevzi: İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri II (Ocak 2011-Mart 2016), İstanbul 2016, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 198-199; Yenisey 79; Tuncay Senyen Kaplan, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı, 263; Kandırcı/Yardımcıoğlu, 39; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 750-751.

123 Akyiğit, 319; Çankaya/Günay/Göktaş, 62.

d. Haksız Fesih Tazminatı ile İlişkisi

6098 sayılı Kanun'un 438. maddesinin birinci fıkrasında belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işverence haksız feshi hâlinde işçinin talep edebileceği tazminatlar hüküm altına alınmış, maddenin üçüncü fıkrasında ise bunlara ilaveten hâkimin, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebileceği ancak belirlenecek tazminatın miktarının işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacağı belirtilmiştir.

Anılan düzenlemeyle hâkime haksız fesih tazminatına hükmetme ve tazminat miktarını belirleme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.¹²⁶

6098 sayılı Kanun'un 438. maddesinin gerekçesinde tazminatın miktarının hâkim tarafından somut olayın bütün durum ve koşulları (tarafaların sosyal ve ekonomik durumları, sözleşmenin devam süresi, fesih için ileri sürülen sebep) göz önünde tutularak serbestçe belirleneceği belirtilmiştir.¹²⁷ İşçinin işten çıkarılırken tartaklanması, kolundan tutularak veya gerekmediği hâlde güvenlik aracılığıyla işyerinden uzaklaştırılması, arkadaşları veya ailesi önünde rencide edici şekilde fesih iradesinin açıklanması, fesih öncesi psikolojik baskıya maruz bırakılması gibi davranışlar söz konusu tazminatın takdir edilmesinde dikkate alınabilecektir. Ayrıca sözleşmenin devam süresi, ileri sürülen fesih sebebi, işçinin kişilik haklarının zedelenip zedelenmediği ve derecesi, işçinin birlikte kusuru gibi durum ve koşullar da tazminatın

takdirinde göz önünde bulundurulmalıdır.¹²⁸ Yargıtay'ın da haksız fesih tazminatının takdirinde işçinin kişilik haklarının zedelenip zedelenmediğini dikkate aldığı görülmektedir.¹²⁹

6098 sayılı Kanun'un haksız fesih tazminatına ilişkin 438. maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükmün 4857 sayılı Kanun'a tabi işçiler hakkında uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı ise de Yargıtay 4857 sayılı Kanun'a tabi belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler yönünden haksız fesih tazminatına karar verilemeyeceğini kabul etmektedir.¹³⁰

Haksız fesih tazminatı ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilip edilemeyeceği konusunda ise bir görüşe göre bu tazminat ile ayrımcılık tazminatının birlikte hüküm altına alınması mümkün değildir. Zira ayrımcılık durumu da hâkimin

¹²⁸Göktaş, 261.

¹²⁹"...Somut olayda UYAP ile oluşturulan elektronik ortam üzerinden, kesinleşen Ankara 12. İş Mahkemesinin 24.11.2020 tarihli ve 2019/892 Esas, 2020/564 Karar sayılı dosyası Dairemizce celp edilmiş olup kesinleşen dosya üzerinden yapılan incelemede; taraflar arasındaki sözleşmenin sona ermesine 1 ay, 23 gün kaldığı, işçinin kişilik haklarının zedelenip zedelenmediğine yönelik dosya kapsamında bir delil, tanık beyanı bulunmadığı, davacı dava dilekçesinde eski işyerinde iki ayda bir izin kullandığını, bu işyerinde böyle bir hakkının bulunmadığını beyan etmiş ise de yapılan incelemede bu işyerinde de 31.05.2019-10.06.2019 tarihleri arasında da izin kullandığı, mevcut delil durumu dikkate alındığında davacının 6098 sayılı Kanun'un 438 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan tazminata hak kazanmadığı ve davanın reddi gerektiği anlaşılmıştır..." 9 HD 20.02.2023 T., 2022/18750 E., 2023/2557 K.

¹³⁰"...Dava konusu uyuşmazlık, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olarak hizmet akdi ile çalışan davacı işçinin, davalı işveren tarafından yapılan feshin sonuçlarına dayanan istemlerine ilişkindir. Buna göre, dava konusu bakımından işverenin feshin sonuçları 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiş olup genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen tazminatların hüküm altına alınması mümkün değildir. Zira, ancak özel kanunda boşluk bulunan hallerde genel kanun hükümlerinin uygulanması yoluna gidilebilir. Bu sebeple, Türk Borçlar Kanunu 438. maddesine dayanan haksız fesih tazminatı isteminin reddi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." (Kapatılan) 22. HD., 01.06.2017 T., 2017/7172 E., 2017/13209. Aynı yönde 9. HD., 20.09.2023 T., 2023/8851 E., 2023/12406 K. Başka bir kararda da 6098 sayılı Kanun'a tabi belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin haksız fesih tazminatı talep edebileceği belirtilmiştir. 9. HD 17.10.2022 T., 2022/12117 E., 2022/12576 K. Bu konuda ayrıntılı açıklama için Tolu, 247 vd.

iznini kullanması ve analık sebebiyle maruz kaldığı bu durum 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirildiğinde ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir. Yine aynı hükme göre yoksun kalınan hakların talebi de yerindedir..." 9.HD 2009/19835 E., 2011/46440 K.

¹²⁶Tolu, Hazal: İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016, 246 vd, https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/68755/yokAcikBilim_10133070.pdf?sequence=-1 adresinden 21.02.2024 tarihinde erişildi.

¹²⁷Kanun'un hükümet gerekçesine <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-e416-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6098#step-2tbmm.gov.tr> adresinden 12.02.2024 tarihinde erişildi.

tazminata hükmederken dikkate alacağı “*durum ve koşullar*”dan biridir.¹³¹ Başka bir görüşe göre ise kanunda ayrımcılığa özel önem atfedildiği ve ayrımcılık yasağına aykırılığın özel bir yaptırıma tabi tutulduğu, ayrımcılık yasaklarının haksız fesih tazminatının belirlenmesinde bir kriter olarak yorumlanmasının 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinin uygulama alanını daraltacağı ve en önemlisi de ayrımcılık gibi fahiş bir ihlale verilmesi gereken önemi azaltacağı, bu nedenle ayrımcılık tazminatının, iş sözleşmesinin feshine bağlanan diğer tazminatlardan ayrı düşünülmesi ve ayrımcılık hâlinde işçinin haksız fesih tazminatı yanında ayrımcılık tazminatını da talep edebilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹³² Yargıtay’ın ise konuya ilişkin kararı tespit edilememiştir.

Sonuç

4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinin başlığı “*Eşitlik davranma ilkesi*” ise de maddede ayırım yasaklarının düzenlendiği ancak tüm hukuk alanlarında geçerli olan Anayasa’nın 10. maddesindeki hüküm nedeniyle işverenin ayrımcılık yapmaması ve ayrıca ayırımı haklı kılan nedenler bulunmadığı takdirde işçilerine eşit davranması gerektiği kabul edilmektedir.

Eşit davranma borcu, iş sözleşmesi kurulduktan sonra ortaya çıkan bir borç olup işveren, ücret ve diğer tüm çalışma koşulları yönünden aynı durumdaki işçilerine karşı eşit davranma borcu altındadır. İşe almada 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sadece cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayırım yapılamacağı öngörülmüştür. Ayrıca 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’da engelliler yönünden işe almada ayrımcılık yasaklanmıştır. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda da düzenlemeler yer almaktadır. İş sözleşmesinin feshi aşamasında işverenin eşit davranma borcu bulunup bulunmadığı öğretide tartışmalı ise de Yargıtay hem haklı hem

de geçerli fesihlerde işverenin eşit davranma borcuna uygun davranıp davranmadığını denetlemektedir.

Yargıtay, öğretideki farklı görüşlere rağmen ayrımcılık tazminatının sadece maddenin birinci fıkrasında belirtilen nedenler ve benzerleri kapsamında ayrımcılık yapıldığı takdirde hüküm altına alınacağını, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasına rağmen ayrımcılık hâlleri oluşmamışsa yoksun kaldığı haklarını talep edebilecek olan işçi lehine ayrımcılık tazminatına karar verilemeyeceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte Yargıtay’ın tam süreli çalışan işçi ile kısmi süreli çalışan işçi arasında ve belirsiz süreli çalışan işçi ile belirli süreli çalışan işçi arasında ayırımı haklı kılan nedenler bulunmamasına rağmen farklı işlem yapılması hâlinde de ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır.

Ayrımcılık tazminatı, işçinin 4 aya kadar ücreti tutarında olup çıplak ücret üzerinden hesaplanmalıdır. Öğretide, ayrımcılık tazminatının miktarına ilişkin hükmün nispi emredici nitelikte olduğu, gerek tazminatın miktarına gerekse de hesaplamaya esas ücrete ilişkin iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile işçi lehine düzenleme yapılabileceği, tazminatın giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacağını kararlaştırılabileceği belirtilmektedir.

Ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet veya iş güvencesi tazminatına birlikte hükmedilip edilemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte Yargıtay, bu tazminatlar ile ayrımcılık tazminatına birlikte karar verilemeyeceğini kabul etmektedir. 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesindeki açık hüküm nedeniyle sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilmesi ise mümkün değildir. 4857 sayılı Kanun kapsamındaki işçilerin 6098 sayılı Kanun’un 438. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen haksız fesih tazminatından yararlanıp yararlanamayacağı konusunda farklı görüşler bulunmakta ise de Yargıtay’ın 4857 sayılı Kanun’a tabi belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler hakkında bu hükmün uygulanama-

¹³¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 752, Göktaş, 263; aynı yönde Urhanoglu, İstar: “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi”: Hacettepe HFD, 12(1), 2022, 97.

¹³² Tolu, 194.

yacağı görüşünde olduğu görülmektedir. Ayrımcılık tazminatı ile haksız fesih tazminatına birlikte hükmedilip edilemeyeceği konusunda ise Yargıtay kararı tespit edilememiştir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: İctihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Cilt 1, Ankara 2008.
- Bakırcı, Kadriye: "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, 114-121.
- Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan /Göktaş,Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2006.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Bası, İstanbul 2020.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Baskı, İstanbul, 2023.
- Çil, Şahin: İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara, 2010 (Çil, Ücret).
- Çil, Şahin: İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, Ankara 2020 (Çil, Yargıtay Uygulamaları).
- Çil, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları), Tıpkı 9. Baskı, Ankara 2022 (Çil, İlke Kararları).
- Demir Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 9. Baskı, İzmir, 2016.
- Demircioğlu, A. Murat/Korkmaz, Doğan/Kaplan, Hasan Ali: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, Genişletilmiş, 4. Baskı, İstanbul 2018.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit Esra: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul 2023.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan Devrim: İş Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2020.
- Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Ankara 2020.
- Kandemir, Murat/Yardımcıoğlu, Didem: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 30-31, 2014, 1-41.
- Kandemir, Murat: "Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi ve Sınırları", AÜHFD, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 4, 184-211.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022.
- Narmanlioğlu, Ünal: Ferdi İş İlişkileri, İstanbul, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, 2014 (Narmanlioğlu, Ferdi İş İlişkileri).
- Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı İstanbul 2016, (Narmanlioğlu, Toplu İş İlişkileri).
- Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş- Güncelleştirilmiş 10. Bası Ankara, 2022.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Tıpkı Basım 23. Baskı, İstanbul 2023.
- Şahlanan, Fevzi: İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri II (Ocak 2011-Mart 2016), İstanbul 2016, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası.
- Tolu, Hazal: İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016.
- Tuncay Senyen Kaplan, E.: Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara 2023 (Bireysel İş Hukuku).
- Tuncay Senyen Kaplan, E.: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", TBB Dergisi, 2017 (Özel Sayı), 225-267.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, İstanbul 2022.
- Ugan Çatalkaya, Deniz: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda

Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasası” Çalışma ve Toplum, Sayı 2021/2, 859-898 (Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni).

- Ulucan, Devrim: “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, 369-383.
- Urhanoglu, İhtar: “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi”, Hacettepe HFD, 12(1), 2022, 85-121.
- Uşan, Fatih/Erdoğan, Ersin/Erdoğan, Canan: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2021.
- Yenisey Doğan, Kübra: “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 2006/4, 63-81.
- Yıldız, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, 2008 (Yıldız, Eşit İşlem)
- Yıldız, Gaye Burcu: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021, Seminer, Ankara 18-19 Kasım 2022, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 1. Baskı, İstanbul 2023 (Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları).
- Yuvalı, Ertuğrul: “Mobbingin Psiko-Sosyal, Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt 2, 2015, 723-738.

Karar İncelemesi
Sicil, 2024/I Sayı 51: 168-193
Makale G3nderim Tarihi: 6 şubat 2024
Makale Kabul Tarihi: 13 şubat 2024

İş S3zleşmesinin Devrinde Devreden İşveren Devirden 3nce Doğmuş Bulunan Alacaklardan Sorumlu Tutulabilir mi?

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 08.11.2022 Tarihli Kararının İncelenmesi

3z

İş s3zleşmesinin devri, T3rk Borçlar Kanunu'nun 429. maddesinde d3zenlenmiştir. D3zenlemeye g3re iş s3zleşmesi, işçinin yazılı rızasının alınması suretiyle s3rekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Devir işle miyle birlikte s3zleşme t3m hak ve borçlarıyla devredilmiş olmakta ve devralan işveren iş s3zleşmesinin tarafı haline gelmektedir. İş Kanunu'nda ise iş s3zleşmesinin devrine ilişkin d3zenleme bulunmamaktadır. Konuya ilişkin en 3nem tartişma ise devreden ve devralan işverenin işçilik alacaklarından birlikte sorumluluğunun bulunup bulunmadığı noktasındadır. İşyerinin devrini d3zenleyen

İş Kanunu'nun 6. maddesinde işverenlerin birlikte sorumluluğu açıkça d3zenlenmişken, iş s3zleşmesinin devri bakımından bu y3nde bir d3zenleme bulunmamaktadır. Konuya ilişkin 3đretideki g3r3şler ve Yargıtay'ın yerleşik uygulaması İş Kanunu madde 6'nın (ve kıdem tazminatı hususunda 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/3. maddesinin) kıyasen iş s3zleşmesinin devrinde de uygulama bulması y3n3ndeleyen Yargıtay'ın bu konuda içtihat değişikliğine gittiği g3r3lm3řt3r. Bu nedenle s3z konusu kararın incelenmesi gereği duyulmuştur.

Anahtar S3zc3kler:

İş s3zleşmesinin devri, işyeri devri, birlikte sorumluluk, ihbar tazminatı, kıdem tazminatı.

*Hacettepe 3niversitesi Hukuk Fak3ltesi İş ve Sosyal G3venlik Hukuku Anabilim Dalı, ıstarurhanoglu@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3769-9260.

**Hacettepe 3niversitesi Hukuk Fak3ltesi İş ve Sosyal G3venlik Hukuku Anabilim Dalı, damlakaynar@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4576-1914.

Can the Transferring Employer be Held Liable During the Transfer of the Employment Contract for Receivables Arisen Before the Transfer?

Review of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation Decision Dated 08.11.2022

Abstract

The transfer of an employment contract is regulated under Article 429 of the Turkish Code of Obligations. According to the regulation, the employment contract may be permanently transferred to another employer by obtaining the written consent of the employee. Upon the transfer, the contract is transferred with all its rights and obligations, and the transferee employer becomes a party to the employment contract. In cases where there are no provisions specifically regulated for the employment contract, the general regulations of the Turkish Code of Obligations regarding the transfer of the contract will apply. There is no regulation on the assignment of the employment

contract in the Labor Law no. 4857. The most important debate on the subject is whether the transferor and transferee employers are jointly liable. While Article 6 of the Labor Law, which regulates the transfer of the workplace, clearly establishes the joint liability of the employers, there is no such regulation regarding the transfer of the employment contract. Although opinions in the doctrine on the subject and the established practice of the Court of Cassation were initially in favor of applying Article 6 of the Labor Law in the transfer of the employment contract by analogy, it has been observed that the Court of Cassation has changed its case law on this issue.

Keywords:

Transfer of the employment contract, transfer of establishment, notice pay, severance pay.

