Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi
Kararları Işığında

BİREYSEL İŞ HUKUKU ve İŞ YARGILAMASI

YAZARLAR
Prof. Dr. M. Fatih Uşan
Doç. Dr. Ersin Erdoğan
Dr. Öğr. Üyesi Canan Erdoğan

ISBN: 978-605-69038-4-7
EYLÜL 2021 - ANKARA

İNTES YAYINLARI
ISBN: **978-605-69038-4-7**
Yayın No: **33/2021-1**

Tüm yayın hakları Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası İNTES'e aittir.

İNTES'in yazılı izni olmaksızın kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, çoğaltımı ve dağıtımı yapılamaz.

Kitapta yer alan değerlendirmeler yazarlarının kişisel görüşüdür.

Kitaptan yapılacak alıntılarda kaynak gösterilmesi zorunludur.

İNTES yayınları ücretsizdir.

İlgililerine ücretsiz olarak gönderilir.

İNTES yayınlarını herhangi bir şekilde ücret karşılığı satan yahut satma girişiminde bulunanlar hakkında hukukî ve cezai işlem yapılacaktır.

Yayınlarımızı talep edeceklerin doğrudan İNTES'le iletişime geçmeleri önemle rica olunur.

Mizanpaj & Kapak Tasarım

Reta Reklamcılık ve Tanıtım Ltd. Şti.
Ziaur Rahman Cad. 285. Sok. No: 26/19 Çankaya/Ankara
T: 0312 440 20 56 • F: 0312 440 53 69
www.reta.co • info@reta.co

Baskı

Desen Basım Yayın ve Tanıtım Hiz. Ltd. Şti.
Kırkkonaklar Mah. 381. Cadde No: 5/A Çankaya/Ankara
T: 0312 496 43 43 • Sertifika No: 51449
www.desenoffset.com.tr • info@desenoffset.com.tr

EYLÜL 2021 - ANKARA

SUNUŞ

Türkiye'nin ilk iş hukukçuları arasında yer alan Prof. Dr. Ali Fuad Başgil, 1936 yılında yaptığı "Türk İşçi Hukukuna Giriş" başlıklı konferansında o günlerde Büyük Millet Meclisinde görüşülmekte olan İş Kanunu hakkında görüşlerini açıklarken; "Bugünün millet ekonomisi rejiminin esasını teşkil eden sanayi istihsalinde ortada yalnız iş sahibi ve işçi menfaati yok; aynı zamanda bütün bir memleketin menfaati, bütün bir nesil, bir içtimai sulh, bir içtimai adalet, bir ulusal istiklal meselesi de vardır" demiştir.[1]

Aradan geçen 85 yıl; toplumsal ve ekonomik yaşamda iş hukukunun yerini güçlendirmiş, Başgil'in sözlerindeki haklılığı ortaya koymuştur. İş hukuku, ülkemizde ekonomik yaşamla birlikte gelişme gösteren, toplumsal yaşama yön veren, en dinamik hukuk alanlarından biri olmuştur.

İş hukukunun dinamik yapısı, bu alanda bilimsel ve yargısal kaynakları çeşitlendirmiş ve geliştirmiş, mevzuatın değişim hızı da buna eklendiğinde takibi çok da kolay olmayan bir hukuk alanı ortaya çıkmıştır.

İNTES olarak; bu gelişim ve etki alanından hareketle, iş hukukunun tarafları için doğru bilgilenme ihtiyacını karşılamak, bu alanda sıkça karşılaşılan problemlere başvuru kaynağı olmak üzere hazırlanan bu yayını sizlerle paylaşmaktan mutluluk duyuyoruz.

Son yıllarda iş hukuku uygulamalarının, Yargıtay kararlarının yanı sıra Bölge Adliye Mahkemesi kararları ışığında şekillendiği dikkate alınarak, yayında yargı kararlarına atıfta bulunulmuş, uygulamada sıklıkla karşılaşılan soru ve sorunlara bilgi kutularında cevaplar verilmiştir. Yayınımız bilimsel bir yaklaşımla hazırlanırken aynı zamanda uygulayıcılar için kullanıcı dostu olmasına da özen gösterilmiştir.

İş hukukunda usûl uygulamaları ile maddî hukukun birlikte ele alındığı -tespit edilebildiği kadarıyla- ilk çalışma olan bu yayını hazırlayan Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Doç. Dr. Ersin Erdoğan ve Dr. Öğretim Üyesi Canan Erdoğan'a çalışmaları ve destekleri için şükranlarımızı aktarıyoruz.

Yayının iş hukuku alanında doğru bilgiye ulaşmaya çalışan yararlanıcılara rehberlik etmesi dileği ile takdirlerinize sunuyoruz.

Saygılarımızla

İNTES YÖNETİM KURULU

---

1 Ali Fuad Başgil ve İş Hukuku, Karatahta/İş Yazıları Dergisi Sayı : 12 / Aralık 2018,S.124

ÖNSÖZ

Bireysel iş hukuku ve iş yargılamasına ilişkin literatürümüz, son yıllarda eklenenlerle birlikte, gerek nicelik gerekse nitelik olarak önemli bir seviyeye ulaşmıştır. Bu kapsamda akademisyenler ve uygulamacılar tarafından bireysel iş hukuku ve iş yargılamasına ilişkin münferit şerhler, sistematik eserler, ders kitapları, monografiler, karar derlemeleri, pratik çalışma kitapları, bilimsel makaleler gibi çeşitli türde çalışmalar bulunmaktadır.

Elinizdeki mütevazı çalışma, hem bireysel iş hukukunu hem de iş yargılamasını; kavram, kural ve kurumlara ilişkin sistematik olarak incelemesi yanında, ayrıca ilgili alanda Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi uygulamalarını göstermesi ve değerlendirmesi açısından tespit edebildiğimiz kadarıyla özgün ve ilk eser niteliğindedir.

İşbu çalışmada, ilgili kavram, kural ve kurumlar hakkında sistematik açıklamalara yer verilirken, ayrıca buna dair uygulamada ortaya çıkan tereddütler "soru" formatında okuyucuya aktarılmakta; Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarına yer verilmesi akabinde kişisel değerlendirmelerimiz okuyucunun takdirine sunulmaktadır.

Bu çalışmanın oluşması sürecinde, kararlar taramasının gerçekleştirilmesi ve tahsis okumaları açısından önemli katkılar sağlayan Arş. Gör. Dr. Nurbanu ERZURUMLU IŞIK ile Arş. Gör. Mahmut Şamil KARABABA ve Arş. Gör. Sıdıka TOPCU'ya teşekkür ederiz.

Ayrıca bu kitabı yayımlamayı kabul eden İNTES Yönetim Kurulu'na, profesyonel kadrosuna, redaksiyon, baskı ve dizgide emeği geçen tüm çalışanlara şükranlarımızı sunarız.

Eylül 2021, Etlik/Ankara

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN
Dr. Öğr. Üy. Canan ERDOĞAN

İÇİNDEKİLER

Birinci Bölüm
GENEL BİLGİLER 17

1. İŞ HUKUKUNUN KAPSAMI ve KONUSU 19

2. İŞ HUKUKUNUN DOĞUŞU ve TARİHİ GELİŞİMİ 20
   I. Batıda 20
   II. Türkiye'de 21

3. İŞ HUKUKUNUN ÖZELLİKLERİ 22
   I. İşçilerin Korunması ilkesi 22
   II. İşçi Yararına Yorum İlkesi 24
   III. Özel Bir Yargılama Usûlünün Varlığı 26
   IV. İş Hukukunun Yeri 26

4. İŞ HUKUKUNUN KAYNAKLARI 27
   I. Genel Kaynaklar 27
      A. Ulusal Kaynaklar 27
         1. Anayasa 27
         2. Kanunlar 28
         3. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 28
         4. Yönetmelikler 28
         5. Genelge ve Tebliğler 28
         6. Yargısal ve Bilimsel İçtihat (Öğreti) 29
         7. Örf ve Âdet 29
      B. Uluslararası Kaynaklar 29
   II. Özel Kaynaklar 30
      A. Toplu İş Sözleşmesi 30
      B. İş Sözleşmesi ve İş Sözleşmesi Niteliğindeki Diğer Kaynaklar 30
         1. İş Sözleşmesi 30
         2. İş Sözleşmesi Niteliğindeki Diğer Kaynaklar 32
            a. İşyeri İç Yönetmelikleri 32
            b. İşyeri Uygulamaları 33
      C. İşverenin Emir ve Talimatları (Yönetim Hakkı) 34

5. ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ 36

6. İŞ HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI 37
I. İşçi 37
II. İşveren 38
A. Genel Olarak 38
B. Özel Durumlar 39
1. Holdinglerde veya Şirket Gruplarında (Birden Fazla Tüzel Kişilik Hâlinde) İşveren Sıfatının Saptanması 39
2. Geçici (Ödünç) İş İlişkisi 40
a. Genel Olarak 40
b. Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi 40
c. Mesleki Amaçlı Olmayan Geçici İş İlişkisi 45
III. Alt İşveren 47
A. Genel Olarak 47
B. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Şartları 49
C. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması ile Muvazaa Sayılan Durumlar ve Sonuçları 54
IV. İşveren Vekili 60
V. İşyeri 62
A. Kapsamı 62
1. Asıl İşyeri 63
2. İşyerine Bağlı Yerler 63
3. Eklentiler 64
4. Araçlar 64
B. İşyerinin Açılması 64
C. İşyerinin Bildirilmesi 65
D. İşyerinin Devri 65
E. İşyerinin Kapatılması 70
VI. İşletme 71

İkinci Bölüm
BİREYSEL İŞ HUKUKU 73

7. İŞ KANUNU'NUN KAPSAMI 75
I. İş Kanunu'nun Kişiler İtibariyle Kapsamı 75
A. Kural 75
B. İstisnalar 75
1. Çırak ve Stajyer 75
2. Sporcular 77
3. Rehabilite Edilenler 78
4. İş İlişkisini Konu Edinen Diğer Kanunlara Tâbi Kişiler 79

II. İş Kanunu'nun Faaliyet (İş Türü) İtibariyle Kapsamı 79
A. Kural 79
B. İstisnalar 79
1. İş Kanunu'nun Tamamen Kapsamı Dışında Kalan İşler 80
a. Deniz Taşıma İşleri 80
b. Hava Taşıma İşleri 81
c. Tarım İşleri 81
d. Evlerde Yapılan El Sanatı İşleri 83
e. Ev Hizmetleri 83
2. İş Kanunu'nun Kısmen Kapsamı Dışında Kalan İşler 84
III. İş Kanunu'nun Yer İtibariyle Kapsamı 84
IV. İş Kanunu'nun Zaman İtibariyle Kapsamı 86

8. İŞ SÖZLEŞMESİ 86
I. Tanım ve Unsurları 86
II. Özellikleri 92
III. Çeşitleri 93
A. Sürekli-Süreksiz İş Sözleşmeleri 94
B. Belirli Süreli-Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri 94
C. Tam Süreli-Kısmî Süreli İş Sözleşmeleri 103
D. Çağrı Üzerine Çalışmayı Öngören İş Sözleşmeleri 108
E. Uzaktan Çalışmayı Öngören İş Sözleşmeleri 110
F. Deneme Süreli İş Sözleşmeleri 111
G. Takım Sözleşmeleri 114
H. Pazarlamacılık Sözleşmeleri 115
I. Evde Hizmet Sözleşmeleri 117
IV. İş Sözleşmesinin Yapılması 118
A. İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti 118
B. İş Sözleşmesi Serbestisi ve Sınırları 118
1. Serbesti 118
2. Sınırları 118
a. İş Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları 119
aa. İş Sözleşmesi Yapma Yasakları 119
bb. İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü 126
b. İş Sözleşmesinin Şeklini Belirleme Serbestisinin Sınırları 133
c. İş Sözleşmesinin İçeriğini Belirleme Serbestisinin Sınırları 134
d. İş Sözleşmesini Sona Erdirme Serbestisinin Sınırları 134
C. İş Sözleşmesinin Geçersizliği 135
1. Kesin Hükümsüzlük (Butlan) 135
2. İptali 136

V. İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Borçlar 137
A. İşçinin Borçları 137
1. İş Görme (Hizmet) Borcu 137
a. İşçinin İşi Bizzat Yapma Borcu 137
aa. Genel Olarak 137
bb. İşin Yapılmasını İşverenin Şahsen İstemesi 138
cc. İfa Edilecek İş 139
dd. İşin veya İşyerinin Değiştirilmesi 139
ee. İşin İfa Edileceği Zaman 142
b. İşçinin İşi Özenle Yapma Borcu 142
2. İşverenin Emir ve Talimatlarına Uyma (İtaat) Borcu 144
3. Sadakat Borcu 145
a. Genel Olarak 145
b. Sır Saklama Borcu 148
c. Rekabet Etmeme Borcu 149
B. İşverenin Borçları 152
1. Ücret Ödeme Borcu 152
a. Genel Olarak 152
b. Unsurları 154
aa. İş Karşılığında Ödenme 154
bb. İşveren veya Üçüncü Kişiler Tarafından Ödenme 154
cc. Para veya Parasal Bir Değeri Olan Çıkarla Ödenme 156
c. Ücret Kavramı 156
aa. Asıl Ücret 157
bb. Ücret Ekleri 157
d. Ücret Tespit Yöntemleri 160
aa. Zamana Göre Ücret 160
bb. Verime Göre Ücret (Parça Başına Ücret) 160
cc. Yüzde Usûlü Ücret 161
e. Ücretin Miktarı 162
aa. Genel Olarak 162
bb. Asgarî Ücret 163
f. Ücretin Ödenmesi 164
aa. Ödeme Biçimi 164
bb. Ödeme Zamanı 165
cc. Ödeme Yeri 165
dd. Ödenen Ücretin Belgelendirilmesi 166
g. Ücret Alacağında Zamanaşımı ve Faiz 168
h. Ücretin Korunması 169
aa. Ücretin Dörtte Birinden Fazlasının Haciz, Devir ve Temlik Edilememesi 170

bb. İşçinin Rızası Olmaksızın Takas veya Mahsup Yapılamaması 170
cc. Ücret Kesme Cezasının Sınırlandırılması 170
dd. Kamu Kuruluşlarından İş Alan Müteahhit ve Taşeron İşçilerinin Ücretlerinin İstihkaktan Ödenmesi 170
ee. Haciz ve İflas Hâlinde Öncelikli Alacak 172
ff. İşverenin Ödeme Aczine Düşmesi Hâlinde Koruma (Ücret Garanti Fonu) 172
gg. İpotek Hakkı 173
hh. Ücretten İndirim Yapılamaması 173
ıı. İşçilerin Çalışmaktan Kaçınmaları ve Sözleşmeyi Fesih Hakkı 174
2. İşçiyi Koruma (Gözetme) Borcu 177
3. Eşit İşlem Yapma (Eşit Davranma) Borcu 182
a. Genel Olarak 182
b. Hükümleri 184
c. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun Getirdiği Düzenleme 185
4. İşverenin Diğer Borçları 187
VI. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi 187
A. İş Sözleşmesinin Fesih Dışındaki Nedenlerle Sona Ermesi 187
1. Tarafların Anlaşması (İkale) 187
2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinin Dolması 189
3. Ölüm 190
B. İş Sözleşmesinin Fesih ile Sona Ermesi 190
1. Fesih Kavramı 190
2. Süreli (Bildirimli) Fesih 192
a. Genel Olarak 192
b. İhbar (Bildirim) Süreleri 193
c. İhbar Süresi İçinde Sözleşmenin Durumu 194
aa. Genel Olarak 194
bb. Yeni İş Arama İzni 195
cc. İhbar Sürelerine Ait Ücretin Peşin Ödenerek Sözleşmenin Sona Erdirilmesi 197
d. İhbar Sürelerine Uyulmaksızın Yapılan Fesihler (Usûlsüz Fesih-İhbar Tazminatı) 198
e. Fesih Hakkının Kötüye Kullanıldığı Hâller (Kötüniyetli Fesih-Kötüniyet Tazminatı, Sendikal Nedenlerle Fesih-Sendikal Tazminat) 199
f. Süreli (Bildirimli) Fesih Çeşitleri 201

aa. Geçerli Sebebe Dayanmak Zorunda Olmayan Fesihler 202
bb. Geçerli Sebebe Dayanmak Zorunda Olan Fesihler 202
cc. Toplu İşçi Çıkarma Nedeniyle Yapılan Bildirimli Fesihler 225
3. Bildirimsiz (Haklı Nedenle) Fesih 229
a. Genel Olarak 229
b. Haklı Nedenler 231
aa. Sözleşmenin İşçi Tarafından Feshi 232
bb. Sözleşmenin İşveren Tarafından Feshi 242
c. Bildirimsiz Fesih Hakkını Kullanma Süresi 263
d. Bildirimsiz Feshin Hukukî Sonuçları 265
e. Haksız Feshin Sonuçları 266
C. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları 269
1. Genel Olarak 269
2. Kıdem Tazminatı 272
a. Kavram 272
b. Şartları 273
aa. İş Kanunlarına Tâbi Olarak Sürekli Bir İşte Çalışan İşçi Olmak 273
bb. Sözleşmenin Kanunda Belirtilen Sebeplerden Birisi ile Sona Ermesi 273
cc. En Az Bir Yıl Çalışmış Olmak 280
c. Miktarı 286
aa. Asgarî Miktarı 286
bb. Azamî Miktarı 286
d. Hesaplanması 287
e. Alacaklısı, Borçlusu, Faiz ve Zamanaşımı 289

9. İŞİN DÜZENLENMESİ 292
I. Çalışma Süreleri 293
A. Genel Olarak 293
B. Normal Çalışma Süresi 294
1. Genel Olarak 294
2. Özellik Gösteren Durumlar 294
a. Denkleştirme Durumunda Çalışma Süresi 294
b. Günlük Çalışma Süresinin Haftalık Çalışma Günlerine Bölünerek Tespitinin Mümkün Olmaması Durumunda Çalışma Süresi 295
c. Günde En Fazla Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşlerde Çalışma Süresi 296
d. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Süreleri 297
e. Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren İşçilerin Çalışma Süreleri 297

C. Normal Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma ... 297
1. Genel Olarak ... 298
2. Fazla Çalışma Çeşitleri ... 299
a. Normal (Genel Sebeplerle) Fazla Çalışma ... 299
aa. Genel Olarak ... 299
bb. Fazla Çalışma Yasakları ... 300
b. Zorunlu Sebeplerle Fazla Çalışma ... 301
c. Olağanüstü Sebeplerle Fazla Çalışma ... 301
3. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Ücreti ile Serbest Zaman ... 302
4. Fazla Çalışmanın Tespiti ve İspatı ... 305
5. Fazla Çalışma Alacağında Faiz ve Zamanaşımı ... 309
6. Fazla Çalışma Ücretinde İndirim ... 310
D. Günlük Çalışmanın Gece Yapılması: Gece Çalışmaları ... 312
E. Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşlerinde Çalışma ... 313
F. Telâfi Çalışması ... 314
G. Kısa Çalışma ... 316
II. Dinlenme Süreleri ... 319
A. Genel Olarak ... 319
B. Ara Dinlenmesi ... 321
C. Hafta Tatili ... 322
1. Genel Olarak ... 322
2. Hafta Tatili Ücreti ... 324
D. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri ... 327
1. Genel Olarak ... 327
2. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti ... 327
E. Yıllık Ücretli İzin ... 330
1. Genel Olarak ... 330
2. Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanma Şartları ... 331
a. İşçinin En Az Bir Yıl Çalışması ... 331
aa. Bekleme Süresi ... 331
bb. Bekleme Süresinin Hesaplanması ... 332
b. Yapılan İşin ve İşyerinin Niteliğinin Yıllık Ücretli İzne Elverişli Olması ... 333
3. Yıllık Ücretli İznin Hükümleri ... 333
a. İzin Süreleri ... 333
b. İznin Uygulanması ... 335
aa. Genel Olarak ... 335
bb. Yıllık İzin Ücreti ve Zamanaşımı ... 336
cc. Yıllık İzinde Çalışma Yasağı ... 339
dd. Yıllık İzinde İspat ... 339

Üçüncü Bölüm

İŞ YARGILAMASI 343

10. İŞ YARGILAMASI 345
I. GENEL OLARAK 345
II. DAVA ŞARTI ARABULUCULUK 346
1. Genel Olarak 346
2. İş Yargılamasında Dava Şartı Arabuluculuğa İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar 360
III. GÖREV (MADDE İTİBARİYLE YETKİ) 384
1. Genel Olarak 384
2. İş Mahkemelerinin Görevi 384
3. İş Yargılamasında Göreve İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar 386
IV. YETKİ (YER İTİBARİYLE YETKİ) 407
1. Genel Olarak 407
2. İş Yargılamasında Yetkiye İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar 410
V. DAVA TÜRLERİ 414
1. Genel Olarak 414
2. Eda Davası 415
3. Tespit Davası 415
a. Genel Olarak 415
b. İş Yargılamasında Tespit Davasına İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar 417
4. İnşaî Dava 420
5. Belirsiz Alacak Davası 420
a. Genel Olarak 420
b. İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davasına İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar 423
6. Kısmî Dava 454
a. Genel Olarak 454
b. İş Yargılamasında Kısmî Davaya İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar 457
7. Davaların Yığılması 461
8. Terditli Dava 461
9. Seçimlik Dava 463
10. Topluluk Davası 464
VI. ISLAH 464
1. Genel Olarak 464
2. İş Yargılamasında Islaha İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar 467
VII. İSPAT ve DELİLLER 490
1. İspat 490
a. Genel Olarak 490

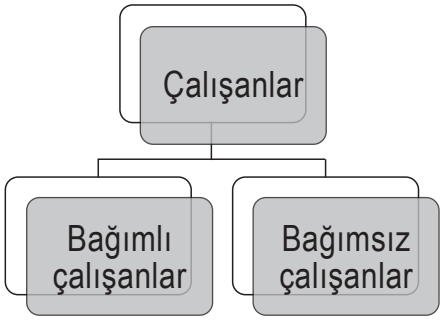
b. İspat Hukukuna İlişkin Yükler 491
c. İş Yargılamasında İspata İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar 494
2. Deliller 500
a. Genel Olarak 500
b. İş Yargılamasında Delillere İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar 504
c. Senet 551
i. Genel Olarak 551
ii. Senetle İspat Zorunluluğu 554
iii. İş Yargılamasında Senetle İspat Zorunluluğuna İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar 556
d. Yemin 563
e. Tanık Beyanı 565
i. Genel Olarak 565
ii. İş Yargılamasında Tanıkla İspat Kuralına İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar 568
f. Bilirkişi Görüşü 573
g. Keşif Tutanağı 578
VIII. KANUN YOLLARI 579
1. Genel Olarak 579
2. İstinaf 582
a. Genel Olarak 582
b. İstinaf İncelemesi 587
3. Temyiz 592
a. Genel Olarak 592
b. Temyiz İncelemesi 599
4. İş Yargılamasında Olağan Kanun Yollarına İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar 604

Birinci Bölüm

GENEL BİLGİLER

1. İŞ HUKUKUNUN KAPSAMI VE KONUSU

İş hukuku; iş ilişkilerinin konu edildiği bir hukuk dalıdır. Bu nedenle iş hukukunu "*iş ilişkilerini konu eden hukuk*" dalı olarak tanımlamak mümkündür. Ancak böyle bir tanımlama soyut kalmakta ve oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Zira çalışanlar; bağımlı (işçi, memur) ve bağımsız çalışanlar (doktor, avukat, esnaf ve sanatkâr) olmak üzere ikiye ayrılırlar. Çalışanlar açısından yapılan bu ayrım, iş hukukunun kapsamının tespit edilmesine yardımcı olur. Belirtelim ki, aslında bağımsız çalışanlar grubu içerisinde yine de bir bağımlılık vardır. İş hukukunda görülen bağımlılık ise, diğerlerinden çok daha farklı bir biçimde karşımıza çıkar. Burada; ekonomik, hukukî ve teknik bağlılık söz konusudur.

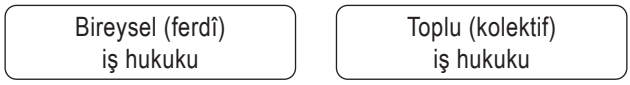


İş hukukunun kapsamına giren iş ilişkilerinin belirlenmesinde; çalışan ile çalıştıran arasındaki hukukî ilişkiye bakmak gerekir. Aradaki ilişki, iş sözleşmesine dayanıyorsa, çalışan kimse işçi, çalıştıran da işverendir. İş hukuku tüm bağımlı çalışanlara değil, bunlardan iş sözleşmesine dayanarak başkasına bağımlı olarak iş gören işçilere özgü bir hukuk dalıdır. Buna göre, iş hukuku; bir özel hukuk sözleşmesine dayanan bağımlı çalışmayı konu edinir.

İş hukukunda temel kavram işçidir. İş hukuku, işçilerin özel hukukudur. İş sözleşmesinin tarafları işçi ile işveren olmakla birlikte, esas olan işçi kavramıdır.

İş hukuku, iş sözleşmesine dayanarak ücret karşılığı bir başkası (işveren) için ve ona bağlı olarak çalışanlar (işçi) ile bunların arasındaki iş ilişkilerini düzenleyen hukuk dalıdır. Bu arada iş hukuku, Devlet ile örgütler (sendika) arasındaki ilişkileri de kapsamına alır.

İş hukuku, yeni tarihli bir hukuk dalı olmakla birlikte, çok dinamik ve değişken bir yapıya sahiptir. Bununla birlikte, iş hukukunun konusu esas itibariyle iki kısma ayrılabilir.



Bireysel (ferdî) iş hukuku, tek bir işçi ile işveren arasında iş sözleşmesi ile kurulan iş ilişkisinin incelendiği kısımdır. İş sözleşmesinin kurulması, sona ermesi, tarafların hakları ve borçları gibi konular bireysel iş hukukunun kapsamında yer alır. Bireysel iş ilişkileri; esas itibariyle 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu) ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenir.

Toplu (kolektif) iş hukuku, işçi ve işveren arasında en az bir tarafın topluluk olarak yer aldığı ilişkileri konu edinir. Toplu iş hukukunda sendikalar önem kazanır. Yine, kural olarak bireysel iş sözleşmelerinin üzerinde yer alan toplu iş sözleşmeleri de toplu iş hukuku kapsamında incelenir. Sendikalar, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt, toplu iş hukukunun alt dallarıdır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu esas itibariyle toplu iş hukukunu düzenleyen kanundur.

2. İŞ HUKUKUNUN DOĞUŞU VE TARİHİ GELİŞİMİ

I. Batıda

İnsan çalışmasının eskiden beri hukukî düzenlemelere konu olduğu bilinmektedir. Ancak günümüzdeki anlamıyla iş hukukunun ortaya çıkışı sanayileşme ile olmuştur.

Batıda özellikle çalışma ilişkileri ilk dönemlerde işçilerin istismar edilmelerine, sefalet ücretleri ile çalıştırılmalarına dayanmaktaydı. Zaten sözleşme serbestisinin benimsenmesi de işçilerin ezilmelerine yol açmıştır. Bununla birlikte, zamanla çok ağır şartlarda çalıştırılan işçilerin sömürülmeleri devletlerin bu alana müdahalesini zorunlu hale getirmiştir. Sosyal devlet anlayışının bir sonucu olarak devletler koruyucu düzenlemeler ile bu alana müdahale etmişlerdir. Sonra çalışanlar da bir araya gelerek sendikaları kurmuşlardır. Ayrıca uluslararası kuruluşlar (Birleşmiş Milletler,

Uluslararası Çalışma Örgütü gibi) da çalışma hayatına müdahalede bulunmuşlardır. Böylelikle iş hukukunun doğuşunda üç unsur etkili olmuştur. Bunlar;

- Devlet,
- İşçilerin bir araya gelerek oluşturdukları örgütler (sendikalar) ve
- Söz konusu dönemde ortaya çıkan uluslararası girişimlerdir.

II. Türkiye'de

Türk hukuku açısından iş hukukunun tarihi gelişimi dikkate alındığında, esas itibariyle Cumhuriyet öncesi ve Cumhuriyet sonrası olmak üzere ikili bir ayrım yapılması gerekir.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde, Batıda söz konusu olan gelişimi görmek mümkün değildir. Bunun nedeni, Batıda işçi sınıfının doğuşu için geçerli olan sebeplerin, burada bulunmaması ve ortaya çıkmamasıdır. Bu arada, söz konusu dönemde, iş sözleşmesinin, Mecelle'de, kira akdi içerisinde icare-i ademi (adam kirası) olarak düzenlendiğini, ancak bu hükümlerin de yeterli olmadığını görmekteyiz. Yine, bir takım işçi eylemlerinin ortadan kaldırılmasını hedefleyen Tatil-i Eşgal Kanunu da bu dönemde iş hukukunu ilgilendiren yasal düzenlemelerdendir.

Cumhuriyetin ilanından önce, iş sağlığı ve güvenliği ile sosyal güvenlik hukukunu ilgilendiren 114 sayılı Zonguldak ve Ereğli Havzai Fahmiyesinde Mevcut Kömür Tozlarının Amele Menafii Umumiyesine Olarak Füruhtuna Dair Kanun ile 151 sayılı Ereğli Havzai Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanunlar uygulama alanı bulmuşlardır.

Bu arada işçi-işveren ilişkilerini hizmet akdi başlığı altında düzenleyen 1926 tarihli Borçlar Kanunu uygulama alanı bulmuştur. Belirtelim ki, 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu da kişilerin sağlıklarının korunmasını hedeflemekte olup, hâlen yürürlüktedir.

İş hukukunu ilgilendiren yukarıda belirtilen bir kısım yasal düzenlemeye karşın, Türkiye'de ilk İş Kanunu, 1936 tarihli 3008 sayılı İş Kanunu'dur. Fakat bu Kanun, çalışanları bedenen ve fikren çalışanlar olmak üzere ikiye ayırmış, bunlardan bedenen çalışanları ve fikren ve bedenen çalışmakla birlikte bedenî çalışmanın daha baskın olduğu kimseleri kapsamına almıştır. Yine, Kanun

her işçiyi değil, günde en az on işçi çalıştırmayı gerektiren işyerlerinde çalışanları konu edinmiştir. Bu arada yürürlükte bulunan 1952 tarih ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 1967 tarih ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu özel iş kanunları olarak nitelendirilebilirler.

3008 sayılı Kanun'dan sonra yürürlüğe giren 931 sayılı İş Kanunu, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve bundan sonra 1475 sayılı İş Kanunu yürürlüğe konmuştur. Nihayet, 1475 sayılı İş Kanunu, yerini 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren, 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'na bırakmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'nu yalnızca bir maddesi dışında (m.14-kıdem tazminatı) tamamen yürürlükten kaldırmıştır. Ayrıca daha önce İş Kanunu m.77-89 arasında düzenlenen iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler, 20.06.2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin müstakil bir kanun yürürlüğe konmuş olup, Kanun kapsamına sadece işçiler değil, çalışanlar alınmıştır.

Toplu iş hukuku alanında 1961 Anayasası'nın kabulünden sonra, 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunları yürürlüğe konmuş, 1982 Anayasası'nın kabulünden sonra ise 274 ve 275 sayılı Kanunlar yerlerini, 1983 tarihli 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'na bırakmıştır. Nihayet 18.10.2010 tarih ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile toplu iş hukuku alanını ayrı iki kanunla düzenleme uygulamasından vazgeçilmiş, tek bir kanun yürürlüğe konmuştur.

Kamu görevlileri için ayrı bir düzenleme yapılması benimsenmiş ve 2001 yılında 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu yürürlüğe girmiştir.

3. İŞ HUKUKUNUN ÖZELLİKLERİ

I. İşçilerin Korunması İlkesi

İş hukukunun doğuş ve gelişiminin temel nedeni; iş ilişkilerinde daha güçsüz durumda olan işçilerin korunması kaygısıdır. İşçilerin özel olarak

korunması gereği, kişisel ve ekonomik açıdan işverene bağımlı olmalarından kaynaklanır. İşçi, iş sözleşmesinden kaynaklanan borcunu yerine getirirken, işverenin emir ve talimatı doğrultusunda hareket eder. Dolayısıyla ona bağımlı bir biçimde çalışmasını sürdürür. Ayrıca işçi, kural olarak söz konusu edimi kendisi ifa etmekle yükümlüdür. Bir başka ifadeyle, işçi işverene kişisel anlamda bağlıdır. Bu yüzden işçinin kişiliğini de ilgilendiren iş sözleşmesinin, diğer borç doğurucu sözleşmelerden farklı bir hukukî düzenlemeye ihtiyacı vardır. Bu arada, iş hukukunun işçiyi koruma amacı, yalnızca onun maddî varlığının değil, kişiliğinin, onurunun, şeref ve haysiyetinin de korunmasını zorunlu kılar. Böylelikle işveren, işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığını korumaya yönelik tedbirleri almakla yükümlüdür.

İş hukukunun temel ilkelerinden birisi, işçilerin korunması olmasına karşın, toplum yararı ve kamu düzeni söz konusu ilkenin de üzerinde yer alır. Ekonomik açıdan işverene bağımlı olan işçilerin korunması, ülkenin ekonomik gelişmişliği ve yeterliliği ile alâkalıdır.

İş hukukunda işçilerin korunması düşüncesiyle, sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmiştir. Hukuk kurallarının niteliği itibariyle (emredici-tamamlayıcı-yedek hukuk kuralları) ayrımında, emredici hukuk kurallarının, iş hukukunda özellik arz ettiği görülür. İş hukuku mevzuatında genellikle işçilerin korunması düşüncesinden hareketle, emredici kurallara rastlanır. Ancak iş hukukunda işçiyi korumak amacıyla benimsenmiş bazı emredici kuralların aksi, işçi lehine olmak koşuluyla kararlaştırılabilir. Buna göre, tek taraflı olarak ancak işçi lehine değişiklik yapılabilen emredici kurallara, nispî emredici kurallar (sosyal kamu düzeni kuralları) adı verilir. Çalışma süreleri, fazla çalışma ücreti, asgarî ücret, nispî emredici kurallara örnek olarak gösterilebilir.

Nispî emredici hukuk kurallarının yanında, daha az rastlanmakla birlikte, mutlak emredici hukuk kuralları da vardır. İşçinin lehine olsa bile, tarafların aksini kararlaştıramadıkları kurallar, mutlak emredicidir. İş hukukunda mutlak emredici kurallara örnek olarak; kadın ve erkek açısından eşit değerde işe eşit ücret ilkesi, yıllık ücretli izin hakkından feragatin mümkün olmaması, grev ve lokavtta geçen sürelerin kıdem tazminatı açısından kıdemden sayılmaması ve iş güvencesi tazminatının miktarına ilişkin düzenlemeler verilebilir.

Bir kuralın mutlak veya nispî emredici olup olmadığı, o kuralın amacından hareketle tespit edilebilir.

"...Dava ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununa göre; iş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin yapıldığı yer mahkemesidir. Anılan düzenlemeye göre hangi mahkemede dava açılacağı hususunda seçimlik hak işçiye aittir. (...) İş mahkemelerinde yetki kuralı işçiyi koruma amaçlı düzenlenmiştir ve Dairemizin yerleşmiş uygulaması gereğince kanunda belirlenen yetkili mahkemelerden birini seçme hakkı işçidedir..." (Yarg. 22.HD. 08.10.2018, E.2017/15417 K.2018/21231).

II. İşçi Yararına Yorum İlkesi

Yorum, açık olmayan hükümlerin açıklığa kavuşturulması ve uygulanabilir hâle getirilmesidir. Bu çerçevede iş hukuku alanında da açık olmayan ve yoruma ihtiyaç duyulan hükümler bulunabilir. Yorum yapılabilmesi için tarafların gerçek iradelerinin tespitine ihtiyaç vardır. İş hukukunun temel prensibi işçilerin korunması olduğu için, yorum da işçi yararına yapılmalıdır. Her şeyden önce yorum yapılabilmesi için açık olmayan bir hükmün varlığı gerekir. Yoksa yorum gerektirmeyecek kadar açık hükümler, işçi lehine de olsa, yorumlanamazlar. İşçi lehine yoruma ilişkin bir örnek vermek gerekirse, bildirimli fesihte, sözleşmenin işçi tarafından mı yoksa işveren tarafından mı feshedildiğinin tespit edilememesi durumunda, işveren tarafından feshedildiği yorumu, isabetlidir. Zira bu takdirde işçi kıdem tazminatı alabilir. Ancak işçi yararına yorum ilkesinin sınırlarını toplum yararı ile mevzuat hükümleri belirler.

Yargıtay da bazı uyuşmazlıklara ilişkin karar verirken işçi lehine yorum ilkesinden faydalanmaktadır.

"...İş hukukunda 'işçi yararına yorum ilkesi'nin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de

benimsenmiştir. Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılandan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve hâlleri aşamaz…" (Yarg. 9.HD. 22.12.2020, E.2020/8218 K.2020/19592).