T.C. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararı

E. 2022/4947, K. 2022/14521,
T. 08.11.2022

Dava

Taraflar arasındaki alacak davasından dolayı

yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararın davalılar vekilleri tarafından istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince başvurunun esastan reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda, temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve Tetkik Hâkimi tarafından

hazırlanan rapor dinlendikten sonra, dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünöldü:

Karar

A. Davacı İsteminin Özeti

Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin çalıştığı hizmet gördüğü işkolunda örgütlü olan Hizmet İş Sendikasına üye olduğunu, üyesi olduğu Sendika ile davalı Şirket arasında toplu iş sözleşmesi bağitlandığını, davalı işyerinde şoför olarak vardiya usulü çalışan davacıya bu toplu iş sözleşmesi gereğince ödenmesi gereken vardiya çalışma alacağıının ödenmediğini ileri sürerek davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B. Davalılar Cevabının Özeti

1. Davalı cevap dilekçesinde; davanın kısmi dava olarak açılmasının hukuka aykırı olduğunu, davacının müvekkili Kurumun (Belediye) işçisi olmadığından husumet yöneltilemeyeceğini, talep konusu yapılan alacağın da haksız ve dayanaksız olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

2. Davalı vekili cevap dilekçesinde; davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığını, dava konusu alacakların zamanaşımına uğradığını, itirazlarının olduğunu, davacının dilekçesinde ileri sürdüğü hususların tamamen, mesnetsiz ve haksız çıkar sağlamaya yönelik gerçek dışı iddialar olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

C. İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile; dosya içeriğine göre davacının şoför olarak fiilen vardiya usulü çalıştığının anlaşıldığı, sendika üyesi olduğu için toplu iş sözleşme hükümleri gereğince vardiya zammına hak kazandığı ancak davalı işverenlerce hak kazandığı vardiya zammı alacaklarının ödenmediği, Büyükşehir Belediyesi Başkanlığının meclis kararı ile toplu taşıma hizmetlerini işletme ve/veya işletirme hakkının 31.12.2015 tarihine kadar davalı Belediye şirketi olan diğer davalı şirkette olduğu ancak

sözleşme süresinin sona ermesi üzerine 01.01.2016 tarihinden itibaren 10 yıl süreyle yine bir belediye şirketi olan ikinci bir şirkete devredildiğini, davalılar arasında hizmet devir ilişkisi olduğu, davacının bu kapsamda asıl işveren konumunda olan Büyükşehir Belediyesine ait işyerlerinde alt işveren konumunda olan davalı şirket işçisi olarak çalıştığı anlaşıldığından davalıların asıl ve alt işveren sıfatıyla davacının taleplerinden kanun gereğince birlikte sorumlu oldukları gerekçesiyle bilirkişi raporu doğrultusunda hesaplanan vardiya zammı alacağının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline dair davanın kabulüne karar verilmiştir.

D. İstinaf Başvurusu

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalılar vekilleri ayrı ayrı istinaf başvurusunda bulunmuştur.

1. Davalı Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili istinaf dilekçesinde; belirsiz alacak davası açılmayacağını, dava konusu alacakların zamanaşımına uğradığını, davacının iş sözleşmesinin diğer davalı şirkete devredildiğini, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin yanlış yorumlandığını, bilirkişi raporunun hukuka aykırı olduğunu, husumetli tanık beyanlarına itibar edilemeyeceğini beyanla Mahkeme kararının usul ve kanuna aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

2. Davalı Şirket vekili istinaf dilekçesinde; zamanaşımı def'inde bulduklarını, davanın belirsiz alacak davası açamayacağını, davacının iş sözleşmesi ile bütün hak ve alacaklarının yeni şirkete devredildiğini, vardiya zammının her ay davacıya ödendiğini, husumetli tanık beyanları bulunduğunu beyanla İlk Derece Mahkemesi kararının usul ve kanuna aykırı olduğunu belirterek, kararın kaldırılmasına ve davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

E. Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile; davacının davalı Büyükşehir Belediyesine ait işyerinde alt işveren Şirketlerin işçisi olarak şoför unvanıyla çalıştığı, sendika

üyelik aidatı ödediği, davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu, asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte (müteselsil) sorumlu olduğu, dava konusu dönemde geçerli toplu iş sözleşmesinin 19 uncu maddesinde "vardiyalı çalışan işçilere aldıkları ücretin %25 fazlası ödenir" şeklinde düzenlemenin yer aldığı, ücret bordrolar ve banka kayıtları incelendiğinde davalıların ödeme iddiasının ispatlanamadığı, dosyada puantaj kaydı bulunmadığı gibi davacının vardiyalı çalıştığına ilişkin tanık beyanlarının yanında yine Daire incelemesinden geçmiş olan davalının taraf olduğu emsal dosyalarda şoförlerin vardiyalı olarak çalıştığı sabit olduğu, hüküm altına alınan alacakların zamanaşımına uğramadığının anlaşıldığı gerekçesiyle davalılar vekillerinin istinaf başvurusunun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (6100 sayılı Kanun) 353 üncü maddesinin birinci fıkrasının (1) inci bendinin (b) alt bendi gereğince ayrı ayrı esastan reddine karar verilmiştir.

F. Temyiz

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalılar vekilleri temyiz isteminde bulunmuştur.

1. Davalı Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili temyiz dilekçesinde; istinaf dilekçesinde ileri sürülen nedenleri tekrar ederek Bölge Adliye Mahkemesi kararının hatalı olduğunu beyanla bozulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

2. Davalı Şirket vekilinin temyiz dilekçesinde; istinaf dilekçesinde ileri sürülen nedenler tekrar edilerek Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulmasını talep edilmiştir.

G. Gerekçe

Somut uyuşmazlıkta, davacı, davalı Belediye bünyesinde, alt işveren Şirketin işçisi olarak çalışmıştır. Dosya içerisinde yer alan Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarının incelenmesinden davacının 07.07.2008 tarihinde davalı Şirket nezdinde çalış-

maya başladığı, 31.12.2015 tarihinde bu işyerinden çıkış kaydının bulunduğu, 01.01.2016 tarihinde ise dava dışı Şirkette işe giriş kaydının bulunduğu görülmektedir. Mahkemece davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunduğu kabul edilerek alacaklardan müştereken müteselsilen sorumlu oldukları yönünde hüküm kurulmuştur. Davalı Belediyenin asıl işveren sıfatıyla hüküm altına alınan alacaktan sorumlu tutulmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Diğer taraftan dosya içeriğinde yer alan 31.12.2015 tarihli "Devir İş Sözleşmesi" başlıklı belge içeriğinden, davalı Şirket ile dava dışı Şirket arasında davacı işçinin de imzasını içeren sözleşme yapıldığı, bu sözleşmede davacının 01.01.2016 tarihi itibarıyla devralan işveren dava dışı Şirket nezdinde çalışmaya başlayacağını belirttiği anlaşılmaktadır. Mahkemece alt işveren olarak kabul edilen davalı Şirket ile dava dışı Şirket arasında işyeri devri bulunduğu kabul edilerek hüküm altına alınan alacaklardan devreden davalı Şirketin de davalı Belediye ile birlikte sorumlu olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak söz konusu Şirketler arasında bir işyeri devri mi yoksa iş sözleşmesi devri mi olduğu hususu açıklığa kavuşturulmadan hüküm kurulması isabetli değildir.

Belirtmek gerekir ki iş sözleşmesinin devri ile işyerinin tamamen veya kısmen devrine ilişkin koşullar birbirinden farklı olduğu gibi bu hukuki kurumlara bağlanan hukuki sonuçlar da aynı değildir. Hem işyeri devrinde hem de iş sözleşmesinin devrinde, sözleşmenin işveren tarafının değiştiği noktasında bir tereddüt yoktur (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.02.2021 tarihli ve 2016/9(22)-2289 Esas, 2021/90 Karar sayılı kararı). Ancak bu hâllerden birinde iş sözleşmesinin devamı işçinin rızası olmaksızın mümkün değil iken diğerinde işlemin geçerliliği için işçinin iradesine ihtiyaç vardır. Çünkü genel anlamda bir sözleşme ilişkisinin devrinde dahi sözleşme ilişkisinde kalan tarafın sözleşmeye dâhil olan tarafa rıza göstermesi beklenir (İştar Urhanoğlu Cengiz, İş Sözleşmesinin İradi Devri, Ankara, 2014, s.167). Oysa işyerinin devrinde kural olarak işçinin devre itiraz hakkı bulunmamaktadır. Aynı şekilde işyeri devri, taraflarca iş sözleşmesinin

feshi için haklı bir sebep teşkil etmez.

Görüldüğü gibi iki işveren arasında gerçekleşen işyeri devrine işçinin müdahale etmesi, devre itiraz etmesi yahut onay vermesi gibi bir durum söz konusu olmadığından işçinin bu hukuki işlemin sonuçlarından olumsuz yönde etkilenmemesi gerekir. 4857 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinde işyeri devrinin, devir tarihinde devam eden iş sözleşmelerine etkisi detaylı bir biçimde düzenlenmiş olup işçinin devir tarihinden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken alacaklarından devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu olması esası benimsenmiştir. 6098 sayılı Kanun'a tâbi işçiler bakımından da Kanun'un 428 inci maddesinde paralel bir düzenlemeye yer verilmiş olup her iki Kanun hükmünde devreden devir tarihinden itibaren iki yıl süre ile devralanla birlikte sorumlu olması emredilmektedir. Buna karşılık işçinin rızası ile gerçekleşen iş sözleşmesinin devrinde tüm tarafların iradesi sözleşmenin devri yönünde birleşmekte; devreden taraf sözleşmenin tarafı olmaktan çıkmakta, devralan ise sözleşmenin tarafı hâline gelmektedir. Böylece devralan işveren, devraldığı işçinin sadece kıdeme bağlı hakları açısından değil tüm hakları açısından devreden işveren yanında geçen hizmet süresinden sorumlu olmakta iken devreden taraf gerek devir öncesi dönem gerekse devir sonrası dönem yönünden sorumluluktan kurtulmaktadır (Urhanoglu Cengiz, s.118). Bu sebeple işçinin rızası ile gerçekleşen iş sözleşmesinin devrinde, devreden işverenin devir tarihinden önce veya devir sırasından doğmuş borçlardan dolayı devralan ile birlikte sorumluluğu söz konusu değildir.

6098 sayılı Kanun'un 429 uncu maddesindeki düzenlemeden de tam anlamıyla aynı sonuca ulaşılmaktadır. Kanun koyucu işyeri devrine ilişkin 428 inci maddesinin son fıkrasında "Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır." hükmüne yer vermişken "Sözleşmenin devri" kenar başlıklı 429 uncu maddede bu tür bir süre öngörmemiştir. İşyeri devrine

ilişkin 428 inci maddede devreden ve devralanın birlikte sorumluluğuna ilişkin kurallara yer verdikten sonra takip eden 429 uncu maddede devreden sorumluluğuna yönelik herhangi bir hükme yer vermemesi tamamen bilinçli bir tercihtir.

6098 sayılı Kanun, 4857 sayılı Kanun karşısında genel kanun niteliğindedir. Bu Kanun'da düzenlenemeyen hususlarda niteliğine uygun düştüğü ölçüde genel kanun niteliğindeki 6098 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır. 4857 sayılı Kanun'da iş sözleşmesinin devrine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden bu Kanun'a tâbi işçilerin iş sözleşmelerinin devrinde, genel kanun niteliğindeki 6098 sayılı Kanun'un 429 uncu maddesinin uygulanması gerektiği açıktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki iş sözleşmesinin devri bakımından 6098 sayılı Kanun'da açık bir kural vazedilmiş olup kuralın uygulanması iş hukukunun özel karakterine aykırı düşmez. Bu sebeple 4857 sayılı Kanun'a tâbi işçiler bakımından örtülü bir düzenleme boşluğundan da söz edilemez. Sonuç olarak 4857 sayılı Kanun'a tâbi işçiler yönünden iş sözleşmesinin devrinde 6098 sayılı Kanun'un 429 uncu maddesi uygulanmalıdır. Bu maddede ise devreden birlikte sorumluluğu esası benimsenmediğinden, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, devreden devir tarihinde doğmuş veya devir tarihinden sonra doğacak borçlar bakımından devralan ile birlikte sorumluluğu söz konusu değildir.

Somut uyuşmazlıkta bu ilke ve esaslara göre bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılmaktadır. Dosya kapsamına göre davalı Belediyeye ait işyerinde şoför olarak çalışan davacının işvereni olarak görünen davalı Şirket ile davalı Belediye arasında hizmet alım sözleşmesi bulunmaktadır. Gerek hizmet alım sözleşmeleri gerekse davalı Şirket ile dava dışı Şirket arasında düzenlenen 31.12.2015 tarihli "Devir İş Sözleşmesi" başlıklı belge dikkate alınarak somut olay bakımından işyeri devri mi yoksa iş sözleşmesi devri mi olduğu hususunun tam olarak açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Şu hâlde Mahkemece yapılması gereken iş, davalı Belediye ile aralarında hizmet alımı ilişkisi bu-

lunduğu anlaşılın davalı Şirket ve dava dışı Şirket arasında işyeri devri veya iş sözleşmesi devri bulunup bulunmadığının yönteminde araştırılarak bu araştırmanın sonucuna göre davacının işçilik alacaklarından davalı Şirketin sorumlu olup olmadığının belirlenmesidir.

Yukarıda belirtilen açıklamalar çerçevesinde yapılacak araştırmaların sonucunda bütün deliller birlikte değerlendirilerek işyeri devri olgusunun sübut bulması hâlinde devreden sorumluluğu bakımından iki yıllık hak düşürücü sürenin dava tarihi itibarıyla geçmemiş olması yeterli kabul edilmeli; islah tarihinde iki yıllık sürenin dolmuş olmasının islah edilen alacakların hüküm altına alınmasına engel teşkil etmediği kabul edilerek şimdiki gibi karar verilmelidir (Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesi, 25.06.2019 tarihli ve 2016/22051 Esas, 2019/14051 Karar; 08.05.2019 tarihli ve 2016/7747 Esas, 2019/10053 Karar sayılı kararları). Diğer taraftan yapılacak araştırma sonucunda davalı Şirket ile dava dışı Şirket arasında iş sözleşmesinin devrine dair hukuki ilişki olduğunun anlaşılması hâlinde ise davalı Şirketin 6098 sayılı Kanun'un 429 uncu maddesi gereğince devreden işveren konumunda olduğu ve devreden işverenin devir tarihinde önce veya devir tarihinde doğmuş alacaklar bakımından birlikte sorumluluğunun söz konusu olmadığı gözetilerek bu Şirket bakımından talebin reddine karar verilmelidir.

Mahkemece belirtilen maddi ve hukuki olgular gözetilmeden, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç

Açıklanan sebeplerle temyiz olunan, İlk Derece Mahkemesi kararına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi kararının ORTADAN KALDIRILMASINA, İlk Derece Mahkemesi kararının BOZULMASINA, peşin alınan temyiz karar harcının istek hâlinde ilgililere iadesine, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, bozma kararının bir örneğinin kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 08.11.2022

tarihinde oy çokluğuyla karar verilmiştir.

Karşı Oy

Somut olayda davalı Şirket ile dava dışı Şirket arasında işyeri devrinin ya da iş sözleşmesi devrinin bulunup bulunmadığı yönünden araştırma ve inceleme yapılması bakımından oluşturulan bozma gerekçesine katılmakla birlikte, işyeri devrinin bulunması hâlinde islah tarihinde iki yıllık sürenin geçmiş olmasının islah edilen alacakların hüküm altına alınmasına engel teşkil etmeyeceğine ilişkin Sayın Çoğunluğun vardığı sonuca katılmak mümkün değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 6'ncı ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 428'inci maddesinde işyeri devredilmesi hâlinde devreden sorumluluğu bakımından öngörülen iki yıllık süre hak düşürücü süre niteliğindedir. Hak dürücü süreyi durduran veya kesen sebepler kanunda düzenlenmiş değildir. Başka bir anlatımla hak düşürücü sürenin durması veya kesilmesi söz konusu olmaz. Bu sebeple dava dilekçesi ile istenmeyen miktar bakımından hak düşürücü süre işlemeye devam eder. Dava dilekçesi ile talep edilmeyen miktar bakımından zamanaşımı süresi dâhi kesilmezken, hak düşürücü sürenin kesildiğinin kabul edilmesi önemli bir çelişki oluşturur. Somut olayda islah devir tarihinden itibaren iki yıllık süre geçtikten sonra yapılmış olduğundan, islah ile talep edilen miktar bakımından hak düşürücü sürenin geçtiği kabul edilmelidir. Bu nedenle Sayın çoğunluğun aksi yöndeki değerlendirmesine katılmamıştır.

I. Uyuşmazlığa Konu Olay ve Karar

Karara konu olan somut olayda; davacı şoför olarak vardiya usulü ile çalışmakta olan işçi, çalıştığı davalı kurumun hizmet gördüğü işkolunda örgütlü Hizmet İş Sendikası ile akdetmiş olduğu toplu iş sözleşmesi uyarınca ödenmesi gereken vardiya çalışma alacağının kendisine ödenmesi üzerine, bu alacağın ödenmesi talebinde bulunmuştur. Davalı Büyükşehir Belediyesi ise

davanın kısmi dava olarak açılmayacağını ve davacının Kurumun işçisi olmadığından husumet yöneltilemeyeceğini ifade ederek davanın reddini talep etmiştir. İkinci davalı olan Şirket ise davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığını ve alacakların zamanaşımına uğradığını ve ileri sürülen hususların mesnetsiz olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

İlk Derece Mahkemesi, davacının şoför olarak fiilen vardiya usulü çalıştığının anlaşıldığı, sendika üyesi olduğu için toplu iş sözleşmesi hükümleri gereğince vardiya zammına hak kazandığı ancak davalı işverenlerce hak kazandığı vardiya zammı alacaklarının ödenmediğini, Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın ulaşım hizmetlerini işletme/işlettirme haklarını davalı Şirkete verildiğı ancak 01.01.2016 tarihinde sözleşme süresinin sona ermesinden sonra bu hakların yine bir başka Belediye şirketi olan dava dışı Şirkete devredildiğini tespit etmiştir. Taraflar arasındaki hukuki ilişkiler ise; davalı Şirket ile dava dışı Şirket arasında bir hizmet devir sözleşmesi, belediye ile şirketler arasında ise asıl-alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilmiştir.

Davalıların temyiz talebi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, davacının davalı Belediye bünyesinde alt işveren Şirket işçisi olarak çalıştığını, 31.12.2015 tarihinde bu işyerinden çıkış kaydının bulunduğu, 01.01.2016 tarihinde ise dava dışı Şirkette işe giriş kaydının bulunduğu, davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunduğu ve alacaklardan müştereken müteselsilen sorumlu oldukları, davalı belediyenin asıl işveren sıfatıyla hüküm altına alınan alaktan sorumlu tutulmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmadığını ifade etmiştir. Diğer taraftan İlk Derece Mahkemesi kararında; mahkemece alt işveren olarak kabul edilen davalı Şirket ile dava dışı Şirket arasında işyeri devri bulunduğu kabul edilerek hüküm altına alınan alacaklardan devreden Şirketin de davalı Belediye ile birlikte sorumlu olduğu sonucuna varılmış olmakla birlikte, söz konusu Şirketler arasında bir işyeri devri mi yoksa iş sözleşmesi devri mi olduğu hususu açıklığa kavuşturulmadan hüküm ku-

rulması isabetli bulunmayarak yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

II. Hukuki Sorun

Somut olay ve karar bakımından değerlendirilmesi gereken hukuki sorun, iş sözleşmesinin devri halinde devreden işverenin devralan işverenle birlikte sorumluluğı olup olmadığı noktasındadır. İş sözleşmesinin devrini düzenleyen TBK m. 429 uyarınca "Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır." Düzenlemede devreden işverenin sözleşmenin devrinden sonra sorumluluğunun devam edeceği veya işverenlerin birlikte sorumluluğunun bulunduğu yönünde bir ifade bulunmamaktadır. Bu nedenle konuya ilişkin olarak aşağıda ele alınacağı üzere, bir kanun boşluğu bulunup bulunmadığı, kanun koyucunun bilinçli bir susması olup olmadığı yönünde öğretide çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Öğretide baskın olan görüş burada bir kanun boşluğu bulunduğu ve İş Kanunu m. 6'nın (ve kıdem tazminatına ilişkin olarak 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/3. maddesinin) kıyasen uygulanması suretiyle işçinin korunması gerektiği yönündedir. Zira işyerinin devrini düzenleyen İşK. m. 6 devreden ve devralan işverenlerin devirden itibaren iki yıl boyunca birlikte sorumluluğunun mevcudiyetini de açıkça öngörmüştür. İşK. m. 6 uyarınca "İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devre-

den ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır." Devreden işverenin kıdem tazminatından sorumluluğu bakımından da 1475 sayılı İş Kanunu m. 14'ün işyeri devrine ilişkin hükmünün kıyasen iş sözleşmesinin devrinde de uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yargıtay'ın yerleşik uygulaması ilgili hükümlerin kıyasen uygulanması şeklinde devam etmiş olsa da inceleme konusu karardan da anlaşıldığı üzere ve bizim de daha isabetli bulduğumuz şekilde bir içtihat değişikliğine gidilmiştir. Bu kapsamda değerlendirmemizde, iş sözleşmesinin devri kavramı ve sonuçları ele alındıktan sonra, öğreti ve yargı kararlarıyla birlikte devreden işverenin birlikte sorumluluğunun bulunmayışı yönündeki görüşümüzün hukuki dayanakları üzerinde durulacaktır.

III. Hukuki Değerlendirme

1. Giriş

İş sözleşmesinin devri, mevzuatımızda ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 429. maddesi ile düzenlenmiş bir kavramdır. 1475 sayılı eski İş Kanunu veya 4857 sayılı yürürlükteki İş Kanunu'nda kavrama dair bir düzenleme yer almakla birlikte uygulamada yer almış, öğretide ve yargı kararlarında tartışılmıştır¹. İş sözleşmesinin

devri uygulamada "iş ilişkisinin devri, iş ilişkisinin bireysel devri" ya da "işçi nakli" olarak da nitelendirilmiştir².

TBK m. 429 ile iş sözleşmesinin devri özel olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, sözleşmelerin devrine ilişkin genel düzenleme TBK m. 205 hükmü ile getirilmiş bulunmaktadır. Söz konusu düzenleme, sözleşmenin niteliğine göre özel bir düzenleme bulunmadığı takdirde uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda, her ne kadar iş sözleşmeleri açısından özel bir hüküm getirilmiş olsa da düzenleme bulunmayan hususlarda TBK m. 205 hükmü uygulanacaktır.

İş sözleşmesinin devri ile üçlü bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Bu hukuki ilişki, iş sözleşmesini devreden ve sözleşmeyi devralan işverenler ile sözleşmede kalan işçiden oluşmaktadır. İş hukuku bakımından bu üçlü yapı, İş Kanunu m. 6'da düzenlenen "işyerinin devri" kurumuyla da benzerlik gösterir niteliktedir. İşyerinin devredilmesi halinde, işyerinde mevcut bütün iş sözleşmeleri de tüm hak ve borçlarıyla yeni işverene geçmektedir. Bu, kanun koyucunun öngördüğü bir sonuç olup bu sebeple bir kanuni devir niteliğindedir. Sözleşmenin devredilmesi halinde ise bu durumun aksine devir söz konusudur. Özellikle iş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasının aranıyor oluşu bu iki kavram arasındaki temel farkı oluşturmaktadır. Çalışmamızda sözleşmenin devri ele alınmakta olup kanaatimizce gerçek anlamda bir sözleşme devrinden söz edebilmek de ancak devir yoluyla mümkün olmaktadır.

Sözleşmenin devri, sözleşmede işveren tarafının değişmesine sebep olmakla birlikte sözleşmenin sürekliliğini sağlayan ve feshe kıyasla işçinin lehine olan bir hukuki işlemidir. Önemli olan devir sonucunda işçinin haklarının korunması olup bunun için devreden ve devralan işverenlerin sorumluluklarının tespit edilmesi gerekmektedir. Zira iş hukukunda bir işçinin haklarından birden çok işverenin sorumlu tutulabilmesi ancak belirli hallerde söz konusu olabilmektedir. Bunlar; asıl işveren-alt işveren

1 Bkz. Güzel, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987; Alp, Mustafa: "İş Sözleşmesinin Devri", İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu Kadir Haş Üniversitesi İstanbul, 2009, s. 302-329; Alp, Mustafa: "İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, 2007, s. 189-209; Arslanoğlu, M. Anıl, "İş Sözleşmesinin İradî Devri ile İşverenin Değişmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 10, s. 533-545; Çankaya, Osman Güven/Çil, Sahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011; Ekonomi, Münir/Eyrenci, Öner: Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi, Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2001, s. 1199-1223; Özkaraca, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.

2 Alp, 2007, s. 189.

ilişkisi, geçici iş ilişkisi, işyeri devri veya iş sözleşmesinin devri gibi cl iş ilişkileri şeklinde olabilmektedir. Somut olayda da bu cl ilişkilerden hangisinin mevcut olduğu, işçilik alacaklarından hangi işveren sorumlulu olacağı ve sorumluluğun kapsamının tespiti gibi birçok konuda önem tařımaktadır³. Dolayısıyla, birden fazla işverenle çalışmayı muhteva eden bir çalışmanın söz konusu olduğu durumlarda, isabetli sonuçlara varılabilmesi için taraflar arasındaki ilişkilerin titizlikle incelenmesi gerekir⁴.

İş sözleşmesinin devri, sözleşmenin tarafların iradeleriyle bir bütün halinde bir başka işverence üstlenilmesi olarak tanımlanabilir⁵. Devir, devralan işverenin devredenine yerine tam olarak geçmesiyle gerçekleşmekte ve hizmet süresine bağlı olan veya olmayan bütün haklardan herhangi bir değişikliğe uğramaksızın yeni işveren sorumlu olmaktadır. Kanaatimizce bu durumun kabulü, iş sözleşmesinin devri bakımından en önemli problemi zme kavuşturmaktadır. Yargıtay'ın da değişen içtihadının bu görüşe yönelmesiyle, devreden ve devralan işverenlerin sorumluluğunun tekrar ele alınması gereği duyulmuştur.

3 Urhanoğlu Cengiz, İştar: İş Sözleşmesinin Devri Halinde Kidem Tazminatından Sorumluluk, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul 2019, s. 811.

4 zkaraca, Ercüment: "İş Sözleşmesinin Devri", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, İstanbul, 2014, s. 115; zkaraca, 2008, s. 80-81. Nitekim Yargıtay da aynı yönde hüküm kurmaktadır. Bkz. "Somut olayda davacı işçinin 1.11.1998-31.7.2003 tarihleri arasındaki çalıştığı süreye ilişkin olarak işçi alacaklarından davalılara F1 Kargo A.ř. ile F2 Dağıtım Tic.Ltd.şti. müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Davalı şirketler arasında işyeri devri, işçi nakli veya asıl işveren alt işveren ilişkisinin olup olmadığı mahkemece araştırılmış değildir. Bu yönde araştırmaya gidilmeli ve gerekirse ilgili şirketlerin ticaret sicil kayıtları getirtilmelidir. Yine Sosyal Sigortalar Kurumu kayıtları getirtilerek sicil kaydında görünen işverenler yönünden gerekli araştırmaya gidilmelidir. Davacı işçinin davalı F2 Dağıtım Tic. Ltd. şti. de çalıştığı süre ve ne şekilde çalıştığı tespit edilmeli, davalı şirketler arasında organik bağ olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Bu konuda eksik incelemeyle sonuca gidilmesi hatalı olmuştur." Yarg. 9. HD., E. 2008/3633, K. 2009/16581, T. 11.06.2009.

5 Urhanoğlu Cengiz, İştar: İş Sözleşmesinin İradi Devrinin Devreden ve Devralan İşverenler Bakımından Doğurduğu Hüküm ve Sonuçlar, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2015, S. 34, s. 47-70; Urhanoğlu Cengiz, İştar: İş Sözleşmesinin İradi Devri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

2. Genel Olarak Sözleşmenin Devri Kavramı

Genel olarak sözleşmelerin devri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre sözleşmenin devri, sözleşme taraflarından birinin sözleşmeden ayrılması ile cnc kişinin ayrılan kişinin yerine geçerek onun sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlarını kazanması olarak tanımlanmaktadır⁶. Sözleşmeden doğan borç ilişkisi, taraflar arasında bir hukuki durum yaratan yapısı gereği, kimler arasında meydana gelmişse, onlar arasında varlığını sürdürür. Bunun sonucunda bir borç ilişkisi, kural olarak karşı tarafın rızası olmaksızın devredilemez⁷. Ancak bu kural mutlak nitelikte de değildir. Zira TBK m. 205'te de sözleşmenin devrinin sözleşmede kalan tarafın rızasıyla mümkün olduğu ngrlmřtr⁸.

Sözleşmenin devri, kanuni devir ve devir olarak ikiye ayrılmaktadır ve bu ayrımın temelinde devrin nasıl ve ne şekilde gerçekleştiği yer almaktadır⁹. Kanuni devirde, sözleşme ilişkisinde taraf değişikliği kendiliğinden ve başka hiçbir işleme gerek kalmadan, kanun gereği (ipso iure) gerekleřmekteyken¹⁰; devrin taraf iradelerinden kaynaklanıyor olması halinde ise devir söz konusudur¹¹. Sözleşmenin kanuni devrinde kanun, belirli

6 Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 20. Baskı, Ankara, 2016, s. 1280; Ayrancı, Hasan: Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 33; Süzek, Sarper, İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku), 23. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul, 2023, s. 343; Urhanoğlu Cengiz, 2014, s. 10.

7 Eren, s. 1280; Oğuzman, M. Kemal / z, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Vedat Kitapçılık, 17. Baskı, İstanbul, 2022, s. 650.

8 Sözleşme ilişkisinin tamamını devretmeden bir tek alacağın, yani dar anlamda borcun ise karşı tarafın rızası alınmadan bir başkasına devredilmesi mümkündür. Zira TBK m. 183/1 uyarınca, "Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borunun rızasını aramaksızın alacağını cnc bir kişiye devredebilir."; Ayrıca bkz. Eren, s. 1248 vd.; Oğuzman/z, s. 575 vd.

9 zkaraca, 2014, s. 115; Arslanoğlu, s. 536; Urhanoğlu Cengiz, 2015, s. 48.

10 zkaraca, 2014, s. 115; Bahadır, Zeynep: "Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2013, C. 17, S. 3, s. 4.

11 Urhanoğlu Cengiz, 2014, s. 6; Ayrancı, s. 71 vd. zkaraca,

olaylara sözleşmenin devri sonucunu bağlamıştır ve sözleşmeyi devralan ve devreden tarafların iradeleri vardır ancak sözleşmede kalan tarafın rızasına gerek yoktur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenen işyeri devrinde durum böyledir; hüküm, işyerinin veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak bir başkasına devredilmesi halinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin, bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçeceğini öngörerek, sözleşmenin kanuni devrini düzenlemektedir¹². 6098 sayılı TBK m. 205'te ise esas olarak düzenlenen iş sözleşmesinin devridir.

Bu durumda, sözleşmenin devri esasında bir Borçlar Hukuku kavramıdır. Kavramı düzenleyen "Sözleşmenin Devri" kenar başlıklı 205. maddeye göre, "Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır. (f.1) Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir. (f.2) Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. (f.3) Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır. (f. 4)"

Sözleşmenin devriyle sözleşme ilişkisinin tarafları değişmekte, sözleşmenin bir tarafı ilişkiden ayrılmakta, üçüncü bir kişi ise onun yerini almaktadır. Böylece devredilen sözleşme sona ermeden varlığını devam ettirmekte ve taraf değişikliği ile hak üzerindeki sahipliğin değişmesi sağlanmış olmaktadır¹³. Sözleşmenin devri ile devir konusu sözleşmeden doğan bütün hak-

lar ve borçlar bir üçüncü kişiye, yani sözleşmeyi devralana geçmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. Buna göre sözleşmenin devri, sözleşmenin tarafı olma hukuki konumunu bir bütün olarak devretme amacına yöneldiği için, devir konusu sözleşmeyle aynı geçerlilik şekline tabi tutulmuştur¹⁴.

Devir sözleşmesi kural olarak, sözleşme ilişkisinde kalan, yani değişmeyen taraf ile sözleşmeden ayrılan (sözleşmeyi devreden) ve sözleşmeye yeni giren (sözleşmeyi devralan) taraf arasında yapılan ve hukuki niteliği itibarıyla üç taraflı sui generis bir sözleşmedir¹⁵. Sözleşmeyi devralan kişi, yerine geçtiği tarafın hukuki durumunu da kazanır¹⁶.

Borçlar Hukukunda sözleşme devri, bir halefiyet ilişkisi olarak değerlendirilir¹⁷. Sözleşmenin devri halefiyet ilişkisi doğurduğu için de sözleşmeyi devralan taraf, devreden halefi olarak sözleşmeye taraf olmakta, böylece gelecekte doğacak olan hak ve borçların yanı sıra, var olan hakların da sahibi ve borçların da sorumlusu haline gelmektedir¹⁸. Sözleşmeyi devreden taraf ise bu sıfatı kaybetmekte ve sözleşmeden doğan sorumluluğu devralana geçerek son bulmaktadır. Sözleşmeye dahil olan üçüncü kişi devreden tarafın hukuki durumunu uhdesine alarak onun yerine geçmektedir¹⁹.