Yargıtay başka bir kararında, iş sözleşmesinin, bozma (ikale) sözleşmesi ile sona erip ermediğinin tartışma konusu olduğu bir uyuşmazlıkta, işçi lehine yorum ilkesine vurgu yapmıştır. Buna göre; davacı işçi, sözleşmenin geçerli nedene dayanmadan feshedildiğini ileri sürerek işe iade talebinde bulunmuş, davalı işveren ise iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sona erdirildiğini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. Yargıtay kararında, Borçlar Hukuku hükümlerine göre sözleşme serbestisi çerçevesinde iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilebileceği ancak bu sözleşmenin yorumlanmasında işçi yararına yorum ilkesinin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. İş sözleşmesinin bozma sözleşmesi ile sona erdirilmesi hâlinde işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak, feshe bağlı olan ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanamayacak, işsizlik sigortasından da faydalanamayacaktır. Ancak bozma sözleşmesinde işçinin bu haklardan yararlanmasına ilişkin hükümlere yer verilmesi mümkündür. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirilerek, bozma sözleşmesi işçi yararına yorum ilkesi çerçevesinde ele alınıp sözleşmenin geçerliliği hakkında karar verilmelidir. Somut olayda işçi, bir aylık süre içinde işe iade talebinde bulunmuş olsa da bozma sözleşmesi kapsamında işçinin ihbar-kıdem tazminatına ve diğer alacaklarına ilişkin ödeme yapıldığı ve irade sakatlığı bulunmadığı gerekçesiyle bozma sözleşmesinin geçerli olduğu yönünde hüküm kurulmuştur (Yarg. 9.HD. 13.06.2012, E.2012/12052 K.2012/22766).

III. Özel Bir Yargılama Usûlünün Varlığı

İş hukukunun özelliği gereği ayrı bir yargılama söz konusudur. 2012 yılında yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na göre iş mahkemeleri;

a) 5953 sayılı Kanun'a tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanun'a tabi gemi adamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'na veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tâbi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına,

b) İdarî para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanun'un geçici 4'üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara,

c) Diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklara, ilişkin dava ve işlere bakar (İşMK.m.5).

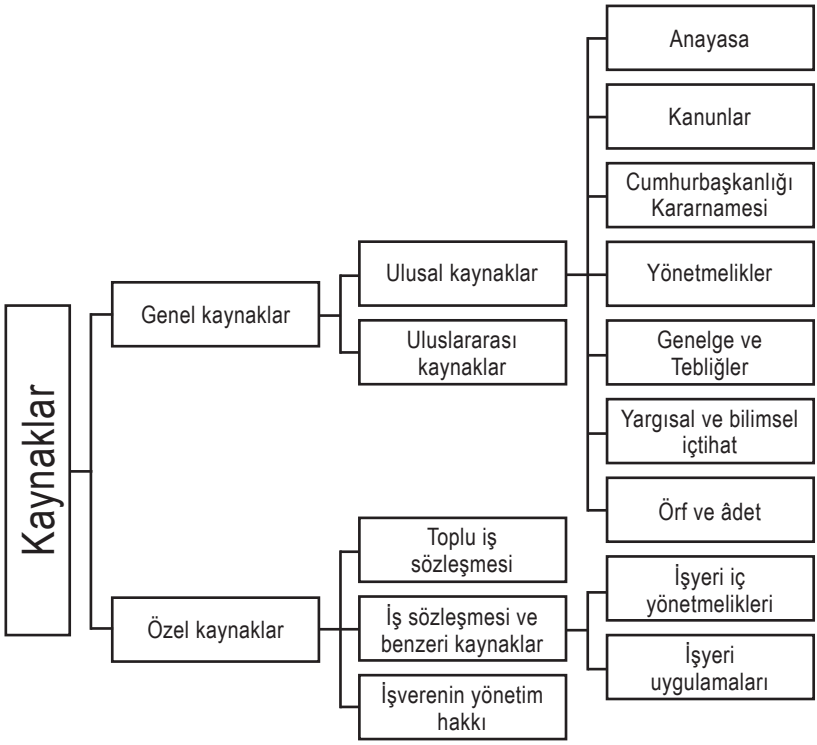
İş mahkemeleri; Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunlarından doğan uyuşmazlıklarda da görevlidir.

İş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir (İşMK.m.6). İş mahkemelerinde basit yargılama usûlü geçerlidir (İşMK.m.7/1). Kanun yoluna başvurulan kararlar, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay tarafından ivedilikle karara bağlanır (İşMK.m.7/5).

IV. İş Hukukunun Yeri

İş hukukunun hukuk sistemi içerisindeki yeri ne özel ne de kamu hukukudur. Dolayısıyla iş hukuku, ***karma nitelikli bir hukuk dalı***dır. İş sözleşmesi; özel nitelikli bir hukuk sözleşmesi olmasına karşın, sendikalar ve toplu iş hukukunda devlet müdahalesinin oldukça fazla olması karşısında toplu iş hukuku, kamu hukuku karakterlidir. Dolayısıyla iş hukukunu karma nitelikli bir hukuk dalı olarak nitelendirmek mümkündür.

4. İŞ HUKUKUNUN KAYNAKLARI



I. Genel Kaynaklar

A. Ulusal Kaynaklar

1. Anayasa

Anayasa'nın 2'nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal hukuk devleti olduğu vurgulanmış, "sosyal ve ekonomik haklar" başlığını taşıyan Üçüncü Bölümün 48 ve devamı maddelerinde de çalışma hayatına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Anayasa'da söz konusu maddeler dışında da iş hukukunu ilgilendiren düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin maddelerde, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile kişi dokunulmazlığı (m.17), angarya yasağı (m.18), özel yaşamın gizliliği (m.20), haberleşme özgürlüğü (m.22), düşünce ve kanaat özgürlüğü (m.25-26) ve eşitlik ilkesi (m.10) olarak uygulama alanı bulmaktadır.

2. Kanunlar

İş hukukunda; İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Mesleki Eğitim Kanunu gibi uygulama alanı bulan birçok kanun bulunmaktadır. İleride yeri geldikçe bu kanunlar ve düzenleme alanları ile ilgili bilgiler verilecektir.

3. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Anayasa'da yapılan değişiklik ile birlikte artık Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle, dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz (AY.m.104). Söz konusu madde uyarınca iş hukukunu ilgilendiren birçok alan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecektir.

4. Yönetmelikler

İş hukukunda yönetmelikler oldukça önemli bir yer tutar. Zira Devlet, iş hukukunun özelliğinden ötürü (işçilerin korunması) bu alana yönetmeliklerle müdahale eder.

Anayasa m.124'e göre, Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Bunlar arasında, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği, Konut Kapıcıları Yönetmeliği, Asgarî Ücret Yönetmeliği, İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği, İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği sayılabilir.

5. Genelge ve Tebliğler

İdarî makamlar tarafından yürürlüğe konan genelge ve tebliğler de iş hukukunda kaynak niteliği taşır. Örneğin; Türkiye İş Kurumunun veya Sosyal Güvenlik Kurumunun bir genelgesi böyledir.

6. Yargısal ve Bilimsel İçtihat (Öğreti)

Diğer hukuk dallarında olduğu gibi, iş hukukunda da ilgili mahkeme kararları (yargısal içtihat) ile öğretinin bu alandaki görüşleri (bilimsel içtihat) de önemli bir yere sahiptir.

7. Örf ve Âdet

Örf ve âdet kuralları, hukukun yazılı olmayan kaynakları arasında yer alır. Örf ve âdet hukuku, insanların uzunca bir süre benzer olaylara karşı, benzer şekilde davranmalarına yönelik bir inanışın da etkisiyle, kendilerini aynı şekilde davranmak zorunda hissettikleri, hukuk düzeni tarafından da benimsenen kurallardır. Hukukun uygulanmasında, yazılı hukuk kuralları (mevzuat) içerisinde bir hüküm bulunması durumunda ya da mevzuatın açık bir biçimde yollama yaptığı hâllerde, örf ve âdet kurallarına da başvurulur. Belirtelim ki, iş hukukunda örf ve âdet çok fazla uygulama alanı bulamaz. Zira, bu alana devlet müdahalesi oldukça yoğundur. İş K.m.45'te tatiller ve izinlerle ilgili olarak gelenekten doğan kazanılmış hakların saklı olduğu vurgulanmış, İş K.m.68 gereği çalışmanın orta zamanında verilmesi gereken ara dinlenmesinde, verilecek aranın tespit zamanı ile ara dinlenmesi kullanılırken verilecek aralara ilişkin olarak da geleneğin belirleyici olabileceği ifade edilmiştir.

B. Uluslararası Kaynaklar

İş hukukunda uluslararası kaynaklar ayrı bir önem taşır. Zira iş hukukunun doğuşunda da uluslararası girişimlerin büyük katkısı olmuştur. Bu anlamda, Birleşmiş Milletler sözleşmeleri, Uluslararası Çalışma Örgütü ile Avrupa Konseyi'nin belgeleri, Avrupa Birliği iş hukuku kaynakları ve ülkemizin diğer devletlerle yapmış olduğu ikili anlaşmalar da söz konusudur.

Yeri gelmişken üyesi bulunduğumuz Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ-ILO) üzerinde durmakta fayda vardır. Örgüt, 1919 yılında kurulmuştur. Amaç, sürekli bir barışın temel taşı olan sosyal adaletin kurulması ve sefaletin önlenmesi için ulusların bir araya gelmesi, çalışma alanlarının düzenlenmesi maksadıyla, iş birliğidir. Örgütün organları, Uluslararası Çalışma Konferansı, Yönetim Kurulu ve Uluslararası Çalışma Bürosu'dur. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşme ve tavsiye kararı olmak üzere iki tür düzenlemesi mevcuttur. Sözleşmeler genel kurulda kabul edildikten sonra, üye ülkelerin parlamentolarında da onaylanmalarının ardından yürürlüğe girerler.

Buna karşın tavsiye kararlarının onaylanmasına gerek yoktur. Zira, tavsiye kararlarının herhangi bir bağlayıcılığı yoktur.

Bu arada belirtilmesi gereken, Avrupa Birliği'ne giriş sürecindeki Türkiye için Avrupa Birliği müktesebatı içerisinde yer alan tüzük ve direktiflere (yönerge) uyma mecburiyetidir. Bu alanda Avrupa Birliği'nin birçok düzenlemesi vardır. Belirtelim ki 4857 sayılı İş Kanunu, çalışma hayatını ilgilendiren 18 adet Avrupa Birliği Yönergesi ile 5 adet UÇÖ Sözleşmesini esas almıştır.

Yine, uluslararası kaynaklar arasında, Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanan ikili anlaşmalar da mevcuttur. Bu alanda yurt dışına çalışmak amacıyla giden Türk işçilerinin sosyal güvenliklerini sağlamaya yönelik "sosyal güvenlik sözleşmelerinin" de ayrı bir yeri vardır.

II. Özel Kaynaklar

A. Toplu İş Sözleşmesi

İş hukukunun kaynakları yalnızca, yasama, yürütme ve yargı kaynaklarından ibaret değildir. Bunlardan başka resmî sıfatı haiz olmayan ancak iş hukukuna özgü kaynaklar da vardır. Söz konusu kaynaklardan ilki ve en önemlisi toplu iş sözleşmeleridir. Toplu iş sözleşmesi, 6356 sayılı STİSK.m.2'de tanımlanmıştır. Buna göre, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi ifade eder. Toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir. Toplu iş sözleşmeleri birden fazla işçiyi ilgilendirdiği için, objektif ve genel niteliklidir.

B. İş Sözleşmesi ve İş Sözleşmesi Niteliğindeki Diğer Kaynaklar

1. İş Sözleşmesi

İş sözleşmeleri de iş hukukunda temel kaynaklardan birisidir. Yalnız, iş sözleşmesi, sözleşmenin tarafları arasında (işçi-işveren) hüküm ifade ettiği

için, objektif değil, subjektif ve özel bir kaynaktır. Gerçekten iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan bir sözleşmedir. İş sözleşmesi, kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle de tâbi değildir (İşK.m.8).

Yeri gelmişken, iş sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmeleri arasındaki ilişki üzerinde durmakta da fayda vardır. Zira, işyerinde toplu iş sözleşmesi imzalanmakla, aynı anda bireysel anlamda iş sözleşmesi, kolektif anlamda da toplu iş sözleşmesi yürürlüktedir. Toplu iş sözleşmeleri tarafların özerkliği sonucu üçüncü kişiler üzerinde normatif etki yaratan sözleşmelerdir. Bununla birlikte bireysel anlamda işçi-işveren arasında söz konusu olan iş sözleşmeleri de aynı zamanda geçerliliğini sürdürmektedir. Bu husus STİSK.m.36'da açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe, iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Ancak toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması hâlinde ise, iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir. Örneğin, toplu iş sözleşmesinde haftalık çalışma süresi 45 saat olarak kararlaştırılsın. İşçinin bireysel nitelikteki iş sözleşmesinde çalışma süresi 40 saatse, sadece süre konusunda (lehe olan) iş sözleşmesi hükmü uygulanır.

Yine, doğal olarak, iş sözleşmesinde düzenlenmeyen bir konuda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır. Ayrıca, toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra o toplu iş sözleşmesinden yararlanmakta olanlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanıncaya kadar, aslında yürürlük süresi dolan toplu iş sözleşmesinden, iş sözleşmesi hükmü olarak yararlanmaya devam ederler (STİSK.m.36/2). Örneğin toplu iş sözleşmesinin süresi 1.1.2020 tarihinde dolmuştur. Henüz yeni toplu iş sözleşmesi de imzalanmamıştır. Bu toplu iş sözleşmesi gereği, yıllık izin hakkı 30 gün olarak kararlaştırılmıştır. Oysa iş sözleşmesinde izin 20 gün olarak öngörülmüştü. Dolayısıyla eski toplu iş sözleşmesinin süresi dolsa da yıllık izne ilişkin uygulama, toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı olanlar için 30 gün olarak yürütülür. İş sözleşmesindeki 20 gün dikkate alınamaz. Bu hâl, yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar devam eder. Yeni sözleşmenin yürürlüğünden sonra ise, artık yeni sözleşmeye itibar edilir.

2. İş Sözleşmesi Niteliğindeki Diğer Kaynaklar

a. İşyeri İç Yönetmelikleri

İç yönetmelikler, işverence tek taraflı olarak hazırlanan, işyerinde uygulanacak genel ve yeknesak çalışma koşullarını içeren düzenlemelerdir. İşyeri iç yönetmelikleri uygulamada, dahili talimatname, personel yönetmeliği, işyeri yönetmeliği gibi adlarla anılmaktadır. Bugün yürürlükte olmayan 3008 sayılı İş Kanunu m.29, işverenlerin her türlü çalışma şartlarını ve işçilerin tâbi oldukları disiplin, sağlık ve güvenlik tedbirlerini ve faydalanacakları sosyal menfaatleri düzenleyen iç yönetmelik hazırlamalarını zorunlu kılmışken; 4857 sayılı İş Kanunu, işverenin isteğine bağlı olarak iç yönetmelik (personel yönetmeliği) hazırlanabilmesine imkân tanımıştır (İşK.m.22).

İç yönetmelikler, iş sözleşmelerinin eki niteliğindedir. Ancak, iç yönetmeliklerin işçileri bağlayabilmesi için, sözleşmenin kurulmasından önce hazırlanması ve işçiye bildirilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, iç yönetmeliklerin hukuken bağlayıcılığı, işçinin bunları açık veya kapalı kabulü iledir.

Tarafların kabulü ile yürürlüğe konmuş bir iç yönetmelikte, işverenin tek taraflı olarak değişiklik yapabilmesi mümkün değildir. İşçi bu değişikliğe açıkça muvafakat etmelidir. Aksi takdirde, değişiklik yapılamaz. İşK.m.22'ye göre, iç yönetmelikte tek taraflı esaslı bir değişiklik yapmak isteyen işveren, bunu işçiye öncesinde yazılı olarak bildirmelidir. İşçinin altı iş günü içerisinde yazılı olarak muvafakati hâlinde, söz konusu değişiklik yapılabilir. Altı iş günü geçmesine rağmen işçinin cevap vermemesi, bu değişikliği reddettiği, kabul etmediği anlamını taşır. Bundan sonra işveren herhangi bir değişiklik yapamaz, eğer değişiklik yaparsa da yapılan bu değişiklik işçiyi bağlamaz. Değişikliğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılmasından sonradır ki, işveren, söz konusu değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya sözleşmeyi sona erdirmek için geçerli başka bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürelerine riayet etmek suretiyle, sözleşmeyi sona erdirebilir. İşveren, bu tür sözleşmeyi sona erdirme hâlinde (değişiklik feshi), işçiye kanun ve sözleşmeden doğan (kıdem ve ihbar tazminatı gibi) tazminatları da ödemek durumundadır. Bir örnek vermek gerekirse, işyeri personel yönetmeliğinde işyerinde haftada beş gün çalışılacağı öngörülmüştür. İşveren, çalışma gün

sayısını altıya çıkarmak istemektedir. Bunu tek taraflı olarak yapamaz. İşçiye bu değişikliği altı iş günü öncesinden bildirmelidir. Söz konusu değişiklik ancak onun kabulü ile geçerli olacaktır.

Ayrıca her ne kadar iç yönetmelikte yapılan tek taraflı bir değişiklik işçi tarafından açıkça kabul edilmediği durumda onu bağlamamakta ise de işçi, söz konusu değişikliğin çalışma şartlarının uygulanmamasını oluşturması gerekçesine dayanarak kendisi de iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebilir (İşK.m.24/II-f). Bir başka ifadeyle, işçinin kabul etmediği bu tür değişikliklerin yapılabilmesinin mümkün olmaması yanında, işçi, yapılmak istenen değişikliğin çalışma şartlarının uygulanmaması hâlini oluşturması nedenine bağlı olarak sözleşmeyi süresiz (haklı nedenle) fesih yoluyla sona erdirebilir.

b. İşyeri Uygulamaları

İşyerinde devamlılık gösteren ve sürekli tekrarlanan genel nitelikteki uygulamalar, iş hukukuna kaynaklık teşkil eder. İşveren tarafından başlangıçta akdî veya kanunî bir zorunluluk olmaksızın bir menfaatin tek taraflı, devamlı ve aynı koşullarda verilmesi hâlinde işçilerin de zımnî (örtülü) kabulleri ile bu uygulamalar, iş sözleşmesi hâline gelir. İşyeri uygulamaları, tarafları bağlayıcı niteliktedir. Hatta işveren böyle bir uygulama yaparken söz konusu durumun bir iş sözleşmesi hükmü hâline geleceğini bilmese ve istemese de bu durum önemli değildir. İşçilerin işverenin davranışından böyle bir uygulama isteği olduğu sonucunu dürüstlük kuralları çerçevesinde çıkarmış bulunmaları yeterlidir. İşverenin, belirli günlerde ikramiye ve/veya prim vermesi, lojman tahsis etmesi, doğum, evlenme, ölüm yardımı yapması durumlarındaki uygulamalar, işyeri uygulaması sayılabilir.

Bir uygulamanın işyeri uygulaması niteliğini kazanabilmesi için, genel ve devamlı (tekrarlanan) nitelikte olması gerekir. Burada devamlılıktan maksat, iyiniyet kuralları çerçevesinde bu davranışın gelecekte de tekrarlanacak (yapılacak) olduğuna dair bir kanaatin oluşmasıdır. Belirtelim ki, bir uygulamanın işyeri uygulaması sayılabilmesi için ne kadar tekrarlanması gerektiğine ilişkin somut bir süre vermek mümkün değildir. Buna karşın tek bir kez yapılan bir uygulama da devamlı sayılamaz. Ancak uygulamanın işyeri uygulaması sayılmamasını başlangıçta işveren saklı tutmuşsa (bir kez

verilecektir, ileride verilmeme hakkı saklı tutulmuştur gibi ifadelerle) artık o uygulama, işyeri uygulaması olarak kabul edilemez. Bunun gibi, uygulamanın süreye bağlanması da mümkündür.

İşyeri uygulamaları, hukukî niteliği itibariyle yazılı olmayan iş sözleşmesi kuralı durumundadırlar. Bundan sonra işveren tarafından değişiklik yapılabilmesi, işçinin yazılı muvafakatine bağlıdır. İşçi bunlara açıkça muvafakat etmezse söz konusu değişiklikler onu bağlamaz (İşK.m.22).

İşyeri uygulamasına ilişkin uyuşmazlığın ortaya çıktığı işyerinde, iki yıl boyunca yılda iki ikramiye ve her ay yemek parası ödenmiştir. Daha sonra ekonomik kriz sebebiyle ikramiye ve yemek parası ödenmesi uygulamasının kaldırıldığı bildirilmiştir. Bir buçuk yıllık dönemde bu ödemeler yapılmamış ve çalışanlar da bu hususa itiraz etmemiş, yeni uygulamayı benimsemiştir. Bu süreden sonra iş sözleşmesi feshedilen davacı işçi, işverenin uygulamasına karşı çıkarak ikramiye ve yemek parası alacaklarını talep etmiştir. Yargıtay uyuşmazlık hakkında, ikramiye ve yemek parasının kaldırılmasına tüm işçilerin karşı çıkmayarak kabul etmesi sonucunda işyeri uygulamasının oluştuğu, bu nedenle davacı işçinin ikramiye ve yemek parası taleplerinin reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir (Yarg. 9.HD. 22.3.2005, E.2004/14486 K.2005/9433).

Başka bir olayda davacı işçi, her yıl iki kez %15 oranında yapılan ücret zammının yapılmadığı gerekçesiyle feshettiği iş sözleşmesinden doğan alacaklarını talep etmiş, davalı işveren ise her yıl %15 ücret zammı yapılacağına dair bir sözleşme bulunmadığını ileri sürmüştür. Yargıtay; sözleşmede ücret zammının zorunluluğu ve oranı konusunda açık düzenleme olmadığı durumda önceki yıllarda yapılan zam ve oranların işvereni bağlamayacağına, zam yapılmasının işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğuna, bu nedenle önceki zamların işyeri uygulaması olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir (Yarg. 9.HD. 30.01.2012, E.2009/37863 K.2012/2312).

C. İşverenin Emir ve Talimatları (Yönetim Hakkı)

İşverenin emir ve talimatları da iş hukukuna kaynaklık yapar. İş hukukunun özelliği gereği iş sözleşmesinden kaynaklanan her türlü konunun mevzuat ve sözleşmeler ile tespit edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, işverene

bağımlı bir şekilde hareket eden işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlarının tespitinde emir ve talimatlardan da yararlanılır. İşçi; kanun, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesine aykırı olmamak üzere, işverence verilen talimatlara uymak zorundadır. İşverenin bu sınırlar içinde işçiyi çalıştırmak üzere talimat vermesine dayanan hakka, yönetim hakkı denir. İşverenin emir ve talimatları, işyerinde yapılan işin nerede, ne zaman, nasıl yapılacağının, günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş zamanının, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağının, yıllık ücretli izinlerin kullanılma esaslarının belirlendiği talimatlardır. Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, *"...İşverenin, işyerini en iyi şekilde yürütebilmek için yönetim yapılanmasını değiştirmesi yönetim hakkı ile ilgilidir. Bunun için işyerinin zarar edip etmemesi sonucuna etkili değildir. İşverenin yönetim hakkını kötüye kullandığı, örneğin işçi çıkarmak için yeniden yapılanmaya gittiği iddia edilmedikçe hakim işverenin bu hakkına müdahale edemez"* (Yarg. 9.HD. 10.05.2005, E.2005/3901 K.2005/16151).

Belirtilmesi gereken husus, iş hukukunda işverenin yönetim hakkına mahkeme kararı ile müdahale edilmesinin önüne geçilmesidir. Belki de bunun istisnası işe iade davalarıdır. İşe iade davalarında işverenin işçinin sözleşmesini sona erdirmesine yönelik iradesi denetlenmektedir. Bu durum, işe iade müessesenin özelliğinden dolayı mümkün görülebilir. Ancak, yine de işveren işe iade davasını kazanan işçiyi işe başlatıp başlatmamakta serbesttir. Dolayısıyla idare hukuku çerçevesinde yönetimin yaptığı iş ve işlemlerin idarî yargı denetimine tâbi olması ve söz konusu işlemlerin iptali cihetine gidilerek, yapılan işlemin baştan itibaren geçersiz sayılması gibi uygulamanın iş hukuku hükümleri ve yapısı ile bağdaştığını söylemek zordur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, işe iade davaları dışında, işveren tarafından tesis edilen bir işlemin mahkeme kararı ile iptali ve hukukî durumun önceki hâle dönüştürülmesi gibi bir sonuç, iş hukukunda, kural olarak benimsenebilen ve kabul edilen bir durum değildir.

İşverenin talimatlarının geçerli olabilmesi için, bunların açıklık kazanması gerekir. Bu şekilde yürürlüğe giren bir talimat, mevcut yasal düzenleme ve sözleşme hükümlerine aykırı olmamalıdır.

> *"...İşverenin vereceği talimatlarla, Anayasa ve kanunların emredici hükümleri ile toplu ve bireysel iş sözleşmeleri hükümlerine aykırı olmamak üzere, işin yürütümü ve işçilerin işyerindeki*

davranışlarını düzenleyebilme hakkına yönetim hakkı denir. İş koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İş koşullarındaki değişiklikler geçerli nedene dayandığı takdirde, ayrıca iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa veya işçi aleyhine bir durum oluşmuyor ise, işverenin yönetim hakkının sınırlandırılması gerekmez. İşveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfî davranmamalı, işyeri değişikliği ile ilgili işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır…"
(Yarg. 9.HD. 21.04.2008, E.2007/30768 K.2008/9216).

Emir ve talimatların; kanun ve sözleşme hükümleri ile düzenlenmemiş alanlarda ya da bahsi geçen durumlarla çelişmemesi hâlinde geçerliliği kabul edilir. İşçi, hukuka aykırı talimatlara uymak zorunda değildir. Esasen hukuka uygun olmayan bu talimata uymak istemeyen işçi, sözleşmesini haklı nedenle (bildirimsiz) İşK.m.24/II-f gereği sona erdirebilir. Yine, emir ve talimatlarla iş sözleşmesi kurallarında değişiklik yapmak isteyen işveren, bunu öncesinde işçiye yazılı olarak bildirmelidir. İşçi de altı iş günü içerisinde bu değişikliğe rıza gösterirse söz konusu değişiklik yapılabilir, aksi hâlde yapılamaz (İşK.m.22).

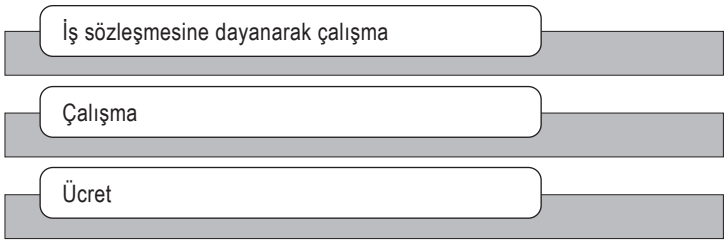
Belirtelim ki, işçinin hukuka uygun talimatlara uymaması durumunda; tazminat, disiplin cezası, sözleşmenin feshi gibi müeyyideler ile karşılaşabilmesi de mümkündür. Zira, İşK.m.25/II-g'ye göre, *"işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı hâlde yapmamakta ısrar etmesi"* sözleşmenin işveren tarafından feshi için haklı bir neden teşkil eder.

5. ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ

İş hukuku uygulaması ile ilgili örgütlerin başında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bulunmaktadır. Bakanlık merkez, taşra ve yurt dışı örgütlenmesini esas almıştır. Bu arada, Sosyal Güvenlik Kurumu yanında Türkiye İş Kurumu da görev yapmaktadır. Bakanlığın taşra teşkilatında ise, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlükleri görev ifa etmektedir.

6. İŞ HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

I. İşçi



İş hukukunun temel kavramlarından biri olan işçi, İşK.m.2'de tanımlanmıştır. Buna göre, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi denir. Yalnız gerçek kişiler işçi olabilir.

İşçi tanımından yola çıkarak unsurlarını belirlemek gerekirse:

(a) Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışma. İş mevzuatı içerisinde işçilik sıfatı iş sözleşmesi ile çalışanlara tanınmıştır. Böylelikle, iş sözleşmesi dışında çıraklık, eser (istisna), vekâlet, adî şirket vb. sözleşmelere dayalı olarak yapılan çalışmalar veya sözleşme olmaksızın yasal bir zorunluluk gereği yapılan tutuklu, hükümlü, esir ve askerlik hizmeti nedeniyle söz konusu olan işlerde çalışan kimseler, işçi olarak kabul edilemez. Bunun gibi, idare hukuku kuralları çerçevesinde istihdam edilen memur ve sözleşmeli personel de işçi değildir.

(b) Herhangi bir işte çalışma. İş, karşı taraf için ekonomik değeri olan fikrî veya bedenî her türlü faaliyettir. İş sözleşmesinin söz konusu olduğu çalışma ilişkilerinde, sözleşme konusu işin niteliği, bedenen veya fikren yapılması, sanayi ya da tarım işi olması önemli değildir. Ayrıca, işin, bilimsel ya da artistik (sanatsal) olması da herhangi bir farklılık oluşturmaz.

(c) Ücret karşılığı çalışma. Ücret iş sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır. Çalışmanın ücret karşılığı yapılmaması durumunda kural olarak, iş sözleşmesinden ve işçilik sıfatından söz edilemez.

Şirket ortaklarının işçi sıfatına sahip olup olmadıkları çok fazla Yargıtay kararına konu olmuştur. Şirketlerde tüzel kişiliği temsil eden genel müdür

veya müdürler gerçek anlamda ortak olmadıkça, bağımsız hareket etmedikçe ve murahhas üye olmadıkça iş ilişkisine dayanarak çalıştıkları kabul edilir (Yarg. 9.HD. 02.07.2020, E.2017/1092 K.2020/6950). Şirket ortaklarının işçi sayılması için çalışmasını kişisel bağımlılık çerçevesinde gerçekleştirip gerçekleştirmediğine bakılması gerekir.

> *"Limited şirket ortağının şirket ortağı statüsü yanında ayrıca şirketin işçisi olarak çalışması mümkündür. Şirket ortağının işçi olarak çalıştığının kabulü için özellikle kişisel bağımlılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmalıdır. İşverenin otoritesi altında çalışan onun emir ve talimatlarına göre iş görme zorunda olan işçinin iş sözleşmesine bağımlılığı daha ziyade kişiliği ile ilgili olduğu; iş sözleşmesinin özünde bir bağımlılık/otorite ilişkisinin bulunduğu hususu dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Bu araştırma yapılırken somut olayın özellikleri ve takip eden durumlar da dikkate alınarak değerlendirilecek olan hukukî ilişkinin genel görünümü de esas alınmalıdır. Bu bağlamda şirket ana sözleşmesi de dikkatlice incelenmelidir…"* (Yarg. 22.HD. 10.03.2020, E.2017/28536 K.2020/4711).

Bu arada, şirket ortağı olmayan fakat şirketi temsil ve ilzama yetkili müdür vekili hakkında, 6762 sayılı Kanun m.541 uyarınca ortak olmayan kimselerden atanan müdürlerin salâhiyet ve mesuliyetleri hakkında, ortak olan müdürler hakkındaki hükümler uygulanacağından, söz konusu kişiler İş Kanunu kapsamı dışındadır (Yarg. 22.HD. 05.11.2018, E.2018/14950 K.2018/23438).

II. İşveren

A. Genel Olarak

İş hukukunda işveren kavramı, işçi esas alınarak tanımlanmıştır. İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir (İşK.m.2/1). İşveren, işçiden iş görme ve sadakat borçlarını yerine getirilmesini isteyen, emir ve talimat verme yetkilerini kullanan kişidir.

Buna göre işveren, iş görme borcunun yerine getirilmesini isteme ve talimat verme yetkilerine sahiptir. Bu iki yetki genellikle aynı kişi tarafından

kullanılır. İşverenin işin görülmesini isteme hakkı ile talimat verme yetkisini birlikte elinde bulundurabilmesi için fiil ehliyetine sahip, gerçek kişi olması gerekir. Bazı durumlarda bu iki yetki farklı kişilerde toplanabilir. Örneğin, işin görülmesini isteme yetkisi, işyerinin malikinde olup, çeşitli zorunluluklar nedeniyle emir ve talimat verme hakkı bir başkasında bulunabilir. İşyeri sahibinin hukukî işlem ehliyetine sahip olmaması (küçük olması) durumunda da işin görülmesini isteme yetkisi küçükte, ancak emir ve talimat verme yetkisi ise onun kanunî temsilcisinde olabilmektedir. Bu gibi hâllerde işin görülmesini isteme hakkına sahip olan işverene soyut işveren; buna karşın emir ve talimat verme yetkisine sahip olana ise somut işveren denir.

İşveren kavramının unsurlarını**;** iş ilişkisinin iş sözleşmesine dayanması, herhangi bir işte çalıştırma (tür ve nitelik önemli değildir) ve ücret ödeme olarak belirlemek mümkündür.

B. Özel Durumlar

1. Holdinglerde veya Şirket Gruplarında (Birden Fazla Tüzel Kişilik Hâlinde) İşveren Sıfatının Saptanması

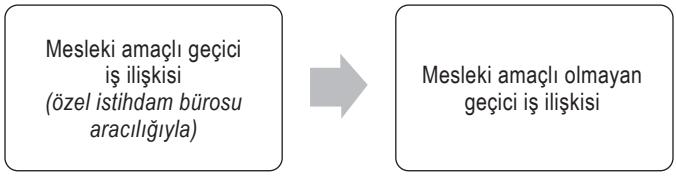
Holdinglerde veya şirket gruplarında işveren niteliğinin tespiti gereklidir. Bir holding ile ilgili olarak işçi, ana şirkette çalışıyorsa her türlü tazminat ve işçilik haklarından ana şirket sorumludur. Başka şirketlerin bölümsel işlerini yapması durumunda ise, emir ve talimat verme her iki şirket tarafından yerine getiriliyorsa, birlikte işverenlik söz konusudur. İşverenler, işçilik haklarından birlikte sorumlu olurlar. Buna karşın işçinin farklı niteliklerde iş yapması durumunda ise, kısmî çalışma söz konusu olabilir ve işçi, yasal haklarını her bir işverenden, oradaki çalışması ile orantılı olarak talep edebilir.

Uygulamada işçilerin özellikle faaliyetleri aynı ya da iç içe geçmiş ve aynı kişiler tarafından yönetilen birden fazla şirkette çalışıyor olarak gösterilmeleri mümkündür. Örneğin, işçinin aynı kişilerin yönetimde bulunduğu farklı bir şirkette 11 ay, diğer bir şirkette de 11 ay çalıştırılması uygulamasına sıkça rastlanmaktadır. Böyle bir yöntemin tercih nedeni, bir takım yasal yükümlülüklerden kurtulmaktır. Dolayısıyla, bahsi geçen durumlarda her bir şirket hukuken diğerinden bağımsız kişiliklere sahip ise de gerçekte durum ekonomik ve sosyal bir bütünlük göstermektedir. Bu uygulamanın işçiler

açısından haksız sonuçlar doğurmasını ortadan kaldırmak için öğretide ***örtünün kaldırılması teorisi*** ileri sürülmektedir. Buna göre, değişik adlar altında ve farklı yerlerde her biri ayrı bir şirket olarak faaliyette bulunmakla birlikte birbirlerini tamamlayan şirketlerin, bazı koşullar altında bir hukuksal bütünlük oluşturdukları kabul edilmektedir. Böylelikle de işçilik hakları bakımından tek bir şirketin tüm süre ve haklardan sorumluluğu yoluna gidilmektedir.

2. Geçici (Ödünç) İş İlişkisi

a. Genel Olarak



Geçici iş ilişkisine ilişkin olarak hem 4857 sayılı İş Kanunu hem de 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nda hükümler bulunmaktadır. İş Kanunu'ndaki düzenlemeye göre geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabilir (m.7/1). Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürosunun bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak işçisini geçici olarak bu işverene devri ile kurulur (m.7/2). Bu tanımdaki geçici iş ilişkisi, mesleki amaçla yapılan türdür. Mesleki amaçlı olmayan geçişi iş ilişkisi ise, maddenin 11. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, işverenin, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçisini, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi hâlinde de geçici iş ilişkisi kurulmuş olur.

b. Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi

Mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi, sadece Türkiye İş Kurumu tarafından kendilerine yetki verilen özel istihdam büroları tarafından kurulabilir. Aksi hâlde, yetkisi olmayan bürolar tarafından kurulan geçici iş ilişkileri hukuka aykırıdır.