14 Urhanoğlu Cengiz, 2014, s. 8.

15 Urhanoğlu Cengiz, 2014, s. 49; Ayrancı, s. 53; Tosun, Yalçın: "Sözleşmenin Devri", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 171; Yiğit, Yusuf: İş Sözleşmesinin Devri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s. 54-55; Süzek, s. 343; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 36. Baskı, İstanbul, Kasım 2023, s. 298.

16 Günay, Cevdet İlhan: "Hizmet Sözleşmesinin Devri, (TBK m. 429)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, s. 308; Başbuğ, Aydın: "İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, C. 18, Mayıs-Ağustos 2003, S. 2-3, s. 11.

17 Urhanoğlu Cengiz, 2014, s. 14 vd.

18 Ayrancı, s. 117; Albayrak Zincirlioğlu, s. 32.

19 Özkaraca, 2014, s. 126; Ayrancı, s. 33; Kocagil, s. 46; Eren, s. 1280; Öztürk, Berna: Sözleşmenin Devri, İstanbul Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2016, s. 264.

2014, s. 115; Sönmez Tatar, Gülsüm: İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, TÜHİS Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sendikası Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayınları, Ankara, 2011, s. 57; Kocagil, İpek: "Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2011, S. 22, s. 46 – 61, s. 46; Albayrak Zincirlioğlu, İş Sözleşmesinin Devri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 31.

12 Özkaraca, 2014, s. 115; Ayrancı, s. 36.

13 Ayrancı, s. 115; Eren, s. 1280; Güzel, s. 268.

Sözleşmenin devri aynı zamanda bir tasarruf işlemleri niteliğindedir²⁰. Keza sözleşmede taraf sıfatının devri anlamına gelen devir, sözleşmeyi devreden tarafla sözleşmede kalan taraf açısından taraf değişikliği sonucuna yönelmiş bir tasarruf işlemi ile gerçekleşmektedir²¹.

3. İş Sözleşmesinin Devri Kavramı

İş sözleşmesinin devri, iş sözleşmesinin taraf iradeleriyle bir bütün halinde başka bir işveren tarafından üstlenilmesidir²². İş sözleşmesinin devrini özel olarak düzenleyen TBK m. 429 hükmüne göre, "Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir (f. 1). Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır (f. 2)." İş sözleşmesinin devri İş Kanunu'nda ise ayrıca düzenlenmiş değildir.

İş sözleşmesinin devri hükümden de anlaşılacağı üzere, hukuki niteliği itibarıyla üç taraflı sui generis bir sözleşme olup devir için işçinin rızasının da bulunması gerekir²³. Ayrıca madde metninde, işçinin devre vereceği rızanın yazılı olması gerektiği de belirtilmektedir²⁴. Bununla birlikte, işçinin rızası tek başına yeterli değildir, ayrıca tarafların devir konusunda anlaşmış olmaları, hukuken geçerli bir devir sözleşmesinin bulunması ve iş sözleşmesinin devrinin de hukuken mümkün olması gerekmektedir²⁵.

Sözleşmenin devri sonucunda devreden işveren ile işçi arasındaki hukuki ilişkinin sona ermesi, iş sözleşmesinin de sona erdiği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle işçi, yalnızca devir işlemine dayanarak ihbar ve kıdem tazminatını talep edemeyeceği gibi, iş ilişkisi devam ettiği için yıllık izin sürelerine ilişkin ücretleri de isteyemeyecektir²⁶.

İş sözleşmesinin devri ile işyeri devri kavramları bu açıdan benzerlik göstermektedir. İşyerinin devredilmesi halinde de iş sözleşmesi sona ermemekte ve devralan işverenin taraf olmasıyla varlığını sürdürmektedir. Bunun sonucunda işyeri devri halinde de işçi, sözleşmenin devredilmesi nedeniyle ihbar ve kıdem tazminatını talep edememektedir²⁷.

4. İş Sözleşmesinin Devrinin Sonuçları

Öncelikle, iş sözleşmesinin devri ile birlikte işçinin iş ilişkisinde muhatapı olan işveren değişmekte olup üç taraflı bir hukuki işlem niteliğindeki devir işleminin ardından işlemin özünü oluşturan iş sözleşmesi iki taraflı olarak varlığını sürdürmektedir²⁸.

İş sözleşmesinin devriyle birlikte sözleşmeyi devreden işveren ile işçi arasındaki sözleşme ilişkisi ortadan kalkmakta, yani iş sözleşmesi sona ermektedir. Ancak burada fesih dışında bir sona erme hali mevcuttur, zira iş sözleşmesi tarafla-

20 Urhanoğlu Cengiz, 2014, s. 16; Ayrancı, s. 66; Öztürk, s. 269; Oğuzman/Öz, s. 650.

21 Ayrancı, s. 64; Urhanoğlu Cengiz, 2014, s. 16.

22 Özkara, 2008, s. 114; Urhanoğlu Cengiz, 2014, s. 37; Sözek, s. 343; Arslanoğlu, s. 539; Alpogut, Gülsevil: "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2011, S. 31, s. 920.

23 Urhanoğlu Cengiz, 2014, s. 49; Akyiğit, 2001, s. 44; Başbuğ, s. 11; Ayrancı, s. 53; Kocağil, s. 47; Ekonomi/Eyrenci, s. 1218.

24 Şekil şartı hakkında bkz. Subaşı, İbrahim/Yiğit, Yusuf: "İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil Şartı", İş ve Hayat, C. 4, S. 7, 2018.

25 Bkz. Urhanoğlu Cengiz, 2014, s. 43 vd.

26 4857 sayılı İş Kanunu'nun yasalaşma sürecinde "İş sözleşmesinin devri" başlıklı 7. madde, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İlişkiler Komisyonu'nda görüşmeler sırasında metinden çıkarılmıştır. Devrin fesih sonucu doğurmayacağı bu maddenin gerekçesinde şu şekilde açık biçimde ifade edilmekteydi. Bkz. TBMM, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, 12.03.2013, Esas No: 1/534, Karar No: 25, www.tbmm.gov.tr; ayrıca bkz. MESS, Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi. 2. Baskı, İstanbul, 2002, s. 73.

27 Özkara, 2008, s. 129; Alp, 2007, s. 189; Ekonomi/Eyrenci, s. 1199; Çankaya/Çil, s. 244; Güzel, s. 266; Arslanoğlu, s. 543; Akyiğit, Ercan: "İş İlişkisinin (Bireysel) Devri, Karar İncelemesi", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, C. 17, S. 2, Kasım 2001, s. 40.

28 Urhanoğlu Cengiz, 2014, s. 29; Alp, 2007, s. 190; Sönmez Tatar, s. 58.

rın değişmesi suretiyle varlığını sürdürmektedir. Taraflardan biri sözleşme ilişkisinden ayrılmakta ve üçüncü bir kişi onun yerine geçmektedir²⁹. Bu nedenle de feshe bağlı sonuçlar ortaya çıkmayacaktır³⁰.

Kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin alacağı gibi alacaklara hak kazanılması için sözleşmenin belirli şekilde sona ermesi gerektiğinden sözleşmenin devri başlı başına bu sonuçların meydana gelmesine yol açmaz.

Devreden taraf, devir işlemi sonucunda taraf sıfatını yitirmekte ve sözleşmeye ilişkin sorumluluğu da devirle birlikte sona ermektedir. Sözleşmede kalan taraf devredene karşı, devreden taraf da sözleşmede kalana karşı herhangi bir borç ve alaktan sorumlu olmaz ve birbirlerine herhangi bir hak iddiasında bulunamazlar³¹. İş sözleşmesinin devrinin hukuki niteliği itibarıyla bir fesih işlemi olmaması nedeniyle feshe bağlı alacaklar ortaya çıkmayacaktır. Bu nedenle kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti bakımından devreden işverenin sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir.

Kaynağını iş sözleşmesinden alan ve henüz kazanılmamış ancak ileride kazanılma ihtimali olan haklar bulunmaktadır. Bu haklar bakımından "beklenen haklar"³² tabirinin kullanılabilmesi kanaatindeyiz. Hizmet süresine bağlı olan haklar bu niteliktedir. Bu haklar henüz ortaya çıkmamış ancak meydana geldiklerinde önceki işveren yanındaki hizmet süresinden de etkilenecek olan haklardır. Örneğin, kıdem tazminatı sözleşmenin devri sırasında henüz gerçekleşmemiştir ancak sözleşmenin ileride ne şekilde sona ereceğine bağlı olarak ortaya çıkması muhtemel olan bir haktır. Devralan taraf, sadece var olan hakların sahibi ve borçların sorumlusu değil, aynı zamanda gelecekte doğacak olan hak ve borçların da sahibidir.

Bildirim süresinin, kıdem tazminatının, yıllık ücretli izin hakkının ve iş güvencesine esas sürenin hesabında, işçinin devreden ve devralan işverenler yanında geçirdiği toplam süre dikkate alınacak ve devralan işveren toplam hizmet süresi ve işçinin son ücreti üzerinden hesaplanacak kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücretinin tamamından sorumlu olacaktır³³. Yıllık ücretli izin süresinin hesabında da devralan işveren, işçinin önceki hizmet süresini de dikkate alarak işlem yapmakla yükümlüdür. Bu durumda işçinin kıdeme bağlı devam eden ve gelecekte doğacak haklarından, işveren sıfatını kazanan devralan sorumlu olmaktadır³⁴.

6098 sayılı TBK'nın kabulünden önce, öğretide işyerinin devrinde işverenlerin birlikte sorumlu tutulmasının gerekçesinin aynen iş sözleşmesinin devri için de geçerli olduğu ve devirle birlikte tüm hak ve borçların devralana geçmesiyle devirden önce doğmuş hakların sadece devralandan talep edilebilmesinin, devralanın ödeme gücünün yeterli olmaması gibi nedenlerle işçi açısından güvencesiz bir durum yaratabileceği için, İşK. m. 6/III hükmünün kıyasen uygulanması ve devreden işverenin iki yıl süreyle müteselsil sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Aynı görüş 6098 sayılı TBK döneminde de dile getirilmektedir.

Bu kapsamda işçilik alacaklarından sorumluluk noktasında, aşağıda alacak kalemleri bakımından ayrı ayrı incelenecek olmakla birlikte, öğretinin ikiye bölündüğü söylenebilir. Özetlemek gerekirse, bir görüşe göre İşK. m. 6 ve kıdem tazminatına ilişkin olarak 1475 sayılı İşK. m. 14 kıyasen uygulama alanı bulmalıdır³⁵. Diğer gö-

29 Ayrancı, s. 115; Çankaya/Çil, s. 636.

30 Urhanoğlu Cengiz, 2015, s. 49.

31 Ayrancı, s. 116.

32 Beklenen haklar ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, Haluk N.: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002.

33 Ekonomi/Eyrenci, s. 1223; Çankaya/Çil, s. 648 vd.; Ayrancı, s. 543.

34 Ekonomi/Eyrenci, s. 1223; Çankaya/Çil, s. 648 vd.; Ayrancı, s. 543.

35 Caniklioğlu, Nurşen: "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi," Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, İstanbul, 2011, s. 79; Alp, 2009, s. 325; Alpagut, s. 927; Özkaraca, 2014, s. 15 vd.; Güler, Şeref: "İş Sözleşmesinin Devrinde Müteselsil Sorumluluk," İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6,

rüşe göre ise, burada kanun koyucunun bilinçli şekilde susması söz konusudur, müteselsil sorumluluk iş sözleşmesinin devri hali için düzenlenmemiştir ve söz konusu hükümler kıyasen uygulanamayacaktır³⁶.

İş sözleşmesinin devri bunlar dışında çeşitli sonuçlar meydana getirmektedir. Örneğin, işçi iş güvencesi kapsamında çıkabilmekte, toplu iş sözleşmesinden artık yararlanamaz hale gelebilmekte, devralanın maddi gücünün yetersizliği sonucu devreden alacaklarının ödenememesi tehlikesiyle karşılaşabilmektedir. Bu nedenle devrin sonuçlarının ayrı ayrı incelenmesi sorumluluğun tespiti bakımından önemlidir.

a. Kıdeme Bağlı Haklar Bakımından Sorumluluk

aa. Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin Kanunda yer alan hallerden biri ile son bulması durumunda işçinin hizmet süresi ile orantılı olarak ve almakta olduğu son ücreti üzerinden hesaplanarak işçiye ödenecek olan bir tazminattır³⁷. 1475 sayılı İş Kanunu m. 14 gereği, işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için aynı işveren nezdinde en az bir yıl süre ile çalışmış olması gerekir. Aynı hükme göre, işçinin kıdem tazminatı hesaplanırken esas alınacak olan bu kıdem süresi kural olarak iş sözleşmesinin devam ettiği veya fasilalarla aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştığı süreler göz önünde bulundurulur ve belirlenir (1475 sayılı İşK. m. 14/2).

İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi

S. 11, 2021, s. 217.

36 Urhanoğlu Cengiz, 2015, s. 54-56; Urhanoğlu Cengiz, 2019, s. 826; Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul 2022 s. 254; Karaçöp, Eda/Yamakoğlu, Efe: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 10, S. 38, 2013, s. 125.

37 Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Lykedion Yayınları, 2022, s. 1165; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 705; Süzek, s. 754; Senyen Kaplan, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara, s. 511; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Uluçan, Devrim/Baskan, Esra: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 10. Baskı, İstanbul, Kasım 2020, s. 251.

için en az bir yıl çalışması ve bu çalışmanın aynı işverene bağlı olarak gerçekleşmesi gerekir. Diğer bir deyişle, işçinin çalışması asgari bir yıl koşulunu sağlıyor olsa dahi, eğer bu çalışma farklı işverenler yanında gerçekleştirilmişse işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.

Kıdem tazminatına esas alınacak sürenin başlangıcı iş sözleşmesinin yapıldığı değil, işçinin fiilen işe başladığı tarihtir³⁸. Ancak "işe başlama" ifadesinden mutlaka işçinin fiilen işe başladığı tarih anlaşılmalıdır. İşçinin, işinde ve işverenin emri altında çalışmaya hazır bir halde beklemekle beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler de çalışma süresinden sayılmaktadır³⁹.

Kıdem sonu ise iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir⁴⁰. Süreli fesih halinde bildirim süresinin sona erdiği tarih esas alınacaktır. Bildirim süresine ilişkin peşin ödeme yapılmaması halinde peşin ödemenin yapıldığı tarih, süreye uyulmadığı takdirde de bildirim süresinin bitimi kıdeme esas sürenin sonu olarak kabul edilecektir. Sözleşmenin haklı nedenle feshinde ise fesih beyanında bulunulan tarih esas alınacaktır. İşçinin ölümü halinde ise işçinin ölüm tarihi kıdem sonunu teşkil edecektir⁴¹.

İş sözleşmesinin devrini düzenleyen TBK m. 429'a göre işçinin hizmet süresi devreden işveren yanında işe başladığı tarihten itibaren hesaplanacak olup bu durum kıdem tazminatı bakımından da geçerlidir. Ancak söz konusu hükümde sözleşmeyi devreden işverenin kendi dönemine ilişkin kıdem tazminatından sorumlu olup olmayacağı belirtilmemiştir. Bu hususa ilişkin temel tartışma ise 1475 sayılı İşK. m. 14/3'ün iş sözleşmesinin

38 Bu husus 1475 sayılı Kanun m. 14'te "...işçinin işe başladığı tarihten itibaren..." ifadesiyle vurgulanmaktadır.

39 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2022, s. 1209; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 724; Süzek, s. 772; Senyen Kaplan, s. 521.

40 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2022, s. 1209; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 724; Süzek, s. 772; Senyen Kaplan, s. 521.

41 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2022, s. 1210; Senyen Kaplan, s. 521; ayrıca bkz. Yarg. 9. HD., 2010/3537 E., 2010/1989 K., 02.02.2010 T.

devrine kıyasen uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir.

Kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde de iş sözleşmesinin devrine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Kanun maddesinin işyeri devri halinde işverenlerin sorumluluklarını düzenlediği görülmektedir. Buna göre, "İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/7/1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12/7/1975 tarihinden evvel işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur."⁴² İşveren değişikliğinin özel veya kamu hukukundan kaynaklanması bakımından bir fark yoktur⁴³.

İşyeri devrine ilişkin İşK. m. 6'ya göre ise, "İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. (f.1) Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. (f. 2) Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödemesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. (f. 3) Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır. (f. 4)" Kıdem tazminatından sorumluluk için ise

iki yıllık sınır söz konusu değildir.

1475 sayılı İş Kanunu m. 14'e göre, 12.07.1975 tarihinden itibaren gerçekleşen işyeri devri veya işyerinin herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatından her iki işveren de sorumludur⁴⁴. Ancak burada devreden işverenin sorumluluğu işçiyi çalıştırdığı süre ve devir esnasındaki ücretle sınırlıdır. Yargıtay da eski işvereni yeni işverenle birlikte kıdem tazminatının tamamından müteselsilen sorumlu tutan mahkeme kararını isabetsiz bularak bozmuştur⁴⁵. Bununla birlikte, işçi kıdem tazminatının tamamı için devralan işverene dava açabilir; devralan işveren ise devreden işverenin işçiyi çalıştırdığı süre ve devir esnasında ödemekte olduğu ücret esas alınmak suretiyle sorumlu tutulduğu kısma ilişkin rücu hakkına sahiptir⁴⁶. Bununla birlikte, işçi dilediği takdirde devreden işverene de sorumlu olduğu miktarla sınırlı olmak üzere doğrudan dava açabilir⁴⁷. Ancak devir tarihine kadarki kıdem tazminatından devreden işverenin sorumlu olacağı yönündeki hükme dayanarak devralan işverenin devreden dönemdeki çalışma sürelerinin kendi dönemindeki çalışma süreleriyle birleştirilemeyeceğini ileri sürmesi kabul edilemeyecektir⁴⁸. İş sözleşmesinin devamlılığı ilkesi gereği işveren değişikliği halinde devreden ve devralan işverenlerin yanında geçirilen çalışma sürelerinin toplanması esastır; işyerinin devri, intikali veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde iş sözleşmelerinin devamı esas olduğundan sözleşmenin devreden işveren tarafından feshedildiği varsayılmayacağı gibi, işyerinin salt devir, intikal veya herhangi bir suretle el değiştirmesi sonucu işveren değişikliği de işçi yönünden iş sözleşmesinin feshi

42 Yargıtay'a göre de, bu tabirler teknik anlamda kullanılmamıştır. Bu konu ile ilgili olarak bkz. Yarg. 9. HD., 1984/10452 E., 1984/12182 K., 28.12.1984 T.

43 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s. 1160.

44 İşyeri 12.07.1975 tarihinden önce devir veya herhangi bir suretle el değiştirmişse, devir sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatından yeni işveren sorumludur (m. 14/2).

45 Yarg. 9. HD., 1990/1102 E., 1990/4424 K., 04.04.1990 T.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s. 1161 vd.

46 Yarg. 9. HD., 1988/11105 E., 1989/1073 K., 13.02.1989 T.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s. 1161.

47 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s. 1161; Özkaraca, 2008, s. 361.

48 Urhanoglu Cengiz, 2015, s. 53.

için haklı neden oluřturmaz⁴⁹.

İş sözleşmesinin devri söz konusu olduğu takdirde ise, devir ile devreden işveren ve işçi arasındaki iş ilişkisi sona ermekte ve devreden işveren, devir tarihinden sonraki alacak ve borçlardan sorumlu olmamaktadır; bu tarihten sonraki hak ve borçlardan sorumluluk devralan işverene aittir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kabulünden önce özellikle işçinin hizmet süresine bağlı olan kıdem, ihbar tazminatları ile yıllık ücretli izin hakkı bakımından devreden ve devralan işverenlerin sorumluluklarının kapsamı sorunu ortaya çıkmaktaydı⁵⁰.

Yargıtay, Kanununun kabulünden önceki dönemde de devreden işveren yanında geçirilen sürenin de kıdem süresinin hesabında dikkate alınacağı ve bu kıdem tazminatının tümünden devralan işverenin sorumlu olacağı yönünde hüküm kurmaktaydı⁵¹. Bu görüş kanaatimizce 6098 sayılı

TBK'nın kabulünden sonra da geçerliliğini korumaktadır.

6098 sayılı TBK'nın kabulünden önceki bu dönemde Yargıtay konuya ilişkin kararlarında, 1475 sayılı İşK. m. 14'te işverenlerin birlikte sorumluluğunu öngören düzenlemenin işyeri devrine özgü olduğu ve iş sözleşmesinin devrini kapsamadığı, bu nedenle devreden işverenin kendi dönemine ilişkin birlikte sorumluluğu bulunduğu yönündeki taleplerinin reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵². Fakat bu dönemde Yargıtay'ın aksi yönde kararlarına da rastlanmaktadır⁵³. Öğretide ise, 6098 sayılı TBK'dan önce İşK. m. 14'te işyeri devrine ilişkin olarak öngörülen birlikte sorumluluk düzenlemesinin kıyasen iş sözleşmesinin devrinde de uygulanması gerektiği önerilmekteydi⁵⁴. şu anda da savunulan bu görüşe göre, 1475 sayılı İşK. m. 14/3 hükmünün iş sözleşmesinin devrine de uygulanması gerekmekte, işyeri devri ve iş sözleşmesi düzenlemeleri paralel düzenlemeler öngörmekte ve bu nedenle kıyas yapılabilecektir, her ikisinde de ortak bir hukuki menfaat korunmakta, işyeri devrinde olduğu gibi iş sözleşmesinin devrinde de devralanın ekonomik gücünün yetersiz kalması gibi nedenlerle işçinin zarar görme tehlikesi bulunmakta ve işçinin bu devre ilişkin verdiği rıza da zorlama yoluyla elde edilmiş olabilecek iken, devreden işverenin sorumluluktan kurtulması iş hukukunun temel düşüncesine aykırı olacaktır⁵⁵.

Ancak mevcut düzenleme karşısında kanaatimizce bu görüşe katılmak artık mümkün değildir.

49 Yarg. 9. HD., 1989/142 E., 1989/2927 K., 31.03.1989 T.; Yarg. 9. HD., 1989/11587 E., 1990/943 K., 02.02.1990 T.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s. 1162.

50 Alp, 2007, s. 191; Çankaya/Çil, s. 244, 249-250, 253, 259; Ekonomi/Eyrenci, s. 1222; Yarg. 9. HD., 2005/309 E., 2005/31664 K., 29.09.2005 T.; Yarg. 9. HD., 2005/361 E., 2005/35713 K., 10.11.2005 T.; Ekonomi, Münir: "Asil İşveren- Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 1991, s. 94; Süzek, Sarper: "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 2001, s. 9; Alpagut, Gülsevil: Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi. Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 2003, s. 132; Engin, Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Banka-Sigorta İşçileri Sendikası, Ankara, 1996, s. 212; Günay, Cevdet İlhan: "Yargı Kararlarında Yeni İstihdam Biçimleri ve Üçlü İş İlişkileri" İstanbul Barosu Dergisi, İş Hukuku Özel Sayısı, Eylül 2007, s. 48; Danar, Cüneyt: "Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 6, 2007, s. 51

51 Alp, 2007, s. 191; Çankaya/Çil, s. 244, 253, 259; Yarg. 9. HD., 2005/309 E., 2005/31664 K., 29.09.2005 T.; Yarg. 9. HD., 2005/361 E., 2005/35713 K., 10.11.2005 T.; Yarg. 9. HD., 2005/361 E., 2005/35713 K., 10.11.2005 T.; İş sözleşmesini devreden işverenin ihbar ve kıdem tazminatlarından sorumluluğu olmadığı yönündeki karar için bkz. Yarg. 9. HD., 2005/309 E., 2005/31664 K., 29.09.2005 T.; ayrıca bkz. Yarg. 9. HD., 2007/23503 E., 2009/1639 K., 05.02.2009 T.; Yarg. 9. HD., 2010/5217 E., 2012/19817 K., 06.06.2012 T.

52 Yarg. 9. HD., 2009/33210 E., 2010/1177 K., 25.01.2010 T.

53 Bkz. "... İş sözleşmesinin devrinde, işçinin, devreden işverenle olan iş sözleşmesinden veya işyeri uygulamasından doğan hakları ve borçları devralan işverene geçer. Bu itibarla davacının kıdem tazminatı X şti.nde işe girdiği ilk tarihten itibaren sözleşmenin haksız olarak feshedildiği 20.05.2008 tarihine kadar aralıksız devam eden tüm süre üzerinden hesaplama yapılarak davalı Y şti. nin belirtilen sürenin tamamı itibariyle, davalı X şti.nin ise kendi dönemine ilişkin oranda kıdem tazminatından sorumlu olduklarının kabulü ile hüküm kurulması gerekirken ..." Yarg. 9. HD., 2010/5217 E., 2012/19817 K., 06.06.2012 T.

54 Alp, 2007, s. 191; Ekonomi/Eyrenci, s. 1222; Alpagut, 2001, s. 132; Akyiğit, 2001, s. 45; Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD., 2012/11360 E., 2013/1283 K., 29.01.2013 T.

55 Alp, 2007, 194; Albayrak Zincirlioğlu, s. 206.

Devir sözleşmesiyle iş sözleşmesinin tüm hak ve borçlarının devralan işverene geçeceği yönündeki kanuni düzenleme ile bu konu tartışma dışı kalmıştır.

6098 sayılı TBK'da ise işyeri devri ve iş sözleşmesinin devrine ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir. İşyeri devrini düzenleyen TBK m. 428, İŞK. m. 6 ile paralel bir düzenleme öngörmektedir. Buna göre, devreden işveren de devir anında muaccel olan kendi dönemine ilişkin alacaklar nedeniyle devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sorumlu olacaktır. Buna karşılık Kanunda iş sözleşmesinin devrinde birlikte sorumluluğa ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Buradan da kanun koyucunun iş sözleşmesinin olarak devredilmesi halinde devreden işverenin birlikte sorumluluğunu istemediği sonucuna ulaşılabilecektir⁵⁶.

Kanaatimizce iş sözleşmesinin devrinde haliyete ilişkin esasların uygulanması gerekir. Sözleşme devri sadece taraf değişikliği meydana getiren bir hukuki işlemidir. Bu işlem sonucunda borç ilişkisinin içeriği, kapsamı ve hukuki niteliğinde bir değişiklik meydana gelmez. Sözleşmeyi devralan işveren, sözleşme ilişkisi hangi durumda ise o şekilde sözleşmeyi devralır. Bu nedenle de hizmet süresine bağlı olan haklarda, devreden işveren yanında geçirilen süre de esas alınır⁵⁷. Ancak öğretide işçinin korunması ilkesine daha uygun düşeceği belirtilerek devreden işverenin de kendi döneminde geçen süre ve devir anındaki ücret üzerinden birlikte sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır⁵⁸.

Burada iş sözleşmesini devralan işveren, sözleşmeyi tüm hak ve borçları ile devraldığından, devirden önce var olan hakların sahibi ve borçların da sorumlusu olacaktır. Bu nedenle burada işçinin, önceki işverene bağlı olarak geçirdiği süreyle kıdemine bağlı olarak elde ettiği haklar

yönünden bir hak kaybı olmayacaktır. Zira yeni işveren, işçinin kıdemine bağlı tüm haklardan da sorumlu olacaktır. Dolayısıyla kanaatimizce burada bir madde boşluğu söz konusu değildir ve kanun koyucu müteselsil sorumluluk öngörmüştür. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun açık düzenlemesi karşısında, iş sözleşmesinin devri halinde yeni işverenin sorumluluğu tüm çalışma süresi bakımından kıdem tazminatının tamamından olacakken, eski işverenin ise sözleşme devrinden önceki hizmet süresi ile ilgili olarak sorumluluğu kalmayacaktır.

bb. İhbar Tazminatı

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi halinde söz konusu olabilen ve işçinin hizmet süresine göre belirlenen ihbar süresine ilişkin olarak ödenen bir tazminattır⁵⁹. Belirsiz süreli iş sözleşmesi feshedilmek istendiğinde işçiye hizmet süresiyle doğru orantılı olarak artan şekilde Kanunun öngördüğü sınırlara göre bir ihbar süresi verilmesi gerekir. Süreye uyulmaması halinde ise ihbar tazminatı ödenmesi söz konusu olacaktır. Söz konusu ihbar süresinin hesaplanmasında iş sözleşmesinin başından itibaren geçirilen süre dikkate alınacaktır. Diğer bir deyişle, sözleşmenin devri halinde işçinin ihbar süresi belirlenirken, devreden işveren yanındaki hizmet süresi de hesaba dahil edilecektir⁶⁰. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde ihbar tazminatı konusunda Yargıtay kararları ile öğretide fikir birliği bulunmakta ve devralanın ihbar tazminatından sorumlu olacağına karar verilmekteydi⁶¹. Bildirim süresi ve ihbar tazminatının hesabında da işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı ifade edilmekteydi⁶². Şu anda da bu konuda bir fikir birliği mevcut gözükmemektedir.

Kanaatimize göre de, işçinin iş sözleşmesinin

56 Özkaraca, 2014, s. 134.

57 Alp, 2007, s. 193-194; Ekonomi/Eyrenci, s. 1221 vd.; Molamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s. 1163.

58 Yiğit, s. 227 vd.

59 Senyen Kaplan, s. 393.

60 Urhanoğlu Cengiz, s. 145; Alpagut, s. 926; Albayrak Zircirlioğlu, s. 218; Kocagil, s. 56.

61 Bkz. Yarg. 9. HD., 2007/16181 E., 2008/17596 K., 24.06.2008 T.

62 Yarg. 9. HD., 2005/309 E., 2005/31664 K., 29.09.2005 T.; Alp, 2007, s. 191; Ekonomi/Eyrenci, s. 1222.

devri sırasında söz konusu olmayacak olan ihbar tazminatı hususu, devralan işverenin işçinin iş sözleşmesini sona erdirmek istemesi halinde söz konusu olabilecektir. Zira devir işlemiyle sözleşme feshedilmemekte ve varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle hizmet süresi sözleşmenin başlangıcından itibaren bir bütün arz etmektedir. İş sözleşmesinin devri ile işçi, devralan işverenin işçisi olduğuna göre, devralan işveren işçinin önceki işverende geçirdiği hizmet sürelerini de kabul etmiş sayılmaktadır. Dolayısıyla buradaki sorumluluğun tamamının yeni işverene ait olması gerekmektedir. Yeni işverenin sözleşmeyi feshetmesi halinde sorumlu olacağı kıdem tazminatı miktarı da işçinin hizmet süresini devirden önce ve devirden sonra şeklinde ayırmadan, en son aldığı ücreti üzerinden hesaplanacaktır⁶³.

Bildirimli fesihle, iş sözleşmesinin bildirim süresi içerisinde devredilmesi hali de önem arz eder. İhbar öneli tanınmış durumda olan bir işçinin iş sözleşmesinin de devredilmesi mümkündür. Bu durumda ihbar önelinin usulüne uygun kullanılmaması ve iş arama izinlerinin verilmemesinden devralan işveren sorumludur ve iş sözleşmesini devreden işverenin bir sorumluluğu yoktur. Ancak iş sözleşmesini devreden işverenin de iş arama izinlerini kullandığı bir dönem varsa bu ücretlerin ödenmesinden sorumlu olacaktır⁶⁴. İş sözleşmesini devralan işveren, işçinin ileride hak kazanabileceği ve tüm süreye göre hesaplanacak olan ihbar tazminatının tamamından sorumludur⁶⁵.

6098 sayılı TBK'nın açık düzenlemesi karşısında kanaatimizce konuya ilişkin bir tartışma bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin devri ile birlikte devralan işverenin ihbar tazminatı ile ilgili sorumluluğu sona ermekte ve devralan işverene geçmekte olduğu konusunda tereddüt kalmamıştır. İş sözleşmesi devredilen işçinin bildirim süresi ve ihbar tazminatının hesabında işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır⁶⁶.

63 Alp, 2007, s. 193; Urhanoğlu Cengiz, 2014, s. 120.

64 Çankaya/Çil, s. 649.

65 Yarg. 9. HD., 2007/3112 E., 2007/12648 K., 24.04.2007 T.

66 Yarg. 9. HD., 2005/309 E., 2005/31664 K., 29.09.2005 T.;

cc. Yıllık Ücretli İzin

İşçinin dinlenme hakkına ilişkin olan yıllık ücretli izin hakkı İş Kanunu'nun 53. maddesinde düzenlenmektedir. Hükme göre işçinin yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için en az bir yıl hizmet süresini doldurmuş olması gerekmektedir. İşçinin hizmet süresinin tespitinde deneme süresi ve işçinin çalışmış sayıldığı haller de dikkate alınır.