Geçici iş ilişkisinin, özel istihdam büroları aracılığıyla kurulmasına yönelik getirilen düzenleme, Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüştür. Ancak Mahkeme, özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisinin kurulmasının Anayasa m.48'e aykırı olmadığına karar vermiştir. Karara göre,

> *"Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde işçi, özgür iradesiyle kendisine iş temin edilmesi amacıyla özel istihdam bürosuyla yazılı iş sözleşmesi yapmaktadır. Özel istihdam bürosu da geçici işverenle yaptığı geçici işçi sağlama sözleşmesi ile bu işçiyi geçici işverenin işyerinde görevlendirmektedir. Bu bağlamda özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde işçi kendi özgür iradesiyle özel istihdam bürosuyla iş sözleşmesi yaparak kendi seçtiği işte çalışmak üzere geçici işverenin işyerinde görevlendirildiğinden özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisinin kurulmasına olanak sağlayan kuralda, Anayasa›nın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırılık bulunmamaktadır".* İlgili düzenlemenin Anayasa m.50'de düzenlenmiş olan dinlenme hakkına aykırılık teşkil ettiği iddiasına karşılık Mahkeme, *"Kanun'da özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde işçinin dinlenme, ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin haklarını kullanmalarını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde işçilerin Kanun'un 46., 47. ve 53. maddelerde öngörülen koşulları gerçekleştirmeleri hâlinde hafta tatili, bayram tatili ve ücretli yıllık izin haklarını kullanmaları mümkün olduğundan kuralın Anayasa'nın 50. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır"* ifadelerine yer vermiştir (AYM 28.02.2018, E.2016/141 K.2018/27, RG.29.03.2018 No.30375).

İşverenlere sağlanan geçici iş ilişkisi imkânı sınırsız olmadığından Kanun'da geçici iş ilişkisi kurulacak işler ve bunların süreleri hüküm altına alınmıştır. Kanun'da belirtilen işler sınırlıdır. Dolayısıyla söz konusu işler haricinde herhangi bir iş için geçici iş ilişkisi kurulması mümkün değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, personel ihtiyaçlarının birbirinden temin edeceklerine dair yapılan protokol kapsamında işçinin sürekli olarak bir

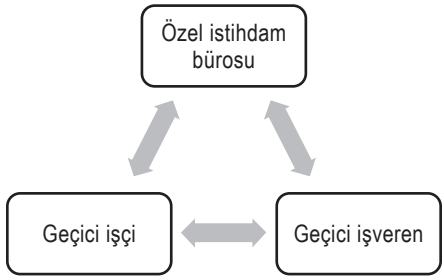
işveren nezdinde çalıştırılması, geçici iş ilişkisi olarak değerlendirilemez (Yarg. 9.HD. 23.02.2017, E.2015/16533 K.2017/2452).

- ***Hamilelik, ebeveynlerin kısmî çalışma hakkını kullanması, askerlik ve askı hâli:*** Belirtilen hakların kullanılması süresince iş sözleşmesi askıdadır. Bu süre boyunca işveren, özel istihdam bürosu aracılığıyla, söz konusu hâller devam ettiği müddetçe geçici iş ilişkisi kurabilir.
- ***Mevsimlik tarım işleri:*** Sadece tarım süre sınırı olmaksızın işlerinde geçici iş ilişkisi kurulabilir.
- ***Ev hizmetlerinde:*** Ev hizmetlerinde de süre sınırı olmaksızın geçici iş ilişkisi kurulabilir.
- ***İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan işlerde:*** İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan, düzenli olmayan ve dönem dönem yapılan işler söz konusu olduğunda en fazla dört aylık süre için ve toplamda sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki kez yenilenerek geçici iş ilişkisi kurulabilir.
- ***İş güvenliği bakımından acil işler veya zorlayıcı nedenler:*** İş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâlinde, en fazla dört aylık süre için geçici iş ilişkisi kurulabilir.
- ***İşletmenin iş hacminin öngörülemeyen ölçüde artması:*** İşletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinde en fazla dört ay süreyle geçici iş ilişkisi kurulabilir ve toplamda sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki kez yenilenebilir. Ancak geçici iş ilişkisi ile çalıştırılan işçi sayısı, işyerinde çalıştırılan işçi sayısının dörtte birini geçemez, on ve daha az işçi çalıştırılan işyerlerinde ise beş işçiye kadar geçici iş ilişkisi kurulabilir.
- ***Mevsimlik işler dışında dönemsellik arz eden iş artışları:*** Bunun süresi yine en fazla dört ay olarak belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu m.7'de ayrıca geçici iş ilişkisi kurmanın yasak olduğu durumlar da sayılmıştır:

- ❑ Geçici iş ilişkisi kurulmasının ardından bu sürelerin sonunda aynı iş için altı ay geçmedikçe tekrar geçici iş ilişkisi kurulamaz.

- İş Kanunu m.29 kapsamında toplu işçi çıkarılan işyerlerinde, sekiz ay süresince geçici iş ilişkisi kurulamaz.
- Kamu kurum ve kuruluşlarında ve yer altında maden çıkarılan işyerlerinde geçici iş ilişkisi kurulamaz. Yine, Türkiye İş Kurumu Kanunu'na göre, özel istihdam büroları kamu kurum ve kuruluşlarının kadro ve pozisyonları için aracılık faaliyeti yapamaz ve geçici iş ilişkisi kuramazlar (TİK. m.17/7).
- Geçici işçi çalıştıran işveren, grev ve lokavtın uygulanması sırasında 6356 sayılı Kanun m.65 hükümleri saklı kalmak kaydıyla, geçici iş ilişkisiyle işçi çalıştıramaz.



Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulduktan sonra, özel istihdam bürosu ile geçici işçi arasındaki ilişki sona ermez. Geçici işçinin işvereni, özel istihdam bürosudur (İşK.m.7/11). Bunun sonucu olarak, iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi amacıyla 30 işçi sayısının belirlenmesinde geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin devreden işverenin çalışanı sayısında dikkate alınarak devralan işverenin işçisi olarak sayılmamaları gerektiğine hükmedilmiştir. (Yarg. 9.HD. 12.04.2018, E.2017/23664 K.2018/8529).

> *"Geçici iş ilişkisiyle (ödünç iş ilişkisiyle) çalışan işçinin altı aylık kıdemi, 4857 sayılı Kanun'un 7. maddesinden hareketle, işçinin başka işverende (ödünç alan) geçen süresi, işverende (ödünç veren) geçirilmiş gibi sayılır. Söz konusu işçinin daha sonra ödünç alan işverenin işyerinde yeni bir iş ilişkisi kapsamında istihdam edilmesi hâlinde, onun nezdinde ödünç iş ilişkisi kapsamında geçirilmiş süreler, yeni iş ilişkisindeki altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınmaz"* (Yarg. 22.HD. 25.02.2013, E.2013/3843 K.2013/3705).

Geçici işveren ile geçici işçi arasında oluşan ilişki taraflar arasında iş sözleşmesi kurulmasına yol açmaz. Özel istihdam bürosu ile geçici işveren arasındaki ilişki, geçici işçi sağlama sözleşmesine dayanmaktadır. 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 (İşK.m.7/11). Geçici işçi ile geçici işveren arasındaki ilişki, iş ilişkisi değildir. Ancak yine de geçici işçi, geçici işverene karşı iş görme ve özen borcu (İşK.m.7/14) altındayken; işveren de yönetim hakkına sahiptir (İşK.m.7/9-a) ve işçiyi koruma ve eşit davranma borcu altındadır. Bunun dışında geçici işverenin geçici işçisine karşı yükümlülükleri m.7/9'da sayılmıştır.

Geçici işçilerin işvereni özel istihdam bürosu olduğundan ücret ödeme borcu da ona aittir. Bu konuda geçici işverenin herhangi bir yükümlülüğü yoktur. Ancak tek istisnası, öngörülemeyen şekilde mal ve hizmet üretiminin artması durumudur. Bu hâlde geçici işçi çalıştıran işveren, işyerinde bir ayın üzerinde çalışan geçici işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmekle, özel istihdam bürosu ise ücretin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak geçici işçi çalıştıran işverene ibraz etmekle yükümlüdür. Geçici işçi çalıştıran işveren, eğer ödenmeyen bir ücret varsa en çok üç aya kadar özel istihdam bürosunun alacağından mahsup ederek ücretlerini doğrudan işçilerin banka hesabına yatırır. Bu durum, geçici işçi çalıştıran işveren tarafından Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirilir (İşK.m.7/12).

Geçici işçi çalıştıran işveren, iş sözleşmesi feshedilen işçisini fesih tarihinden itibaren altı ay geçmeden geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştıramaz (İşK.m.7/7). Bu şekilde işverenlerin kendi işçilerini işten çıkartıp geçici işçi şeklinde çalıştırmasının da önü kapatılmıştır.

Geçici işçi ile geçici işveren arasındaki ilişki, kural olarak geçici işçi sağlama sözleşmesinde belirtilen sürenin sonunda sona erer. Ancak sürenin sona ermesine rağmen özel istihdam bürosuna geri dönmeyip çalışmaya devam edilmesi hâlinde, geçici işveren ile geçici işçi arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş kabul edilir (İşK.m.7/13). Bu tür bir durum söz konusu olduğunda, özel istihdam bürosu sadece kendi süresi kadarıyla işçinin ücreti

vs. gibi işçilik haklarından sorumlu olur. Madde değişikliği öncesinde verilen bir kararda da belirtildiği gibi, Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi, işçinin geçici iş ilişkisi adı altında on yıldan uzun süre ödünç alan işveren yanında çalışması durumunda ödünç alanın asıl işveren olacağına hükmetmiştir. İşçinin ücretinin ödünç alandan başka bir kurum tarafından ödenmesi, ödünç alanın asıl işveren sayılmasına engel olarak görülmemiştir (Yarg. 9.HD. 16.10.2006, E.2006/17686 K.2006/27301).

Belirtelim ki, geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz (İşK.m.7/12).

c. Mesleki Amaçlı Olmayan Geçici İş İlişkisi

İş Kanunu m.7/1'de mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisinin holding veya şirketler topluluğu içerisinde gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Belirtilen tip geçici iş ilişkisi ise maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, işverenin, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçisini, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi hâlinde de geçici iş ilişkisi kurulmuş olur.

Bu tip geçici iş ilişkisi kurulabilmesi için,

- Holding ya da şirket topluluğu söz konusu olmalıdır.
- Ayrıca devir sırasında işçinin yazılı rızası da alınmalıdır. Rızanın öncesinde alınması bir anlam ifade etmez, yani mutlaka devir sırasında olması aranır. Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi, geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştığı işyerinden farklı bir işyerine gönderilmesi teklifine işçinin rıza göstermemesi sebebiyle işverenin iş sözleşmesini feshetmesinin geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Karara göre,

"Davacının işvereni H...S...S...Hizmetler ve Ticaret A.Ş. tarafından havalimanındaki işyerinden, başka bir adreste bulunan D...M...K...M... Paz. A.Ş. işverenliğine ait farklı bir işyerine gönderilmesi 'aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde"

çalıştırma iradesi olup bunun gerçekleştirilebilmesi için devir esnasında işçinin yazılı rızasının alınması gerektiği tartışmasızdır. Davacının da bu yönde bir muvafakati bulunmadığından davacının bu değişikliği kabul etmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Sonuç itibariyle davacıya yapılan teklifin 4857 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında olduğu ve davacının da bunu kabul etmemesi üzerine işverence yapılan iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olduğu anlaşılmakla mahkemece kurulan hüküm usul ve kanuna aykırı bulunmuştur." (Yarg. 22.HD. 22.01.2013, E.2012/29390 K.2013/281).

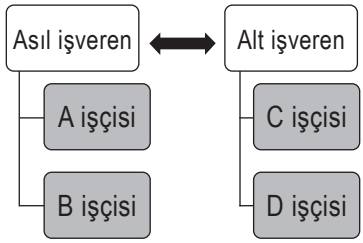
Mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisi, yazılı olarak altı ayı geçmemek üzere kurulabilir ve en fazla iki defa yenilenebilir. İşçiden alınacak rıza her yenilemede tekrar alınmalıdır. Burada diğerinden farklı olarak, sınırlı sayıda iş bulunmamaktadır. Hatta işçi kendi işyerinde yaptığı işe benzer bir iş için görevlendirilmek zorunda da değildir.

Kanun koyucu, toplu işçi çıkarma, grev ve lokavt süresince çalıştırılma, eşit davranma borcu, geçici işçinin özen borcu, geçici işverenin talimat verme yetkisi, sosyal hizmetlerden eşit şekilde yararlandırma ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca geçici işverenin yükümlülükleri ile ilgili düzenlemelerin mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisi için de uygulanacağını belirtmiştir.

Geçici işçinin işvereni, onu geçici olarak başka bir işverene gönderen kişi olduğu için ücret ödeme borcunun yükümlüsü odur. Geçici işveren ile asıl işveren (iş sözleşmesinin tarafı olan), ücret ödeme borcunun geçici işverende olduğuna dair aralarında bir anlaşma yapabilirler. Bu durumda dahi asıl işveren, ücretin ödenmemesinden doğan yükümlülüğü taşımak zorundadır. Ancak geçici işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumludur.

III. Alt İşveren

A. Genel Olarak



İşyerlerinde bazı işlerin uzmanlığı gerektirmesi, teknik veya idarî zorunluluklar, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde alt işveren çalıştırmayı zorunlu kılmaktadır. Örneğin, bir binanın yapım işini üstlenen şirket, bunun boya işlerini bir şirkete, sıhhî tesisat işini diğer şirkete, çevre düzenlemesini (peyzaj) bir diğer şirkete verebilmektedir. Yine, hâlihazırda hizmet vermekte olan bir binanın temizlik işinin bir şirkete, yemek işinin bir başka şirkete, güvenlik hizmetlerinin de diğer bir şirkete verildiği de görülmektedir.

Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işverene ***alt işveren (aracı-taşeron-alt müteahhit)*** denir. İşte alt işverenle iş aldığı diğer işveren arasındaki kurulan ilişki de *asıl işveren-alt işveren ilişkisi*dir. Söz konusu ilişki, uygulamada inşaat, nakliye, istisna, kira, taşıma ve işletme işlerinde görülmektedir. Hemen belirtelim ki, alt işveren de bir işverendir. Bu nedenle, işveren vekili sayılamazlar; üzerlerine aldıkları işi, asıl işveren adına değil, kendi ad ve hesaplarına, bağımsız olarak yerine getirirler.

Alt işverenin kendi işçileri ile olan ilişkisi, iş ilişkisi olarak karşımıza çıkar. Çalıştırdıkları işçiler ile iş sözleşmeleri kendi aralarında kurulmakta, iş sözleşmesinden doğan yükümlülükler tarafları bağlamaktadır. Bunun yanı sıra, asıl işverenle alt işverenin işçileri arasında da herhangi bir hukukî ilişki yoktur. Kanun koyucu burada, alt işverenlerin malî güçlerinin ve diğer imkânlarının zayıf olması nedeniyle, onların işçilerinin korunması amacıyla, işçiler lehine koruyucu hüküm getirmiştir.

Gerçekten, İş Kanunu'na göre, asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur (İşK.m.2/6). Buradaki sorumluluk hâli, müteselsil (birlikte) sorumluluktur. Buna göre; alt işveren, işçisinin ücretini ödemezse, işçi dilerse asıl işverene, dilerse kendi işverenine başvurabilir. İşçinin seçimlik bir hakkı vardır, ikisine birden de başvurabilir. Ancak borcu ödeyen asıl işverenin, alt işverene elbette ki rücu hakkı, bir başka ifadeyle, alt işverene ait borcu ödemesi durumunda bunun iade edilmesini isteme hakkı vardır. Asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin sorumlu olduğu miktarla sınırlıdır. Yine, asıl işverenin sorumluluğu, cezaî değil, hukukî sorumluluktur. Buna göre, iş kazasının SGK'ya zamanında bildirilmemesi nedeniyle söz konusu idarî para cezasından asıl işveren sorumlu olmazken, bu iş kazasında alt işverenin kusuru nedeniyle işçiye tazminat ödemek durumunda kalması hâlinde ise, asıl işveren de sorumludur. Şüphesiz borçtan sorumluluk tek taraflıdır. Asıl işveren işçisi kendi alacakları için alt işverene başvuramaz.

> *"Somut olayda, davacının davalı şirketin alt işverenleri nezdinde çalıştığı ve Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre çalışmasının makul sayılamayacak sürelerle kesintili olduğu anlaşılmaktadır. Davalının asıl işveren olarak sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Ancak bu sorumluluk alt işverenler nezdindeki kesintisiz çalışma bakımından geçerlidir. Bir başka ifadeyle davalı asıl işverenin tüm çalışma süresinden sorumlu olabilmesi için işçinin değişen alt işverenler nezdinde kesintisiz bir çalışmasının bulunması gereklidir. Somut olaya fesih tarihi itibariyle yürürlükte bulunmayan 6552 sayılı Kanun'un uygulanması da mümkün değildir. Mahkemece kesintili çalışmalar ayrı ayrı değerlendirilerek her bir dönem için davacının taleplerinin şartlarının bulunup bulunmadığı incelenmeli ve sonucuna göre davacının talepleri hüküm altına alınmalıdır"* (Yarg. 22.HD. 24.10.2018, E.2018/12854 K.2018/23094; Aynı yönde bkz. Yarg. 22.HD. 2.10.2018, E.2018/13282 K.2018/20832).

2017 yılında kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan alt işveren işçilerini ilgilendiren önemli bir değişiklik yapılmıştır. 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen geçici

maddeler uyarınca, madde kapsamına giren kamu kurumlarına hizmet veren alt işveren işçilerine ilgili kamu kurumlarında sürekli işçi olarak kadroya geçme imkânı getirilmiştir. Bununla birlikte, belirtmekte fayda vardır ki, kadroya geçme imkânı her alt işveren işçisi için değil, ilgili düzenlemede yer alan şartları taşıyanlar için kabul edilmiştir. 696 sayılı KHK gereği, alt işveren işçisinin, 4 Aralık 2017 tarihi itibariyle çalışıyor ya da bu tarih itibariyle analık veya hastalık izninde ya da askerde olması, alt işveren nezdinde çalıştırıldığı döneme ilişkin açmış olduğu dava ve/veya icra takiplerinden feragat etmesi, kadroya alınma karşılığında geçmişe dönük bir hak ve alacak talebinde bulunulmayacağının beyan edilmesi, işçinin çalıştırıldığı ihalenin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalesi olması ve nihayet, işçinin emeklilik, yaşlılık veya malûllük aylığına hak kazanmamış olması gerekmektedir.

Söz konusu KHK'nın ardından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından geçiş sürecinin nasıl işleyeceğine ilişkin bir Tebliğ de yayınlanmıştır. Tebliğe uygun olarak geçiş sürecinin tamamlanmasından sonra, daha önce alt işveren işçisi olarak çalışan işçiler 657 sayılı DMK m.4/D uyarınca işçi olarak istihdam edilmeye başlanmıştır. Bunun sonucunda söz konusu işçilerin alt işverenler ile arasında olan iş sözleşmeleri sona ermekte, artık kadrolu işçi olarak çalışmalarını kamu kurumu nezdinde sürdürmektedirler. İlgili KHK ile sürekli işçi kadrosuna geçirilen işçilerin iş sözleşmelerinde "asgari ücretin belli bir oran fazlasının" ödeneceğine ilişkin hüküm bulunması durumuna ilişkin uyuşmazlıklar çıkmaktadır. Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi, işçilerin kadroya alınması ile birlikte işverenleri ile imzalanan iş sözleşmesinde asgarî ücretin belli bir oranı seviyesinde ücret ödeneceğine yönelik açık bir kararlaştırma olmadığı için, talep edilen farkların ödenmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir. (Yarg. 9.HD. 28.10.2020, E.2020/5652 K.2020/14035).

B. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Şartları

4857 sayılı Kanun, 1475 sayılı Kanun'a nazaran asıl-alt işveren ilişkisinin kurulması açısından önemli sınırlandırmalar getirmiştir. Bunun sebebi, söz konusu kurumun istismar edilmesi ve kötüye kullanımlardır. Asıl-alt işveren ilişkisinin doğması için şu şartlar gerekir.

i. ***Alt işveren işi, bir diğer işverenden (asıl işverenden) almalıdır.*** Öncelikli olarak alt işverenden söz edebilmek için, o işyerinde işçi

çalıştıran bir işverenden iş almak gereklidir. Yoksa, bir işin tamamının bir işverene devri durumunda (anahtar teslimi) asıl-alt işveren ilişkisi yoktur.

"İşin bir bölümünde işçi çalıştırmayan, işin tamamını anahtar teslim ve ihale yolu ile başkasına devreden ve işten el çeken kişi asıl işveren olarak nitelendirilemez" (Yarg. 22.HD. 15.10.2018, E.2018/8536 K.2018/22083). Yine, Yargıtay'a göre, anahtar teslim iş sözleşmesi olduğunda ya da bir işin anahtar teslimi verilmesi mümkün olduğunda asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olmaz. İşin yapılması tümüyle bir başkasına bırakılmışsa asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmaz. (Yarg. 22.HD. 11.09.2018, E.2018/11524 K.2018/18135; Yarg. 22.HD. 26.02.2018, E.2017/11081 K.2018/4868).

ii. ***Alt işverenin aldığı iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olmalıdır***. Asıl iş, işyerinin teknik amacının gerçekleşmesi ile doğrudan ilgili olan, o teknik amacın gerçekleşmesine yönelik usûle doğrudan dahil olan, olmazsa olmaz faaliyetlerdir. Bu faaliyetler dışında kalanlar ise yardımcı niteliktedir. Yardımcı işler, asıl faaliyetle ilgili olmakla beraber, ayrı özellikteki, ikincil mahiyetteki işlerdir.

Kanun koyucu burada iki durumu düzenlemiştir. Bunlardan ***ilki***, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, ***ikincisi*** de asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde, iş almaktır. Belirtilmesi gereken, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde iş alma açısından, bunlarda işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmediğidir. Bir binanın, güvenlik, nakliye, yemekhane ve temizlik işleri gibi asıl işe yardımcı nitelikteki işlerde bu ilişki vardır ve artık burada bir uzmanlık aranmaz. Belirtelim ki, işyerindeki mal ve hizmet üretimine yönelik yardımcı nitelikte olmayan işlerde ise böyle bir ilişki kurulamaz. Örneğin, fabrika binasına bir ek inşaat yapılması ya da binanın onarım işinin üstlenilmesi durumunda, alt işveren ilişkisi söz konusu değildir. Yargıtay'ın isabetli bir şekilde belirttiği gibi; alınan iş ne asıl iş ne de yardımcı iş ile ilgili olduğunda, taraflar arasındaki ilişki asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak değerlendirilemez. Karara göre;

"Asıl-alt işveren ilişkisinin gerçekleşmesi için, asıl işverenin mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işi ya da işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle asıl işin bir bölümünü alt işverene vermesi gerekir. Verilen iş, mal veya hizmet üretimine ilişkin olmayan bir iş ise, bu tür bir ilişki doğmaz. Dosyadaki bilgi ve belgelerden ve özellikle davalı ... Döküm ve Madeni Aksam Sanayi Turizm Anonim Şirketi'nin kuruluşuna ilişkin Ticaret Sicil Gazetesinde iştigal sahasının madeni döküm ve madeni eşya üretimi ile ilgili olduğu inşaat işi ile uğraşmadığı, kendi işyeri ile ilgili inşaat işini 10.06.2012 tanzim tarihli sözleşme ile diğer davalı şirkete verdiği anlaşılmaktadır. Davalı ... Döküm ve Madeni Aksam Sanayi Turizm Anonim Şirketi ile diğer davalı şirket arasındaki hukukî ilişkinin ihaleye bağlı olarak yapılan istisna akdi olup davalı ... Döküm ve Madeni Aksam Sanayi Turizm Anonim Şirketi'nin asıl işveren konumunda olmayıp, davalı ... Yapı Mühendislik Ticaret Limited Şirketi'nin çalışanı olan davacının hak ve alacaklarından sorumlu olmadığı anlaşılmaktadır. Davalı ... Döküm ve Madeni Aksam Sanayi Turizm Anonim Şirketi'nin diğer davalı ile birlikte davacıya ait işçilik alacaklarından müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğuna ilişkin verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 9.HD. 01.07.2019, E.2016/5678 K.2019/14612).

Başka bir olayda Yargıtay, bir devlet hastanesinde kantin işinin verilmesinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi oluşturmayacağına hükmetmiştir (Yarg. 9.HD. 18.06.2012, E.2010/12253 K.2012/23391).

Yine, taraflar arasında isim hakkının kullanılmasına imkân tanınıp işçi alımı, denetimi ve ücretin ödenmesi bakımından herhangi bir yetkinin verilmediği, bunun yanında işin yürütülmesinden kaynaklanan tüm rizikonun bayiye ait olduğu gerekçesiyle bayilik sözleşmesinin söz konusu olduğu durumda, yardımcı işten bahsedilemeyeceği ve dolayısıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunmadığına karar verilmiştir (Yarg. 22.HD. 25.10.2018, E.2017/16227 K.2018/23261). Acentelik sözleşmesinin mevcut olduğu bir davada; ticarî işletme sahibinin kendi faaliyetleri ile ilgili bazı konularda talimat vermesi ve çıkarlarını korumaya yönelik bazı önlemler alması mümkün olsa dahi acentenin ticarî işletmeden bağımsız olması sebebiyle

faaliyetleri yardımcı iş niteliğinde olmadığından asıl işveren-alt işveren ilişkisinden bahsedilemeyeceğine karar verilmiştir (Yarg. 22.HD. 03.05.2018, E.2017/45263 K.2018/10483).

Bununla birlikte, asıl işin bir bölümünde bir işin alınması hâlinde ise, bunun işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir (İşK.m.2/7). Teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir işin mevcut olup olmadığı her somut olaya göre ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir karara göre; iletişim hizmetleri icra eden bir şirkette baz istasyonunun sorunsuz şekilde çalışmasının sağlanması için alt işverene verilen iş, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş kapsamındadır (İstanbul BAM 30.HD. 13.07.2020, E.2019/583 K.2020/1676). Ancak bir başka Bölge Adliye Mahkemesi kararına göre, asıl işin bölünerek verilebilmesi için teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir işin mevcut olduğunun asıl işveren tarafından ispatlanması gerekir (Bursa BAM 9.HD. 17.07.2020, E.2019/516 K.2020/1087).

iii. ***İş, asıl işverenin işyerinde yapılmalıdır.*** Buna göre, fason imalat biçiminde bir işverenden iş alarak bu işi kendi işyerinde yapan, alt işveren olarak kabul edilemez. Ancak, alt işverene bırakılan birtakım işler, asıl işverenin işyeri dışında da ifa edilebilir, hatta işin bu şekilde ifası bir zorunluluk da olabilir. Örneğin, bir mermer ocağına, mermer taşınması durumunda taşıma işi, işyeri dışında yapılmaktadır. Yargıtay bir kararında; asıl-alt işverenlik ilişkisinin mi yoksa fason üretimin mi söz konusu olduğunun belirlenmesi amacıyla taraflar arasındaki sözleşmenin incelenmesi, işin asıl işverenin işyerinde mi yoksa işi üstlenenin işyerinde mi yapıldığının belirlenmesi ve tanıkların tekrar dinlenmesi suretiyle ilişkinin ortaya koyulması gerektiğine karar vermiştir (Yarg. 7.HD. 16.09.2013, E.2013/8090 K.2013/14813).

İşverenler arasındaki her ticarî ilişki asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilemez. Örneğin, işverenler arasında tek satıcılık, franchise ya da acente ilişkisi olabilir. Bu nedenle bu ilişkinin koşullarından birisi, alınan işin asıl işverenin işyerinde yapılmasıdır.

"Muvazaa yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınacaktır. Davalı ... Tic. A.Ş.'nin bira ve malt ürünlerinin satış, dağıtım ve pazarlama faaliyetleri ile iştigal ettiği, dağıtım ve pazarlamanın

*asıl iş kapsamında kaldığı, davalının bu işi diğer davalı ... Pazarlama Dağıtım San. Tic. Ltd. Şti.'ye bayilik/distribütörlük sözleşmesiyle devrettiği dolayısıyla asıl işin bir bölümünün davalı ... Tic. A.Ş. tarafından diğer davalıya devredildiği, bu işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olduğunun davalı tarafından kanıtlanmadığı, dolayısıyla davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı ve davacının başlangıçtan itibaren davalı ... Tic. A.Ş.'nin işçisi sayılması gerektiği, bu durumda da münhasırlık unsurunun aranmayacağının anlaşıldığı"*na karar verilmiştir (Yarg. 9.HD. 01.06.2017, E.2016/28590 K.2017/9466).

iv. ***Alt işveren bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece iş aldığı işte çalıştırmalıdır.*** Dolayısıyla alt işverenin işçilerini farklı işyerlerinde çalıştırması durumunda bu ilişki kurulmuş kabul edilemez. Belirtelim ki, bir alt işverenin birden fazla işverenden iş alması mümkündür. Ancak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için, işçilerin aynı işyerinde çalışmalarını sürdürmeleri gerekir. Alt işveren işçisi, işyerinde alt işverene bırakılan işin kapsamı dışında bir işte çalıştırılıyorsa, asıl işverenin gerçek işçisi kabul edilir.

"*Dosya içeriğine göre davacı temizlik hizmeti alımı sözleşmeleri kapsamında davalı Üniversite işyerinde değişen alt işverenlerin işçisi olarak 02.07.2015 tarihine kadar çalışmıştır. Davacı sekreter olarak çalıştırıldığını ve iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğini iddia etmiştir. Dinlenen tanıklarda davacının temizlik işinde değil, sekreter olarak çalıştırıldığını, arşiv bölümünde görevlendirilmesi üzerine kabul etmemesi nedeni ile iş ilişkisinin sona erdiğini belirtmişlerdir. Yukarıda açıklandığı gibi asıl-alt işveren ilişkisinde işçinin ihale ile verilen hizmet dışında başka bir işte çalıştırılması hâlinde, o işçi yönünden asıl-alt işveren ilişkisinin unsurlarının gerçekleşmediği kabul edilmeli ve işçi başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmalıdır. Davacı temizlik işi dışında sekreter olarak çalıştırıldığına göre davacı açısından asıl-alt işveren ilişkisinin unsurları oluşmadığından, davacı başlangıçtan itibaren davalı Üniversite işçisidir. Husumet doğru yöneltilmiştir. Davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmesi hatalıdır*" (Yarg. 9.HD. 20.09.2017, E.2016/19135 K.2017/13760).

Görülen uyuşmazlıkta taraf işçinin münhasıran asıl işverene hizmet verip vermediği ve tüm mesaisini asıl işverene hasredip hasretmediği incelenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken iş sözleşmesinde ne yazdığı değil, fiilî durumun tespiti önem arz etmektedir.

> *"Davalı asıl işverenle davacıların işvereni dava dışı ... A.Ş. arasında çamaşır yıkama, kurutma ve dağıtım hizmet sözleşmesi imzalanmıştır. Çamaşır yıkama ve kurutma işinin davalı işverene ait işyerinde yapılmadığı, alt işverenin bağımsız işyerinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak davacıların kirli çamaşırların toplanması ve yıkanan çamaşırların dağıtılması işinde çalıştıkları tespit edilmiştir. Davacı açıkça çamaşır toplama ve dağıtım işinde ve asıl işverene ait işyerinde çalıştığını ve sadece asıl işverene hizmet ettiğini iddia etmiş, tanıklar da çamaşır dağıtım işinde 4 işçinin Üniversitede görev aldığını belirtmişlerdir. Gerekirse işyerinde keşif yapılarak; asıl işverenin yardımcı işi niteliğindeki çamaşır yıkama-kurutma ve dağıtım işinin toplama ve dağıtım kısmında çalışan davacının münhasıran asıl işverene hizmet verip vermediği, tüm mesaisini Üniversiteye hasredip hasretmediği, tüm hizmet süresinin Üniversitede geçip geçmediği araştırılarak sonuca göre davacının münhasıran Üniversiteye iş görme edimini yerine getirdiği anlaşıldığı taktirde asıl-alt işveren ilişkisinin varlığı kabul edilerek, aksi hâlde şimdiki gibi karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir"* (Yarg. 9.HD. 11.05.2016, E.2015/2687 K.2016/11758).

v. ***Asıl işveren alt işveren sözleşmesi şekle de tâbidir.*** İş Kanunu'na göre bunun yazılı olması gerekir. Zira, alt işveren kendi işyerini Çalışma ve İş Kurumu il müdürlüğüne tescil ettirirken yazılı alt işverenlik sözleşmesini de bildirmek durumundadır (İşK.m.3/2). Belirtelim ki, İşK.m.3'te yapılan değişiklikle asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin iş müfettişleri tarafından denetlenebilmesi imkânı getirilmiştir.

C. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması ile Muvazaa Sayılan Durumlar ve Sonuçları

İş Kanunu, alt işveren uygulamasında geçmiş dönemde yargı kararları ile muvazaa olarak nitelendirilen bazı hâlleri açık bir biçimde düzenlemiş ve bunlar açısından bir sınırlandırma getirmiştir. Buna göre;

- Sınırlandırma hâllerinden ***ilki***, asıl işveren işçilerinin, alt işverence hakları kısıtlanarak çalıştırılamamalarıdır. Burada asıl işverenin işçisi olarak çalışırken işten çıkartılıp alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılan işçinin haklarını korumak amaçlanmaktadır. Söz konusu yasaklama özünde çalışma özgürlüğüne müdahale boyutuna ulaşabilecek niteliktedir. Bu nedenle Yargıtay bu kıstası dar yorumlamaktadır. Yargıtay 2017 yılında verdiği bir kararında, asıl işverenin işyerinden ayrıldıktan yaklaşık olarak 9 ay sonra bir ihale sonucunda iş alan alt işveren işçisi olarak çalışmasını muvazaa olarak değerlendirmemiştir.

"Somut uyuşmazlıkta mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporu dosya üzerinden alınmıştır. Hükme esas bilirkişi raporu ve gerekçede verilen işin yardımcı iş olduğu belirtilmesine rağmen asıl iş için aranan teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme unsurunun yardımcı iş için arandığı ve bunun alt işveren yönünden olmadığı kabul edilmiştir. Verilen iş yardımcı iş ise alt işverenin faaliyet alanının bu olması yeterlidir. Teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme unsuru asıl işin bir bölümünde aranmalıdır. Kaldı ki verilen iş bakım ve onarım işidir. Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında muvazaa karinesi olarak belirtilen "asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması" karine bakımından ise davacı davalı ... şirketinden ayrıldıktan yaklaşık 9 ay sonra bu kez ihale ile diğer davalı şirket işçisi olarak işe girmiştir. Burada ara verme nedeni ile çalıştırılmaya devam ettirilmesinden söz edilemez. Zira davacı ara vermiş ve yeni bir iş sözleşmesi ile diğer davalı işçisi olarak çalıştırılmıştır. Keza yardımcı işin bir bölümünün asıl işveren işçileri ile devam ettirilmesi de tek başına muvazaa kriteri olmayacaktır. Zira yasal düzenlemeye göre asıl işveren yardımcı işin bir bölümünü de alt işverene verebilir. Ayrıca bu uygulamada alt işveren işçileri ile aynı işi yapan asıl işveren işçilerinin aynı bölümde çalışmadıkları ve ayrı bölümlerde görev yaptıkları da tespit edilmiştir" (Yarg. 9.HD. 03.07.2017, E.2016/17709 K.2017/11272).

Aynı şekilde güvenlik işini alan alt işverenin, asıl işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilen işçilerin bir kısmını işe alması da muvazaa olarak değerlendirilmemiştir (Yarg. 9.HD. 15.05.2006, E.2006/11741 K.2006/14066).

- ***Diğer bir hâl*** de, asıl işveren yanında çalışmış olan kişilerle alt işveren ilişkisinin kurulamamasıdır. Ancak bu düzenlemeyi, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile hiçbir şekilde alt işveren ilişkisi kurulamaz şeklinde mutlak bir biçimde anlamamak gerekir. Örneğin, işyerinde aşçı olarak çalışırken emekli olan bir kişinin kendisinin emekli olduğu işyerinde alt işveren sıfatı ile yemekhane işini alması durumunda, bu hususu genel anlamdaki muvazaanın şartları ile birlikte değerlendirerek sonuçlandırmak uygundur.

Böylelikle Kanun'da belirtilen bu sınırlamalara aykırı hareket edildiği ve/veya bunlar dışında genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı hâllerde, alt işverenin işçileri baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler (İşK.m.2/7). Böylelikle taşeron işçilerinin yanında çalışan işçilerin asıl işverenin işçisi sayılmakla mevzuat içerisinde öngörülen yükümlülükler açısından söz konusu işçiler de işyerinde çalışan işçi sayısı itibariyle dikkate alınmalıdır. Ancak Hukuk Genel Kurulu'nun kararında da belirtildiği gibi, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı re'sen araştırılması gereken bir husus değildir (YHGK 08.03.2017, E.2015/22-967 K.2017/426).

Asıl işveren- alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı somut olay kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin, Yargıtay'a göre asıl işverenin alt işveren işçilerine emir ve talimat vermesi, eğitim vermesi tek başına muvazaanın olduğunu göstermez (Yarg. 9.HD. 207.09.2017, E.2016/21250 K.2017/14318).

Asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olması hâlinde her iki işveren müştereken ve müteselsilen sorumludur (Yarg. 9.HD. 16.06.2020, E.2017/16009 K.2020/5669; Yarg. 9.HD. 08.11.2018, E.2015/23939 K.2018/20118). Buna göre, son alt işveren ile asıl işveren birlikte sorumludur. Önceki alt işverenler ise kıdem tazminatı açısından kendi çalıştırdıkları dönem ve ücret üzerinden sınırlı sorumludur. Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi'nin 9'uncu Hukuk Dairesi ile birleşmesinden sonra alınan ilke kararına göre, *"Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkide birlikte (müşterek müteselsil) borçluluk kabul görse de, aralarındaki ilişki bir anlamda TBK 155'de düzenlenen asıl borçlu / kefil ilişkisine benzemektedir. Alt işveren asıl borçlu, asıl işveren ve kefil ise*

alacaklıya karşı garanti yükümlülüğü altındadır. Bu itibarla asıl işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı definden sadece asıl işveren yararlanır. Alt işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı defi asıl işverene sirayet eder. Bu şekilde asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumlu olduğu miktarı aşmamış olur".

***Asıl işveren-alt işveren sözleşmesinde işçi ücretinin belirlenmiş olması, işçi için herhangi bir hak bahşeder mi?**

Asıl işveren-alt işveren sözleşmesinde işçi ücretinin belirlenmesi TBK m.129 anlamında üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğindedir. Bu nedenle işçi açısından alt işverenlik sözleşmesinde belirlenen işçi ücreti işçi için hak bahşeder. Yargıtay 7'nci Hukuk Dairesi'nin verdiği bir kararda da, *"dosyada bulunan davalı şirket ile dava dışı şirketler arasında yapılan hizmet alım sözleşmelerinde çalıştırılacak güvenlik görevlisine ödenecek ücretin belirlenmesi nedeni ile davacının 2007 yılına kadar ücreti asgari ücret; 2007 yılından itibaren ise hizmet alım sözleşmelerinde bir güvenlik görevlisi için kararlaştırılan ücret seviyesi dikkate alınarak tespit edilmeli ve işçilik alacakları da buna göre hesaplanmalıdır"* ifadelerine yer verilmiştir (Yarg. 7.HD. 14.04.2015, E.2015/5656 K.2015/7113). Yargıtay uygulaması sonraki dönemlerde de benzer şekilde gerçekleşmiştir (Yarg. 22.HD. 12.03.2018, E.2015/33541 K.2018/6366).

İşçinin asıl işveren-alt işverene karşı birlikte dava açması gerekse de aralarında ihtiyarî dava arkadaşlığı vardır (Yarg. 9.HD. 19.03.2020, E.2020/1066 K.2020/4402). Bu nedenle ilgili işverenler iddia ve savunmalarını birbirlerinden bağımsız olarak ileri sürerler. Dolayısıyla davacı işçinin asıl işveren hakkındaki davadan feragat etmesi, alt işverene sirayet etmez.

Bu arada asıl işveren-alt işveren sözleşmesinde, asıl işverenin sorumlu olmadığı yönünde bir hüküm bulunması alt işveren işçisini bağlamaz. Bir başka ifadeyle, asıl işverenin alt işveren işçisinin çalışmasına bağlı olarak doğacak ihtilaflardan sorumluluğunu bertaraf eden kayıtların, alt işveren işçisi açısından herhangi bir geçerliliği yoktur.

"Davada birden fazla davalı olup, davalılar zorunlu dava arkadaşı değillerdir. Hakkındaki davadan feragat edilen İBB asıl işveren olup, bu davalı hakkındaki feragatin diğer davalıya sirayeti

de söz konusu olamaz. Bu nedenlerle davacı istinaf aşamasında davalı ... yönünden davasından feragat ederek, diğer davalı şirket yönünden davanın sonuçlandırılması talebi nedeniyle, davanın sadece davalı ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı yönünden feragat nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken davanın her iki davalı yönünden de reddine karar verilmesi hatalı olduğundan, ilk derece mahkemesi ile bölge adliye mahkemesinin kararlarının bozularak ortadan kaldırılmasına ve Dairemizce 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3. maddesi uyarınca ... karar vermek gerekmiştir" (Yarg. 9. HD. 12.12.2018, E.2018/4064 K.2018/23096).

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi ile 9'uncu Hukuk Dairesi'nin birleşmesinden sonra alınan ilke kararına göre, *"Asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenin tam sorumluluğu olduğu hâlde asıl işverenin rücu yetkisi de mevcut olmak üzere kanundan doğan garanti yükümlülüğü mevcuttur. Buna göre asıl borçlu olan alt işveren hakkındaki davadan feragat asıl işverene de etki eder. Ancak asıl işveren hakkındaki davadan feragat, alt işveren hakkındaki davadan feragat sonucunu doğurmaz. Davadan feragat yerine haktan feragat, her iki işverene etki eder"*.

Asıl işveren-alt işverenin müteselsil sorumlu olduklarını belirttikten sonra, asıl işverenin işçiye yaptığı ödemeyi alt işverene rücu etmesi hususuna da değinmek gerekir. Aslında asıl işverenin alt işverene rücu sorunu, iş hukukunun uygulama alanı içinde değildir. Buna ilişkin uyuşmazlık, yetkili adlî yargı mahkemelerinde çözülmelidir. Asıl işverenin alt işverene rücu edebileceği miktar ile ilgili farklı kararlar vardır. Yargıtay 2019 yılında verdiği bir kararda asıl işveren olan Bakanlığın işçiye ödemek zorunda kaldığı alacakların sadece yarısını alt işverene rücu edebileceğine karar vermiştir (Yarg. 13.HD. 24.01.2019, E.2016/6038 K.2019/545).

Ancak belirtmek gerekir ki, rücu ilişkisi hukuka uygun olarak kurulmuş asıl işveren-alt işveren ilişkisinde söz konusudur. Dolayısıyla muvazaalı ilişkide asıl işverenin alt işverene karşı rücu hakkı bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle, baştan hukuka uygun olmayan muvazaalı bir biçimde kurulmuş asıl-alt işveren ilişkisi, rücu sonucunu doğurmaz.

"Yüklenici işçilerinin hizmet akitlerinin feshi sonrasında işveren ve yüklenici aleyhine açtıkları işe iade davalarının işçiler lehine sonuçlandığı, işe iade edilmemeleri hâlinde de bir bedel ödenmesine karar verildiği ve işçilerin işe iade edilmemesi nedeniyle işverenin işçilere bu bedelleri ödediği anlaşılmaktadır. İşçinin hizmet akdini yüklenici ile imzalamasına rağmen, işyerinin işverene ait olması nedeniyle işçinin işe iadesinin işveren ve yüklenici birlikte gerçekleştirmek zorundadır. İşverenin kabulü olmadan yüklenicinin işçiyi işe iade etmesi mümkün değildir. Somut olayda ise Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiş İş Mahkemesi kararlarında davalılar arasında muvazaa bulunması nedeniyle ... Temizlik Ltd. Şti. aleyhine açılan davanın reddine, davacı işçilerin asıl işveren davalı Üniversiteye iadesine, mali sorumluluk açısından ise davalı Üniversitenin sorumlu tutulmasına karar verilmiştir. Bu durumda işe iade ve mali sorumluluk tek başına davacı ...'ne ait olup davalı yükleniciye rücu hakkı bulunmamaktadır. Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılgılı gerekçeyle kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 23.HD. 15.06.2020, E.2019/1089 K.2020/2055).

Ayrıca bilindiği gibi, alt işveren işçileri, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden de faydalanamaz. Ancak işverenler arasında muvazaanın tespit edilmesi hâlinde alt işveren işçisi baştan itibaren asıl işverenin işçisi kabul edildiğinden, işçi asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden faydalanabilir (Yarg. 9.HD. 21.11.2019, E.2016/8606 K.2019/20577). Belirtmek gerekir ki, alt işveren işçisinin (muvazaa durumunda) asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden faydalanabilmesi için, taraf sendikanın üyesi olması ya da dayanışma aidatı ödemesi zorunludur. Bir başka ifadeyle, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaa nedeniyle geçersiz olması, alt işveren işçisinin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmesi, asıl işveren işçileri için söz konusu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için tek başına yeterli olmaz. Toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için gerekli olan, üye olma ya da dayanışma aidatı ödeme şartları şüphesiz burada da söz konusudur (Yarg. 9.HD. 16.09.2019, E.2019/5490 K.2019/15860).

***Alt işverenler değişmekle birlikte, asıl işveren işyerinde devamlı çalışan alt işveren işçisinin durumu hukuken nasıl değerlendirilebilir?**

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde uygulamada en sık karşılaşılan husus değişen alt işverenlere rağmen alt işveren işçisinin aralıksız olarak çalışmasını sürdürmesidir. Yargıtay uygulamasına göre, burada bir işyeri devri söz konusudur ve işyeri devrine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmalıdır.

Yine, Yargıtay'a göre, eski alt işveren ile yeni alt işverenin nezdindeki çalışmalar arasında kısa süreli bir ara bulunsa dahi aynı sonuç geçerlidir. Bir başka ifadeyle, bu hâlde de işyeri devri hükümleri uygulamalıdır (Yarg. 9.HD. 17.05.2018, E.2015/18843 K.2018/11062). Buna göre, işçilere fesih bildirimi olmaksızın kısa süreli ara verilmesi durumunda işyeri devri hükümleri uygulanmalıdır. 10-15 günlük ara vermeler makûl kabul edilmekte ve bu durumda eski alt işveren ile aralarındaki iş sözleşmesinin sona erdiği ve yeni bir iş ilişkisinin başladığı kabul edilmektedir (Yarg. 22.HD. 05.10.2018, E.2018/8051 K.2018/22082).

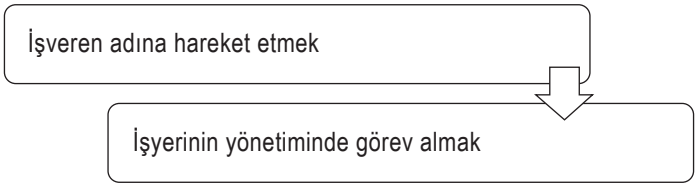
Bu arada belirtelim ki, işçinin değişen alt işverenler yanındaki tüm çalışmaları da işyeri devri olarak değerlendirilmemektedir. İşyeri devri hükümlerinin uygulanabilmesi için; bir başka ifadeyle, asıl işverenin yanında geçen tüm sürenin birleştirilebilmesi için ya muvazaalı bir çalışma ya da alt işverenler arasında organik bağ bulunmalıdır. Yargıtay'ın 2019 yılında vermiş olduğu bir kararına göre, değişen alt işverenler arasında bir muvazaa ilişkisi olmadığından işçinin ayrı dönem çalışmaları ayrı ayrı hesaplanmalıdır (Yarg. 9.HD. 16.04.2019, E.2017/9598 K.2019/8935).

İşyeri devri olarak kabul edilmediği sürece de son alt işveren, önceki dönem alt işverenlerin dönemine ilişkin ihbar ve kıdem tazminatından da sorumlu olmaz (Yarg. 22.HD. 25.10.2018, E.2016/15807 K.2018/23207).

IV. İşveren Vekili

Günümüzde, işyeri ve işletmelerin genişlemesi, işverenin tüm işi kontrol etmesinin imkânsızlaşması gibi nedenler, işyerinde işveren adına hareket edecek kimselerin varlığına ihtiyaç doğurmuştur. Bu anlamda, müdürler (işyeri, personel, muhasebe), şefler (atölye, servis), ustabaşılar örnek verilebilir. İşte,

işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir. İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur (İşK.m.2/4). İş Kanunu'nda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar, işveren vekilleri hakkında da uygulanır. İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz (İşK.m.2/5).



İş Kanunu'na göre, işveren vekili olarak kabul edilebilmek için iki unsura ihtiyaç vardır: Bunlar;

- İşveren adına hareket etmek ve
- İşin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev almaktır.

Bir kimsenin başkası adına hareket edebilmesi kendisine temsil yetkisinin verilmesine bağlıdır. Aslında, işveren ile işveren vekili arasındaki ilişki de kural olarak bir iş sözleşmesidir. İşveren vekillerini diğer işçilerden ayıran özellik ise, işveren adına hareket edebilmedir. İşveren ad ve hesabına hareket eden işveren vekillerinin yaptıkları hukukî işlemler, işverenlerin şahsında doğarlar, onlar alacaklı ve borçlu olurlar.

Yine, işveren vekilleri temsil yetkisi çerçevesinde işyerinin tamamında veya bir bölümünde görev alabilirler. İş Kanunu işveren vekilliği konusunda herhangi bir sınırlama getirmediğinden, her kademede işveren adına, işin, işyerinin veya işletmenin yönetiminde görev alan işçiler, bu sıfatı kazanabilirler. Genel müdür, işletmenin tamamından sorumlu iken, muhasebe müdürü malî konulardan, teknik müdür, üretime yönelik konulardan, ustabaşı ise emri altındakilerden sorumludur.

Sonuç olarak, işveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı muamelelerinden işveren doğrudan doğruya sorumludur. Buna ilişkin verilen bir kararda da belirtildiği gibi,

"4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/1 maddesi uyarınca "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran

gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir". İşverenin gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde "İşyerinde işveren adına hareket eden ve işin ve işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir. İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı muamele ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. İşveren adına hareket eden ve bu anlamda emrindeki işçinin iş sözleşmesini fesheden işveren vekilinin, bu işlemine karşı işveren taraf gösterilerek dava açılması gerekir" (Yarg. 9.HD. 20.06.2017, E.2017/5451 K.2017/10987).

İşveren vekilliği sıfatı işçilere bağlanan hak ve yükümlülüklerden yararlanma veya sorumlu olmaya bir etki etmez.

"...Kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır. İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz. Somut uyuşmazlıkta davacının işveren vekili sıfatı taşıması işveren ile arasındaki işçi ve işveren ilişkisini ortadan kaldırmaz. Davacının iş sözleşmesi ile çalıştığının kabulü gerekir. Buna göre iş mahkemesi sıfatıyla davanın esası hakkında karar vermek gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 9.HD. 15.04.2010, E.2010/9005 K.2010/10525).

İşveren vekillerinin sorumluluğu hukukî değil, cezaîdir. İşveren vekilinin iş mevzuatından kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda cezaların şahsiliği ilkesi gereğince cezaî sorumluluğu söz konusudur. Ancak her işveren vekilinin sorumluluğu da kendi görev alanı ile ilgilidir. İşyerinde kıdem tazminatının ödenmemesinden muhasebe müdürü sorumlu iken, üretimde iş güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle meydana gelen problemlerden de teknik müdür sorumludur.

V. İşyeri

A. Kapsamı

İş hukukunun yer itibariyle uygulama alanını işyeri oluşturur. İş kanunlarının işyerlerinde uygulanacağı belirtildiği gibi, bu düzenlemelerdeki

kuralların birçoğu da işyeri göz önünde tutularak öngörülmüştür. İşyerinin tespiti için; işin kapalı veya açık bir yerde yapılmasının, işverenin o yerin malikî olup olmamasının, işyerinde yapılan faaliyetin niteliğinin hiçbir önemi yoktur. Buna göre, fabrika, atölye, tiyatro, mağaza, depo, taş ocağı, maden, otel, lokanta, inşaat sahası vs. işyeridir.

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

1. Asıl İşyeri

İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir (İşK.m.2/2). Asıl işyeri de asıl işin yapıldığı yerdir. Arsa, bina, makine ve tezgâh, malzeme gibi eşya, patent ve alacak hakları gibi haklar, tecrübe, buluş ve müşterilerle olan ilişkiler gibi maddî olmayan kıymetler ile beşerî işgücü (emek) işyerinin unsurlarını oluşturur.

2. İşyerine Bağlı Yerler

İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler de işyerinden sayılırlar. Dolayısıyla işyerine bağlı yerlerden söz edebilmek için iki unsur gerekir.

Bunlar;

- İşin niteliği bakımından bağlılık (amaçta birlik) ile
- İşin yönetimi bakımından bağlılık (yönetimde birlik)tır.

İşyerine bağlı yerlerde işin yapıldığı yerler ile aynı amaç izlenmelidir. Bu amaç işin tekniğine ilişkin amaçtır. İşyerlerinin belirli bölümlerden oluşması hâlinde farklı işyeri bölümlerinin işyeri bütünü içerisinde yer alabilmesi için bu bölümler arasında ekonomik ve hukukî bir bağlantının (aynı kişiye ait olma) varlığı gerekir. Buna amaçta birlik denir. Diğer taraftan burada esas alınacak olan, işin yürütümü ve niteliği bakımından bağlılığın işin teknik bir amaç için organize edilmiş ve bağlı olan işyerinin de bu organizasyon içinde yönetilmiş bulunması ve bağımsız bir yönetime sahip olmamasıdır. Böylelikle yönetimde de birlik gerekir. Tekstil sanayiinde kumaş üretilen bir işyerinde kumaş bir yerde dokunup, diğer yerde boyanıyorsa, salça üretimi yapan fabrika ile teneke kutu imalatı yapılan imalathane arasında, demir çelik fabrikası ile işin idarî kısmının planlandığı idare binası arasında, böyle bir ilişki vardır ve bunların hepsi birlikte tek işyeri sayılır. Buna karşın, aynı işverene ait bir lokanta ile ilaç fabrikası arasında veya buzdolabı imalathanesi ile başka birisinin mülkiyetindeki buzdolaplarının satışının yapıldığı yer arasında, asıl-bağlı işyeri ilişkisi yoktur. Söz konusu yerler, ayrı işyerleridir.

3. Eklentiler

İş Kanunu'na göre, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım ve beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi yerler eklenti olarak nitelendirilmiş ve işyerinden sayılmışlardır. Kanun eklentileri sınırlayıcı olarak belirlememiştir. Mesela, otopark, garaj, iskele, yükleme yerleri vs. Kanun'da belirtilmese de işyerinden sayılır.

4. Araçlar

İşyerinde yürütülen işin görülmesinde veya bununla ilgili bir amacın gerçekleştirilmesinde kullanılan her türlü araçlar da işyerinden sayılır. Taşıt araçları, vinç, at arabası, buldozer vs. araçtır ve bunlar da işyerine dahildir.

B. İşyerinin Açılması

İşyerinin kurulması ve açılmasına izin vermeye yetkili makam, belediye sınırları içerisinde belediyeler, belediye sınırları dışındaki işyerlerinde ise il özel idareleridir. 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun bu hususu düzenlemiştir (m.3).

C. İşyerinin Bildirilmesi

İşK.m.3/1 bu Kanun'un kapsamına girecek nitelikte iş kuran, devralan, çalışma konusunu değiştiren işverenin bir ay içinde Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne durumu bildirmesini amirdir. Yine alt işveren de bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için söz konusu süre içerisinde bildirim yapmakla yükümlüdür. Buna karşın, şirketlerin tescil kayıtları ise, ticaret sicili memurluklarının gönderdiği belgeler üzerinden yapılır ve bu belgeler ilgili ticaret sicili memurluğunca bir ay içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ilgili il müdürlüklerine gönderilir. Belirtelim ki, bildirim yükümlülüğü sürekli işlerde geçerlidir, süreksiz işlerde bildirime gerek yoktur (İşK.m.10). Bildirimin yapılmaması İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. Ancak, bildirim yükümlülüğüne uyulmaması hâlinde idarî para cezası söz konusudur (İşK.m.98).

Bu arada 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na eklenen EK m.1 ile, Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan bildirimlerin, İşK.m.3 anlamında yapılması gereken bildirim yerine geçeceği hususu düzenlenmiştir. Söz konusu durumlarda Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan bildirimler yeterli kabul edilecektir. Sosyal Güvenlik Kurumu da bu hâlde on beş gün içinde Çalışma ve İş Kurumu il müdürlüğüne durumu bildirir.

D. İşyerinin Devri

İşyerinin herhangi bir nedenle aktif ve pasifleriyle bir başkasına bırakılması durumunda işyerinin devri söz konusudur. İş Kanunu'nda işyerinin devri hâlinde mevcut iş sözleşmelerinin geçerliliklerini koruyacakları öngörülmüştür. Gerçekten, işyeri 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 (İşK.m.6/1). Ayrıca işçinin kıdemine yönelik olarak da devralan işveren hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (İşK.m.6/2). Böylece; kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin, ihbar önelleri, ikramiye gibi bütün kıdeme bağlı haklar açısından işçinin işe başlama tarihi esas alınır.

Kanun düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, işyerinin bir kısmının herhangi bir hukukî işlem ile devri mümkündür. Ancak işyerinin bir kısmının

devrinden sonra devralınan kısmın ayrı bir işyeri olarak değerlendirilebilir olması gerekir. Aksi hâlde işyeri devrinden bahsedilemez.

İşyerinin kira ilişkisine dayanılarak devredilmesi de mümkündür (Yarg. 9.HD. 07.03.2005, E.2005/802 K.2005/7443). Yine işyerinin cebrî icra yoluyla satılması sonucunda da işyeri devri söz konusu olabilir (Yarg. 9.HD. 16.06.2008, E.2008/20332 K.2008/15696).

İşyeri devrinden bahsedebilmek için işçinin aynı işyerinde çalışmaya devam ediyor olması gerekir. Yargıtay kararına konu bir uyuşmazlıkta, inşaat işçisi olarak çalıştığı işyeri olan inşaatın tamamlanarak konut olarak kullanılmaya başlanması üzerine davacı, davalı site yönetimi nezdinde bu konutların bahçe bakımı ve havuz temizliği işlerinde çalışmaya başlamıştır. Bu durumda çalışılan işyerleri aynı olmadığı için işyeri devrinin kabulü mümkün olmamakla birlikte, ancak iş sözleşmesinin devri söz konusu olduğundan, inşaat işçisi olarak çalışılan dönemdeki işçilik alacaklarından, site yönetiminin de sorumlu tutulabileceğine hükmedilmiştir. (YHGK 15.02.2017, E.2015/(7) 9-1275 K.2017/266).

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, uygulamada değişen alt işverenlere rağmen alt işveren işçisi asıl işverenin işyerinde çalışmaya devam ediyorsa, bu durum işyeri devri olarak değerlendirilmektedir. Bu yönde bir karara göre,

> *"...işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması hâlinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. (...) M... Belediyesi nezdinde alt işveren yanında çalışmakta iken 6360 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte fesih bildirimi olmaksızın yeni kurulan belediyede alt işveren yanında çalışmaya devam eden işçiler yönünden iş sözleşmesinin feshedilmediği ve alt işverenler arası işyeri devrinin bulunduğunun kabulü gereklidir."* (Yarg. 22.HD. 08.11.2018, E.2018/9977 K.2018/23967).

Yasa koyucu, işyerinin devrinde mevcut borçlarla ilgili olarak birlikte sorumluluk esasını getirmiştir. Gerçekten, devir hâlinde devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden, devreden işverenin sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (İşK.m.6/3). Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme hâllerinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz (İşK.m.6/4). Yine bu hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri hâlinde de uygulanmaz (İşK.m.6/son). Burada üzerinde durulması gereken husus, işyerinin devrinde söz konusu iki yıllık süre ile, genellikle işçi alacakları için söz konusu olan beş yıllık zamanaşımı süresinin nasıl bağdaştırılacağıdır. Bunun anlamı, kıdem tazminatı dışındaki durumlarla ilgili olarak devreden işverenin sorumluluğunun iki yıl olacağı ve devralan işveren açısından ise, zamanaşımı süresince sorumluluğun devam edeceğidir. Ancak kıdem tazminatında ortak sorumluluk, bu iki yıllık süre koşulu olmaksızın devam eder. Bir başka ifadeyle kıdem tazminatından sorumlulukta özel düzenleme olan, 1475 sayılı İş Kanunu m.14 hükmü uygulanır.

> *"Mahkemece hüküm altına alınan kıdem tazminatından sadece davalı A...E...D...A.Ş. sorumlu tutulmuş olup diğer davalılar bakımından davanın husumet yokluğundan reddine karar verilmiştir. İşyeri devri hâlinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin ikinci fıkrasında, devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı Yasanın 6. maddesinde sözü edilen devreden işveren için öngörülen iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz"* (Yarg. 22.HD. 20.12.2017, E.2015/23825 K.2017/30264).

Kıdem tazminatı dışındaki borçlar açısından iki yıllık süre geçtikten sonra, artık devreden işverenin bir sorumluluğu kalmaz. Gerçekten, Yargıtay'ın verdiği bir karar göre de işyeri devrinin üzerinden iki yıldan fazla geçmiş olması nedeniyle fazla çalışma, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarından devreden işveren sorumlu tutulamaz (Yarg. 9.HD. 09.20.2018, E.2017/8911 K.2018/17879).

İşyeri devrinin söz konusu olduğu bir uyuşmazlıkta, devreden işverenin davacı işçiyi kendi çalıştırdığı dönem ve ücrete göre belirlenecek ve ödenen miktarın mahsup edilmesiyle çıkacak kıdem tazminatından sorumlu olduğu, feshe bağlı diğer alacaklar olan ihbar tazminatı ve yıllık izin ücretinden ise sorumluluğu olmadığı gibi fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil ve hafta tatili ücret alacağı bakımından da devir tarihine kadar hesaplanan miktarlardan sorumlu olduğuna karar verilmiştir (Yarg. 22.HD. 15.10.2018, E.2017/15702 K.2018/22172).

Belirtelim ki devir, sözleşmenin feshi için kural olarak haklı veya geçerli neden sayılamaz. Gerçekten, devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhâl fesih hakları ise saklıdır (İşK.m.6/5). Böylelikle, işyerinin salt devri işçilerin iş sözleşmelerinin feshine imkân tanımamakta ve bu anlamda geçerli sebep olarak da kabul edilmemektedir. Ancak, işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerle veya iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı hâllerde sözleşme sona erdirilebilir.

Davacı işçi, davalı işverenin işyerini başka bir şirkete kiralaması nedeniyle geçerli bir sebebe dayanmadan iş sözleşmesinin feshedildiği gerekçesiyle kıdem ve ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, genel tatil ve hafta sonu tatil ücretlerinin ödenmesini talep ettiği davada davalı; iş sözleşmesinin feshedilmediğini, davacının istifa ederek devralan şirketle iş sözleşmesi yaptığını ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. İlk derece mahkemesince kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin ve genel tatil ücreti bakımından dava kabul edilmiş, kalan hususlar bakımından reddedilmiştir. Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi, olayda işyeri devri söz konusu olduğu, davacı işçinin ara vermeksizin devralan şirkete bağlı olarak aynı işyerinde çalışmaya devam ettiğinden iş sözleşmesinin feshedilmemiş olduğu, bu nedenle ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin alacağının istenemeyeceği ve anılan tazminat ve alacakların kabulünün hatalı olması nedenleriyle bozma kararı vermiştir. İlk derece mahkemesince yapılan yeniden yargılama sonucunda önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararının temyizi sonrasında Yargıtay Hukuk

Genel Kurulu tarafından Özel Dairenin bozma kararındaki gerekçelere paralel olarak; işyerinin devrinin davacıya fesih hakkı tanımadığı, davacı devralan yanında çalışmaya devam ettiğinden geçerli bir istifa bulunmadığı ve devir nedeniyle feshe bağlı hakların istenmesinin mümkün olmadığı sebebiyle direnme kararının bozulması gerektiğine hükmetmiştir (Yarg. 22.HD. 26.02.2013, E.2012/14953 K.2013/3825) (YHGK 13.06.2018, E.2015/22-2383 K.2018/1197).

İşyeri devri ile mevcut iş sözleşmelerinin tamamı devralana geçmektedir. Ayrıca devrin tamamlanması için işçinin rızasına da ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte işverenler arasında aksine yapılan bir sözleşme de geçerlidir. Eğer taraflar iş sözleşmelerinin devralan işverene geçmesini istemiyorlarsa, devreden işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin sona erdirilmesi gerekir. Böyle bir sona erdirme durumu yoksa, işyeri devri hükümleri uygulama alanı bulur. Bununla birlikte İş Kanunu m.6 düzenlemesi karşısından bizatihi işyerinin devri, kural olarak iş sözleşmelerinin haklı ve/veya geçerli nedenle feshi için bir sebep de oluşturmaz.

Belirtelim ki, iş sözleşmesinin devrinin bir sonucu olarak, daha önce işçi-işveren arasındaki sözleşmede kararlaştırılan tüm yükümlülükler, devralan işveren için de geçerli olmaya devam eder. Örneğin, sözleşmede kararlaştırılan ikramiye, prim ya da fazla çalışma ücretlerinin aynen ödenmesi gerekir.

İşyeri devrine ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.178'de "İş İlişkilerinin Geçmesi" başlıklı bir hükme de yer verilmiştir. Ancak söz konusu hüküm İş Kanunu'ndan farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle, Ticaret Kanunu m.178 kuralı ile İş Kanunu m.6 kuralı, devir açısından farklı hükümleri havidir. Gerçekten TTK.m.178'e göre, tam veya kısmî bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer. İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanunî işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür (m.178/1-2). Görüldüğü gibi, TTK.m.178'de işçilere, iş sözleşmesinin devralan işverene geçmesine itiraz hakkı tanınmıştır. Ayrıca maddede devreden ve devralan işverenin sorumluluğu da düzenlenmiştir. Buna göre, eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel

olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur (f.3). Ayrıca devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmaya devam ederler (f.6).

Son olarak belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'ndan farklı olarak, işçilerin muaccel olan veya ilgili maddenin birinci fıkrasında öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteme hakları da maddede düzenlenmiştir (f.5).

***Uygulamada görülen işyeri devri niteliğindeki işlemlere ilişkin başka örnekler var mıdır?**

1. Kamuya ait işyerlerinin bir kısmının ya da tamamının özelleştirilmesi de işyeri devri olarak değerlendirilmektedir (Yarg. 9.HD. 11.07.2008, E.2007/23953 K.2008/19878).

2. Öncesinde şahıs tarafından işletilen bir işyeri sonrasında şirketleşme konusu yapılmışsa, burada da bir işyeri devri vardır (Yarg. 9.HD. 22.07.2008, E.2007/20491 K.2008/21645).

3. Tüzel kişi olan bir şirketin bir şahsa devredilmesi de işyeri devri kabul edilerek aynı şekilde değerlendirilmektedir.

E. İşyerinin Kapatılması

Mevzuat içerisinde işyerinin sözleşme özgürlüğü gereğince kapatılmasını engelleyen bir hüküm yoktur. Kural olarak, işyerini kurma özgürlüğüne (çalışma ve sözleşme özgürlüğü) sahip olan işveren, onu kapatabilme özgürlüğüne de sahiptir. Ancak, işçilerin toplu iş hukukundan kaynaklanan haklarını kullanmalarına engel olacak bir biçimde işyerinin kapatılması ise doğru değildir. Bu takdirde kapatma eylemi, yasadışı lokavt olarak kabul edilebilir.

İşyeri kapatma işleminin gerçek, samimi ve sürekli olması gerekir. Yani sadece işçilerin birtakım haklardan mahrum kalması için başvurulan bir işyeri kapatma, geçerli kabul edilmez. Bu durumda işçiler iş güvencesi kapsamındaysa geçersiz feshin; kapsamında değilse kötüniyetli feshin sonuçları gündeme gelir.

> *"Davacı tanıkları davacının, davalıya ait fırın işyerinde hamurkar yardımcısı olarak çalıştığını, işverenin fırın işyerini değiştirip pastane işi yaptığını, davacının işine bu nedenle son verildiğini söylemişlerdir. Davalı tanıkları ise, fırın işyerinin kapatılması konusunda herhangi bir beyanda bulunmamışlardır. Gerçekten davacının çalıştığı fırın işyeri kapatılarak işin nev'i değiştirilmiş veya başka bir işyeri açılmış ise, davacı şahitlerinin beyanlarına itibar etmek gerekir. Böyle olunca da davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanır. O hâlde fırın işyerini kapatma olayı üzerinde yeterince durulmak bu hususta gerekli araştırma ve inceleme yapılarak ihbar ve kıdem tazminatı yönünden sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken, noksan tahkikat ve inceleme ile bu isteklerin reddine karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir"* (Yarg. 9.HD. 01.12.1992, E.1992/4810 K.1992/13102).

VI. İşletme

Ekonomik bir kavram olan ve ticaret hukuku ile ekonomi biliminin konusu içinde kalan işletme; ekonomik bir amacın gerçekleşmesi için bir girişimciye ait, bir veya birden fazla işyerinin organize edilmesinden meydana gelen bir bütündür.

İşletme kavramı, işyeri kavramından daha geniştir. Zira, işletme bir veya birden fazla işyerinin ekonomik amaçlarla örgütlenmesinden meydana gelmektedir. Diğer bir ifadeyle, bir işletme tek bir işyerinden oluşabileceği gibi, bazen bir işletmeye birden çok işyeri de dahil olabilir. Bu kapsamda bir banka işletme, şubeleri ise işyeridir.

İkinci Bölüm

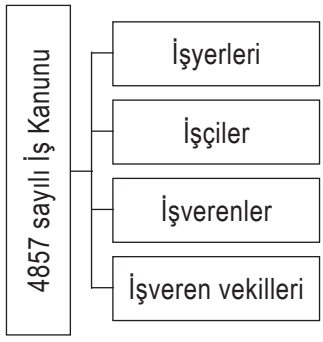
BİREYSEL İŞ HUKUKU

7. İŞ KANUNU'NUN KAPSAMI

I. İş Kanunu'nun Kişiler İtibariyle Kapsamı

A. Kural

İş Kanunu'na göre, bu Kanun, 4'üncü maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır (İşK.m.1/2). İş Kanunu; işyerleri, işçiler, işverenler ve işveren vekillerine uygulanır. Kural olarak, İş Kanunu 4'üncü maddede sayılan istisnalar dışındaki kimselere uygulanır.



İSTİSNA: İş Kanunu'nun 4'üncü maddesi!

B. İstisnalar

1. Çırak ve Stajyer

İş Kanunu, çıraklar hakkında uygulanmaz (İşK.m.4/f). Değişiklik yapılmadan önce maddenin ilgili fıkrasında, "iş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere" ifadesi de yer alıyordu, ancak müstakil bir İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte bu ifade maddeden çıkarılmıştır. Çıraklar hakkında 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu uygulama alanı bulur. Çırak, çıraklık sözleşmesi esaslarına göre, bir meslek ve sanatın gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıkları iş içerisinde geliştirilen kişidir (MEK.m.3/1-c). Çırak olabilmek için, daha önce var olan yaş sınırı, 2016 yılında 6764 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda kaldırılmıştır. Ancak anılan değişiklikten sonra çırak olabilmek için "En az

ortaokul veya imam-hatip ortaokulu mezunu olmak" koşulu aranmaktadır. Çırak bir öğrencidir, öğrencilik haklarından yararlanır ve işyerinde çalışan personel sayısında dikkate alınmaz (MEK.m.11). Ayrıca değişiklik öncesi çırak olabilmek için 19 yaşından gün almamış olmak koşulu yer almaktayken, bu yaş koşulu da Kanun'dan çıkarılmıştır. Daha önce çıraklık süresinin en az 2 en çok 4 yıl olabileceğine ilişkin bir düzenleme varken, artık bu süre sınırı da bulunmamaktadır. Ancak yeni düzenlemeye göre, bu süre Bakanlık (Milli Eğitim Bakanlığı) tarafından belirlenecektir. Çırak ile işvereni arasındaki ilişki, çıraklık ilişkisinin var olup olmadığının tespitinde önem arz eder. Yargıtay böyle bir değerlendirmeyi aramaktadır. Örneğin bir olayda Yargıtay "*davacının yaşı, becerisi ve özellikle tanık beyanlarına göre çalışan işçiler düzeyinde ve niteliğinde hizmet üretiminde bulunmadığı, mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını almaya devam ettiği ve gelişmesini sürdürdüğünden*" yola çıkarak, işyerinde çırak olarak çalıştığına karar vermiştir (Yarg. 22.HD. 04.05.2018, E.2015/30473 K.2018/10743).

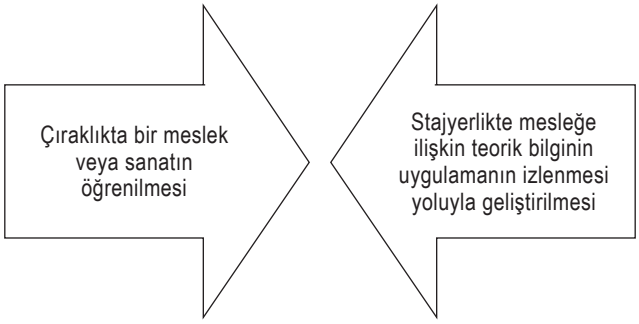
Çıraklık sözleşmesi, çırak 18 yaşından büyükse kendisi, 18 yaşından küçükse veli ya da vasi tarafından yapılır. Bilindiği gibi iş sözleşmesinde işçinin borcu iş görme iken, çıraklıkta amaç mesleğin öğretilmesidir. Bu nedenle çırak ile işvereni arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda, mevcut ilişki iş sözleşmesi olmadığı için, görevli mahkeme iş mahkemesi değil, görevli hukuk mahkemesidir (Yarg. 22.HD. 09.06.2020, E.2017/29502 K.2020/6194).

Bu arada belirtelim ki, işçi alacaklarının hesaplanmasında çıraklıkta geçen süreler tüm süreye dahil edilmez (Yarg. 9.HD. 16.11.2015, E.2014/20347 K.2015/32308).