İşçinin yıllık ücretli izin hakkı, çalışma süresiyle doğru orantılı olarak Kanunun öngördüğü sınırlara göre belirlenmektedir. İş sözleşmesinin devri halinde de Kanun hükmünde belirtildiği gibi, hizmet süresine bağlı olan bu hak için gereken sürenin hesabı işçinin işe başladığı tarihten itibaren hesaplanacaktır. İşçi bu hakkını kullanma talebini ise yeni işverene yöneltecektir. Sözleşmeyi devralan işveren ise işçinin devreden işveren yanında çalışmaya başladığı tarih esas alınarak hesaplanacak olan izin süresini işçiye kullandırmakla yükümlüdür⁶⁷.

Yıllık ücretli izin hakkı, işçinin dinlenmesini sağlama amacına yöneliktir. Bu nedenle sözleşme ilişkisi devam ederken bu süreye ilişkin ücretin ödenerek hakkın kullanılmaması kabul edilebilir nitelikte değildir. Kullanılmamış yıllık ücretli izin hakkı süresine denk düşen ücret, İşK. m. 59/1 gereği, sözleşme sona erdiği takdirde muaccel hale gelecektir. Sözleşmenin devri ise sözleşmenin feshi anlamına gelmemekte, salt devir olgusu yıllık ücretli izin hakkının ücretli izne çevrilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Bu kapsamda devreden işveren nezdinde geçen hizmet süresine ilişkin kullanılmamış izin hakkının bulunması halinde işverenlerin bu haktan ne şekilde sorumlu olacaklarının ele alınması gerekmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde öğretide yıllık izin ücreti açısından fikir birliği bulunmamaktaydı. Eski ve yeni işverenlerin kendi dönemlerindeki kullanılmamış olan yıllık izinlerin ücretlerinden ayrı ayrı sorumlu olmaları gerektiği yönündeki görüşler⁶⁸ uyarınca; 4857 sayılı İş

Alp, 2007, s. 191; Ekonomi/Eyrenci, s. 1222.

67 Arslanoğlu, s. 543.

68 Ekonomi/Eyrenci, s. 1222; Yarg. 9. HD., 08.06.2004 T.;

Kanunu'na göre, işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçmesi mümkün değildir ve kesinlikle kullanılması gerekmektedir. Dolayısıyla, yıllık izini kullandırmayan işveren hangisi ise, sözleşmenin feshi halinde kullanılan izinlerin ücretinden de onun sorumlu olması gerekmektedir. Devralan işverenin devreden işverenin halefi olduğu düşüncesinden yola çıkarak, yıllık ücretli izin alacağından devreden işverenin sorumluluğunun söz konusu olamayacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun açık düzenlemesi karşısında ve kanaatimizce söz konusu tartışmalar sona ermiştir. Buna göre, yıllık izin ücretinden iş sözleşmesini devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır. İş sözleşmesinin devri ile işçinin önceki işveren nezdindeki hizmet süreleri devralan işverence gözetileceğinden ve iş sözleşmesinin devri bir fesih olmadığından, yıllık ücretli izin hakkı bakımından iş sözleşmesini devralan işverene geçecektir⁶⁹. Yıllık ücretli izin alacağının ancak iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra doğması ve sözleşmenin başka bir işverene devri halinde sözleşmenin sona ermiyor olması nedeniyle, yıllık ücretli izne ilişkin alacak hakkından sorumluluk, yalnız devralan işverene ait olacaktır⁷⁰.

b. Çalışma Koşulları Bakımından Sorumluluk

aa. Ücret Alacağı

Ücret, iş sözleşmesinde işverenin asıl borcunu ve işçilik alacaklarından en önemlisini teşkil etmektedir. Ücret, işçinin emeğinin karşılığını ifade eder. Ücret dışında ise iş sözleşmesinden

kaynaklanan; fazla ve fazla sürelerle çalışma ücreti, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerde çalışma ücreti, yıllık ücretli izin alacağı, kıdem ve ihbar tazminatı gibi birçok alacak kalemi bulunmaktadır.

İşçinin hizmet süresine bağlı olmayan alacakları bakımından önemli olan ilk husus alacağın doğduğu andır⁷¹. İşçinin ücret ve diğer alacakları sözleşmenin devrinden sonra meydana gelmişse burada devralan işverenin sorumlu olacağı açıktır. Zira sözleşme, bir bütün halinde devredilmekte ve işçinin bu andan sonraki muhatabı sözleşmeyi devralan haline gelmektedir⁷². Bu nedenle tartışma arz eden ve incelenmesi gereken husus, devreden işverenin kendi döneminde doğmuş olan alacaklardan sorumluluğuna ilişkindir.

TBK m. 429 hükmünde, devralan işverenin sözleşmeyi tüm hak ve borçlarıyla devraldığı belirtilmekte, devreden işverenin devirden önce, kendi döneminde doğmuş alacaklara ilişkin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Değindiği üzere işyeri devrini düzenleyen İşK. m. 6'da ise işçinin, devirden önce doğmuş alacaklarından, kıdem tazminatı hariç olmak üzere, iki yıl süreyle devreden ve devralan işverenin sorumluluğu öngörülmüştür⁷³.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde de devreden işveren döneminde doğmuş fakat ödenmemiş işçilik alacakları bakımından durum tartışmalıydı. Bu dönemde öğretide bir görüş, açık bir yasal düzenleme bulunmaması nedeni ile her bir işverenin sadece kendi dönemlerine ilişkin işçilik haklarından sorumlu olacakları yönündedir. Bu durumda devreden işveren kendi dönemiyle ilgili işçilik alacaklarından sorumlu kalmaya devam ederken, devralan işveren sadece devir tarihinden itibaren yani kendi döneminde doğan işçilik alacaklarından sorumlu olacak, geçmişte doğmuş bulunan alacakları devralmayacaktır⁷⁴.

2004/3862 E., 2004/14291 K.
69 Çankaya/Çil, s. 529-530; Ekonomi/Eyrenci, s. 1223; Yiğit, s. 231 vd.
70 "... İş sözleşmesi devredildiğinden ve devir tarihinde ortada fesih bulunmadığından devreden davalı X'in doğmuş ve muaccel olmayan yıllık ücretli izinden sorumluluğu bulunmamaktadır. Davacının iş sözleşmesi devirden sonra, devralan Y işyerinde çalışırken sonlandırılmıştır Kıdem tazminatı da devralan kurum tarafından ödenmiştir. Yıllık ücretli izin alacağından da devralan sorumludur. ..." Yargıtay 9. HD, 2012/25318 - ... - 25331 E., 2012/31397 - ... - 31410 K., 24.09.2012 T.; Yarg. 9. HD., 2012/25319 E., 2012/31398 K., 24.09.2012 T.

71 Kutbay, Nurgül: İş Sözleşmesinin Devri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 140.
72 Alp, 2007, s. 191; Albayrak Zincirlioğlu, s. 228; Kutbay, s. 140.
73 Alp, 2007, s. 194; Özkaraca, 2008, s. 332; Alpagut, s. 927.
74 Bu görüşler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Alp, 2007, s.

Bu dönemde öğretide savunulan diğer görüş ise; iş sözleşmesinin devrinde benzer bir üçlü ilişkiyi düzenleyen İş Kanunu m. 6'nın kıyasen uygulanması yönündedir. Böylece devir anında doğmuş bulunan tüm işçilik hakları devralan işverene geçecek, devralan işveren devreden işveren dönemde doğmuş alacaklardan da sorumlu olacaktır. Devreden işverenin sorumluluğu açısından da birlikte sorumluluk esası uygulanacak, devreden işverenin sorumluluğunun İş Kanunu m. 6'da olduğu gibi devirden itibaren iki yıllık süre ile sınırlandırılması veya hiçbir süre sınırlaması getirilmemesi düşünölebilecektir⁷⁵.

Bu kapsamda, 6098 sayılı TBK yürürlüğünde de bu tartişmaların varlığını sürdürdüğu görölmektedir. Eski Kanun döneminde olduğu gibi tartişmaların, İşK. m. 6/3'ün kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı yönünde olduğu söylenebilecektir. Öğretideki ilk görüşe göre, bu yönde bir kanun maddesi olmasa da işverenlerin sorumluluğunun tespitinde işyeri devrine ilişkin olan söz konusu hüküm kıyasen uygulanabilecektir⁷⁶. Bu görüşe göre, iş sözleşmesinin devriyle devralan işveren iş sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçları devralmakta, devralan işverenin bu alacaklardan tek başına sorumlu tutulması halinde işverenin ekonomik durumuna bağlı olarak işçi dezavantajlı bir duruma düşebilecek olmakta, iki kurum arasındaki benzerliklerle birlikte işyeri devrine ilişkin hükmün kıyasen uygulanmasında hukuken bir sorun bulunmamakta ve her iki hukuki ilişkide de korunan hukuki menfaatin işçiye ait olması nedeniyle iş sözleşmesinin devrine ilişkin hükmün kıyasen uygulanması gerekmektedir ve bu durum işçinin menfaatindedir⁷⁷. İkinci görüşe

göre ise, müteselsil sorumluluğu düzenleyen TBK m. 162 hükmü belirleyici olup bu hüküm kapsamında müteselsil sorumluluğun ancak Kanunda öngörölererek ya da tarafların anlaşması suretiyle mümkün olabilecek ve bu iki halin de bulunmaması durumunda ise istisnai bir niteliği olan müteselsil sorumluluğun bir başka kanun maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla kabul edilmesi TBK m. 162'ye aykırı olacaktır⁷⁸. Kanun koyucu iş sözleşmesinin devrine ilişkin hükümde müteselsil sorumluluk halini kasıtlı olarak düzenlememiş olup kanun içi boşluk yoktur ve istisnai olan bu müteselsil sorumluluk kurumu kıyasen getirilemez ve bu nedenle işyeri devri hükümleri uygulanamaz⁷⁹. Sözleşmenin devrinden sonra devreden işverenin sorumluluğu sona erer⁸⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önceki yıllardaki kararlarında ise işyeri devrine ilişkin kanun hükmünün iş sözleşmesinin devrine kıyasen uygulanması gerektiği ifade olunmuřtur⁸¹.

Kanaatimizce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kabulüyle birlikte tüm tartişmalar sona ermiştir. Devralan işveren, devraldığı işçinin sadece kıdeme bağlı hakları açısından değil, tüm hakları açısından devreden işveren yanında geçen hizmet süresinden de sorumlu olacaktır. Yukarıda da belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin devrini özel olarak düzenleyen m. 429'da devir işlemiyle, devralanın, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olacağı şeklinde ifade edilmiş ancak bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı özellikle vurgulanmıştır. O halde iş sözleşmesinin devri söz konusu olduğunda hizmet süresine bağlı olmayan işçilik hakları bakımından da devralan işveren sorumlu olacak ve devir işlemiyle birlikte devreden işverenin sorumluluğu sona erecektir. Devreden işverenin devirden sonraki süre içerisinde sorumluluğunun devam edip

192; Ekonomi/Eyrenci, 2001, s. 1222; Ayrancı, s. 544.

75 Bu görüşler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Alp, 2007, s.192; Çankaya/Çil, s. 250-251.

76 Güzel, Ali: "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara, 2007, s. 37; Ayrancı, s. 120; Özkaraca, 2014, s. 136-137; Arslanoğlu, s. 544; Alpagut, s. 927; Albayrak Zincirlioğlu, s. 198-199; Yiğit, s. 294-295.

77 Bkz. Süzek, s. 345; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 300; Özkaraca, 2014, s. 136-137; Alp, s. 194; Albayrak Zincirlioğlu, s. 199; Yiğit, s. 294-295.

78 Kocagil, s. 56.

79 Karaçöp/Yamakoğlu, s. 125.

80 Kocagil, s. 56; Karaçöp/Yamakoğlu, s. 125.

81 Bkz. YGHK, 2005/9-203 E., 2005/252 K., 13.4.2005 T.; YGHK, 2017/3176 E., 2018/1470 K., 18.10.2018 T.

etmeyeceği veya ne kadar süre ile devam edeceği konusunda, devralan işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayan sözleşmelerin yapılması mümkündür. Ancak bu tür bir sözleşme sadece tarafları arasında hüküm ve sonuç doğuracaktır.

bb. Diğer Çalışma Koşulları

İş sözleşmesinin devredilmesinden sonra sözleşmeyi devralan işverenin iş sözleşmesinde yer alan çalışma koşullarından işçiye karşı sorumluluğunun tespiti, işçi için önem arz eden diğer bir sonuçtur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 429'da devir işlemiyle, devralanın, bütün hak ve borçları ile birlikte hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olacağı şeklinde ifade edilmiş ancak bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı özellikle vurgulanmıştır. Söz konusu düzenleme karşısında işçinin devreden işverenle arasındaki iş sözleşmesinden ya da işyeri uygulamasından doğan hakları ve borçlarının devralan işverene geçip geçmeyeceği meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Kanaatimizce m. 429'un düzenlemesi karşısında, iş sözleşmesini devralan işveren açısından devreden işverenle olan iş ilişkisinde ortaya çıkan çalışma koşullarının, uygulanmaya devam olunması yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bu durumda devreden işverence işçinin süregelen çalışmalarıyla ortaya çıkan çalışma koşullarının uygulanmaması 4857 sayılı İş Kanunu'nun m. 24/II, f uyarınca işçiye haklı nedenle iş sözleşmesinin feshi imkânını verecektir.

Geçici iş ilişkisinde öngörülen yasal koşullardan biri olan işçinin benzer işlerde çalışması koşulu iş sözleşmesinin devri yönünden aranmadığı için, iş sözleşmesi devredilen işçinin devreden işverene ait işyerinde çalıştığı işlerden çok farklı bir alanda çalışması mümkündür⁸².

İş sözleşmesinin devrinden sonra, çalışma koşullarının işçinin rızası olmaksızın esaslı surette ağırlaştırılması durumunda, iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshi söz konusu ola-

bilecektir. Bu hususta Yargıtay da aynı görüşte olup⁸³ bir işçinin iş sözleşmesini devralan ve çalışma koşullarına esaslı değişiklik yapmayı düşünen işverenin, İş Kanunu m. 22 hükmünde öngörülen prosedürü izlemesi gerekecektir⁸⁴.

İşçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik ancak İşK. m. 22'de düzenlenmiş usule uygun olarak yapılabilir. İş sözleşmesinin devri ise çalışma koşullarında değişiklik olarak kabul edilebilir nitelikte değildir⁸⁵. Zira değindiğimiz üzere iş sözleşmesinin devri halinde devreden işveren ile işçi arasındaki ilişki son bulmaktadır. İş sözleşmesini bir bütün olarak devralan işveren ise işçinin rızası olmadan çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapamayacaktır.

Çalışma koşullarına ilişkin önem arz eden bir diğer husus da devralan işverenin işçileri ile devre konu olan iş sözleşmesinin tarafı olan işçi arasındaki eşitliğin gözetilmesidir. İş sözleşmesini devralan işverenin, devre konu iş sözleşmesinin tarafı olan işçiye diğer işçileri ile eşit davranma yükümlülüğü bulunmaktadır⁸⁶. Bu durumda işçinin ücreti, sözleşmeyi devralan işverenin aynı konumdaki işçilerine kıyasla daha düşükse işçinin ücretinin artırılması gerekmektedir⁸⁷.

c. İş Güvencesi Bakımından Sorumluluk

İş güvencesi hükümleri tüm işyerlerinde uygulanmamaktadır. İş güvencesi, işçiye iş sözleşmesiyle sağlanmış bir hak değildir. Bir işçinin iş güvencesi hükümlerinde yararlanabilmesi için,

83 Özkaraca, 2008, s.130; Yarg. 9. HD., 2007/17534 E., 2007/34760 K., 21.11.2007 T.

84 Arslanoğlu, s. 544; bu durum Bilim Kurulu Taslağı'nda yer alan ancak yasallaşmayan m. 7 gerekçesinde de şu şekilde ifade edilmiştir: "... iş sözleşmesinin kesin devrinde, devralan işverenin üstlendiği hak ve borçlara, bu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar, söz gelimi iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklardan veya işyeri uygulamasından doğan hak ve borçlar dahildir. Yeni işverenin bu şartları esaslı surette değiştirebilmesi, işçinin rızasına bağlıdır. Ancak işveren 23 üncü madde hükümleri uygulayabilir." Bkz. MESS, Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, 2. Baskı, İstanbul, 2002, s. 73.

85 Urhanoğlu Cengiz, s. 54; Özkaraca, 2008, s. 130; Danar, s. 66; Kutbay, s. 141.

86 Kutbay, s. 142; Yiğit, s. 295; Sönmez Tatar, s. 74.

87 Kutbay, s. 143.

82 Çankaya/Çil, 2011, s. 648 vd.

öncelikle çalıştığı işyerinin iş güvencesi kapsamında olması gerekmektedir. Bunun için de öncelikle işveren işyerinde veya aynı işkolundaki işyerlerinde belirli sayıda işçi bulunması gerekmektedir. İşK. m. 18/1'e göre, otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerleri iş güvencesi kapsamında sayılmaktadır⁸⁸.

İşK. m. 18/1'e göre, iş güvencesinin kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilerden en az altı aylık kıdemi olanlar, iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilirler. En az altı aylık kıdemin başlangıcı, kural olarak işçinin işe başlama tarihidir. Yani işçinin işyerinde fiilen işe başladığı tarihten itibaren en az altı aylık bir takvim süresinin geçmesi gerekmektedir⁸⁹. İş Kanunu'nun 18. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, işçinin altı aylık kıdemi ise aynı işveren bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesaplanacaktır⁹⁰.

Öncelikle, iş sözleşmesinin devrinde iş güvencesine ilişkin olarak ortaya çıkabilecek ilk sorun işçinin sözleşme devredilmeden önce iş güvencesi kapsamındayken devirden sonra bu kapsamda olmama ihtimalidir. İş sözleşmesinin devrinin bir halefiyet işlemi olmasının sonucu olarak sözleşmenin devri halinde, iş sözleşmesi bütün unsurlarıyla birlikte devam etmektedir. Gerçekten, devir halinde sadece işveren tarafında bir değişiklik söz konusu olmakta, bunun dışında sözleşmenin içerik ve kapsamında herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin devri, işçinin iş güvencesinin kapsamına girmesi açasından, sözleşmenin devrinden önceki durumdan farklı sonuçlara yol açabilecektir. Başka bir deyişle, iş sözleşmesinin devrinden önce iş güvencesinin kapsamında olan bir işçi, devir sonrasında güvence kapsamı dışında kalabileceği gibi, bu durumun aksi de gerçeleşebilecektir. Zira sözleşmeyi devralan işveren gerekli işçi sayısını sağlayamıyor olması ihtimal dahilindedir. Bu nedenle işçinin rıza vermeden önce devralan işveren durumunu bilmesi önem arz etmektedir. Keza söz konusu devrin işçiyi iş güvencesinden mahrum bırakmak için yapıp yapılmadığı da değerlendirilmelidir. Sonuç olarak iş sözleşmesi devrolunan işçi, devralan işveren nezdinde iş güvencesine dahil olabileceği gibi, bu konumunu yitirmesi de söz konusu olabilir. İşçinin önceden iş güvencesine tabi iken sonradan olmayışı devri geçersiz kılmaz.

Bilindiği gibi, işçinin iş güvencesinden faydalanabilmesi için, diğer koşulların yanında, iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işveren, işçinin çalıştığı işyerinin girdiği işkolunda en az otuz işçi çalıştırması gerekir. Bu durumda, devirden önce iş güvencesinin kapsamında olan bir işçi, iş sözleşmesini devralan işveren otuzdan az işçi çalıştırması nedeniyle kapsam dışı kalabilecektir. Bunun gibi, iş sözleşmesini devreden işverenin 30'dan az işçi çalıştırması nedeniyle iş güvencesinden yararlanmayan bir işçi, iş sözleşmesini devralan işveren, söz konusu işçi de dâhil, otuz işçi çalıştırması durumunda artık iş güvencesinden yararlanabilecektir. Aynı durum işyerinin devrinde de söz konusu olabilmektedir⁹¹.

Burada karşılaşabileceğimiz önemli bir sorun, devre ilişkin rızanın, iş sözleşmesi yapılırken veya yapıldıktan sonra, ancak devir işleminden önceki bir tarihe alınması durumunda, işçilerin sırf iş güvencesinin kapsamı dışında bırakılmaları için, iş güvencesi kapsamı dışındaki işyerlerine devredildikleri durumlara rastlanabilecek olmasıdır.

88 Manav, Atike Eda: "İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları", Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 31 vd.; Aktay, Nizamettin: "İş Güvencesinde Otuz (30) Sayısının Tespiti ve şirketler Grubu Kavramı "Bordro İşvereni" Tabiri Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 11, 2008, s. 59 vd.

89 Ekonomi, Münir: "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C. 17, S. 2, 2003, s. 5; Soyer, M. Polat: "İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı-İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, s. 34; Göktaş, Seracettin: "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi", Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 1, Ankara, 2008, s. 26.

90 Ekonomi, 2005, s. 43; Soyer, s. 34.

91 Özkaraca, 2008, s. 128, 272-275; İşyeri devrinin iş güvencesinin kapsamına girme açasından etkisi ile ilgili olarak ayrıca bkz. Özkaraca, 2008, s. 272-275; Danar, 2007, s. 72.

Rızanın devirden önceki bir tarihte alınması durumunda hâlihazırda iş güvencesinden yararlanan ve iş sözleşmesi devredilmek istenen işçilerin, bu hususta karar vermeden önce, özellikle devralacak işverene ait işyerinde (aynı işkolundaki işyerlerinde) çalışan işçi sayısı konusunda bilgi sahibi olmaları imkânı ortadan kaldırılmış olmaktadır⁹².

İşçi sayısı dışında, 6 aylık kıdem süresi ve iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması koşulları açısından ise, iş sözleşmesinin devri, işçinin iş güvencesinin kapsamına girme durumu noktasında bir etki doğurmayacaktır. Zira yukarıda belirtildiği gibi, işçinin hizmet süresinin hesabında, devreden işveren yanında geçen süreler de göz önünde tutulacaktır. Bunun gibi, iş sözleşmesinin devri iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olma niteliğini de değiştirmeyecektir⁹³.

Özellikle belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesi tamamen farklı bir işverene devredilen işçi açısından, devreden işveren yanında geçen hizmetlerin, iş güvencesinden yararlanmanın ön koşulu olan altı aylık kıdem hesabında dikkate alınması gerekmektedir. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, hizmet süresine bağlı haklar bakımından, devredilen işçinin kıdemini, devreden işveren yanında işe başladığı tarih göz önünde bulundurularak hesaplanması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Bu nedenle, devreden işveren yanında geçirdiği hizmet süresi de devralan işveren bünyesinde iş güvencesinden yararlanmanın bir koşulu olarak göz önünde bulundurulacaktır⁹⁴.

IV. İş Sözleşmesinin İradi Devrinde Devreden ve Devralan İşverenin Sorumluluklarına Yönelik Değerlendirmemiz ve Sonuç

Somut olayda işçi, alacakları için asıl işveren konumundaki Büyükşehir Belediyesi ve taşıma işlerinin devredildiği şirkete dava açmış ancak işçinin iş sözleşmesinin bir başka belediye şirketine devredildiğinin anlaşılması üzerine işçinin alacaklarından kimin sorumlu olacağı hususu değerlendirilmiştir. Yargılama sonucunda iş sözleşmesinin devri halinde devralan işverenin sözleşmeyi bütünüyle devraldığı ve devir tarihinde devreden işverenin sorumluluğunun sona erdiği, işyeri devrinin müteselsil sorumluluğa ilişkin hükmünün burada kıyasen uygulama alanı bulmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Karara ilişkin karşı oyda da kararın bu kısmına karşı çıkılmamıştır. Kanaatimizce Yargıtay'ın kararı isabetlidir.

6098 sayılı TBK kabul edilene kadarki süreçte iş sözleşmesinin devrinin koşullarının ve sonuçlarının düzenlenmemiş olması bir noksanlık olarak kendini göstermekteydi. Zira Kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte bu dönemde de uygulamada sıklıkla karşılaşılan konunun çözümü öğreti ve Yargıtay kararlarına bırakılmaktaydı. Yeni Borçlar Kanunu ise işyeri devri

92 Özkaraca, 2008, s. 128-129; ayrıntılı bilgi için bkz. Urhanoglu Cengiz, 2014, s. 63 vd.

93 Özkaraca, 2008, s. 129.

94 İşçinin 6 aylık kıdemini doldurmasına çok az bir süre kala işverence iş sözleşmesinin devredilmesinin TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kurallarına aykırılık nedeniyle geçersizliğine ilişkin olarak bkz. Güzel, Ali: "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, 2004, s. 34; Çelik, Nuri: İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 22; Başterzi, Süleyman: "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi", A. Can Tuncay'a Armağan,

İstanbul, 2005, s. 639; Akyiğit, Ercan: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe lade), Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 235; Kanaatimizce, işverenin altı aylık kıdem koşulunun gerçekleşmesine çok kısa bir süre kala yaptığı devir işlemi, sadece bu sebeple devrin kötüniyetli olduğunu göstermeyecektir. Zira devir işlemi üçlü bir hukuki ilişkidir ve irade beyanları olmaksızın gerçekleşmesi mümkün değildir. İşçinin devir işleminden önceki bir tarihte rızasını açıklaması durumunda ise işçi belirsiz bir duruma rıza göstermiş olduğu için, bunun sonuçlarına katlanması gerekecektir. Ancak somut olayda, işverenin kötü niyetli hareket ettiğini gösteren somut birtakım olgular varsa, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca altı aylık kıdem koşulunun gerçekleştiği ve işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceğinin kabul edilmesi mümkündür.

ve iş sözleşmesinin devrine ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir.

İşyeri devrini düzenleyen 428. madde, İş Kanunu m. 6/3'e paralel şekilde devreden işverenin kendi döneminde muaccel olan alacaklar bakımından devir tarihinden itibaren iki yıllık süre boyunca devralan işverenle birlikte sorumlu olacağını öngörmüştür. Buna karşılık iş sözleşmesinin devrine ilişkin 429. maddede bu konuda sessiz kalınmıştır. Bu bağlamda, kanun koyucunun iş sözleşmesinin devri hususunda devreden ve devralan işverenin birlikte sorumluluğunu istemediği sonucuna ulaşılabilecektir. Nitekim iş sözleşmesi devredilen işçi ile işyeri devredilen işçi aynı konumda değildirler. İşyeri devri halinde işçinin iradesi dışında bir işveren değişikliği gerçekteşmekteyken, iş sözleşmesinin devrinde işçi bu değişikliğe rıza göstermektedir⁹⁵. Kanaatimizce kanun koyucu bu durumu göz önünde bulundurarak birlikte sorumluluk öngörmemiştir.

İş sözleşmesinin devrinde kanaatimizce haliyete dayanan esasların uygulanması gerekir. Sözleşme devri sadece taraf değişikliği sonucunu doğuran bir işlemdir ve bu işlemler borç ilişkisinin içeriğinde, kapsamında ve hukuki ayniyetinde bir değişiklik ortaya çıkmamaktadır. İş sözleşmesini devralan işveren sözleşme ilişkisini devir anındaki hali ile devralır ve bu nedenle kıdeme bağlı haklarda işçinin devreden işveren yanında geçen hizmet süresi de dikkate alınarak işlem yapılır. İş sözleşmesini devralan işveren, sözleşmeyi tüm hak ve borçları ile devraldığından, devir sonrasında doğacak borçlar kadar, devir öncesinde var olan hakların ve borçların da sahibi ve sorumlusu olur.

Sonuç olarak kanaatimizce madde hükmünde bir boşluk söz konusu değildir. Zira kanun koyucu müteselsil sorumluluğu iş sözleşmesi-

nin devri için de işyeri devrinde olduğu gibi düzenlemekten kaçınmıştır. İstisnai nitelikte olan bu sorumluluk türünü kıyas yoluyla benzer bir hukuki ilişkiye uygulamak borçlar hukukunun temel ilkeleriyle de çelişir nitelikte olacaktır. İş sözleşmesi devir anındaki tüm hak ve borçlarıyla devralan işverene geçmektedir. Bu durumda işçinin önceki işverene bağlı olarak geçen kıdemine bağlı haklar yönünden bir kaybı söz konusu olmayacak ve yeni işveren işçinin tüm kıdemi ve kıdemine bağlı haklarından sorumlu olacaktır.

Sonuç olarak iş sözleşmesinin devri ile sözleşmenin işçi tarafı aynı kalmakta, sadece işveren tarafı değişmekte ve dolayısıyla işçinin iş görme borcu devralan işverene karşı devam ederken, devralan işveren de iş sözleşmesinin tarafı haline gelmekte ve buna bağlı hüküm ve sonuçlara tabi olmaktadır. Devreden işveren bakımından devirden sonra artık sorumluluktan bahsedilemeyecektir.

KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin: "İş Güvencesinde Otuz (30) Sayısının Tespiti ve şirketler Grubu Kavramı "Bordro İşvereni" Tabiri Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 11, 2008.
- Akyiğit, Ercan: "İş İlişkisinin (Bireysel) Devri, Karar İncelemesi", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, C. 17, S. 2, Kasım 2001.
- Akyiğit, Ercan: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Albayrak Zincirlioğu, Candan: İş Sözleşmesinin Devri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- Alp, Mustafa: "İş Sözleşmesinin Devri", İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu Kadir Has Üniversitesi İstanbul, 2009, s. 302-329.
- Alp, Mustafa: "İş Sözleşmesinin Devrinde

95 İşyerinin devri halinde ise işçinin rızası aranmamakta, işçiye bir itiraz hakkı tanınmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Astarlı, Muhittin: "Karşılaştırılmalık Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı", Çalışma ve Toplum, C. 1, S. 36, 2013, s. 69-106.

- Bazı Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, 2007, s. 189-209.
- Alpagut, Gülsevil: "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2011, S. 31, s. 913-959.
- Alpagut, Gülsevil: Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi. Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 2003.
- Arslanoğlu, M. Anıl, "İş Sözleşmesinin İradî Devri ile İşverenin Değişmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 10, s. 533-545.
- Astarlı, Muhittin: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı", Çalışma ve Toplum, C. 1, S. 36, 2013, s. 69-106.
- Ayrancı, Hasan: Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Bahadır, Zeynep: "Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2013, C. 17, S. 3, s. 1-37.
- Başbuğ, Aydın: "İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, C. 18, Mayıs-Ağustos 2003, S. 2-3.
- Başterzi, Süleyman: "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005.
- Caniklioğlu, Nurşen: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi, "Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu" Semineri, İstanbul 2011.
- Çankaya, Osman Güven/Çil, Sahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Çelik, Nuri: İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 36. Baskı, İstanbul, Kasım 2023.
- Danar, Cüneyt: "Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 6, 2007, s. 62-74.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul 2022.
- Ekonomi, Münir: "Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 1991.
- Ekonomi, Münir/Eyrenci Öner: Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi, Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2001, s. 1199-1223.
- Engin, Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Banka-Sigorta İşçileri Sendikası, Ankara, 1996.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 20. Baskı, Ankara, 2016.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 10. Baskı, İstanbul, Kasım 2020.
- Göktaş, Seracettin: "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi", Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 1, Ankara, 2008.
- Güler, Şeref: "İş Sözleşmesinin Devrinde Mütessesil Sorumluluk", İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 11, 2021, s. 201-220.
- Günay, Cevdet İlhan: "Yargı Kararlarında Yeni İstihdam Biçimleri ve Üçlü İş İlişkileri" İstanbul Barosu Dergisi, İş Hukuku Özel Sayısı, Eylül 2007, s. 15-68.

- Günay, Cevdet İlhan: "Hizmet Sözleşmesinin Devri, (TBK m. 429)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011.
- Güzel, Ali: İşverenin Değişmesi- İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987.
- Güzel, Ali: "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, 2004.
- Güzel, Ali: "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara, 2007, s. 11-71.
- Karaçöp, Eda/Yamakoğlu, Efe: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 10, S. 38, 2013, s. 83-148.
- Kocagil, İpek: "Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2011, S. 22, s. 46-61.
- Kutbay, Nurgül: İş Sözleşmesinin Devri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Manav, Atike Eda: "İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları", Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Lykedion Yayınları, Ankara, 2022.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Lykedion Yayınları, Ankara, 2014.
- Nomer, Haluk N.: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Vedat Kitapçılık, 15. Baskı, İstanbul, Şubat 2020.
- Özkaraca, Ercüment: "İş Sözleşmesinin Devri", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, İstanbul, 2014, s. 115-141.
- Özkaraca, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Öztürk, Berna: Sözleşmenin Devri, İstanbul Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2016, s. 263-296.
- Senyen Kaplan, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2023.
- Soyer, M. Polat: "İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı-İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, s. 27-69.
- Sönmez Tatar, Gülsüm: İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, TÜHİS Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sendikası Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayınları, Ankara, 2011.
- Subaşı, İbrahim/Yiğit, Yusuf: "İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil Şartı", İş ve Hayat, C. 4, S. 7, 2018.
- Süzek, Sarper, İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku), 23. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul, 2023.
- Süzek, Sarper: "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 2001.
- Tosun, Yalçın: "Sözleşmenin Devri", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 169-174.
- Urhanoğlu Cengiz, İştar: İş Sözleşmesinin İradi Devri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Urhanoğlu Cengiz, İştar: İş Sözleşmesinin İradi Devrinin Devreden ve Devralan İşverenler Bakımından Doğurduğu Hüküm ve Sonuçlar, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2015, S. 34, s. 47-70.
- Urhanoğlu Cengiz, İştar: İş Sözleşmesinin Devri Halinde Kıdem Tazminatından Sorum-

İş Sözleşmesinin Devrinde Devreden İşveren Devirden Önce Doğmuş Bulunan Alacaklardan Sorumlu Tutulabilir mi?
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 08.11.2022 Tarihli Kararının İncelenmesi

luluk, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul 2019.