> *"...Davacı, davalı iş yerinde 12.10.2009-09.10.2013 arası dört dönem hâlinde çalışmıştır. Davacının sigorta hizmet döküm cetveline göre 12.10.2009 tarihinden 13.01.2013 tarihine kadar davalı işyerinde çırak öğrenci sigortası yapılarak çalıştırılmıştır. 13.01.2013 tarihinden itibaren ise davalı işyerinde çırak öğrenci sigortası yapılarak çalıştırılmıştır. 13.01.2013 tarihinden itibaren ise davalı nezdinde bayan kuaförü olarak çalışması bildirilmiştir. Mahkemece taraflar arasında iş ilişkisi olduğu gerekçe gösterilerek davacının başlangıçtan itibaren davalı iş yerinde işçi olarak çalıştığı kabulü ile dava konusu alacakların*

kabulüne hükmedilmiş ise de tüm dosya kapsamı davacının yaşı, becerisi ve özellikle tanık beyanlarına göre çalışan işçiler düzeyinde ve niteliğinde hizmet üretiminde bulunmadığı, mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını almaya devam ettiği ve gelişmesini sürdürdüğünden 13.01.2013 tarihi öncesinde davalı iş yerinde çırak olarak çalıştığı kabulü ile bu dönem yönünden İş Kanunu uygulanamayacağı gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 22.HD. 04.05.2018, E.2015/30473 K.2018/10743).

İşyerinde meslek ve sanat eğitimlerini pekiştiren ve bu amaçla kurs veya staj gören kimseler de İş Kanunu'na tâbi değildirler. Bir başka ifadeyle stajyerler, çırak sayılmadıkları gibi, kendileri işçi de olmadıklarından haklarında İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Dolayısıyla işverenlerin stajyerlere ücret ödemek gibi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Ancak taraflar arasında ücret ödeneceği taahhüt edilmişse, işverenin ücret ödeme borcunun olduğunu söylemek gerekir. Bu durumda stajyerin ücret talebine ilişkin davalar, iş mahkemesinde değil genel mahkemelerde görülmelidir (Sakarya BAM 4.HD. 10.01.2019, E.2019/23 K.2019/12).



2. Sporcular

Profesyonel sporcular ile kulüpleri arasındaki sözleşme iş sözleşmesi olmakla birlikte, bunlar İşK.m.4/g gereği İş Kanunu kapsamında değildirler. Belirtelim ki, Sosyal Sigortalar Mevzuatı sporcularla ilgili bir ayrım yapmadığı için, profesyonel futbolcular sigortalı sayılırlar. Kapsam dışı tutulanlar yalnızca sporcular oldukları için, kulübün yürüttüğü diğer işlerde çalışanlar hakkında ise İş Kanunu hükümleri uygulanır.

Bununla birlikte spor kulüplerinde antrenör ve teknik direktör olarak çalışanların İş Kanunu kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay 2018 yılında verdiği bir kararında, antrenör, teknik direktör, idareci, masör ve benzeri elemanlar ile kulüp arasında çıkan uyuşmazlıklarda İş Kanunu'nun uygulanacağına karar vermiştir (Yarg. 9.HD. 22.11.2018, E.2015/24584 K.2018/21216). Bu yönde başka bir kararında ise şu ifadelere yer verilmiştir:

> *"...Sporla doğrudan uğraşan sporcunun İş Kanunu kapsamında kalmadığı açıktır. Ancak doğrudan aktif spor yapmayan, sporcuyu aktif spor yapması için hazırlayan antrenör ile aktif görevi daha çok direktif vermek olan ve takımı başarıya ulaştırma görevi de bulunan teknik direktörün sporcu sayılmaması ve İş Kanunu kapsamında bir işçi olarak kabul edilmesi gerekir. Bu sebeple antrenör veya teknik direktör ile kulüpleri işveren arasındaki iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarının iş mahkemesinde görülmesi gerekir..."* (Yarg. 22.HD.13.06.2016, E.2016/16083 K.2016/17467).

Önceki yıllarda antrenör veya teknik direktör ile futbol kulübü arasında yapılan sözleşmenin belirli süreli olup olmadığı noktasında Yargıtay ilgili daireleri arasında farklı uygulamalar mevcuttu. Ancak 2020 yılında 22'nci Hukuk Dairesi'nin kapatılıp 9'uncu Hukuk Dairesi'nin yeniden şekillenmesi ile birlikte alınan ilke kararı uyarınca, teknik direktör veya antrenörlerle yapılan belirli süreli sözleşmelerde objektif nedenin varlığı kabul edilmektedir (İlke Kararı 33). Ancak Yargıtay aynı yıl verdiği başka bir kararda, spor kulübünde kaleci antrenörü olarak çalışan kişinin sözleşmesinin belirli süreli sözleşme koşulları taşımadığı gerekçesiyle sözleşmeyi belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul etmiştir (Yarg. 9.HD. 29.06.2020, E.2017/16506 K.2020/6610).

Son olarak belirtelim ki, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na göre sporcuların açtığı davalarda artık iş mahkemeleri görevlidir (Yarg. 9.HD. 23.11.2020, E.2017/19280 K.2020/16387).

3. Rehabilite Edilenler

Herhangi bir şekilde sakatlanan kimseler, önceki işlerinde veya bir başka meslekte yeniden çalışabilmeleri için sağlık ve meslek eğitimine tâbi tutulabilirler. İşte işe alıştırılan bu kimseler yani rehabilite edilen kişiler,

İşK.m.4/h gereği kapsam dışındadırlar. Rehabilitasyon; sigortalılardan sürekli iş göremez veya malûl hale gelmiş yahut da gelebilecekleri tıbben kabul edilenlerin, kendi mesleklerinde veya yeni bir meslekte çalışabilmelerini sağlamak amacı ile yapılan tıbbi bakım ve mesleki eğitimdir.

4. İş İlişkisini Konu Edinen Diğer Kanunlara Tâbi Kişiler

Bugün mevzuat içerisinde iş ilişkisini konu edinen iki özel kanun vardır. Bunlar, Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu'dur. Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki kimselere, bağlı oldukları kanunlar uygulanır. Söz konusu kanunlarda bir hüküm bulunmazsa, genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu uygulama alanı bulur.

II. İş Kanunu'nun Faaliyet (İş Türü) İtibariyle Kapsamı

A. Kural

İş Kanunu 4'üncü maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır (İşK.m.1/2). İş Kanunu, istisnaları bulunmakla birlikte, tüm çalışma faaliyetlerini kapsamına almıştır. Bu anlamda yapılan işin fikren veya bedenen yapılması açısından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bunun gibi, yapılan işin ticaretten veya sanayiden sayılması açısından da farklılık söz konusu değildir.

B. İstisnalar

İşK.m.1/2'de belirtilen kuralın istisnaları, İşK.m.4'te ifade edilmiştir. Buna göre, bazı işler tamamıyla, bazı işler ise belirli hükümler açısından İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılmıştır.

Yeri gelmişken belirtmekte yarar vardır ki, İş Kanunu hükümlerinin uygulanması işin türüne göre değişiklik gösterebilmektedir. Bu anlamda Kanun m.111'de işler; sanayi, ticaret, tarım ve orman işleri olarak gruplandırılmıştır. Buna göre, sınırlandırmalar da söz konusu olabilecektir. Bir işin hangi kapsamda yer aldığı konusundaki ihtilafları çözme yetkisi; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenir.

1. İş Kanunu'nun Tamamen Kapsamı Dışında Kalan İşler

İşK.m.4'te yer alan işler tamamıyla İş Kanunu'nun kapsamı dışındadırlar. Bunlara İş Kanunu hükümleri kural olarak uygulanamaz.

a. Deniz Taşıma İşleri

Deniz taşıma işlerine İş Kanunu hükümlerinin uygulanmaması (İşK.m.4/a), bunların karadaki taşımalara nazaran özellik arz etmesindendir. Bu nedenle deniz, göl ve nehirdeki taşıma işlerine Deniz İş Kanunu hükümleri uygulanır. Durum böyle olmakla birlikte, yine de bazı taşıma işleri İş Kanunu kapsamına alınmıştır. Gerçekten, *"kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri"* (İşK.m.4/2-a) ile *"deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işlere"* (İşK.m.4/2-f) İş Kanunu uygulanır.

> *"Dosya içeriğine göre gemide aşçı olarak çalışan davacının gemi adamı olduğu uyuşmazlık dışıdır. Ancak davacının çalıştığı gemilerin ve bu gemilere sahip işverenin Deniz İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığının araştırılması gerekir. Bu kapsamda, davacı işçinin çalıştığı gemilerin uyrukları, grostonalitonu ve çalışan gemi adamı sayısı açıklığa kavuşturularak, davacının çalıştığı gemilerin yukarıda belirtilen hükümlere göre, Deniz İş Kanunu kapsamında olup olmadığı, bu gemilerin davalı şirketlerle irtibatı araştırılıp belirlenmeli ve davacının çalıştığı gemilerin Deniz İş Kanunu kapsamında kalmadığı saptandığı takdirde, uyuşmazlıkta genel hukuk mahkemeleri görevli olacağından görevsizlik kararı verilmelidir. Aksi hâlde ise davacı gemi adamının tazminat ve alacakları Deniz İş Kanununun 14, 16, 20, 28, 40 ve 43. maddeleri hükümleri dikkate alınarak hesaplanmalı, gerekçelendirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir"* (Yarg. 9.HD. 15.01.2018, E.2015/16211 K.2018/76).

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin verdiği bir karara göre, yat kaptanları İş Kanunu kapsamındadır (Yarg. 9.HD. 17.12.2019, E.2016/11411 K.2019/22592).

b. Hava Taşıma İşleri

Hava taşıma işleri de Kanun kapsamında değildir (İş K.m.4/1-a). Hava taşıma işlerine ilişkin müstakil bir kanun bulunmamaktadır. Ancak, *"havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler" konusu* ise İş Kanunu kapsamına alınmıştır (İşK.m.4/2-b). Bununla birlikte iş sözleşmesi ile çalışan pilot, hostes gibi uçan personel hakkında, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaya devam olur.

> *"Somut uyuşmazlıkta dosya içeriğine göre; davacının kabin amiri (uçuş personeli) olarak davalıya ait iş yerinde çalıştığı hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmadığı gibi, bu durum Mahkemenin de kabulündedir. Davacı uçuş personeli olmasının yanı sıra, iş yerine yeni iş alımlarının yoğunlaştığı dönemlerde eğitici olarak da görev yapmış ise de, davacının asıl ve esas görevi kabin amirliği olup, davacı 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalışan değildir. Mahkemece; yukarıdaki ilkeler doğrultusunda, İş Mahkemelerinin görevli olmadığı anlaşıldığından Mahkemenin görevsizliğine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir"* (Yarg. 9.HD. 20.12.2017, E.2015/17613 K.2017/21885).

c. Tarım İşleri

Tarım işini basitçe, bitkisel ve hayvansal ürünlerin elde edilmesi için toprağın işlenmesi ve hayvan yetiştirilmesi faaliyetleri olarak nitelendirebilmek mümkündür. Hangi işlerin tarımdan sayılacağı, İşK.m.111/4'te açıklığa kavuşturulmuştur.

İşK.m.4/b'ye göre, *"50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde"* İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Böylelikle tarım işlerinde elli bir ve daha fazla işçi istihdam ediliyorsa, o işlerde İş Kanunu uygulanır. Bununla birlikte kanun koyucu çalışan işçi sayısına bakmaksızın bazı tarım işlerini kapsam dahilinde tutmaktadır. Buna göre, çalışan sayısına bağlı kalmaksızın İş Kanunu'nun kapsamına giren tarım işleri:

(i) *"Tarım sanatları"* işleri, yani tarım ürünlerinin işletilmesi faaliyetleri (İşK.m.4/2-c). Burada, tarım ürünü yetiştirmek değil de yetiştirilen bu

ürünlerin işlenmesi, örneğin domatesten salça, üzümden sirke, sütten yoğurt imali söz konusudur.

(ii) *"Tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler"* (İşK.m.4/2-c). Esasen bunların zaten tarım işi ile bir ilgisi yoktur. Bunlar sanayiden sayılan işlerdir.

(iii) *"Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri"* (İşK.m.4/2-d). Bununla birlikte tarım işletmeleri üzerindeki yapı işlerinin aile ekonomisi sınırları içerisinde kalması durumunda bunlara İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bir başka ifadeyle, *"aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri"* İş Kanunu kapsamı dışındadır (İşK.m.4/1-c). Kapsam dışında kalanlar, çiftçilik veya hayvancılıkla geçinen bir ailenin ihtiyaç duyduğu tarımla ilgili yapı işleridir.

(iv) *"Halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri"* de (İşK.m.4/2-e) istisna hükmü gereği İş Kanunu kapsamına alınmıştır. Böylece, bir fabrikanın bahçesindeki yeşil alan veya belediyenin park ve bahçeler müdürlüğünde yapılan çalışmalar, Kanun kapsamındadır. Ancak değerlendirme yaparken işçinin yaptığı baskın işe bakmak icap eder. Zira iş hukukunda istisnai hükümler dar yorumlanmalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2018 yılında verdiği bir kararda, işçi traktör sürücüsü olarak çalışmaktadır. Bu arada bekçi izindeyken geçici olarak bekçilik işi de yapmıştır. İşçinin kullandığı traktör bahçenin bakımı, gübrelenmesi, ilaçlanması ya da sürülmesi işinde kullanılmaktadır. Yüksek Mahkeme, işçinin yaptığı işin tarım işi niteliğinde olmayan şoförlük olarak değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme yapılan bekçilik görevinin baskın nitelikte olmadığından yola çıkarak, işçinin yaptığı işin tarım işi kapsamında olduğuna karar vermiştir (YHGK 18.10.2018, E.2017/(7)22-1557 K.2018/1457).

Bu yönde başka bir karara göre de,

"*Somut olayda, davacı davalı şirkete ait yumurta üretimi yapılan işyerinde tavuk bakıcısı olarak 05/12/1985 tarihinde işe başladığını, iş akdinin feshedilmesinden önceki son 10 yılda ise şoför olarak çalıştığını, 03/01/2011 tarihinde emekli olduğunu, işverenin kıdem tazminatını ödemediğini ileri sürerek, kıdem tazminatı alacağını*

istemiştir. (...) Davacının iddiasının doğru olması hâlinde, son 10 yıllık çalışma için İş Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bu nedenle, davacının emekli olmadan önceki son 10 yılda şoför olarak çalışıp çalışmadığı araştırılmalı, gerekirse işyerinde uzman bilirkişiler eşliğinde keşif yapılarak davacının çalışma şekli saptanmalı, davacı birden fazla iş yapıyorsa yaptığı işler arasında hangisinin baskın olduğu açıklığa kavuşturulmalı ve sonucuna göre görevli mahkeme belirlenmelidir" (Yarg. 9.HD. 11.02.2014, E.2013/16810 K.2014/3991).

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, İş Kanunu kapsamında olmasalar bile tarım işleri ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde iş mahkemesi görevli kılınmıştır. Zira, Türk Borçlar Kanunu kapsamında düzenleme altına alınan hizmet sözleşmesinden doğan davalar da iş mahkemelerinin görev alınana alınmışlardır. 2020 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu hususu ifade etmiştir (YHGK 21.10.2020, E.2016/22-1349 K.2020/801).

d. Evlerde Yapılan El Sanatı İşleri

"Bir ailenin üyeleri ve 3'üncü dereceye kadar (3'üncü derece dahil) hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak veya evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde" İş Kanunu uygulama alanı bulmaz (İşK.m.4/1-d). Burada işin aynı aileden 3'üncü dereceye kadar hısımlar arasında yapılması, bunların aynı çatı altında yaşamaları, işin evde yapılması ve yapılan işin el sanatlarına girmesi ve dışarıdan bir kimsenin katılmaması gerekir. Söz konusu işler genellikle halıcılık, dokumacılık türünde işlerdir.

e. Ev Hizmetleri

*"Ev hizmetleri"*nde de İş Kanunu uygulanmaz (İşK.m.4/1-e). Ev hizmetleri, yemek, bulaşık, ütü gibi bir evin gündelik işleridir. Söz konusu işlerde çalışanlara Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Yargıtay, bir yaşlı bakım rehabilitasyon merkezinde görülen yaşlı bakım işinin ''Ev tipi sosyal hizmet birimi'' olarak tanımlanan kuruluşlardaki çalışmalardan sayıldığına, bu çalışmaların 4857 sayılı Kanun'un m. 4/1 hükmündeki istisnalar arasında yer aldığına ve bundan dolayı bu kurumlarda çalışan işçi statüsündeki kişilerin hizmet sözleşmesine dayanan talepleri bakımından İş Mahkemelerinin değil

Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir (Yarg. 22.HD. 01.10.2018, E.2018/10968 K.2018/20423).

Yargıtay başka bir olayda, evin bahçe işlerinde uğraşan ve evin eklentisinde bahçıvanlık işini yapan işçiyi ev hizmetlerinde çalışan olarak kabul etmemiştir (YHGK 27.06.2018, E.2015/9-3384 K.2018/1281).

Başka bir karara göre ise; "*Ev hizmetlerinde aşçı, uşak, temizlikçi gibi işlerde çalışan işçi ile ev sahibi işveren arasındaki uyuşmazlığın iş mahkemesinde değil, genel mahkemelerde çözümlenmesi gerekir. İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan bu hizmetleri gören kimselerle bunları çalıştıranlar arasındaki hukukî ilişkilerde Borçlar Kanununun hizmet akdine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Çalışmayan aile bireylerini evden alarak, alışverişe, şehir içinde gezmeye götüren, boş zamanında ev ve eklentilerinde zamanını geçiren şoförün de ev hizmeti yaptığı ve iş kanunu kapsamında olmadığı kabul edilmelidir*" (Yarg. 9.HD. 08.04.2010, E.2010/6315 K.2010/9972).

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalar iş mahkemelerinde görülür. Ancak, Kanun geçici 1'inci maddesine göre daha önce açılan davalar, Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmeye devam edilecektir.

2. İş Kanunu'nun Kısmen Kapsamı Dışında Kalan İşler

İş Kanunu sürekli işlere istisnasız uygulanırken, süreksiz işlere İş Kanunu'nun bazı hükümleri uygulanmaz. Gerçekten nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir. İş Kanunu'nun 3, 8, 12, 13, 14, 15, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 75, 80 ve geçici 6'ncı maddeleri süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmaz. Süreksiz işlerde, bu maddelerde düzenlenen konularda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır (İşK.m.10).

III. İş Kanunu'nun Yer İtibariyle Kapsamı

İş Kanunu m.4'te yer alan istisnalar dışında kalan bütün işyerlerini kapsama alır (İşK.m.1/2). Ancak yer itibariyle kapsamın istisnası, esnaf işyerleri olarak öngörülmüştür. Buna göre, 5362 Sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde İş

Kanunu uygulanmaz (İşK.m.4/1-ı). Kanun tüm esnafları değil, üç ve daha az kişi çalıştıranları kapsam dışı tutmuştur. Esnafın da aynı işyerinde çalışması durumunda kendisinin de bu sayıya dahil edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Öğretide bu konuda görüş ayrılığı bulunurken, Yargıtay üç kişinin hesabında esnafın da sayılması gerektiği görüşündedir. Değerlendirme yapılmadan önce işyerinin esnaf faaliyeti kapsamında olup olmadığına bakılmalıdır. Bunun için de ilgili meslek kuruluşları ile vergi dairesinden gelen kayıtlara bakılabilir ve kazancın tacir veya sanayici niteliğinde olup olmadığı incelenebilir. Ayrıca Yargıtay kararlarında işyerinde esnaf dahil çalışan sayısının üçü geçip geçmediği de ele alınmaktadır (Yarg. 9.HD. 03.06.2020, E.2016/16215 K.2020/4814). Yine başka bir kararında Yargıtay, "*mahkemece, taraf tanıklarının yeniden celbi ile davalının işyerinde fiilen çalışıp çalışmadığı ve işyerinde toplamda kaç kişinin çalıştığı hususlarında ayrıntılı beyanları alınmalı, ayrıca davalının esnaf kaydının olup olmadığı, basit usulden mi vergilendirildiği, işletme hesabı esasına göre mi defter tuttuğu, vergiden muaf olup olmadığı araştırılmalı ve yukarıdaki ilkelere göre görev hususu bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır*" (Yarg. 9.HD. 11.12.2018, E.2016/1990 K.2018/22867).

Esnaf işletmesi olup olmadığına ilişkin tespitin nasıl yapılacağı konusunda farklı Yargıtay kararları bulunmaktadır. Bir karara göre; "*Somut olayda; davalının işletmesinin esnaf işletmesi olup olmadığının tespiti için Kanun değişikliği yapılan 21.06.2005 tarihi öncesi dönem için davalının geçimini münhasıran davalı işletmeden karşılayıp karşılamadığı, bu dönemde başka bir yerden geliri olup olmadığı araştırılmalıdır. Davalının Kanun kapsamında esnaf olmadığının anlaşılması hâlinde; o döneme ilişkin olarak davacının 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olduğu kabul edilerek varsa alacakları hüküm altına alınmalı; 21.06.2005 sonrasındaki dönem için ise işyerinde çalışan kişi sayısı ve davalı işverenin de bedeni çalışması bulunup bulunmadığı tespit edilerek farklı bir durumun ortaya çıkması durumunda, davacının 4857 sayılı Kanun kapsamında olup olmamasına göre ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır*" (Yarg. 22.HD. 08.12.2014, E.2014/32234 K.2014/34691). İlk derece mahkemesince aile işletmesi olarak nitelendirilen ve davacı dışında davalının iki oğlunun da çalıştığı işyerinde; davalının oğullarından birinin işletme dışında ayrı bir işi olması sebebiyle işyerinde üç kişiden fazla

çalışmadığı kabul edilerek İş Kanunu kapsamında olmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Ancak davalının ayrı bir işi daha olan oğlunun, davacının devamsızlık tutanaklarını "M.Müd.'' sıfatıyla imzalaması gözetildiğinde, işyerinde toplam dört kişinin çalışıyor olması sebebiyle işyerinin 4857 sayılı yasaya tabi olacağı gözden kaçırılarak görevsizlik kararı verilmesi hatalı görülmüş ve bozma kararı verilmiştir. (Yarg. 9.HD. 25.09.2017, E.2017/24259 K.2017/14115). Başka bir kararında da "*Somut olayda, davacı davalının minibüsünde şoför olarak çalışmıştır. Davalının işyerinde bedeni gücü ile fiilen çalışıp çalışmadığı araştırılmamıştır. Görev hususu kamu düzenine ilişkin bulunduğundan, öncelikle uyuşmazlık konusu dönemde davalının ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandırıp dayandırmadığı, işyerinde çalışan sayısı belirlenmelidir. Davanın, 4857 sayılı Kanun kapsamı dışında kalması hâlinde, dava dilekçesinin görev sebebiyle reddi ve dosyanın görevli hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi, mahkemenin görevli olduğunun tespiti hâlinde ise işin esası hakkında karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle eksik incelemeye dayalı karar verilmesi isabetsizdir*" (Yarg. 22.HD. 24.10.2018, E.2017/15927 K.2018/23145).

IV. İş Kanunu'nun Zaman İtibariyle Kapsamı

İşyerleri, işverenler, işveren vekilleri ve işçiler söz konusu niteliği kazandıkları andan itibaren İş Kanunu hükümlerine bağlı olurlar. Bu nedenle çalışan kimsenin bildiriminin yapılmaması, ona İş Kanunu'nun uygulanmasını ve kendisine işçi sıfatının verilmesini engellemez (İşK.m.1/3).

8. İŞ SÖZLEŞMESİ

I. Tanım ve Unsurları

İşK.m.8'e göre, iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanun'da aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tâbi değildir. Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu belgeler damga vergisi ve her çeşit resim ve harçtan muaftır. Yazılı sözleşme yapılmayan hâllerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel

ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih hâlinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde belge vermeye gerek yoktur. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur.

İşçi ile işveren arasındaki ilişkiye de ***iş ilişkisi*** denir.

Tanımdan da yola çıkarak iş sözleşmesinin unsurları, iş (çalışma), ücret ve bağımlılıktır.

(i) İş (çalışma). İş, karşı taraf için ekonomik değeri olan her türlü faaliyettir. Sözleşme konusu işin bedenî, fikrî, kamu hizmeti niteliğinde olması açısından bir fark yoktur. Bununla birlikte, suç teşkil eden bir iş, sözleşmenin konusunu oluşturamaz. Kural olarak çalışma konusunun aktif bir insan emeği (olumlu, pozitif bir eylem) olması gereklidir. Buna karşın, mutlak olarak aktif bir hareket de gerekmeyebilir. Örneğin fotomodelin poz vermesi böyledir.

(ii) Ücret. Ücret, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcu karşısında işverenin ödemekle yükümlü olduğu karşılıktır.

Ücret çeşitli şekillerde ödenebilir. Yargıtay'ın "*davalıya ait işyerinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile kapıcı olarak çalışan davacının, 31/12/2011 tarihli dilekçeyle görevinden istifa ettiğini bildirmiş olmasına rağmen, kendisine çalıştığı dava dışı diğer apartmanlarca kalacak yer tahsis edilene kadar, davalıya ait kapıcı dairesinde oturmaya devam etmesinin kararlaştırıldığı, bunun karşılığında kira bedeli olarak para ödemek yerine davacının günde bir kez apartman çöpünü toplayacağı ve apartman sakinlerine ekmek ya da diğer yiyecek malzemelerini satabileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Sözleşme başlıklı belgenin, bir kira sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.*

> *Çünkü belge içeriğinde, çöp toplama ve apartman sakinlerine ekmek ve benzeri yiyecek malzemelerinin servisi gibi, bir kısım kapıcılık hizmetlerinin yürütülmesinin kararlaştırıldığı sabittir. Her ne kadar, bu hizmetler kapıcı dairesinde oturmasına karşılık kira bedeli olarak kabul edilmiş ise de kapıcıya konut verilmesi hâlinde, iş sözleşmesinin devamı süresince kira istenemez. Bu anlamda kapıcının kira ödemeksizin oturması ve karşılığında bir kısım kapıcılık hizmetlerini görmesi şeklinde bir sözleşme yapıldığında, işverenin ücret ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmadığı gibi, bu sözleşmenin kira sözleşmesi değil, iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gereklidir. Davacının aynı zamanda başka dava dışı işverenlere de hizmet vermesinin sonuca bir etkisi yoktur*" ifadelerine yer verdiği kararında da görüldüğü gibi, taraflar arasında ücretin açık olarak kararlaştırılmaması yani aynî olarak kararlaştırılması iş sözleşmesinin varlığını ortadan kaldırmaz (Yarg. 22.HD. 23.01.2018, E.2017/9379 K.2018/1117).

Davacı ticarî taksi şoförü ile davalı ticarî taksi sahibi arasındaki ilişkinin tespit edilmesi gereken davada; davalıya her ay sabit miktarda bir ödeme yapıldığı, geri kalan hasılatın davacıya ait olduğu yani ekonomik riskin davacı üzerinde olduğu durumda iş sözleşmesinin ücret ve bağımlılık unsurları göz önünde tutularak iş sözleşmesi değil hasılat kirası sözleşmesine dayalı bir ilişkinin söz konusu olduğu yönünde karar verilmiştir.

> *"Her ne kadar Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında davacının bir dönem davalının babası üzerinden sigortalı gösterildiği, davalı tanığı A…Ç…'nin beyanına göre primlerin yarısının şoför tarafından yatırıldığı, davalının davacıya verdiği vekaletnamenin davacının işveren vekili işçi olarak çalıştığını ve ekonomik riskin davalı üzerinde olduğunu gösterdiği, ücretin kararlaştırılma biçiminin bağımlılık ilişkisinin sabit olması nedeniyle önem arz etmediği, trafik kayıtlarından araçla ilgili hiçbir işlemin davacı tarafından yapılmadığının sabit olduğu, yoklama fişinde de davacının davalının işçisi olduğunun yazılı olduğu, 'Beyandır' başlıklı belgenin bu deliller karşısında öneminin bulunmadığı, ürün kiracısı için işletme hakkının devri gerektiği, kaldı ki taraflar arasındaki ilişkinin kira ilişkisi olması hâlinde vekaletnameye gerek duyulmayacağı, yazılı kira sözleşmesi*

sunulmadığı, ikinci şoförün davacı tarafından çalıştırıldığının ispat edilmediği, davacının vergi ve esnaf kaydının bulunmadığı, ticari taksi işletmeciliği ile ilgili tüm vergilerin davalı tarafından ödendiği, cevap dilekçesinde ürün kirasından bahsedilmediği, tüm bu nedenlerle taraflar arasında iş sözleşmesi bulunduğu gerekçesi ile direnme kararının bozulması talep edilmiş ise de, Kurul çoğunluğu tarafından bu görüş benimsenmemiştir." (YHGK 24.01.2018, E.2015/9-3561 K.2018/77).

(iii) Bağımlılık. Bağımlılık unsuru, işçinin işverenin otoritesi altında, onun yönetim ve gözetimi altında emir ve talimatlarına uyması ve cezalandırma yetkisini de kabul etmesidir. İşçi, işverene karşı kişisel ve hukukî anlamda bağımlı durumdadır. İş sözleşmesinde bulunan bağımlılık unsuru, onu diğer sözleşmelerden ayıran en temel özelliktir. Ancak, bağımlılık deyince çalışmanın çerçevesinin işveren tarafından çizilmesi anlaşılmalıdır. İşçi işini işverenin belirlediği tarzda, zamanda ve yerde yapmalıdır. İşçinin işverene bağımlı bir biçimde hareket etmesi görecelidir**.** Her işçinin yaptığı işin niteliğine, işyerindeki hiyerarşik konumuna ve mesleki durumuna göre farklı derecelerde (sıkı veya gevşek) bir bağımlılık söz konusudur. Bu anlamda sıkı olabileceği gibi gevşek bir bağımlılık da söz konusu olabilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında bağımlılık unsuru şu şekilde açıklanmıştır;

"İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukukî-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukukî bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini, işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş süreci ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. Bağımlılık, iş sözleşmesini karakterize eden unsur olup, genel anlamıyla, hukukî bağımlılık olarak anlaşılmakta olup, işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işverenin talimatına göre ve onun denetimine bağlı olarak çalışmasını ifade eder. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin

işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli, kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Yukarıda sayılan ölçütler dışında, bağımsız çalışan kişiyle işçiyi birbirinden ayıran önemli diğer bir kriter, işin yönetim ve denetiminin kime ait olduğudur. İşçi, işverenin yönetim ve denetim sorumluluğu altında bulunan bir organizasyon içinde yer alır. Çalışma saatleri ve işin yapılacağı yer işverence belirlenir. İş araçları ve dokümantasyonu genelde işverence sağlanır. Bu konudaki alt bir kriter ise çalışanın kendisi, başkası ya da bir hizmet organizasyonu kapsamında iş yapması olgusudur. İşçinin işveren tarafından önceden belirlenen amaca uyma yükümlülüğü var iken, bağımsız çalışan açısından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. İşçinin önceden iş koşullarını ve işin yapılması sırasında kullanılacak araçları seçme yetkisi ya da işin yapılacağı yer ve zamanı belirleme serbestisi yoktur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse dahi, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) durumunda, çalışan kişinin "bağımsız çalışan" olduğu kabul edilmelidir. Vekilin dilediği zaman sözleşmeyi sona erdirme hakkı, işverene karşı mutlak olmamakla birlikte bir ölçüde bağımsızlığını ortaya koymaktadır. Oysa işçi, işin gerçekleştirilmesi yönünden amaca uygun olmadığını düşündüğü bir talimatı, işverenin ısrarı karşısında yerine getirmek zorundadır. Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da tek başına yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğuna kanıt oluşturabilir" (YHGK 20.06.2019, E.2015/10-3550 K.2019/748).

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi de verdiği bir kararda bağımlılık unsurunu şu şekilde tanımlamıştır;

> *"İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir"* (Yarg. 22.HD. 15.11.2018, E.2017/16476 K.2018/24522).

Özellikle yeni istihdam türleri ve atipik işlerde (tele çalışma, evde çalışma, uzaktan çalışma gibi) bağımlılık ilişkisi oldukça zayıflamıştır. Ancak, bağımlılık ilişkisinin zayıfladığı böyle durumlarda da taraflar arasında iş sözleşmesinin var olduğu hususunda batı hukuklarında "işçinin işverene ait bir iş organizasyonu çerçevesinde onun yararına iş yapması" kıstası geliştirilerek bağımlılık unsurunun varlığına işaret edilmektedir. Bunun yanı sıra, işin işverene ait bir yerde veya işverence belirlenen bir yerde ifası, çalışmanın işveren tarafından belirlenmiş iş sürelerine uygun olarak yapılması, bir iş organizasyonu veya bir işletme ile bütünleşme, başkasının işletmesine katılma, ilgilinin kendisine bağlı ücretli bir çalışanı olmaması, kendisine mahsus şahsî müşteri çevresi bulunmaması, üretim araç ve gereçlerinin üretimde kullanılacak malzemenin başkası tarafından sağlanması gibi kıstaslar da bağımlılık unsurunu tespitte yardımcı olurlar.

> "*Uyuşmazlık; taraflar arasında işçi işveren ilişkisi mi yoksa vekalet ilişkisi mi olduğu noktasında olup, bu bağlamda iş mahkemesinin görevi konusundadır. (...) Her ne kadar davacı tarafça davalı nezdinde*

iş sözleşmesine tabi avukat olarak 07.01.2003-31.07.2007 tarihleri arasında çalıştığı iddia edilmiş ise de dosyaya ibraz edilen sözleşme içeriklerinden, avukatın işlerini kendi bürosunda yürütebileceği, davalı Birliğin mesainin bir kısmını B... Hukuk Müşavirliğinde geçirilmesi gerektiği yönünde avukata sınırlama getiremeyeceği, avukatın Birlik haricinde de diğer gerçek ve tüzel kişilere avukatlık hizmeti sunma imkanı olduğu, avukatın kendisine verilen işleri mensubu olduğu ortak avukatlık şirketi veya bürosunda birlikte çalıştığı avukatlara verebileceği düzenlemelerini içerdiği anlaşılmakta, saptanan bu durum karşısında ve yukarıdaki ilkeler doğrultusunda taraflar arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğu ve genel mahkeme (Asliye Hukuk Mahkemesi) görevli olduğundan, davanın bu nedenle usulden reddine karar verilmesi gerekirken, davanın esasına girilerek karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir" (Yarg. 22.HD. 26.09.2018, E.2017/13511 K.2018/20261).

II. Özellikleri

İş sözleşmesinin özelliklerini şu şekilde belirleyebiliriz:

i. Özel hukuk sözleşmesidir. İş sözleşmesi bir borçlar hukuku (özel hukuk) sözleşmesidir. Sözleşme yapma ehliyetine sahip iki tarafın birbirine uygun serbest iradeleri sonucu kurulur.

"Somut olaya bakıldığında davacının ders ücreti karşılığı kadrosuz usta öğrenci olarak Valilik onayı ile davalı Bakanlık bünyesindeki S... Halk Eğitim Merkezi Müdürlüğünde görevlendirildiği, ücretlerinin 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 89. maddesine uygun olarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararlar uyarınca Maliye Bakanlığınca belirlenen ücretler üzerinden ödendiği, taraflar arasında iş sözleşmesi bulunmadığı, aralarındaki ilişkinin statü hukukuna tabi olduğu anlaşıldığına göre; davacının 506 sayılı Kanun gereğince sosyal güvenlik hukuku açısından Sosyal Sigortalar Kurumunca primlerinin yatırılmış olmasının iş sözleşmesi ile çalıştığı anlamına gelmeyeceği de dikkate alınarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünün iş mahkemesinin görev alanına girmediği sonucuna varmak gerekmiştir." (YHGK 18.01.2017, E.2015/9-736 K.2017/25).

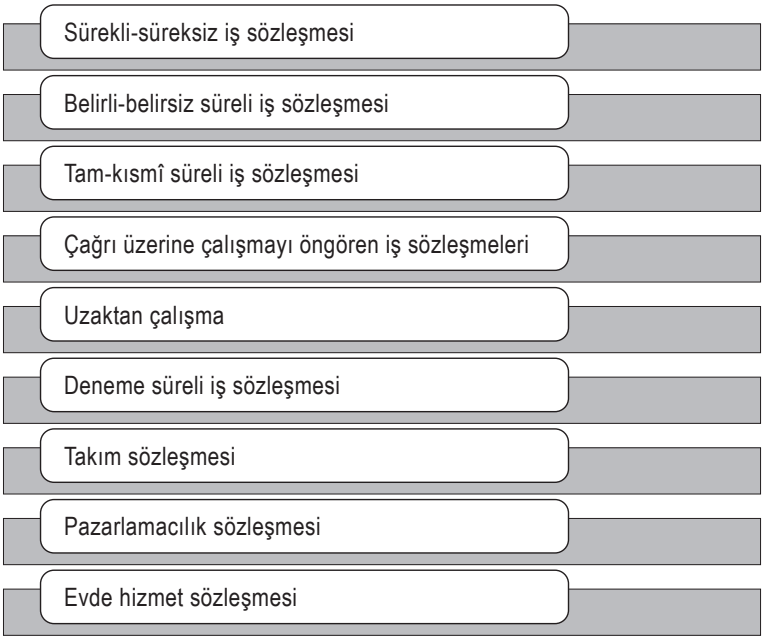
ii. İşçinin şahsına bağlıdır. Taraflar arasında kişisel ilişki kurar. İş sözleşmesinde işçinin kişiliği ön plandadır. İşveren sözleşmeyi yaparken muhatabı işçinin yeteneklerinin ve objektif vasıflarının (mesleki bilgisi, tecrübesi gibi) yanında, subjektif vasıflarını (mizacı, tavır ve hareketleri, ahlâk ve adabı gibi) da dikkate alır. Sözleşme bu şekilde kurulduğu için de işçi taahhüt ettiği edimi, kural olarak kendisi ifa etmek durumundadır (TBK.m.395/1). Yine, işçinin ölümü ile sözleşme kendiliğinden sona erer (TBK.m.440).

iii. İki tarafa borç yükler. İşçi iş görme borcu altındayken, işveren de ücret ödeme borcu altındadır.

iv. Devamlı (sürekli) sözleşmedir. İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan borcu olan iş görme borcu, ani edimli değildir. Bir başka ifadeyle, işin yapılması daima bir zaman içinde gerçekleşir.

v. Bağımlılık ilişkisine dayanır. İş sözleşmesinde bağımlılık özelliği onu diğer sözleşmelerden ayırır. İşçi az veya çok bir biçimde işverene bağımlı olarak hareket eder.

III. Çeşitleri



A. Sürekli-Süreksiz İş Sözleşmeleri

Sürekli işler için yapılan iş sözleşmelerine sürekli iş sözleşmeleri, süreksiz işler için yapılan iş sözleşmelerine de süreksiz iş sözleşmeleri denir. İş Kanunu'na göre de nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir (İşK.m.10/1). İş Kanunu'nun 3, 8, 12, 13, 14, 15, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 75, 80 ve geçici 6'ncı maddeleri süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmaz. Süreksiz işlerde, bu maddelerde düzenlenen konularda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır (İşK.m.10/2).

Bir işin sürekli veya süreksiz olması taraf iradelerine göre değil, işin niteliğine göre belirlenir. Nitelik yönünden otuz iş gününden fazla sürecek bir iş için otuz iş gününden daha az süreli bir iş sözleşmesi yapılsa da iş, süreklidir. Zira, işin sürekli olup olmadığını belirlemede esas alınacak süre, işin fiilen devam ettiği süre değil, devam etmesi gereken süredir. Buna göre, çimento fabrikasında kuyu açtırmak için anlaşma durumunda süreksiz iş, aynı fabrikada üretim işi için işçi istihdamında sürekli iş, yine onarım işi gibi aslında süreksiz işlerle ilgili olarak fabrikada bir ekip oluşturulmasında ise, sürekli bir iş vardır.

B. Belirli Süreli-Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri

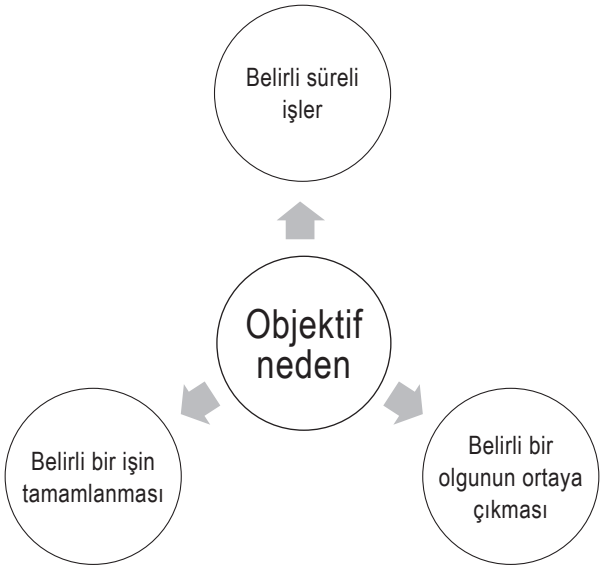
İş hukukunda asıl olan iş sözleşmelerinin belirsiz süreli yapılmasıdır. Bu nedenle bir sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olup olmadığı konusunda herhangi bir tereddüdün varlığı hâlinde, bu sözleşme belirsiz süreli olarak kabul edilmelidir. Zira, belirsiz süreli iş sözleşmeleri belirli süreli sözleşmelere nazaran işçiye iş güvencesi sağlar. 4857 sayılı İş Kanunu, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını sıkı şartlara bağlamıştır.

Başlangıçta belirtilmelidir ki, belirli-belirsiz süreli iş sözleşmeleri arasında şu farklılıklar göze çarpar. Bir kere, belirsiz süreli iş sözleşmeleri kural olarak herhangi bir şekle tâbi değildirler. Ancak, belirli süreli ve süresi bir yılı aşan sözleşmeler yazılı yapılmalıdır. Belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinin dolması sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirir ve işçi kıdem tazminatı alamaz. Oysa diğer şartlar varsa işçi, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışırken kıdem tazminatı alabilir. Süreli (bildirimli) fesih ancak belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusudur (İşK.m.17). Belirli

süreli iş sözleşmelerinde bildirimli fesih yapılamaz. Bunun sonucudur ki, iş güvencesinden yararlanabilmek için çalışma ilişkisinin belirsiz süreli olması gereklidir (İşK.m.18).

> *"Halen yürürlükte olan ve kıdem tazminatını düzenleyen 1457 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde 'Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin…' cümlesi ile iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasının kıdem tazminatına hak kazanma açısından önemli olmadığı belirtilmiştir. Burada önemli olan fesih iradesinin kim tarafından ortaya konulduğu ve kıdem tazminatına hak kazanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğidir. (…)davacının birer yıllık belirli süreli sözleşmeler ile 2006 yılından bu yana bilgisayar öğretmeni olarak çalışmaya devam ettiği ve her yıl sözleşmesinin yenilendiği, 2011 yılında ise davacı sözleşmesinin yenilenmesini beklerken, davalı işveren tarafından herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin sözleşmenin yenilenmemiş olması nedeniyle, işveren tarafından yenilenmeyerek sona eren sözleşme nedeniyle davacının kıdem tazminatına hak kazandığı, diğer bir ifade ile davacının iş sözleşmesinin sürenin sonunda işveren tarafından haklı bir neden gösterilmeksizin yenilenmemesi nedeniyle kıdem tazminatı taleplerinin kabulü gerekmektedir. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında, taraflar arasındaki sözleşmenin belirli süreli hizmet sözleşmesi olduğu, sürenin sona ermesi ile birlikte sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği, 1457 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazandıran nedenlerin tahdidi olarak sayıldığı ve bu nedenler arasında 'belirli süreli sözleşmenin süresinin bitimi' nedenine yer verilmediği için davacının kıdem tazminatına hak kazanamayacağı görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş yukarda belirtilen nedenlerle çoğunluk tarafından kabul edilmemiştir"* (YHGK 01.04.2015, E.2013/1943 K.2015/1131).

İş Kanunu'na göre belirsiz süreli iş sözleşmesi, iş ilişkisinin bir süreye bağlı olmaksızın yapılması durumunda, söz konusu olan sözleşmedir (İşK.m.11/1). Buna karşın, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı olarak yapılan iş sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmesidir (İşK.m.11/1).



Aslında taraflar, baştan itibaren bir objektif neden varsa belirli süreli sözleşme yapabilirler. Objektif bir neden olmaksızın salt tarih ve gün vererek belirli süreli sözleşme yapılamaz. Böyle bir neden yoksa tarih de konulsa, o sözleşme, belirsiz süreli sayılır. Kanun koyucunun belirli süreli iş sözleşmesi için objektif koşullar aramasının nedeni, söz konusu hak ve özgürlüğün kötüye kullanılmasının önüne geçmektir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin özelliklerini şöyle belirlemek mümkündür.

(i) Sözleşmenin yapılması objektif nedenlere dayandırılmalıdır. İşK.m.11/1, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için, objektif nedenler aramaktadır. Bunlar da ortada açıkça belirli süreli bir işin bulunması veya belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması ya da belli bir olgunun ortaya çıkmasıdır. Örneğin kısa bir sürelik aşırı sipariş talebi olması durumunda, bu dönem için, belirli süreli işçi istihdam edilebilir.

"Dosya içeriğine göre, davacı ile davalı arasında davacının projelerde çalıştırılması amacıyla belirli süreli iş sözleşmeleri yapılmış olup davalı taraf bu sözleşmelerin her birinin belli bir proje için akdedilmiş olduğunu, bu nedenle belirli süreli sözleşme olduklarını savunmuştur. Belli bir sürede bitirilecek işler, bu işlerde

çalışanlarla hizmet sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılmasına olanak veren objektif koşulu oluşturur. Başka bir anlatımla; işçinin sadece işverenin bir projesinde çalıştırılması kaydıyla işe alınması durumunda projeye bağlı olarak iş sözleşmesinin de belirli süreli olarak yapılması mümkündür" (Yarg. 22.HD. 23.11.2017, E.2017/44172 K.2017/26494).

"*Antrenörlük-teknik adamlık görevleri süreklilik arz eden görevlerdendir. Bununla birlikte, çalışma ilişkisinin belirlenmesinde işin nitelik ve özelliklerinden ziyade, çalıştırılacak antrenör veya teknik adamın mesleki bilgi ve deneyiminin daha önemli olması, çalışma döneminin teknik adamın sezondaki başarısı ve performansına göre uzatılması veya sona erdirilmesi, teknik direktörlük sözleşmelerinin spor dallarındaki müsabaka sezonlarına göre belirlenip düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Buna göre, antrenörlerin yaptığı iş itibariyle sezonluk çalışma hususu bizatihi objektif neden olmakta ve üst üste yapılmış olsa dahi bu özelliği değişmemektedir"* (Yarg. 22.HD. 20.12.2018, E.2017/18954 K.2018/27906).

Yargıtay uygulamasında belirli süreli iş sözleşmesinin ilk kez yapılmasında da objektif nedenlerin varlığı aranmaktadır. Ayrıca Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi ile 9'uncu Hukuk Dairesi'nin birleşmesi sonucunda alınan ilke karara göre; "*Türkiye'de çalışan işçiler yönünde salt yabancılık unsuru belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için objektif nedeni oluşturmaz. İşçinin çalışma veya ikamet izinlerinin süreli olması bu noktada önemsizdir. Yurt dışında çalışan Türk işçileri bakımından Türkiye İş Kurumu aracılığıyla imzalanan sözleşmede süre öngörülmesi, sözleşmenin belirli süreli olduğunu göstermez. İşçinin ilk defa yurt dışındaki iş kapsamında çalıştırılmak üzere işe alınması ve işin belli bir süreye bağlı proje bazlı iş olması hâlinde projenin süresi ile uyumlu şekilde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Teknik direktör veya antrenörlerle yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri belirli süreli olarak değerlendirilebilir*".

Belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını haklı kılan hâllerden bir diğeri de mevzuattır. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu gereğince istihdam edilen özel okul öğretmeleri ve yöneticilerinin sözleşmeleri asgarî bir yıllık olmak üzere, belirli süreli yapılmalıdır. Yine, TTK.m.362

gereği anonim şirket yönetim kurulu üyeleri üç yıl atanacaklarına ve sözleşmede aksine bir kayıt olmadığı durumlarda müdürlerin süresinin de yönetim kurulu üyelerinin süresi kadar olacağından hareketle, anonim şirket müdürleri ile de belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir.

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.9'daki "en az bir takvim yılı süreli" sözleşme imzalanması düzenlemesi, eğitim ve öğrenimin aksamasını önlemek amacıyla öğrencilerin menfaatini korumaya yönelik olarak yapılmıştır. Bu nedenle yasa gereği belirli süreli şekilde yapılması gereken bir iş sözleşmesi söz konusudur. Bu durumda İş Kanunu madde 11'deki objektif koşulun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Kanun'da belirli süreli sözleşme yapma zorunluluğu öngörüldüğünden, objektif koşulun gerçekleşmesi aranmayarak bu tür sözleşmelerin belirli süreli olduğu kabul edileceğine oy çokluğu ile karar verilmiştir. (YİBBGK 23.02.2018, E.2017/1 K.2018/2).

(ii) Belirli süreli iş sözleşmeleri esaslı bir neden olmadıkça zincirleme yapılamaz. Zincirleme iş sözleşmesi, birden fazla yenilenen iş sözleşmelerine verilen addır. Dolayısıyla, belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesi durumunda, her yenileme başlangıcında sözleşmeyi belirli süreli yapmayı gerektiren neden, mevcudiyetini korumalıdır (İşK.m.11/2 ve 3).

"*4857 sayılı İş Kanunu'nun 11/2. maddesine göre, belirli süreli iş sözleşmesi esaslı bir neden olmadıkça birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz, aksi hâlde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Dosya içeriğine göre taraflar arasındaki iş sözleşmesi süre bitiminden sonra geçerli olmak üzere objektif ve esaslı bir neden gösterilmeksizin 30/01/2014 tarihinde uzatıldığından iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli hale gelmiştir*" (Yarg. 9.HD. 11.03.2020, E.2016/16212 K.2020/4115).

Belirli süreli iş sözleşmesinde sözleşmenin yenilenmeyeceğinin bildirilmesi, fesih bildirimi niteliğindedir. Buna göre, işveren sözleşmenin süresinin sonunda iş sözleşmesini yenilemeyeceğini bildirirse bu, işveren feshi olarak kabul edilir ve diğer koşullar sağlanırsa, işçi kıdem tazminatına hak kazanabilir (YHGK 22.02.2017, E.2015/22-922 K.2017/316). Ancak sözleşmenin yenilenmeyeceği

bildirimi işçiden gelirse bu da işçinin istifası olarak kabul edilir ve işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz (Yarg. 9.HD. 02.04.2019, E.2017/10860 K.2019/7548). Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi ile 9'uncu Hukuk Dairesi'nin birleşmesi sonucunda alınan ilke kararına göre; "*belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde her türlü sona ermesinde (emeklilik, işçinin haklı feshi, işverenin haksız feshi vs.) kıdem tazminatı talep hakkı mevcuttur. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin sonunda yenilenmeyeceğinin işveren tarafından bildirilmesi hâlinde işçinin kıdem tazminatı hakkı mevcuttur. Belirli süreli iş sözleşmesinde sözleşmeyi yenilemeyeceğini işçi bildirdiğinde kıdem tazminatı talep edemez. Belirli süreli iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesinde sadece Kanun gereği belirli süreli iş sözleşmesi yapılan hâllerle (5580 SY) sınırlı olmak üzere kıdem tazminatı talep edilebilir*".

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında çalışanlar ile objektif koşullar olmasa dahi belirli süreli iş sözleşmesi yapılması kanunî gereklilik olarak görüldüğü gibi 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 31'inci maddesi uyarınca öğretim görevlileri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılması durumunda da objektif koşulların varlığı aranmaz. Bu hükümlere göre, belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme olarak yapılması da sözleşmeleri belirsiz süreli hâle getirmez. Dolayısıyla, bahsi geçen grupta yer alanlar, iş güvencesi hükümlerinden de yararlanamazlar. (Yarg. 22.HD. 07.03.2018, E.2017/37877 K.2018/6037; Yarg. 22.HD. 11.07.2018, E.2017/43716 K.2018/17485).

(iii) Süresi bir yıl veya bir yılı aşan belirli süreli sözleşmeler yazılı yapılmalıdır. Belirli süreli sözleşmeleri düzenleyen İşK.m.11, belirli süreli sözleşmelerin yazılı yapılmasını öngörmektedir. Ancak, Kanun'un bütünü dikkate alındığında yazılılık koşulu için sözleşmenin asgarî bir yıllık olmasının arandığı sonucuna ulaşılır. Nitekim, İşK.m.8/2'de de süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması öngörülmektedir. Yargıtay, yazılılık koşulunu geçerlilik koşulu olarak kabul etmektedir (Yarg. 9.HD. 03.10.2017, E.2015/27922 K.2017/14778).

(iv) Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmak, sözleşmenin niteliğinin elverdiği durumlar dışında farklı bir muamele için haklı sebep olamaz. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz

süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz (İşK.m.12). Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, işyerindeki belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçilere nazaran haksız ayrımcı bir davranışla karşılaşırsa, İşK.m.5'te düzenlenen ayrımcılık tazminatından da istifade edebilir. Böylece ayrımcı davranış neticesi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, mahrum kaldığı haklarını edinebileceği gibi, dört aylık ücret tutarında bir tazminat da alabilir.

Kanun'da belirtilmiş olan şartları taşımamasına karşın belirli süreli iş sözleşmesi yapılması durumunda, sözleşmenin süresinden önce feshine bağlı cezaî şart geçerli midir?

Bu konuda Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi ile 9'uncu Hukuk Dairesi arasındaki görüş farklılığı İçtihadı Birleştirme Kararı ile giderilmiştir. İlgili kararda, belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif şartları taşımadığı için belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan "süreden önce haksız feshe bağlı cezaî şart" hükmü, belirlenen süre ile sınırlı olmak üzere geçerli kabul edilmiştir (Yarg. İBK 08.03.2019, E.2017/10 K.2019/1).

Kanun'da belirtilmiş olan şartları taşımamasına karşılık belirli süreli iş sözleşmesi yapılması durumunda, süresinden önce sözleşmenin feshi hâlinde, işçinin bakiye ücret talep etme hakkı var mıdır?

Yukarıda künyesi verilen İBK sonucunda Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi, içtihadında önemli bir değişikliğe gitmiş ve bu durumda dahi işçinin bakiye süre ücreti talep edebileceğine ve işverenin sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunu ileri sürmesinin de hakkın kötüye kullanımı olduğuna karar vermiştir (Yarg. 22. HD. 09.07.2020, E.2017/34697 K.2020/9344 ve aynı yönde Yarg. 9. HD. 15.09.2020, E.2016/22178 K.2020/7846).

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi ile 9'uncu Hukuk Dairesi'nin birleşmesi sonucunda alınan ilke kararına göre de; "*belirli süreli sözleşme yapmak için gereken objektif neden veya yenilemelerde esaslı neden olmadığı hâlde, taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapıldığında ve işveren tarafından süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshe bağlı olarak işçi tarafından bakiye süreye ait ücret isteğinde, işveren tarafından sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun savunulmasının hakkın kötüye kullanımı olduğu sonucuna varılmıştır*".

Uygulamada karşılaşılan sorunlardan birisi, bakiye süre ücretine ilişkindir. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından sona erdirilmesinde, işçi kalan süreye ait ücretin ödenmesini talep edebilmektedir. Ancak elbette iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilmesi hâlinde, işçinin bakiye süre ücreti talep edebilme imkânı bulunmamaktadır. Yargıtay bakiye süre ücretine ilişkin hesaplamalarda farklı parametreleri kullanmaktadır. Örneğin, hesaplanacak ücrette yasal çerçevede araştırma yapılarak indirim yapılmasına karar verilmektedir. Bu kapsamda 6098 sayılı TBK m.438 uyarınca sözleşmenin sona ermesinden dolayı tasarruf edilen miktar ile başka bir işten elde edilen veya bilerek elde etmekten kaçınılan gelir araştırılmaktadır (Yarg. 22.HD. 07.07.2020, E.2017/36292 K.2020/8906). Bunun gibi, işçinin fiilen çalışmasına bağlı olarak kararlaştırılmış araç yardımı, sosyal üyeliklere ait harcamalar, cep telefonu yardımı, bilgisayar ve benzin yardımı, bakiye süre ücreti içerisine dahil edilmemektedir (Yarg. 9.HD. 29.01.2019, E.2018/10188 K.2019/2542).

Ayrıca belirtmek gerekir ki, sözleşmede cezaî şartın belirlenmesi durumunda bakiye süre ücretine ek olarak cezaî şartın talep edilebilmesi için sözleşmede bu yönde bir hükmün olması da gerekmektedir. Konuya ilişkin verilmiş bir karara göre; "*iş sözleşmesinin süresinden önce feshine bağlı olarak kalan süreye ait ücret ve diğer hakları yanında, aynı süre hakları ölçüt alınarak belirlenmiş olan cezai şartın hüküm altına alınması, mükerrer yararlanma mahiyetindedir. Taraflarca kararlaştırılan ve sözleşmenin süresinden önce feshine bağlı olarak ödenmesi gereken cezai şart, sözleşmenin süresi zarfında uygulanmamasına bağlı olarak mahrum kalınan hakların telâfisi yönündedir. İş sözleşmesinde açıkça ifaya eklenen cezai şart kararlaştırılmadığından, cezai şart yanında ayrıca bakiye süre ücretine hak kazanılamaz*" (Yarg. 9.HD. 11.12.2018, E.2016/16974 K.2018/22888).

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve mahkeme kararlarına konu olan bir diğer husus, asgarî-azamî süreli sözleşmelerdir. Asgarî süreli sözleşmede taraflar asgarî bir süre için sözleşmeyi feshetme haklarını askıya almaktadır. Bu anlamıyla asgarî süreli sözleşmeler, tarafların fesih hakkını asgarî bir süre ile sınırlandırdığı sözleşmelerdir. Azamî süreli sözleşmelerde ise, taraflar sözleşmede azamî bir süre belirlerler ve bu süre içinde iş sözleşmesini diledikleri zaman sona erdirebilme haklarını da saklı tutarlar. Belirlenen azamî sürenin

sonunda iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Yargıtay'a göre; "*Azami süreli iş sözleşmesi hem belirsiz süreli, hem de belirli süreli (karma) nitelikli bir iş sözleşmesidir. Çünkü azami süreli iş sözleşmeleri azami sürenin sonunda kendiliğinden sona erdiği için belirli süreli, azami süre içerisinde ihbarlı fesih hakkı bulunması nedeni ile de belirsiz süreli iş sözleşmesinin özelliklerini taşır*" (Yarg. 22.HD. 13.09.2017, E.2017/348 K.2017/17593). 5580 sayılı Kanun kapsamında çalışan eğitim personeli ile yapılan sözleşmeler, Kanun'da geçen "en az bir takvim yılı" ifadesi dolayısıyla 2014 yılı sonrasında asgarî süreli sözleşme olarak kabul edilmekteydi. Ancak ilgili kanun kapsamında çalışanların iş güvencesi hükümlerinden faydalanıp faydalanmayacaklarına ilişkin alınan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı sonrasında iş sözleşmeleri üst üste yenilense dahi bu hususun kanundan kaynaklanması nedeniyle ilgili sözleşmeler belirli süreli iş sözleşmesi niteliğinde kabul edilmektedir (Yarg. 9.HD. 26.02.2020, E.2016/14455 K.2020/3104).

İş sözleşmesinin taraflar arasında kişisel ve güvene dayalı olarak kurduğu ilişki dolayısıyla borcun ifasını garanti altına almak için belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitiminden önce feshedilmesini önlemek amacıyla sözleşmede cezaî şart içeren hükümlere yer verilebilmektedir. Sözleşmede cezaî şarta yer verilebilmesi, irade özerkliği yani sözleşme özgürlüğünden kaynaklanmakta, bu özgürlüğün sınırları aşarak kullanılması durumunda ise yaptırım kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmaktadır. Bu doğrultuda; *"İşçi ve işveren tarafından iş sözleşmesinin belirli süreli olarak akdedilmesi ve sözleşmede 'süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart' düzenlemesinin öngörülmesi durumunda, objektif koşulları bulunmadığı için sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde kabul edilse de, burada 6098 sayılı TBK'nın 27'nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanarak taraf iradelerine üstünlük tanınmalı ve 'süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart' hükmünün, kararlaştırılan süre için geçerliliğini koruduğu kabul edilmelidir*" denilerek belirli süreli iş sözleşmesinin feshine yönelik olarak öngörülen cezaî şartların geçerliliği hususu, içtihadı birleştirme kararı ile açıklığa kavuşturulmuştur. (YİBHGK 08.03.2019, E.2017/10 K.2019/1).

C. Tam Süreli-Kısmî Süreli İş Sözleşmeleri

Tam süreli iş sözleşmelerinde, işçi haftalık ve günlük çalışma sürelerinin tamamını bir işverene bağımlı olarak geçirir. Kısmî süreli iş sözleşmelerinde ise, işçinin işyerinde tam gün çalışan işçilerin normal çalışma sürelerinden daha kısa süre çalışması söz konusudur. Haftanın belirli günlerinde tam gün, haftanın her günü belirli bir süre, haftada bir veya birkaç gün içinde belirli bir süre çalışılmasında kısmî süreli çalışma vardır. Bu tür çalışmalar, bir veya birden fazla işveren yanında yapılabileceği gibi, işçinin bu işlerden başka serbest çalışabilmesi de mümkündür. İş Kanunu'na göre de işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir (İşK.m.13/1). Kısmî süreli çalışmaların belirlenmesinde normal çalışma süresinin en az üçte ikisi altında bir çalışma olmalıdır. Buna göre, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma, kısmî süreli çalışmadır (ÇSY.m.6). Örneğin işyerinde haftalık 45 saat çalışma süresi uygulanıyorsa, 30 saatin altındakiler kısmî süreli çalışma kabul edilir.

Somut olayda 32-36 saat arasında çalışmakta olan davacı işçiye karşı işverenin sosyal ve parasal haklar bakımından eşit davranma borcunu ihlâl edip etmediğine ilişkin olarak; "*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'' şeklinde karar verilmiştir (YHGK 06.02.2013, E.2012/9-847 K.2013/200).

> "*Somut olayda davacının tam süreli çalıştığı kabulü ile alacaklar hüküm altına alınmış ise de davacının yerine getirdiği kapıcılık hizmetinin kısmi süreli mi tam süreli mi olduğu yerel Mahkemece yeterince araştırılmamıştır. Davacı tanık anlatımlarından davacının başka işlerde de çalışmasının olduğunun ifade edildiğinin anlaşılması karşısında, Mahkemece davacı tarafça yapılan işlerin neler olduğu saptanarak fiilen günde kaç saat çalıştığının tespiti, davacının tüm*

mesaisini söz konusu apartmana hasredip hasretmediği belirlenmeli ve sonucuna göre talep edilen alacaklar hüküm altına alınmalıdır'' (Yarg. 22.HD. 10.10.2018, E.2017/15216 K.2018/21678).

İşçinin birden fazla kısmî süreli çalışma yapması durumunda yasal toplam çalışma süresi (haftalık 45 saat) aşılmamalıdır.

Belirtelim ki, asgarî ücret, kısmî süreli işçiler için de geçerlidir. Ancak kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi çalıştığı süre ile orantılı olarak asgarî ücretten yararlanabilir. Yine, kısmî süreli çalışan işçi haftanın çalışılan diğer günlerinde çalışmış ise, hafta tatili ücretine de hak kazanır. Bunun gibi çalışma dönemine rastlayan ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinden de yararlanılır (İşK.m.47). Kısmî süreli çalışan işçi yıllık ücretli izin hakkından da istifade edebilir. Buna göre, kısmî süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tabi tutulamaz. Kısmî süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmî süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanır (YİY.m.13).

"*Mahkemece davacının kısmi süreli çalıştığı kabul edilerek hafta tatili alacağının reddine karar verilmiştir. Konut kapıcısı olan davacının, dosya içeriğinden anlaşıldığı üzere, apartmanın bağımsız bölüm sayısı ve ortak yerleri ile yaptığı işin niteliği gereği günün belli saatleri çalıştığı, çalışmasının kısmi süreli olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının haftanın yedi günü çöp toplama-sabah servisi ve kalorifer yakımı nedeniyle iki saat çalıştığı kabul edilmiştir. Davacı tanıkları ile davalı A...S...'nun anlatımları ve dosya kapsamıyla sabit olduğuna göre davacının Pazar günleri çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacı hafta tatili günü yaptığı iş itibariyle kısmi süreli olarak iki saat çalıştığı sadece bu süreye tekabül eden saat ücreti ve bu saat ücretinin %50 zamlı hesaplanıp hafta tatili alacağının tespit edilmesi gereklidir*.'' (Yarg. 22.HD. 26.09.2017, E.2016/21544 K.2017/19393).

"*Kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Yasanın 14/1. maddesinde kıdem tazminatının 'hizmet akdinin devamı süresince*

her geçen tam yıl için 30 günlük ücreti tutarında' ödeneceği hükme bağlanmıştır. Taraflar arasında iş ilişkisinin 10 yıl 4 ay 1 gün süreyle devam ettiği anlaşılmakla kıdem tazminatının belirtilen süreye göre hesabı gerekir. İşçinin kısmi çalışmada çalıştığı sürelerin toplanması ya da somut olayda olduğu gibi işyeri kayıtlarına göre sadece hizmet gördüğü günler için hesaplama yapılması doğru değildir. Somut olayda ihbar tazminatı yönünden sözü edilen durum etkili olmasa da, kıdem tazminatının hesabı yönünden kararın bozulması gerekmiştir.'' (Yarg. 9.HD. 15.01.2013, E.2010/35184 K.2013/596).

Kısmî süreli çalışan işçi, haksız bir ayrımcı davranışla karşılaşırsa mahrum kaldığı haklar yanında İşK.m.5'te yer alan dört aylık ücret tutarında tazminatı da alabilir.

Pandemi döneminde tam süreli çalışan bir işçi kısmî süreli çalışmaya geçirilebilir mi?

Pandeminin etkisiyle üretim sürecinde bir azalma meydana gelmiştir. Bununla birlikte işyerinde yarı kapasite ile çalışılmaya başlanmış hatta yiyecek-içecek sektöründeki işyerleri için zaman zaman paket servis uygulamasına geçilmiştir. Bu süreçte krizin etkilerini en aza indirmek için işçilerin kısmî süreli çalışmaya geçirilmesi mümkündür. Ancak bunun için İşK. m.22'de düzenlenmiş olan çalışma koşullarında esaslı değişiklik prosedürüne uygun olarak işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Fakat 7244 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olan işverenin tek taraflı kısmî ücretsiz izne çıkarma yetkisi bundan istisnadır. Bir başka ifadeyle, işveren tek taraflı olarak tam süreli çalışan işçisini, kısmî süreliye geçirebilme yetkisine sahip değilken, pandemi nedeniyle işçisini rızasını almaksızın ücretsiz izne çıkarabilmektedir.

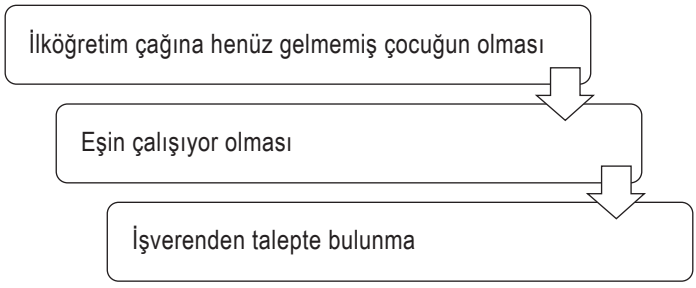
Kural olarak kısmî süreli çalışan işçinin hafta tatili hakkı bulunmamaktadır. Ancak işçinin kısmî süreli çalışması haftanın altı gününe yayılmışsa, bu durumda dinlenme hakkı var olduğundan, hafta tatili hakkı da söz konusudur.

Ayrıca kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların yıllık ücretli izin hakları da vardır (Yarg. 22.HD. 04.03.2019, E.2017/20568 K.2019/4851). Burada esas alınacak süre, işçinin işe başladığı tarihten itibaren bir yılın geçmesi ile hesaplanır.

İşçinin önce tam süreli, sonrasında kısmî süreli çalışması hâlinde kıdem tazminatı hesabı nasıl yapılır?

Yargıtay uygulamasına göre, işçinin kıdem tazminatı hesabında her iki dönem birleştirilerek değerlendirme yapılmalı, fakat her dönemin ücreti ayrı ayrı kendi döneminde ödenen ücrete göre hesaplanmalıdır (Yarg. 22.HD. 13.02.2020, E.2016/29007 K.2020/2371; Yarg. 22.HD. 13.11.2019, E.2016/22929 K.2019/20961).

2016 yılında Kanun'da yapılan değişiklik sonucunda doğum yapan kadın işçiye de kısmî süreli çalışmaya geçiş hakkı tanınmıştır. İşK.m.13'e eklenen bir fıkra ile birlikte, ilköğretim çağına henüz gelmemiş çocuğu olan ebeveyn, kendi talebi doğrultusunda kısmî süreli çalışmaya geçiş hakkına sahiptir. Kanun bu hakkı ebeveyne tanıdığı için sadece anne değil, baba da bu haktan faydalanabilir. Ayrıca bu hakkın kullanımı işçinin talebine bağlıdır. Bir başka ifadeyle işverenin talep konusunda herhangi bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Bu haktan yararlanma koşulları şu şekilde sıralanabilir:



Bu hak sadece çocuğun biyolojik ailesine değil**,** evlat edinenlere de tanınmış bir haktır. Düzenlemeye göre, üç yaşından küçük bir çocuğu tek başına veya eşiyle birlikte evlatlık alan bir kimse de çocuğu fiilen teslim aldığı tarihten itibaren bu hakkını kullanabilir.

İşçi böyle bir talebi olduğunda bunu bir ay önceden yazılı olarak işverene bildirmek zorundadır. İşçinin talebinin belirtilen süre içerisinde karşılanmaması hâlinde, işçi talep dilekçesinde belirttiği tarihte veya bunu takip eden ilk iş gününden itibaren kısmî süreli çalışmaya geçebilir. Bu yönde verilmiş bir BAM kararına göre; *"somut uyuşmazlıkta davacı kısmi süreli çalışma talebini içerir*

dilekçesini 15.05.2019 tarihinde işverene vermiştir. Bu dilekçede, 19.06.2019 tarihinden itibaren Çarşamba ve Perşembe günleri çalışacağını belirtmiştir. Yine 10.06.2019 tarihli dilekçesinde de talebinin kabul edilmemesi hâlinde Çarşamba Perşembe günleri çalışacağını belirtmiştir. Davalı işverence bir aylık sürenin dolduğu 16.06.2019 tarihine cevap verilmemesi üzerine işçi talep dilekçesinde belirttiği 19.06.2019 tarihinde ve Çarşamba günü edimini kısmi olarak sunmaya başlamış olması karşısında işverence yapılan fesih geçersizdir" (Ankara BAM 5.HD. 17.06.2020, E.2020/874 K.2020/1367).

Kısmî süreli iş sözleşmesine geçiş hakkını kullanan işçi, aynı çocuk için bu haktan faydalanmamak üzere tekrar tam zamanlı çalışmaya geçebilir. Ancak Kanun'da bu talebi karşılamayan işverene uygulanacak yaptırıma ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Elbette işçi böyle bir durumda haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir.

Kısmî süreli çalışmaya geçen işçinin yerine gelen işçinin iş sözleşmesi, tam süreliye geçilmesi ile birlikte kendiliğinden sona erer. Bu durumda işçi kıdem tazminatı alamaz. Bildirim süresine ihtiyaç olmadığı gibi işçi iş güvencesi kapsamında da değerlendirilemez.

! Pandemi Sürecinde Kısmî Süreli Çalışmaya Geçilmesi

Pandemi sürecinde salgın hastalığa yakalanma riskini azaltmak amacıyla işyerinde daha kısa süre vakit geçirmek isteyen tam süreli çalışan işçiler, kısmî süreli çalışmaya geçmek için talepte bulunabilir. İşK. m.13/4'e göre; "*İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğunda kısmî süreliden tam süreliye veya tam süreliden kısmî süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur"*. Buna göre işveren, pandemi sürecinde tam süreli çalışmadan kısmî süreli çalışmaya geçme talebinde bulunan işçinin niteliğine uygun açık yer bulunduğunda talebi dikkate almalıdır.

İşK. m.22'ye göre çalışma koşullarında değişiklik yapılması suretiyle de pandemi nedeniyle geçici olarak tam süreli çalışmadan kısmî süreli çalışmaya geçilmesi mümkündür. Kısmî süreli çalışmaya geçilmesi ile işçilerin mesai saatleri değiştirilerek, tüm çalışanların işe gidiş geliş saatleriyle çakışmayacak

şekilde düzenleme yapılabilir. Bu yolla kişilerin birbiriyle teması azaltılabilir. Aynı işyerinde çalışanların çalışma saatleri kısmî zamanlı olarak değiştirilerek birbirleriyle çakışmayacak şekilde düzenlenmesi de mümkündür. Ancak kısmî zamanlı çalışmaya geçilmesi çalışma koşullarında bir değişiklik niteliğinde olacağından işveren ve işçi bu konuda anlaşmalıdır.

Belirtelim ki, çalışma koşullarındaki değişikliğin işçi tarafından kabul edilmediği durumda işverene tanınan, değişikliğin geçerli nedene dayandığı veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunması gerekçesiyle iş sözleşmesinin sona erdirebilme imkânı, bahsi geçen durumda kullanılamaz. Salgın hastalık sebebiyle işverenin kısmî süreli çalışmaya geçilmesi teklifinin işçi tarafından reddedilmesinin, pandeminin yayılma hızı ve tehlikesi göz önünde bulundurulduğunda iş sözleşmesinin feshi bakımından geçerli neden olarak kabul edilebileceği düşünülse de İşK. geçici 10. maddede işverenin iş sözleşmesini fesih hakkını sınırlandıran hüküm, çalışma koşullarında değişiklikteki fesih hakkının kullanılmasını da engelleyici niteliktedir. Belki bu hâlde ücretsiz izin uygulanmasına geçilmesi önerilebilir.