- Yiğit, Yusuf: İş Sözleşmesinin Devri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.

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 15.000 kelimeyi geçmeyecek şekilde yazılmalı ve yazıların sayfa düzeni için aşağıdaki şekil şartlarına uyulmalıdır:
Kağıt boyutu: A4; Üst, alt, sağ ve sol boşlukları: 2,5 cm.; Yazı tipi: Times New Roman (Türkçe yazı dili seçilerek); Punto: 12; Satır arası: 1,5; Hizalama: İki yana yaslanmış; Dipnotlar: Sayfa altında ve Times New Roman yazı tipinde, 10 punto, 1 satır arası ve iki yana yaslanarak hizalanmış. Ayrıca, en fazla 150'şer kelimededen oluşacak ve araştırmanın kapsamı ve amacının belirtildiği, kullanılan yöntemin tanımlandığı ve ulaşılan sonuçların kısaca yer verildiği Türkçe ve İngilizce özet, en az üç Türkçe ve üç İngilizce anahtar sözcük ile birlikte, yazının Türkçe ve İngilizce yazılmış başlığı, yazar ismi, kurumu ve yazarların açık adresleri, ORCID bilgisi ile telefon numaraları ve e-posta adresinin bulunduğu üst kapak sayfası gönderilmelidir. Başlığının Türkçe ve İngilizce ayrıca yer aldığı yazının ilk sayfasında yazar ismi yer almamalıdır.
3. Kaynaklar yazının sonunda ayrı bir sayfada "Kaynakça" başlığı altında yazar soyadlarına göre alfabetik sıraya dizilmelidir.
4. Yararlanılan ve gönderme yapılan kaynaklar, aşağıda örnekleri sunulan APA (American Psychological Association) ölçütlerine göre yazılmalıdır.

Metin İçinde Kaynak Gösterimi

- Metin içindeki atıflar, yazarın adı cümle içinde geçiyorsa;
Oğuzman (1981, s. 125)
Yazarın adı cümle içinde geçmiyorsa;
(Oğuzman, 1981, s. 125) şeklinde yazılmalıdır.
- Metin içinde ikiden fazla yazarlı kitaplara atıfta bulunurken ilk seferinde bütün isimler kullanılmalı; aynı yayına daha sonra yapılan atıflarda sadece birinci isim yazılmalı, diğer yazarlar için "ve diğerleri" ibaresi kullanılmalı, a.g.e., a.g.m. gibi kısaltmalar kullanılmamalıdır.

Oğuzman ve diğerleri (1979)

Metin içinde yer alması uygun görülmeyen açıklamalar için sayfa altı dipnot yöntemi kullanılmalıdır. Bu not içinde yapılacak atıflarda da yukarıdaki yöntem uygulanmalıdır.

Kaynakçaların Düzenlenmesi

- Kaynakça listesinde bütün yazarların isimleri soyadına göre alfabetik yer almalıdır. Atıf yapılan kaynaklar birden fazlaysa, atıflar noktalı virgülle ayrılmalıdır. Bir yazarın birden çok çalışması kaynakçada yer alacaksa yayın tarihine göre eskiden yeniye doğru bir sıralama yapılmalıdır. Aynı yılda yapılan çalışmalar için a, b, c ibareleri kullanılmalıdır ve bunlar metin içinde yapılan atıflarda da aynı olmalıdır.

Oğuzman 1981, 125; Elbir, 1980, 101

- Kitaplar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Başlık. Baskı. Basıldığı Yer: Basımevi-
nin İsmi

Oğuzman, M.K. (1981). Vak'a Metodu ile Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Olaylar-Kararlar. Genişletilmiş 3. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası

- Yazılar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Derginin İsmi.
Cilt Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. 10, 5-12

- İnternette alınan belgeler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır: Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Kaynağın İsmi. Sayfa Numaraları. (Erişim tarihi Gün/Ay/Yıl) [http://www. ile başlayan internet adresi](http://www.ile.başlayaninternetadres)

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri. 5-25. 15 Ocak 2014 tarihinde <http://www.mess.org.tr/ti.asp?eid=1000&i-cid=0> adresinden erişildi.

ETİK KURALLAR

Dergi, Üniversitelerarası Kurul Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi ve Yayın Etik Komitesi COPE Yönergesi kapsamında belirlenen etik ilke ve kurallar temelinde TÜBİTAK/ULAKBİM (TRDİZİN) Standartları esas alınarak yayımlanmaktadır. Üniversitelerarası Kurul Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde ifade edilen bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı eylemler aşağıda belirtilmiştir. Yazarların belirtilen araştırma ve yayın etiğine aykırı eylemlerde bulunmaması ve etik kurallara uyması beklenmektedir.

İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek

Sahtecilik: Bilimsel araştırmalarda gerçekte var olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak

Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılan cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek

Tekrar yayım: Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak

Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayınları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak

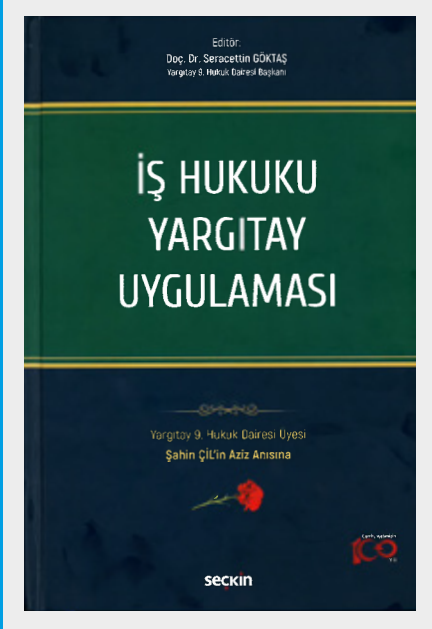
Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek, yazar sıralamasını gerekçesiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkartmak, aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek

Diğer etik ihlal türleri şunlardır:

- Destek alınarak yürütülen araştırmalar sonucu yapılan yayınlarda destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile bunların katkılarını belirtmemek
- Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak
- Yayınlarında hasta haklarına riayet etmemek

- İnsanlarla ilgili biyomedikal araştırmalarda veya diğer klinik araştırmalarda ilgili mevzuat hşkşmlerine aykırı davranmak
- İncelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak
- Bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak
- Bilimsel bir çalışma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların açık rızasını almadan ya da araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak
- Araştırma ve deneylerde; hayvanlara ve ekolojik dengeye zarar vermek, çalışmalara başlamadan önce alınması gereken izinleri yetkili birimlerden yazılı olarak almamak, mevzuatın veya Tşrkiye'nin taraf olduğu uluslararası sۆzleřmelerin ilgili araştırma ve deneylere dair hşkşmlerine aykırı çalışmalarda bulunmak
- Araştırmacılar veya yetkililerce, yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yřkřmlřlřđüne uymamak
- Bilimsel çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiği ۆlřde ve şekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliğine riayet etmemek ve korunmasını sağlamamak

Yeni Yayınlar



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Doç. Dr. Seracettin GÖKTAŞ'in editörlüğünde 9. Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Şahin Çil'in aziz anısına hitaben hazırlanan **"İş Hukuku Yargıtay Uygulaması"** adlı kitabın ilk baskısı Mayıs 2024 tarihinde yayımlanmıştır.

İş uyuşmazlıkları, sadece işçi ve işverenleri değil toplumun büyük bir kısmını ilgilendirmektedir. Devletin iş hukuku alanındaki yükümlülükleri ve öğretinin yanı sıra yargı kararları da iş hukukunun gelişiminde ve uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir yere sahiptir. İş hukukunun dinamik yapısı nedeniyle iş uyuşmazlıklarının sayı ve nitelik olarak her geçen gün arttığı ve çeşitlendiği çalışma hayatının bir gerçeğidir. Bu değişim karşısında zaman zaman yasaların yetersiz kaldığı da göz önünde bulundurulduğunda, yargı kararları oldukça etkili bir hukuk kaynağı haline gelmiştir.

İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, İş Mahkemeleri Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu ile ilgili önemli ve güncel Yargıtay kararlarının sistematik şekilde derlendiği eser, 21 Ocak 2024 tarihinde vefat eden Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin çok kıymetli üyesi Sayın Şahin Çil'e vefa borcunun, sevgi ve saygının bir ifadesi olarak hazırlanmıştır. Eserin tüm gelirleri, 2023 yılında ülkemizde meydana gelen deprem nedeniyle zarar gören depremzedelere bağışlanacaktır.



Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, Doç. Dr. Nafiye YÜCEDAĞ, Dr. Öğr. Üyesi Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK ve **Arş. Gör. Şehriban İpek AŞIKOĞLU** tarafından kaleme alınan **"Kişisel Verilerin Korunması Hukuku"** adlı kitabın ilk baskısı Ocak 2024 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Programı kapsamında yürütülmekte olan "Özel Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması" isimli dersin açılmasının ardından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümlerini bir bütün olarak ele alan bir çalışma ortaya konulması amacıyla kaleme alınmıştır. Böylece, bir lisans dersinin oluşturulması, kişisel verilerin korunması alanında bir kitap projesinin de yürütülmesi adına başlangıç noktası olmuştur.

Kitap, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun tüm hükümlerinin incelendiği bir çalışma olarak ele alınmıştır. Veri koruma hukukunun dinamik yapısı nedeniyle, kitapta yer alan birçok başlık güncel mevzuata göre düzenlenmiş ve veri koruma hukuku alanında çalışan kişilere faydalı bir eser oluşturmak hedefiyle hazırlanmıştır.

Yeni Yayınlar

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi Bektaş KAR tarafından kaleme alınan **“Alfabetik Kavramlarla Sosyal Güvenlik Hukuku”** adlı kitabın ilk baskısı Nisan 2024 tarihinde yayımlanmıştır.

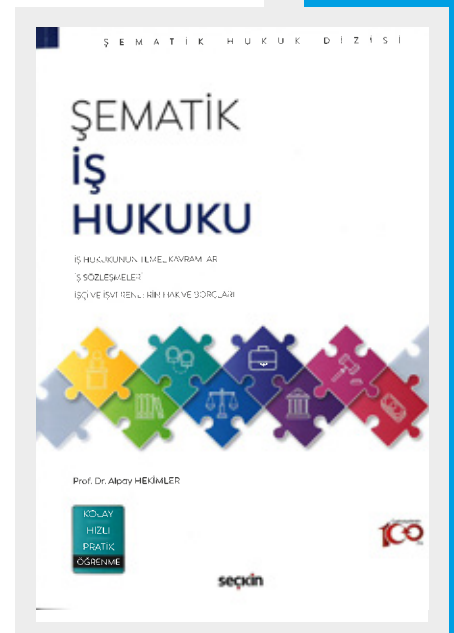
Eser, sosyal güvenlik hukuku alanındaki mevzuatın genişliği, karmaşıklığı, kavramların yerli yerinde kullanılmadığı düşüncesi ile ilgili alanın alfabetik kavramlarla yazılması amaçlanarak kaleme alınmıştır. Kitapta alfabetik olarak sosyal güvenlik hukuku kavramlarına, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda bulunan kavramlara yer verilmiştir.

Eser, daha önce sosyal güvenlik hukuku konusunda yazılan eserlerden, gerek kapsam gerekse sistematik açıdan farklı şekilde kaleme alınmış olup uygulamacıların faydasına sunulmuştur. Uygulayıcının önüne gelen uyuşmazlıkta kavramlara bakarak yasal hükümlere, açıklamalara ve o konuda verilmiş güncel emsal kararlara ulaşması amaçlanmıştır.

Prof. Dr. Alpay HEKİMLER tarafından kaleme alınan **“Şematik İş Hukuku”** adlı kitabın ilk baskısı Mayıs 2024 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, şemalar yardımıyla iş hukukuna ilgi duyan geniş bir kesime bilimsel yöntemlere dayalı olarak, bireysel iş hukukuna ilişkin spesifik ayrıntılara girmeden genel bir çerçeveye ortaya koymaktadır.

Son yıllarda hukuk disiplininin farklı alanlarını şematik biçimde ele alan çalışmalar literatürümüze kazandırılmıştır. Bireysel iş hukuku alanında bu yöndeki çalışmaların oldukça sınırlı olması nedeniyle, bu boşluk belirli ölçüde bu eser ile giderilmeye çalışılmıştır. Yazar eseri çok erken yaşta vefat eden ve uzun yıllar yabancı ve uluslararası sosyal güvenlik hukuku için Max-Planck Enstitüsü’nün Fransa Masası Başkanlığını yürütmüş olan Türkiye sevdalısı değerli dostu Otto Kaufmann’ın aziz anısına ithaf etmiştir.



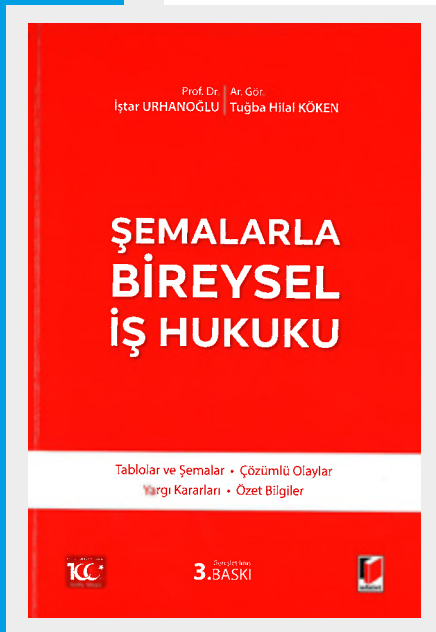
Yeni Yayınlar



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Doç. Dr. Seracettin GÖKTAŞ ve **Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Gökhan YILMAZ** tarafından kaleme alınan **“6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi”** adlı kitabın 2. baskısı Nisan 2024 tarihinde yayımlanmıştır.

İlk baskısı Ocak 2021 tarihinde yayımlanan eserde, ilgili tarihten sonra toplu iş hukuku mevzuatında yapılan değişiklikler, bilimsel eserler ve Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay'ın 2021 yılı ve sonrasında vermiş olduğu kararlar dikkate alınarak güncellemeler yapılmıştır. Birinci baskısından farklı olarak, okuyucular için kolaylık olması bakımından genel olarak kararların sadece konu ile ilgili ve önemli kısımlarına yer verilmiştir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun tüm maddelerini bilimsel görüşler ve özellikle Yargıtay içtihatlarının yol göstericiliği ışığında açıklayan eserde, akademik alanda ve uygulamada yararlı olmak amaçlanmıştır.



Prof. Dr. İftar URHANOĞLU ve **Arş. Gör. Tuğba Hilal KÖKEN** tarafından kaleme alınan **“Şemalarla Bireysel İş Hukuku”** adlı kitabın 3. baskısı Mart 2024 tarihinde yayımlanmıştır.

İş hukuku dersinin özellikle bireysel iş hukuku kısmı hukuk fakültelerinin, iktisadi ve idari bilimler fakültelerinin, mühendislik fakültelerinin, meslek yüksekokullarının ve diğer birçok fakülte ve bölümün müfredatında yer almıştır. Böylece, eser öğrencilerin özet ders notu ihtiyacını karşılamak amacıyla kaleme alınmıştır. Ayrıca son dönemde birçok sınavda bireysel iş hukuku alanına ilişkin çeşitli sorular sorulmaktadır. Bu konuda da yol gösterici bir kaynak olması amacıyla yazılan kitap, mevzuatta öngörülen hükümler dikkate alınarak hazırlanmış ve yeri geldikçe bazı yargı kararlarına yer verilmiştir.

Eser, dört bölümden oluşmaktadır. Eserin birinci bölümünde “Tablo ve Şekillerle İş Hukuku”, ikinci bölümünde “İş Sağlığı ve Güvenliği”, üçüncü bölümünde “İş Yargısı” ve dördüncü bölümünde ise “Çözümlü Pratik Çalışmalar” 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