D. Çağrı Üzerine Çalışmayı Öngören İş Sözleşmeleri

Çağrı üzerine çalışmayı öngören iş sözleşmeleri, aslında kısmî süreli bir çalışmadır. Çağrı üzerine çalışma, işçiden yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması hâlinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisidir. Bu konu, geçmiş dönemde uygulamada söz konusu olmasına karşın, ilk yasal düzenleme 4857 sayılı Kanun'la yapılmıştır.

Çağrı üzerine çalışmayı öngören sözleşmenin yazılı yapılması gerekir. Ayrıca, Kanun'da taraflar aksini kararlaştırmamış iseler, işçinin çalışma zamanından en az dört gün önce iş için çağrılması, çağrıldığı durumda yine aksi öngörülmemişse en az dört saat çalışmış gibi dikkate alınması ve nihayet aksi kararlaştırılmamışsa, işçinin ister çalışsın ister çalışmasın haftada yirmi saat çalışmış gibi kabul edilmesi gerektiği düzenlenmiştir (İşK.m.14). Çağrı üzerine çalışmayı öngören sözleşme için belirlenen bu süreler tamamlayıcı (yedek) hukuk kuralı niteliğindedir. Dolayısıyla, öngörülenden az veya daha fazla bir süre belirlenebilir.

Başlangıçta 30 gün süre ile çalıştırılmak üzere işe alınan işçinin daha sonra işveren çağırdıkça işe gittiği iş ilişkisinde kıdem tazminatına ilişkin uyuşmazlıkta;

işçinin iş oldukça işe çağrıldığı, çağrıldığı günler için ücret ödendiği, SSK priminin çalışılan günlere ilişkin olarak yatırıldığı ve davacı işçinin çağrılmadığı günlerde işyerinde bulunmadığı tespit edilmiştir. Yargıtay Özel Dairesi kararında; belirtilen nedenlerle işçinin çağrı usûlü ile çalıştığı kabul edilerek çalışılmayan günlerin kıdemden sayılmasının mümkün olmadığına hükmedilmiş, davacının çalışılan ve çalışılmış sayılan günleri toplanarak bunun üzerinden kıdem tazminatının hesaplanması gerektiği belirtilerek ilk derece mahkemesi hükmü bozulmuştur. İlk derece mahkemesinin önceki kararında direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu tarafından Özel Dairenin bozma kararına uyulması gerektiği yönünde karar verilmiştir. (YHGK 11.04.2012, E.2012/9-303 K.2012/317).

"D*avacının davalı yanında 1.9.1983-16.10.2007 tarihleri arasındaki çalışmasının yılın değişik aylarına dağıldığı ve yılın değişik mevsimlerini kapsadığı, iş sözleşmesinin askıya alınarak çalışmaya ara verildikten sonra siparişe bağlı olarak tekrarlanan süresi belirsiz çalışmalar olduğu, bu çalışma şeklinin mevsimlik ve kampanya döneminde çalışma olmayıp, çağrı üzerine gerçekleşen aralıklı çalışma olduğu, bu durumda da 1475 sayılı İş yasasının 50 ve 4857 sayılı İş yasasının 54. maddeleri gereğince çalıştığı sürelerin birleştirilmesi sonucu bir yılını doldurduğu tarihler itibariyle yıllık ücretli izine hak kazanacağı anlaşıldığından dava konusu izin alacağının davacının tüm çalışma dönemine göre hüküm altına alınması gerekir*'' (Yarg. 9.HD. 22.02.2012, E.2009/43836 K.2012/5467).

Taraflar arasında çağrı üzerine çalışmaya dayalı bir iş sözleşmesi yapılmış, fakat mevzuatta öngörülen süre aşılmışsa, ne yapılacaktır?

"*Dosya içeriğine ve toplanan delillere göre davacının otel işyerinde çağrı usûlü sözleşme ile çalıştırıldığı, Toplu İş Sözleşmesinde bu çalışma usûlü nedeni ile kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırıldığı kabul edilerek işçilik alacaklarının ödendiği, ancak davacının yazılı olarak kısmi süreli olarak çalıştırıldığı gösterilmesine rağmen fiilen işyerinde her hafta 30 saatin üzerinde çalıştırıldığı anlaşıldığından mahkemece, davacının tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığının tespit edilerek, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar için kabul edilen TİS hükümlerine göre hesaplanan fark işçilik alacaklarının hüküm altına alınması isabetlidir*" (Yarg. 9.HD. 14.03.2011, E.2010/26762 K.2011/6747).

E. Uzaktan Çalışmayı Öngören İş Sözleşmeleri

Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir (İşK.m.14/4). Kanun'da görüldüğü gibi uzaktan çalışma, evde çalışma ve tele çalışma şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca yapılacak iş sözleşmesinde işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümler yer alır (İşK.m.14/5).

Tele çalışmanın, bilgi ve iletişim teknolojisi kullanarak uzaktan iletişimin sağlandığı bir iş organizasyonuna dahil olmak suretiyle verilen işin işyeri dışında görüldüğü çalışma şeklinde tanımlanması mümkündür. Tele çalışmadan bahsedebilmek için, işyeri dışında çalışma, teknolojik aletlerin kullanılması ve iş organizasyonu içinde yer alma söz konusu olmalıdır.

Evde çalışma da tele çalışma gibi, uzaktan çalışmanın kapsamına girmektedir. Maddedeki düzenleme göz önünde bulundurulduğunda, evde çalışmanın işçinin işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde yerine getirmesi esasına dayalı, yazılı olarak kurulan iş ilişkisi şeklinde tanımlanması mümkündür. Bu çalışma tipinde tarafların borçları diğer çalışma şekillerine göre farklılık arz etmez. İşçi yine işverenin emir ve talimatları altında çalışmak zorundadır. İşçinin işin görülmesi için yaptığı harcamaları da kural olarak işveren karşılamak zorundadır. İşverenin işçiye karşı olan borçları da aynı şekilde devam etmektedir. Kanun'da, 'işveren, uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak; iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışanı bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür' denilmektedir.

Pandemi döneminde uzaktan çalışma uygulamasının çok fazla artması nedeniyle *Uzaktan Çalışma Yönetmeliği* çıkarılmıştır. Yönetmeliğe göre, uzaktan çalışma sözleşmesinin yazılı yapılması gerekir (m.5/1). Uzaktan çalışmada hassas olan konulardan bir tanesi fazla çalışmadır. Zira uzaktan

çalışmalarda fazla çalışmanın tespiti oldukça zordur. Yönetmelikte bu durum dikkate alınarak "*fazla çalışma işverenin yazılı talebi üzerine, işçinin kabulü ile mevzuat hükümlerine uygun olarak yapılır*" hükmü getirilmiştir (m.9). Uygulamada yazılı talebin var olup olmadığı tartışmaları çıkabilir. Örneğin, işçilerin günlük çalışma saatinden fazla çalışması gerekecek iş yüklenmesi hâlinde, işçi fiilen fazla çalışsa bile işveren bu konuda yazılı talebi bulunmadığını belirterek fazla çalışma ücret talebini reddedebilecektir. İş ilişkisi doğrudan uzaktan çalışma sözleşmesi ile kurulabilir veya hâlihazırda işyerinde çalışan işçinin iş sözleşmesi, işçinin ve işverenin anlaşması hâlinde, uzaktan çalışma sözleşmesine dönüştürülebilir (m.14/1). Pandemi döneminde birçok iş ilişkisi normal çalışma düzeninden uzaktan çalışmaya dönüştürülmüştür. Bu durum da tarafların anlaşmasına bağlanmıştır. Maddenin devamında uzaktan çalışmaya geçiş talebinin nasıl yapılması gerektiği de hüküm altına alınmıştır. Ancak uzaktan çalışmanın mevzuatta belirtilen zorlayıcı nedenlerle işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanacak olması hâlinde uzaktan çalışmaya geçiş için işçinin talebi veya onayı aranmayacaktır (m.14/6). Düzenlemeye göre, pandemi nedeniyle işverence tek taraflı olarak uzaktan çalışmaya geçiş, hukukumuzda mümkün ve hukuka uygun sayılacaktır.

F. Deneme Süreli İş Sözleşmeleri

Tarafların sözleşmeyi devam ettirip ettirmeme kararını saklı tuttukları, bir başlangıç süresinin bulunduğu sözleşmelere, deneme süreli iş sözleşmeleri denir. Bununla birlikte, deneme süresi, işverene olduğu kadar işçiye de sözleşme ile bağlı kalmayı deneme imkânı verir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde de deneme süresi öngörülebilir. İş sözleşmesi kişisel ilişki kuran bir sözleşme olduğu için tarafların birbirlerini (işi, işyerini) denemelerine imkân tanınmalıdır. Deneme süresi sadece bir işverenin işyerinde ilk kez işe başlayan işçiler açısından söz konusu olabilir. Örneklendirmek gerekirse, A işçisi B işvereninin yanında ilk kez çalışmaya başladığında deneme süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Ancak B işvereninin yanında daha önce çalışmışsa, artık deneme süreli iş sözleşmesi yapılamaz.

> "*Bölge Adliye Mahkemesi ilgili hukuk dairesince davacının yaptığı işin yardımcı eleman olması ve davalı yanında satış temsilcisi olarak*

işe başlaması sebebiyle, yeni iş akdine deneme süresi konulmasının işin niteliğine uygun olduğu kabul edilmiş ise de; davacının pozisyonunda değişiklik olmakla birlikte, işyerinin genel faaliyetleri düşünüldüğünde performansı ve özellikleri bilinen bir personelin yeniden deneme süresine tabi tutulması mümkün olmadığına" karar verilmiştir (Yarg. 22.HD. 23.05.2018, E.2018/5298 K.2018/12852).

Ayrıca işçinin işvereni tarafından aralarında organik bağ bulunan başka bir işyerine devri hâlinde de sözleşmeye deneme kaydı konulamaz.

Bu hususa ilişkin verilmiş bir Yargıtay kararında, "*davalı işverenin işçiyi organik bağ içinde olduğu diğer davalı ... e ait işyerine devredip yeni işyerinde imzalanan iş sözleşmesindeki deneme süresi içerisinde davacı işçinin iş akdini feshettiği, şirketler arasındaki organik bağ gözetildiğinde somut olay bakımından yeni bir iş sözleşmesinden değil işçinin devrinden söz etmenin daha uygun olacağından deneme süresine itibar edilmemesi*" gerektiğine yönelik ifadelere yer verilmiştir (Yarg. 9.HD. 14.11.2018, E.2018/1395 K.2018/20581).

Deneme süresi, sürekli iş sözleşmelerinde açıkça kararlaştırılmalı ve Kanun'da öngörülen azamî süreyi de aşmamalıdır. Kanun'da öngörülen süreden fazla deneme süresinin belirlenmesi durumunda fazla olan süreler geçersiz sayılır. Bunun yerini Kanun'da geçerli olan süreler alır. İş Kanunu'na göre, iş sözleşmeleri ile deneme süresi en çok iki ay olarak belirlenebilir. Buna karşın toplu iş sözleşmeleri ile bu süre dört aya kadar çıkarılabilir (İşK.m.15/1).

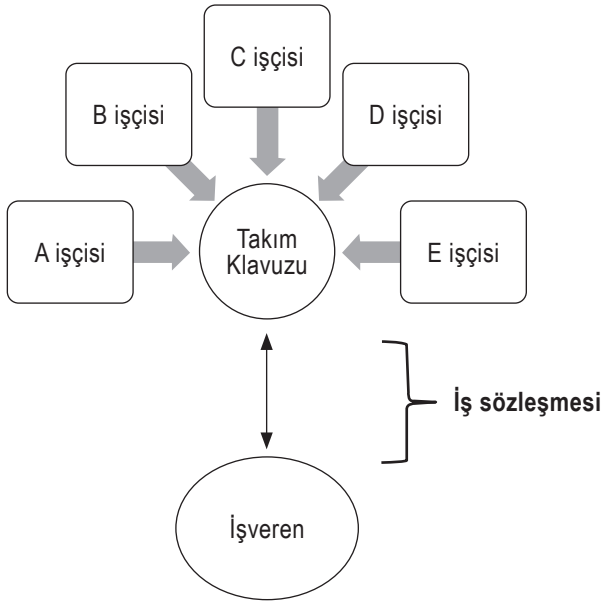
"Dosya kapsamına göre, davacının davalıya ait işyerindeki çalışma süresi üç ay bir gün olduğu anlaşılmaktadır. 4857 sayılı Kanuna göre deneme süresinin üst sınırı iki ay olarak düzenlenmiştir. Bu durumda mahkemece deneme süresi içinde iş sözleşmesinin feshedildiği kabul edilerek ihbar tazminatı isteminin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 22.HD. 10.12.2013, E.2013/9215 K.2013/28777).

Sözleşmede deneme süresinin öngörülmüş olması, onun bu dönem içerisinde de normal bir iş sözleşmesinin doğurduğu sonuçları doğurmasına engel olmaz. Bir başka ifadeyle, bu dönem içerisinde sözleşmeden kaynaklanan borçlar, yalnızca denenmek için yerine getirilse dahi geçerliliğini sürdürür. Deneme süresinin özelliği, tarafların bu süre içerisinde sözleşmeyi tazminatsız olarak sona erdirebilmeleridir (İşK.m.15/2). İstenildiği takdirde tazminatsız feshedilebilmesinin dışında sözleşme, normal bir sözleşmenin doğuracağı tüm hakları taraflara bahşeder. Süre sonunda ilişki devam ediyorsa, artık başlangıçtan (işe başlama tarihinden) itibaren sonuçlarını doğurmaya devam eder. Böylece, yıllık ücretli izin süresinin tespitinde ve iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda ihbar, kötü niyet ve kıdem tazminatları hesaplanırken, başlangıçta geçen süreler de bir bütün olarak dikkate alınır.

Taraflar arasında yapılan sözleşmede deneme süresi kararlaştırıldıysa, bunun sözleşme metninden açıkça anlaşılıyor olması gerekir.

> "*Dosya içeri*ğ*ine* göre, davacı, davalı şirkete ait otelde, ön büro müdürü olarak 02.05.2013 tarihli sözleşme ile çalışmaya başlamış ve iş sözleşmesi 03.06.2013*'te, haklı sebep bildirilmeden davalı tarafından feshedilmiştir. Anılan tarihli sözleşmenin davacı ve davalı tarafından sunulan nüshalarında deneme süresi ve sözleşme bitim tarihi konusunda çelişkili bilgiler yer almaktadır. Mahkemece, bu çelişki sebebi ile deneme süreli sözleşme olmadığının kabul edilmesi isabetlidir. Ancak aynı sebeple, yapılan işin süreye bağlandığından da söz edilemeyecektir. Ayrıca belirli süreli sözleşme yapılması için objektif nedenler de bulunmadığından ihbar tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken belirli süreli sözleşme ile çalışıldığı gerekçesi ile reddedilmiş olması hatalıdır*" (Yarg. 22.HD. 28.03.2018, E.2015/29336 K.2018/8088).

G. Takım Sözleşmeleri



Takım sözleşmesi, grup ilişkisi kuran sözleşmelerden Türk hukukunda kanunla düzenlenmiş yegâne sözleşme türüdür. Takım sözleşmesinin de uygulanabileceği grup iş ilişkisi kurmaya elverişli işler, inşaat işleri, limanda yük taşıma işleri, tarım işleri, orkestra bağlamında müzik işleri, mevsimlik işler gibi işlerdir. İşK.m.16'ya göre, birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşmeye takım sözleşmesi denir. Takım sözleşmeleri, yazılı yapılmalıdır. Ayrıca, sözleşmede her işçinin kimliği ve alacağı ücret ayrı ayrı gösterilir. Takım sözleşmesinde isimleri yazılı işçilerden her birinin işe başlamasıyla, o işçi ile işveren arasında takım sözleşmesinde belirlenen şartlarla bir iş sözleşmesi yapılmış sayılır. Yoksa, takım kılavuzunun yapmış olduğu sözleşme diğerlerini bağlamaz. Diğer işçiler (takıma dahil olanlar) ne zaman ki çalışmaya başlarlar, o zaman sözleşmeden doğan sorumluluk da bunlar için doğar. İşe başlamasıyla iş sözleşmesi kurulan işçilere ücretlerini işveren veya işveren vekili her birine ayrı ayrı ödemek zorundadır. Takım kılavuzu için, takıma dahil işçilerin ücretlerinden işe aracılık veya benzeri bir nedenle kesinti de yapılamaz. Takım sözleşmesinde ismi yer alan işçinin

işe başlamaması durumunda takım kılavuzu işverenin müspet zararını tazmin etmek zorundadır.

> "*Takım sözleşmesinin hukukî niteliği ise, iki ayrı sözleşme tipinin birleşmesinden meydana gelmiş bir birleşik sözleşmedir ki, bunlar hizmet sözleşmesi ve başkasının fiilini taahhüdüdür ve bu iki sözleşme konusunda kendilerine has hükümler uygulanır. Takıma dahil işçilerden her birinin işe başlamasıyla, kendileri ile işveren arasında hizmet sözleşmesi meydana gelir*" (Yarg. 10.HD. 24.12.1985, E.1985/6406 K.1985/7244).

H. Pazarlamacılık Sözleşmeleri

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümler, Türk Borçlar Kanunu m.448-460 arasında düzenlenmiştir. Kanun'daki düzenlemeye göre pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticarî işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (m.448).

Pazarlamacılık sözleşmesi, iş sözleşmesinin özel bir türünü oluşturmakta ve İşK.m.4'te sayılan istisnalar arasında yer almadığından İş Kanunu kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi, İş Kanunu'nda boşluk bulunması hâlinde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur. Pazarlamacılık sözleşmesine dayalı olarak çalışan kişiler, işyeri dışında çalışmak ile birlikte işverenin iş organizasyonu içerisinde iş görme edimini yerine getirmektedirler. Pazarlamacı aracılık yaparken ticarî işletme sahibi işveren hesabına hareket etmektedir.

Pazarlamacılık sözleşmesinde yer alması gereken unsurlar Kanun'da belirtilmiştir. Buna göre, pazarlamacılık sözleşmesi, sözleşmenin süresini, sona ermesini, pazarlamacının yetkilerini, ücret ve masrafların nasıl ödeneceğini, taraflardan birinin yerleşim yeri yabancı ülkede ise uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin hangisi olduğunu içerir (m.449/1). Eğer Kanun'da belirtilen bu hususlar sözleşmede yer almıyorsa, Kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşulları uygulanır.

Kanun'da pazarlamacının hakları ve yükümlülükleri de ayrı ayrı hüküm altına alınmıştır. Pazarlamacının haklarının düzenlendiği maddeleri şu şekilde sıralamak mümkündür: pazarlamacının aracılık etme yetkisi (m.452/1), işverenin pazarlamacıya ücret ödeme veya ücret ile birlikte (m.454) veya belirli koşullar hâlinde komisyon ödeme borcu (m.455), işverenin bazı hâllerde pazarlamacılık sözleşmesinde tek taraflı değişiklik yapma hakkını kullanması durumunda pazarlamacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirme hakkı (m.453/2), pazarlamacının pazarlama işlerini yürütmesinin kusuru olmaksızın olanaksız hâle gelmesi durumunda ücret veya tazminat hakkı ya da ücretin tamamını almışsa işverenin işyerinde çalışma yükümlülüğü (m.456) ve işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda alacakları için hapis hakkı (m.458). Ayrıca pazarlamacının yükümlülükleri ise, pazarlamacının talimatlara uyma yükümlülüğü (m.450) ve yaptığı işlemlerde müşterilerin yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde pazarlamacının sınırlı sorumluluğu (m.451) şeklinde belirtilmiştir.

Kanun'da pazarlamacılık sözleşmesinin sona ermesine ilişkin iki özel durum düzenlenmiştir. Buna göre, komisyon, sabit ücretin en az beşte birini oluşturuyor ve önemli mevsimlik dalgalanmalardan etkileniyorsa işveren, bir önceki mevsimin sona ermesinden beri kendisiyle çalışmaya devam eden pazarlamacının sözleşmesini, yeni mevsim sırasında iki aylık fesih süresine uyarak feshedebilir (m.459/1). Ayrıca aynı koşullar altında pazarlamacı da kendisini bir önceki mevsim sonuna kadar çalıştırmış ve bundan sonra da çalıştırmaya devam eden işverene karşı, bir sonraki mevsimin başlamasına kadar olan dönemde, iki aylık fesih süresine uyarak sözleşmeyi feshedebilir (m.459/2).

Son olarak, sözleşmenin sona ermesi hâlinde, pazarlamacının bizzat yaptığı veya yapılmasına aracılık ettiği bütün işlemler ile kabul ve yerine getirme zamanına bakılmaksızın, sözleşmenin sona ermesine kadar işverene iletilen bütün siparişler için komisyon ödenir (m.460/1).

> "*Diğer taraftan davacı satış şefi olup, satışlar üzerinden belirli bir prim almaktadır. Bu prim mesai yapılsın veya yapılmasın*ı *alınmaktadır. Davacı dışarda pazarlamacılık usûlü ile gezip satış temsilcisi konumunda değildir. Prim, çalışanı özendirici ve ödüllendirici bir ücret ödemesi olup işverence işçiye garanti edilmiş bir temel ücretin üzerine belirli bir usule bağlı olarak ödenen ek bir*

ücrettir. İşverenin istek ve değerlendirmesine bağlı olabileceği gibi, sözleşme gereği olarak da verilebilir" (Yarg. 9.HD. 09.02.2015, E.2013/8148 K.2015/4634).

"*Dosya içeriğine göre davacı davalı şirkette satış temsilcisi olarak şirketin ürünlerini satmış bir anlamda pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışmıştır. Davacıdan iş sözleşmesi imzalanırken, satılan ürünlerde aracılık yapıp, ürün bedelini üçüncü kişilerden davalı adına tahsil edeceğinden, işveren tarafından bu bedellerin garanti altına alınması için teminat senedi alındığı anlaşılmaktadır*" (Yarg. 9.HD. 15.11.2017, E.2015/24338 K.2017/18249).

I. Evde Hizmet Sözleşmeleri

Evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, Türk Borçlar Kanunu m.461-469 arasında yer almaktadır. Kanun'daki tanımlamaya göre, evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir (m.461). Evde hizmet sözleşmesinde çalışma koşullarına ilişkin olarak işveren, işçiye her yeni iş verişinde genel çalışma koşulları dışında kalan ve o işe özgü özellikleri bildirir; gerekiyorsa işçi tarafından sağlanacak malzemeyi, bu malzemenin sağlanması için kendisine ne miktarda ödemede bulunacağını ve iş için ödeyeceği ücreti de işçiye yazılı olarak bildirir (m.462).

Kanun'da işçinin borçları, işin yapılmasına ilişkin olarak işi zamanında yapıp teslim etme (m.463/1), işin işçinin kusuruyla ayıplı olarak görülmesi hâlinde, giderilmesi mümkün olan ayıpları, masrafı işçiye ait olmak üzere giderme (m.463/2) ve işveren tarafından sağlanan malzeme ve iş araçlarının özenle kullanımı (m.464) şeklinde hüküm altına alınmıştır. İşçinin sayılan yükümlülüklerine karşılık işverenin ürünü kabul (m.465) ve ücret ödeme borcu (m.466-467) da yine Kanun'da düzenlenmiştir.

Son olarak, işçiye deneme amacıyla bir iş verilmişse, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme deneme süresi için kurulmuş sayılır (m.468/1). İşçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme belirsiz süreyle yapılmış sayılır; diğer durumlarda sözleşmenin belirli süreyle yapıldığı kabul edilir (m.468/2).

IV. İş Sözleşmesinin Yapılması

A. İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti

Genel kurallara göre, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, sarhoşluk vb. nedenlerden biriyle makûl surette hareket etmek iktidarından yoksun olmayan, yani iyi ile kötüyü birbirinden ayırt etme yeteneğine sahip on sekiz yaşını tamamlamış (reşit) herkes iş sözleşmesi yapabilir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler, kanunî temsilcilerinin izin veya onayı ile iş sözleşmesi yapabilir (TMK.m.16). Bununla birlikte, eğer küçük ana-babasının rızası ile aile dışında yaşıyor veya bir sanatla uğraşıyorsa, ayrıca izin almadan da iş sözleşmesi yapabilir (TMK.m.359 ve m.453).

Yine, ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar ise, vesayet organının açık veya örtülü izni ile bir meslek ve sanatla uğraşıyorlarsa, ayrıca izin almaksızın geçerli bir iş sözleşmesi yapabilirler.

İşverenin tüzel kişi olması durumunda iş sözleşmesinin tarafını yetkili organı teşkil eder. Yetkili organın yapmış olduğu bu sözleşme ise, tüzel kişiyi bağlar (TMK.m.50).

B. İş Sözleşmesi Serbestisi ve Sınırları

1. Serbesti

Diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi iş sözleşmesinde de kural olarak sözleşme serbestisi geçerlidir. Buna göre, sözleşme serbestisi, kişilerin sözleşme yapıp yapmama veya diledikleri kişi ile sözleşme yapma, sözleşmenin içeriğini ve şeklini diledikleri gibi belirleyebilme ve sözleşmeyi sona erdirebilme serbestisini ifade eder.

2. Sınırları

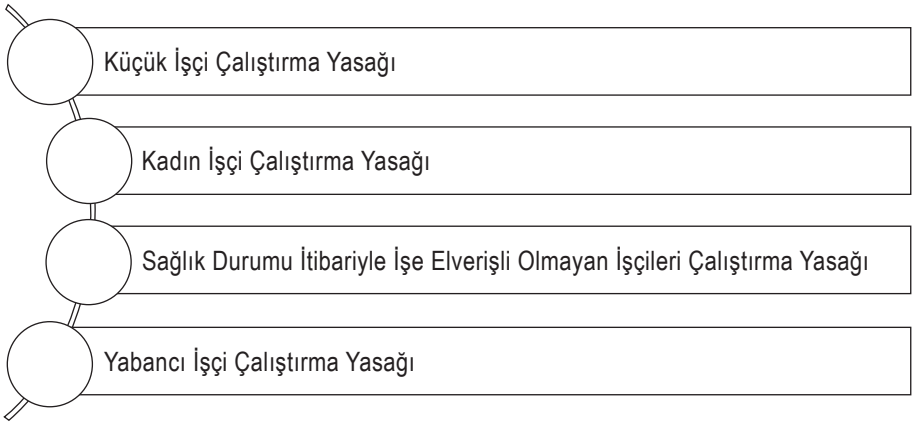
İş hukukunun işçileri koruma özelliği nedeniyle sözleşme serbestisine birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Söz konusu sınırlamalar, sözleşme yapma yükümlülüğü ve yasakları şeklinde karşımıza çıkar. Bu durum, kanunda öngörülmüş olan emredici düzenlemelerin yanı sıra, toplu iş sözleşmeleri ile de taraflarca kararlaştırılabilir. Buna göre, toplu iş sözleşmeleri, tarafların

iş sözleşmesi serbestisine birtakım sınırlamalar getirebilir. Örneğin, iş sözleşmesi yapma yasaklarının kapsamı genişletilirken (hiçbir şekilde gece vakti kadın işçi çalıştırmamak, emekli aylığı alanların istihdam edilmemesi veya askerliğini yapmamış kimselerin işe alınamayacağı gibi), sözleşme yapma yükümlülüğü (mesela engelli çalıştırma yükümlülüğü oranı %5'e çıkarılabilir gibi) teşkil eden hâller de artırılabilir.

a. İş Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları

aa. İş Sözleşmesi Yapma Yasakları

Anayasa'ya göre, kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar (AY.m.50). Anayasa'nın bu hükmünün bir sonucu olarak kanun koyucu, iş hukukunun özelliği gereği bazı kimselerle iş sözleşmesi yapmayı yasaklamıştır.



aaa. Küçük İşçi Çalıştırma Yasağı

Türk İş Mevzuatında, en az çalışma yaşı bakımından, sağlık ve ahlâkî açıdan koruma sağlamak maksadıyla, çeşitli sektörler arasında farklı düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre;

i. On beş yaşını doldurmamış olan çocukların çalıştırılması yasaktır. Bir başka ifadeyle, asgarî çalışma yaşı, on beş yaşın doldurulmasıdır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış

olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlâkî gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlâkî gelişmelerine ve eğitim hayatları sürenlerin, okul devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklâm faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler (İşK.m.71). Bu arada, 4857 sayılı İş Kanunu, ilk kez çocuk işçi ve genç işçi kavramlarını kullanmaktadır. Ancak Kanun'da söz konusu kavramlar kullanılmasına rağmen, tanımlarına yer verilmemiştir. Tanımları Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te yer almaktadır. Çocuk işçi, 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişiyi; genç işçi ise, 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişiyi anlatır.

ii. Çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılabilecekleri işlerde; güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır. Çocuğun gördüğü iş, onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamaz, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar vermemelidir (İşK.m.71/2). Ayrıca çocuk ve genç işçilerin hangi işlerde çalıştırılabileceği ya da çalıştırılamayacağı, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usûl ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te ve bu yönetmeliğin ek listelerinde yer almaktadır.

iii. Bar, kabare, dans salonları, kahve gazino ve hamam gibi yerlerde, on sekiz yaşından küçük çocukların çalıştırılması yasaktır (UHK.m.176, PVSK.m.12).

iv. Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır. (İşK.m.72).

v. Sanayiye ait işlerde on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır (İşK.m.73/1).

bbb. Kadın İşçi Çalıştırma Yasağı

İş hukukunda kadın işçileri koruyucu düzenlemeler de mevcuttur. Bunlar:

i. Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır (İşK.m.72).

ii. Sanayiye ait işlerde geceleyin on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin çalıştırılabilmesi, Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik hükümleri çerçevesinde mümkündür. Yönetmelikte, koruyucu düzenlemeler mevcuttur. Hamile ve emzikli kadın işçilerle ilgili olarak, çalıştırma yasağını da kapsayan birtakım özel koruyucu hükümler de vardır.

iii. Ayrıca doktor raporu zorunlu kılıyorsa, hamile işçi hafif bir işe kaydırılmak zorundadır. Bu durumda işçinin ücretinde bir indirim yapılamaz. Bunun yanında, hamilelikleri boyunca işçilerin gece postalarında çalıştırılmaları da yasaktır. Yine, emziren işçiler de doğum tarihinden başlamak üzere altı ay süre ile gece postalarında çalıştırılamazlar.

iv. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'nda analığın korunmasına yönelik bir takım özel düzenlemelere de yer verilmiştir. Söz konusu koruyucu düzenlemeleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

Muayene İzni	Analık İzni	Yarım Çalışma İzni
Kısmî Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkı	Ücretsiz İzin	Süt İzni

(i) Hamilelik süresince kadın işçiye, periyodik kontrolleri için ücretli izin verilir (İşK.m.74/4).

(ii) Yukarıda da belirtildiği gibi, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik

hâlinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Kadın işçinin erken doğum yapması hâlinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelere eklenmek suretiyle kullandırılır. Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılamayan süreler babaya kullandırılır. Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullandırılır (İşK.m.74/1).

(iii) Doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu sürelere otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. (İşK.m.74/2).

(iv) İşK.m.74'te öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburî ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmî süreli çalışma talebinde bulunabilir (İşK.m.13/5).

(v) İsteği hâlinde kadın işçiye, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik hâlinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu izin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene verilir (İşK.m.74/6).

"İş *Kanununun 74. maddesinde, yukarıda değinilen hususlara ek olarak, ücretli doğum izninin ardından, istekleri hâlinde kadın işçilere 6 aya kadar ücretsiz doğum izni verileceği belirtilmiş ve kanun koyucu, yorum kurallarına başvurulmasına gerek kalmaksızın, bu hakkı işverenin takdirine bırakmayacak şekilde açık ve net olarak düzenlemiştir. Buna karşın, İş Kanunu sistematiği açısından, ilgili hususu, yaptırım ile güvence altına alan açık bir düzenleme yapılmamakla birlikte, tamamen korumasız bırakıldığı*

da düşünülemez. Bir başka anlatımla, doğum yapan kadın işçinin, ücretsiz doğum iznini kullanmak istemesi ve işveren tarafından buna izin verilmemesi hâlinde, kadın işçi tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak, ücretsiz doğum iznine ayrılabilir. Somut olayda, davacı işçi doğum yapmış, doğum sonrasında kullandığı ücretli doğum izinlerinden sonra, ücretsiz doğum izni talep etmiş ancak işverence buna izin verilmemiştir. Kaldı ki, davacının iş sözleşmesinin feshinin ardından, kendisine yıllık izin ücretinin de ödendiği, bu suretle davacıya yıllık ücretli izninin kalan kısımlarının dahi kullandırılmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, değinilen hususlar gereğince, iş sözleşmesinin davacı tarafından değil, davalı işveren tarafından geçersiz nedenle feshedildiği gerekçesi ile davanın kabulü ile davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile red hükmü kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 9.HD. 13.07.2009 E.2008/36349 K.2009/20734).

(vi) Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir (İşK.m.74/7).

"*Kadın işçiye doğumdan sonra bir yıla kadar günde 1.5 saat süt izni verilmesi gerektiğine dair düzenleme, 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununun 74. maddesiyle getirilmiştir. İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımı da, anılan yasanın 104. maddesinde öngörülmüştür. Bununla birlikte süt izni verilmemesi durumunda işçiye ilave bir ücret ödeneceğine dair bir kurala yer verilmiş değildir. Böyle olunca süt izni süresinin fazla çalışma süresi olarak değerlendirilerek sonuca gidilmesi doğru olmaz. Zira davacı işçinin haftalık 45 saati aşan fazla çalışmaları hesaplanmış ve hüküm altına alınmıştır. Süt izni ücreti isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde talebin kabulü hatalı olmuştur*" (Yarg. 9.HD. 01.05.2007, E.2007/4893 K.2007/13796).

ccc. Sağlık Durumu İtibariyle İşe Elverişli Olmayan İşçileri Çalıştırma Yasağı

Kanun koyucu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda bazı işlerin yapılabilmesi için işçinin sağlığının ve mesleki eğitiminin çalışacağı işe uygun olmasını aramıştır.

i. Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz (İSGK.m.15/2).

ii. Mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde, yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyemeyenler çalıştırılamaz (İSGK.m.17/3).

ddd. Yabancı İşçi Çalıştırma Yasağı

Anayasa, yabancıların Türkiye'de çalışma şartlarının, çalışma hak ve hürriyetlerinin kanunla sınırlanabileceğini öngörmüştür (AY.m.16). 2016 yılında 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu yürürlüğe konulmuştur.

6735 sayılı Kanun'a göre, Kanun kapsamında yer alan yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye'de çalışmaları veya çalıştırılmaları yasaktır. Diğer kanunlarda ya da Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancılar, bu Kanun'a göre çalışma izni almadan çalışabilir veya çalıştırılabilirler (UİK m.6/2-3).

Çalışma iznini verecek makam, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'dır. Buna göre, dört tür çalışma izni vardır:

(i) Süreli çalışma izni: Çalışma başvurusu yapan yabancının başvurusunun olumlu değerlendirilmesi hâlinde yabancıya, iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak koşuluyla, gerçek veya tüzel kişiye ya da kamu kurum veya kuruluşuna ait belirli bir işyerinde veya bunların aynı işkolundaki işyerlerinde belirli bir işte çalışmak şartıyla ilk başvuruda en çok bir yıl geçerli çalışma izni verilir (UİK.m.10/1). Uzatma başvurusunun olumlu değerlendirilmesi hâlinde yabancıya aynı işverene bağlı olarak ilk uzatma başvurusunda en çok iki yıl, sonraki uzatma başvurularında ise en çok üç yıla kadar çalışma izni verilir (UİK.m.10/2).

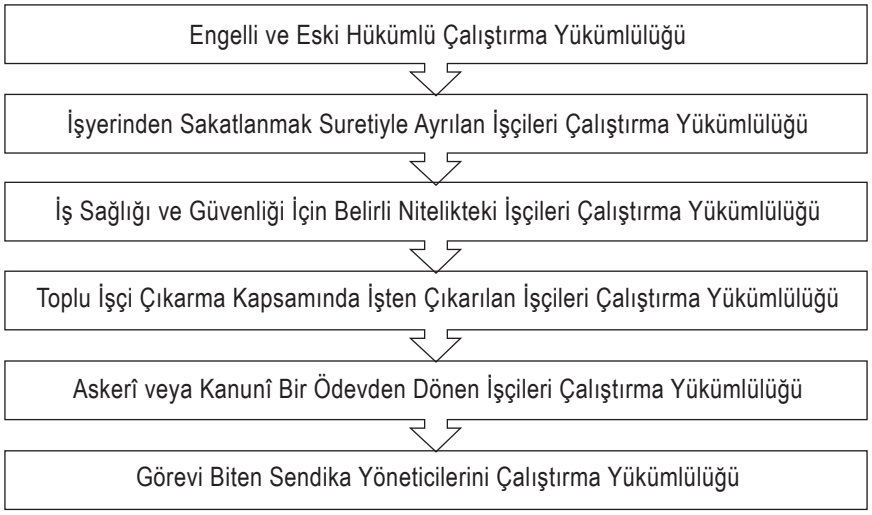
(ii) ***Süresiz çalışma izni:*** Türkiye'de uzun dönem ikamet izni veya en az sekiz yıl kanunî çalışma izni olan yabancılar süresiz çalışma iznine başvurabilir. Ancak, yabancının başvuru şartlarını taşıması yabancıya mutlak hak sağlamaz (UİK.m.10/3).

(iii) ***Bağımsız çalışma izni:*** Bağımsız çalışma izninin uluslararası işgücü politikası doğrultusunda değerlendirilmesinde, yabancının; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi, yabancı şirket ortağı ise sermaye payı ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri doğrultusunda Bakanlıkça belirlenecek diğer hususlar dikkate alınır. Bağımsız çalışma izni, bu maddede yer alan süre sınırlamalarına tâbi olmaksızın süreli olarak düzenlenir (UİK.m.10/7-8).

(iv) ***Turkuaz Kart***: Turkuaz Kart uygulaması, 6735 sayılı Kanun ile birlikte başlamıştır. Uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usûl ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara Turkuaz Kart verilir (UİK.m.11/1). Turkuaz Kart, ilk üç yılı geçiş süresi olmak kaydıyla verilir ve bazı şartların sağlanması hâlinde Kart süresiz olarak verilir (UİK. m.11/2).

Belirtelim ki, Türk soylu yabancılar özel bir statüye tâbi tutulmuşlardır. 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun, bu kimselerin çalışma izni ile çalıştırılabileceklerini vurgulamaktadır. Gerçekten Kanun m.3'e göre, Türk soylu yabancıların, kanunlarda Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen meslek, sanat ve işlerde çalışabilme ve çalıştırılabilmeleri için, özel kanunlarda aranan nitelikleri taşımak ve yükümlülükleri yerine getirmek şartıyla, bu Kanun ve Uluslararası İşgücü Kanunu'na göre, İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları ile diğer ilgili bakanlık ve kuruluşların görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca izin verilir.

bb. İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü



aaa. Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Yükümlülüğü

İşK.m.30, işverene engelli ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü öngörmüştür. Bu yükümlülüğün doğması için birtakım şartlar aranır:

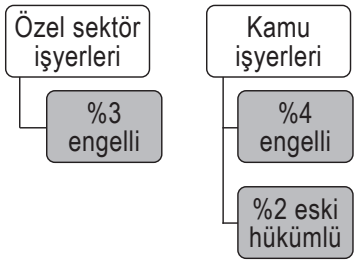
i. ***İşverenlerin en az elli işçi çalıştırmaları gerekir*** (İşK.m.30/1). İşyerinde sürekli işlerde çalıştırılan işçiler, çalışma ilişkisi belirli-belirsiz süreli, tam-kısmî süreli olmasına bakılmaksızın dikkate alınır. Ancak kısmî süreli çalışanlar için çalışmaları tam süreli çalışmaya dönüştürülür. İşverenin aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunuyorsa, toplam işçi sayısı bulunarak kapsama dahil edilir. Bununla birlikte engelilerle ilgili olarak yer altı ve su altında engelli çalıştırılamaz ve buralarda çalışanlar engelli istihdamı için dikkate alınamaz (İşK.m.30/4).

ii. ***Çalıştırılacak kişilerin engelli ve eski hükümlü olmaları gerekir.*** Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik söz konusu grup içerisinde yer alanları tanımlamıştır. Buna göre,

Engelli; doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyusal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılamada güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişilerden tüm vücut fonksiyon kaybının en az yüzde kırk olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenenleri;

Eski hükümlü, kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezası alan ya da ceza süresine bakılmaksızın Devlet memuru olmaya engel bir suçtan hüküm giyenlerden cezasını tamamlayanlar, cezası ertelenenler, koşullu salıverilenler, denetimli serbestlikten yararlananlardan eski hükümlü belgesi ile durumlarını belgelendirenleri, ifade eder (m.3).

Kanun koyucu, çalıştırılması gereken engelli ve eski hükümlü oranını da belirlemiştir. Buna göre, özel sektör işyerlerinde %3 engelli, kamu işyerlerinde ise %4 engelli ve %2 oranında eski hükümlü istihdam edilmek durumundadır.



iii. Çalıştırılacaklar Türkiye İş Kurumu aracılığı ile işe alınmalıdırlar (İşK.m.30/3). Bununla birlikte ilgili Yönetmelikte, dışarıdan, yasal koşulları taşıyanların da istihdamına izin verilmiştir. Ancak bunun için durumun on beş gün içinde Kuruma bildirilmesi ve ilgili kişinin kaydının yapılması gerekir (Yönetmelik m.13/2).

Çalıştırma yükümlüğü kapsamında olanlar meslek, beden ve ruhî durumları dikkate alınarak çalıştırılırlar. Engelli ve eski hükümlü olmak, daha düşük ücretle çalıştırma sebebi olamaz. Bu işçiler diğer işçilere yapılan sosyal yardımlardan aynen yararlanırlar. İşe alınmada; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve

şartlarına kadar olan aşamaların hiçbirinde engelliler, eski hükümlüler aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz (Yönetmelik m.17/1). İş sözleşmelerine veya toplu iş sözleşmelerine bu işçiler aleyhine hükümler konulamaz.

Çalıştırma yükümlülüğüne ilişkin teşvik sistemi de söz konusudur. Buna göre, özel sektör işverenleri için, İşK.m.30 kapsamında çalıştırılan engelli işçiler ile, korumalı işyerlerinde çalıştırılan engellilerin prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren üzerine düşen hissesinin tamamı, yine belirlenen oranların üzerinde engelli veya yükümlü olmadıkları hâlde engelli çalıştıran işverenler için de prime esas kazancın alt sınırı üzerinden işverenin ödemekle yükümlü olduğu sigorta priminin yarısını Hazine karşılar (İşK.m.30/6).

Bu teşvik sistemi yanında, çalıştırma yükümlülüğüne aykırılığın müeyyidesi de belirlenmiştir. Ancak, kanunî yükümlülüklere aykırı olarak engelli ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her bir engelli ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için 2020 yılında 1.700 TL. idarî para cezası söz konusudur (İşK.m.101).

bbb. İşyerinden Sakatlanmak Suretiyle Ayrılan İşçileri Çalıştırma Yükümlülüğü

İş Kanunu, işyerinde çalışırken herhangi bir nedenle sakatlanarak ayrılanların iyileşmeleri (çalışabilecek konuma gelmeleri) durumunda eski işverenleri tarafından istihdam edilmelerini de zorunlu kılmıştır. Bu yükümlülüğün söz konusu olabilmesi için şu şartlar gereklidir (İşK.m.30/5):

i. ***İşçi sakatlık nedeniyle işyerinden ayrılmalıdır.*** Belirtelim ki buradaki sakatlık, çalıştırma yükümlüğü kapsamına giren bir sakatlık ya da malûllük sigortasından yararlanma anlamında malûl olmayı gerektirmemektedir. Ancak, sakatlık nedeniyle işyerinden ayrılan işçinin bu ayrılışı zorunlu bir nedene dayanmalıdır. Sözleşmenin sakatlık nedenine bağlı olarak sona erdirilmesinde, feshin işçi veya işveren tarafından yapılmasının herhangi bir önemi yoktur.

ii. ***Sakatlık ortadan kalkmalı, işçi iyileşmelidir.*** Kişinin muhakkak tam anlamıyla iyileşmesi aranmamalıdır. Ancak işi yapabilecek hale gelmesi gerekir.

iii. İşyerinde boş yer bulunmalıdır. İşyerinde yer yoksa, boşalacak ilk işte çalıştırılmalıdır.

iv. Nihayet işçinin talebi de gerekir.

İşveren; işyerinden sakatlanması nedeniyle ayrılan işçiyi tekrar istihdam ederken, işçinin işyerinden ayrıldığı tarihteki değil, iş ilişkisinin yeniden kurulduğu tarihteki şartlara göre onu işe almak durumundadır. Ayrıca, işçi eski işlerinde veya onlara benzer işlerde çalıştırılabilir.

İşe alınma isteğinde bulunan eski işçiyi herhangi bir haklı gerekçesi olmaksızın işe almayan işveren, ***altı aylık ücret*** tutarında bir tazminat ödemekle yükümlüdür. (İşK.m.30/5).

ccc. İş Sağlığı ve Güvenliği İçin Belirli Nitelikteki İşçileri Çalıştırma Yükümlülüğü

2012 yılında yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre, mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak nitelikte iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işveren, işyerindeki çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ile on ve daha fazla çalışanı olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde diğer sağlık personeli görevlendirmekle yükümlüdür (m.6).

ddd. Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında İşten Çıkarılan İşçileri Çalıştırma Yükümlülüğü

İş Kanunu toplu işçi çıkarma durumunda, altı ay içinde işyerine yeni işçi alınması durumunda işten çıkarılanlara öncelik verilmesini öngörmektedir (İşK.m.29/6). Ancak söz konusu kuralın bir müeyyidesi bulunmadığı için uygulanma şansı bulunmamaktadır.

İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, Çalışma ve İş Kurumunun ilgili il müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir (İşK.m.29/1). Toplu işçi çıkarılmanın söz konusu olduğunun kabulü için işyerinden kaç işçinin ne kadar süre içerisinde işten çıkarılması gerektiği de Kanun'da düzenlenmiştir. Buna göre, işyerinde çalışan işçi sayısı: a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10

işçinin, b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin, c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin, işine 17'nci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılır (İşK.m.29/2).

eee. Askerî veya Kanunî Bir Ödevden Dönen İşçileri Çalıştırma Yükümlülüğü

İş Kanunu, herhangi bir yasal görev veya askerî yükümlülük nedeniyle işyerinden ayrılan ve bu ayrılıkları Yasa'da öngörülen süreyi de aşan kimselerin söz konusu görevleri bitince işverenleri tarafından tekrar işe alınmalarını gerekli kılmaktadır (İşK.m.31). Ancak, işverenler için böyle bir yükümlülüğün doğabilmesi için şu şartlar gereklidir:

i. ***Herhangi bir muvazzaf (zorunlu) askerlik hizmeti dışında askerî veya kanunî bir ödevden ötürü işyerinden ayrılmış olunmalıdır.*** Bu tür ayrılmaya bir örnek olarak sefer görev emrini verebiliriz.

ii. ***İşçi işyerinde en az bir yıllık kıdeme sahip olmalıdır.***

iii. ***İş sözleşmesinin bu görevi ifa etmek amacıyla sona ermesi de lazımdır.*** Aslında, burada işçi yasal bir yükümlülük veya zorunluluk nedeniyle kendi rızası dışında işyerinden ayrılmak durumunda kaldığından sözleşmesi hemen sona ermez. İş Kanunu koruyucu bir düzenleme daha getirmiştir. Buna göre, bu tür görev nedeniyle işten ayrılma durumunda sözleşme derhâl ortadan kalkmaz. İki ay boyunca sözleşme askıdadır. Sözleşmenin askıda kalması, işçinin çalışmak durumunda olmaması, işverenin de ona ücret ödememesi demektir. Bunun dışında iş sözleşmesinden kaynaklanan diğer borçlar yürürlüktedir. Dolayısıyla askı süresi içinde (sözleşme sona ermediği için) görevin tamamlanmasıyla birlikte tekrar iş sözleşmesi yapılmasından da bahsedilemez. Zira işçi işyerine gelerek çalışmaya başlayınca, iş sözleşmesi kaldığı yerden devam eder. Bir başka ifadeyle, iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için iki ayın geçmesi gerekmektedir. Buna karşın İş Kanunu, işçinin işyerindeki kıdemine bağlı olarak söz konusu iki aylık sürenin artırılabilmesine de imkân tanımıştır. Eğer işçinin kıdemi bir yıldan fazla ise, iki aya, her bir yıla karşılık iki gün daha eklenir. Ancak, bu şekilde kıdeme bağlı

artacak süreye de bir sınır getirilmiştir. O da askı süresinin toplam doksan günü geçememesidir. İfade ettiğimiz gibi, bu dönem içinde (iki ay, nihai olarak kıdeme bağlı doksan gün) iş sözleşmesi askıdadır.

iv. ***İşçi ödev tamamlandıktan sonra iki ay içerisinde işverene başvurmalıdır.***

v. ***Nihayet bu yükümlülüğün doğabilmesi için işyerinde boş yer olmalıdır***.

Boş yer olmasına karşın işçiyi işe almayan işveren, eski işçisine üç aylık ücret tutarında bir tazminat ödemek zorundadır. (İşK.m.31/son). Ancak belirtmek gerekir ki, işverenin Kanun'da öngörülen yükümlülüğe uymaması durumunda yaptırım olarak sadece tazminat düzenlenmiştir. İşçi bu durumda işe alınması talebiyle dava açamaz.

"Davacı davalıya ait iş yerinde çalışmakta iken askere gittiğini, askerlik dönüşü işe başlatılmadığını ileri sürerek davalı işyerindeki işine iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece davacının askerlik dönüşü davalı işverence işe başlatılmamasının hukuka aykırı olduğunun tespitine karar verilmiştir. Ne var ki, davacının davalı şirkete ait iş yerinde 09.03.2010 tarihinde başlayan çalışması, 31.07.2012 tarihinde birliğine sevk edilmesine dair yazı üzerine 31.07.2012 tarihi mesai bitimi itibari ile istifa ederek ayrılmak istediğine dair dilekçesi üzerine sona ermiştir. Bunun üzerine davalı işverence davacıya 2012 yılı Temmuz ayı bordrosunda tahakkuk ettirilmek sureti ile kıdem tazminatı ödenmiştir. Bu şekilde taraflar arasındaki iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra muvazzaf askerlik hizmetini tamamlayan davacı işçi 01.02.2013 tarihinde terhis edilmiş; 21.01.2013 tarihli olup 23.01.2013 tarihinde işveren kayıtlarına giren dilekçesinde 31.01.2013 tarihi itibari ile askerlik hizmetini tamamlayacak olması nedeni ile görevine geri dönmesi konusunda gereğinin yapılmasını talep etmiştir. Davacının sözü edilen dilekçesi üzerine "uygun değildir" şerhi yazılmak sureti ile davalı işverence işe alınmamıştır. Şu hâlde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31/4'üncü maddesi askeri veya kanuni bir ödev nedeni ile işten ayrılan işçiyi Kanunda öngörülen süre içinde başvurması hâlinde tekrar işe alması

konusunda işverene bir yükümlülük getirmiş ise de, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde işçiye işe alınması konusunda bir dava açma imkânı tanımayıp işverenin Kanunla getirilen yükümlülüğe uymamasının yaptırımı tazminat olarak belirlendiğine göre davacının işe iade istemi ile dava açması mümkün değildir" (YHGK 07.03.2018, E.2015/22-1608 K.2018/448).

"Askerlik sonrası işe alınmama hâlinde, askı hali ve somut olayda işveren tarafından bu yönde bir kabul de bulunmadığından, işveren tarafından gerçekleştirilen bir fesih işleminden söz edilemez. Çünkü iş sözleşmesi askerlik nedeni ile işçi tarafından daha önce sona erdirilmiştir. Yukarda belirtilen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesi ve buna paralel TİS'teki düzenleme, işverene askerlik sonrası işçiyi işe alma konusunda bir yükümlülük getirmiş ve başlatılmaması hâlinde cezai yaptırım olarak tazminat ödenmesini öngörmüştür. Bu yükümlülük ve yaptırım, askerlik sonrası işe alınmayan işçinin, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği anlamına gelmemektedir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır" (Yarg. 9.HD. 04.12.2006, E.2006/23768 K.2006/31653).

fff. Görevi Biten Sendika Yöneticilerini Çalıştırma Yükümlülüğü

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, sendika ve konfederasyon yönetim kurulu üyelerinin (şubeler dahil) görevlerinin sona ermesinden sonra eski işyerlerinde çalıştırılmaları gerektiğini düzenlemiştir. Bu haktan profesyonel sendika yöneticileri yararlanır. Bu yükümlülük için gerekli olan şartlar şunlardır:

i. ***Kişi kendi isteğiyle sendika (veya konfederasyon) yönetim kurulu üyeliği görevlerini ifa etmesi nedeniyle işyerinden ayrılmış olmalıdır.***

ii. ***Yöneticilik görevi sona ermelidir***. Kanun bu görevin, sendika tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle son bulmasını aramaktadır. Dolayısıyla işçinin, yönetim kurulundaki görev ve fiillerinden ötürü hüküm giymiş olması veya göreve seçilmeden itibaren üç ay içerisinde mal beyanında bulunmaması nedeniyle yöneticilik görevinin sona ermesi durumunda ise teminattan yararlanılamaz.

iii. ***Görevin sona ermesinden itibaren bir ay içinde işverene başvurulmalıdır***. Buradaki süre, hak düşürücü niteliktedir.

iv. İşyerinde boş yer olması ise gerekmez. Ancak Yargıtay boş yer koşulunu aramaktadır.

Bu şekilde başvuran işçiyi işveren bir ay içinde eski işine veya ona uygun bir işe o andaki şartlarla alır. Buna göre, işçinin işten ayrıldığı süre içinde uygulanan ve sona eren toplu iş sözleşmesi var ise işçi bunların getirdiği haklardan yararlanır. Böylece, eski yönetici işyerinden hiç ayrılmamış gibi ücret ve sosyal hakları devam eder ve hâlihazırda alması gereken ücreti alır.

İşverenin yasal şartlara uyarak başvuran işçiyi işe almaması durumunda iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş kabul edilir (STİSK m.23).

b. İş Sözleşmesinin Şeklini Belirleme Serbestisinin Sınırları

Sözleşme serbestisinin bir diğer görüntüsü de şekil serbestisidir. Taraflar, aralarındaki ilişkiyi kural olarak diledikleri biçimde yapabilirler. Nitekim, iş sözleşmesi, Kanun'da aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tâbi değildir (İşK.m.8). Ancak, bir kısım sözleşme için şekil mecburiyeti getirilmiştir. Örneğin, süresi bir yıl ve daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmelerinin, çağrı üzerine çalışmayı öngören iş sözleşmelerinin, takım sözleşmesinin ve geçici iş ilişkisinin yazılı yapılması gerekir. Toplu iş sözleşmeleri, özel okul öğretmenlerinin ve çırakların da sözleşmeleri yazılı olmalıdır.

Bu arada, yazılı sözleşme yapılmayan hâllerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih hâlinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde yazılı belge vermeye gerek yoktur. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur (İşK.m.8/3).

Tabiidir ki, taraflar sözleşme serbestisi gereği yazılı yapılması öngörülmeyen bir sözleşmenin yazılı yapılmasını kararlaştırabilirler.

c. İş Sözleşmesinin İçeriğini Belirleme Serbestisinin Sınırları

Aslında iş sözleşmesinin içeriği taraf iradelerine bağlı olarak serbestçe kararlaştırılabilir. Bununla birlikte, genel kural gereği, emredici kurallara, kamu düzenine, ahlâka ve kişilik haklarına aykırı bir sözleşme konusu belirlenemez. Yine, sözleşme konusu imkânsız, hukuka, ahlâka aykırı da olamaz. Bunun aksi durumlarda sözleşme geçersiz olur (TBK.m.27).

İş mevzuatı içerisinde özel olarak sözleşme içeriğini belirleme serbestisine yönelik sınırlamalar da vardır. Örneğin, işyerinden sakatlığı nedeniyle ayrılanlarla tekrar sözleşme yapılırken, o andaki şartların dikkate alınması (İşK.m.30/5), yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticilerinin eski işyerlerinde çalıştırılırlarken eski kıdem hakları ve ücretlerinin saklı tutulması gerektiği (STİSK.m.23) öngörülmüştür. Yine çalıştırma yükümlüğü konusu olan engelli ve eski hükümlülerin çalışma koşulları ile ilgili özel düzenlemelerin hazırlanması da içerik serbestisine bir sınırlandırmadır (İşK.m.30). Sendikalı-sendikasız işçiler arasında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklı kalmak kaydı ile de ücret vs. konularında ayrım yapılamaması (STİSK.m.25/2) da bir örnektir.

Kanunun emredici hükümleri yanında, toplu iş sözleşmeleriyle de taraflar içeriği belirleme serbestisine sınır getirebilirler.

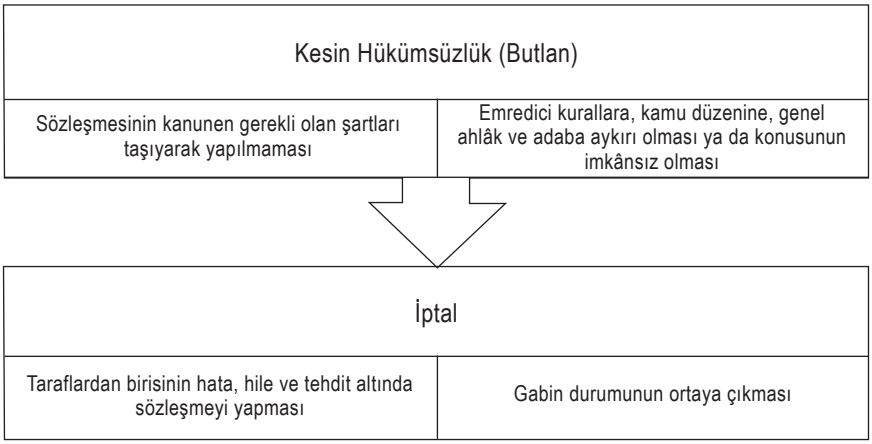
d. İş Sözleşmesini Sona Erdirme Serbestisinin Sınırları

Sözleşme serbestisinin bir sonucu olarak taraflar, aralarında kurmuş oldukları sözleşmeyi sona erdirebilme imkânına da sahiptirler. Ancak bunun için birtakım şartlara da uymak zorundadırlar. Bu arada işverenin her istediği zaman iş sözleşmesini sona erdirebilme imkânı, işçileri için olumsuz durumlar yaratmaktadır. Dolayısıyla söz konusu durum hep eleştirile gelmiştir. Nihayet, iş hukukunda mevzuat içerisinde sözleşmeyi sona erdirme serbestisine, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde 4773 sayılı Kanun'la iş güvencesi benimsenerek önemli bir istisna getirilmiştir. 4857 sayılı Kanun da iş güvencesini kabul etmiş, ancak kapsama girecek işçiler açısından bir daraltma yapmıştır. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler için ise, kötüniyetli fesih durumu hariç, işveren hiçbir gerekçe göstermeksizin bunların sözleşmelerini sona erdirebilme imkânına sahiptir.

Yasal sınırlandırmalar yanında, taraflar sona ermeye ilişkin sınırlandırmalar da getirebilirler. Örneğin toplu iş sözleşmelerine konan, önce giren sonra çıkar

kuralı, haklı nedenle fesihte disiplin kurulunun öngörülmesi, iş güvencesi kapsamında yer almayan işyerlerinde çalışanlar için iş güvencesi hükümlerinin uygulanacak olmasının kararlaştırılması böyledir.

C. İş Sözleşmesinin Geçersizliği



1. Kesin Hükümsüzlük (Butlan)

İş sözleşmesinin kanunen gerekli olan şartları taşıyarak yapılmaması veya emredici kurallara, kamu düzenine, genel ahlâk ve adaba aykırı olması ya da konusunun imkânsız olması durumunda söz konusu müeyyide, kesin hükümsüzlüktür (TBK.m.27). Kimi durumlarda kısmî hükümsüzlük de söz konusu olabilir (TBK.m.27/2). Örneğin deneme süresinin kanunen tespit edilenden daha fazla kararlaştırılması ya da asgarî ücretin altında bir ücret tespiti durumlarında, kısmî hükümsüzlük mevcut olup, kanunî süre veya ücret geçerli hâle gelir.

Kesin hükümsüzlük baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak iş hukukunun özelliği gereği kesin hükümsüzlüğün baştan itibaren geriye dönük olarak sonuç doğurması bir takım başka problemlere de neden olabilir. Bu durumda verilenlerin TBK.m.77 gereği sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekir. Buna karşın işçinin ediminin karşılığının nasıl verileceği de bir problemdir. Kaldı ki, sosyal sigortalar ile de bağ kurulmuştur. Söz konusu çözümün işçinin yararına ve iş hukukunun amacına da uygun düşmediği açıktır. Bunlardan ötürü öğreti ve Yargıtay (1958 tarihli İçtihadı

Birleştirme Kararında, yaş küçüklüğü veya kadın olması nedeniyle herhangi bir işte çalışması yasak bulunan işçinin yasağa rağmen çalıştırılması hâlinde işçi sayılacağı öngörülmüştür) iş sözleşmelerinde kesin hükümsüzlüğün geçmişe değil, ileriye yönelik sonuçlar doğurması gerektiği görüşündedirler.

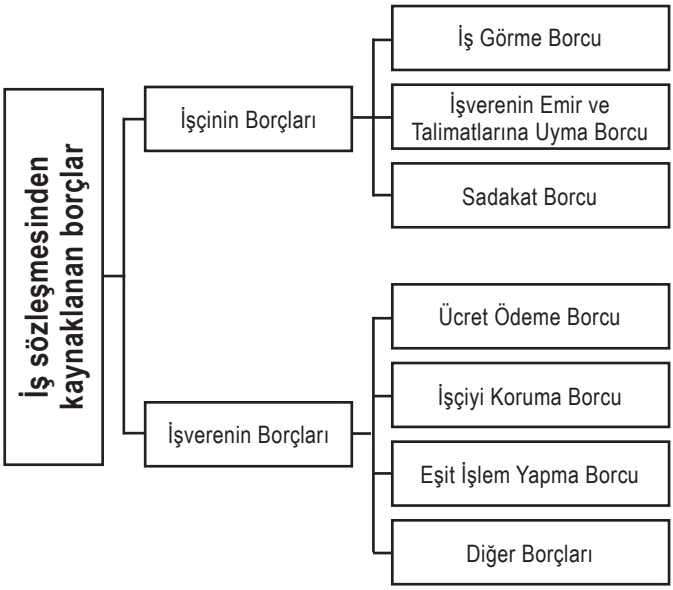
6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilen duruma ilişkin olarak, İş Kanunu kapsamındaki işçiler için de uygulanacak önemli bir maddeye yer verilmiştir. Buna göre, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur (m.394/3). Söz konusu düzenleme ile birlikte daha önce mevcut olan öğreti ve Yargıtay görüşü pozitif bir dayanağa kavuşmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, maddenin lafzından anlaşıldığı üzere, iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileriye dönük etki göstermesi için geçersizliğin sonradan anlaşılması gerekir.

2. İptali

İş sözleşmesi de bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna göre, taraflardan birisinin hata, hile ve tehdit altında sözleşmeyi yapması veya gabin durumunun ortaya çıkması mümkündür. Böyle durumlarda söz konusu duruma düşen tarafın sözleşmeyi iptal ettirebilme hakkı mevcuttur.

Burada da iptal, kesin hükümsüzlükte olduğu gibi, ifasına başlamış iş sözleşmeleri için ileriye yönelik sonuçlar doğurmalıdır. Ancak sözleşmenin ifasına henüz başlanmamışsa sonuçlar geçmişe yöneliktir. Bununla birlikte uygulamada iş sözleşmesinin feshi müessesesi, iptale başvurulmasını önlemektedir. Özellikle sözleşmenin haklı nedenle feshini düzenleyen İş K.m.24/2 ve m.25/2 iptal müessesi yerine benimsenen çözüm tarzlarıdır.

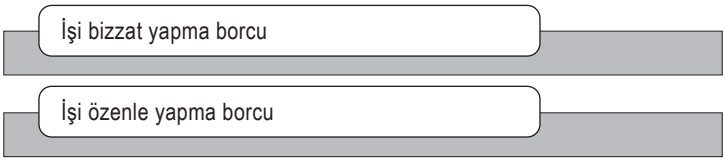
V. İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Borçlar



A. İşçinin Borçları

1. İş Görme (Hizmet) Borcu

İş sözleşmesinin işçiye yüklediği asıl borç, işveren ile üzerinde anlaştığı işin ifasıdır. İşçi, iş sözleşmesi ile işverene bağımlı olarak bir iş görmeyi üstlenmektedir (İşK.m.8/1). İşçinin iş görme borcu, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre işçi, işini bizzat ve özenle yerine getirmek durumundadır.



a. İşçinin İşi Bizzat Yapma Borcu

aa. Genel Olarak

İşin bizzat işçi tarafından ifası yükümlülüğü; iş sözleşmesinin kurulmasında işçinin kişiliğinin belirleyici olması nedeniyledir. Zira, iş sözleşmesi taraflar arasında kişisel ilişki kurar. Hâl böyle olunca, aksinin

sözleşmeden anlaşılmadığı veya durumun gereği borçlunun ifa zorunluluğunun bulunmadığı hâllerde işçi yükümlülüğünü kendisi yerine getirmek zorundadır (TBK.m.395). İşçinin kural olarak, işi bizzat ifa ile yükümlü tutulması, bir başkasına devredememesi veya yardımcı kullanamaması onun herhangi bir kanunî veya sözleşmeden kaynaklanan haklı bir nedenle çalışmadığı veya çalışamadığı sürelerde (hastalık, mazeretli izin, yıllık izin gibi) yerine bir başkasını bulması zorunluluğunu da getirmez. Örneğin, bir kapıcının izinli olduğu dönemde yerine geçici kapıcı çalıştırılabilir. Ancak kapıcı, geçici işçiyi kendisi bulmak zorunda değildir.

Belirtelim ki, işin bizzat işçi tarafından yerine getirilmek zorunluluğunun bir sonucu olarak, işçinin ölümü, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine neden olur (TBK.m.440).

İşçinin işi bizzat kendisinin yapması, nitelikli işçi çalıştırmanın zorunlu olduğu işler için önemlidir. Ancak, işin bizzat yerine getirilmesi zorunluluğu, niteliksiz işlerde de geçerlidir. Bunun istisnası, tarafların sözleşmede açıkça başkası tarafından işin yerine getirilmesini kararlaştırmaları hâlidir. Yine, durumun gereği iş, işçi tarafından değil de bir başkası tarafından da yapılabilir. Örneğin, apartman kapıcılarına kendileri işçi olmalarına karşın, eşi ve çocukları yardım etmektedir.

bb. İşin Yapılmasını İşverenin Şahsen İstemesi

İşçinin işini bizzat yerine getirmek zorunda olması, işverenin de işin yapılmasını aksi sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça veya durumun gereği anlaşılmadıkça kendisinin şahsen istemesi sonucunu doğurur. Nasıl ki, işçi işini bizzat yerine getirecekse, işveren de işin yapılmasını aksi kararlaştırılmış olmadıkça veya hâl icabından anlaşılmadıkça kendisi şahsen isteyecektir.

Bununla birlikte, işin yapılmasını isteme hakkı, işverenin şahsına bağlı olduğu ölçüde, işyeri/işletme sahibinin değişmesinden etkilenir. Bu anlamda, işin yapılmasını isteme hakkı, işverenin şahsı göz önünde bulundurularak yapılmış iş sözleşmelerinde, işverenin ölümü hâlinde mirasçılara geçmez (TBK.m.441/2). Örneğin, çok yaşlı bir kişiye bakması için tutulan bakıcının, yaşlı kişinin ölmesi hâlinde sözleşmesi sona ererken, bu yaşlı kişinin bir fabrika sahibi olması ve ölmesi hâlinde fabrikada çalışanların iş ilişkileri mirasçıları ile devam eder.

cc. İfa Edilecek İş

İşçinin ifa etmekle yükümlü olduğu iş, sözleşmede kararlaştırılmış olan iştir. İş veya toplu iş sözleşmesinde ifa edilecek iş, türü ve nitelikleri verilerek somut, belirli bir iş olarak gösterilebileceği gibi, belirli bir faaliyet ve/veya meslek olarak da belirlenebilir. Bunun gibi, belirli bir özellik ve vasıf gerektirmeyen işlerde ise, çalışma konusu genel olarak da tespit edilebilir. Sözleşmede işçinin yapacağı işin kararlaştırılması, dürüstlük kuralı gereği işçiden yapılması beklenebilecek işlerin yapılmasının istenebilmesine imkân verir. İş, sözleşmede somut bir biçimde kararlaştırılmış, belirli bir meslek veya faaliyet alanı olarak gösterilmiş ise, o işyerinin mal veya hizmet üretimiyle sınırlı olmak kaydıyla işçinin faaliyet veya mesleğinin kapsamına giren bütün işlerin yapılması talep edilebilir. Buna karşın vasıfsız bir iş söz konusu ise, dürüstlük kuralı gereği vasıfsız bir işçiden beklenebilecek her türlü işler yerine getirilmelidir.

dd. İşin veya İşyerinin Değiştirilmesi

İşçinin yerine getirmek borcu altında bulunduğu iş, iş sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır. Dolayısıyla, belirlenmiş olan bu işin değişikliğe tâbi tutulması iş sözleşmesinde esaslı tarzda bir değişiklik teşkil eder. Bununla birlikte, işverenin işçinin işini değiştirme hakkı, daha başlangıçta işverenin yetkisinde bırakılmış veya buna ilişkin bir sözleşme yapılmışsa, işveren söz konusu değişikliği yapabilir. Bunun gibi, yapılan esaslı değişikliğe işçi rıza göstermişse de değişiklik uygulanabilir. Ayrıca değişikliğin işçinin yararına olması durumunda da değişiklik geçerlidir. Ancak, bunlar dışında işçinin rızası olmadan sözleşme konusu işte herhangi bir değişiklik yapılamaz. İş dışında işyerinin değişikliği de aynı hususlara tâbidir.

İş sözleşmesinde işçinin işi ifa edeceği iş ve işyeri, açıkça kararlaştırılmamış ise, işveren yönetim hakkına dayanarak ve dürüstlük kuralına uyarak iş sözleşmesinin ifa edileceği yeri kendisi belirler.

İş Kanunu, işçinin çalışma koşullarında esaslı/önemli tarzda bir değişiklik yapılması hâlinde, eski İş Kanunu'ndan farklı olarak, bu değişikliğin işçiyi bağlayabilmesi için onun rızasının alınması esasını getirmiştir. İşK.m.22'ye göre, işveren çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği, öncesinden işçiye

yazılı olarak bildirmekle yapabilir. Değişiklik teklifine işçi altı iş günü içerisinde yazılı olarak onay vermedikçe bu değişiklik işçiyi bağlamaz.

> *"Açıklanan bu maddi ve hukukî olgular ışığında somut uyuşmazlık değerlendirildiğinde; alt işverenler nezdinde davalı Bakanlığa bağlı işyerinde çalışan davacının yol ücretinin 2012 yılında 6,00 TL, 2013 yılında 3,50 TL, 2014 yılında ise 4,14 TL olarak ödendiği, yol ücretinin bu şekilde düşürülmesi hususunun davacıya yazılı olarak bildirilmediği ve davacının İş Kanununun 22. maddesinde kapsamında esaslı nitelikteki bu değişikliği altı işgünü içinde kabul ettiğini gösterir yazılı bir belgenin de dosya içeriğinde bulunmadığı anlaşılmaktadır. Şu hâlde, yapılan değişiklik davacı işçiyi bağlamayacaktır"* (YHGK 05.04.2017, E.2015/3061 K.2017/616).

> "*Somut uyuşmazlıkta; dosyadaki bilgi ve belgeler ile özellikle tanık beyanlarından; davalıya ait .../...'daki şantiyede çalışan davacının Gebze'deki şantiyeye nakledilmek istendiği, davacının bunu kabul etmemesi üzerine de davalı işverence işten çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Davacının işyerinin değişmesi işçi açısından aleyhe değişiklik olup, davacı işçi bunu kabul etmek zorunda değildir. Taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde, işverenin nakil yetkisinin olması, işveren tarafından bu değişiklik objektif nedenlerle ortaya konulamadığı sürece sonuca etki etmeyecektir. Sonuç itibariyle davalı işveren fesihte haklı olduğunu ispat edemediğinden, davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü gerekirken, yazılı gerekçeyle reddi hatalıdır*" (Yarg. 9.HD. 07.11.2019, E.2015/26074 K.2019/19343).

Altı iş günlük sürenin geçirilmesi, teklifin reddi anlamına gelir. İşçinin değişiklik önerisini reddetmesi durumunda işveren, değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya sözleşmenin sona erdirilmesi için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. Bu durumun geçerli bir neden olmadığını düşünen işçi de iş mahkemesinde işe iade davası açabilme hakkına sahiptir. Bu değişiklik hâlinde işçi aynı zamanda İşK.m.24/II-f hükmü gereği çalışma koşullarının uygulanmaması gerekçesiyle iş sözleşmesini haklı nedenle (bildirimsiz) olarak sona erdirebilir.

! Pandemi Sebebiyle Evden Çalışma Düzenine Geçilmesi

İşyerinde çalışmayı zorlaştıran zorunluluk hâllerinin doğması durumunda çalışma geçici olarak evden yürütülebilir. COVID-19 pandemisinin önlenmesi amacıyla hem işyerinde çalışanlar arasında hem de çalışanların işyerine gelmesi sırasında dışarıda sosyal mesafenin sağlanması amacıyla geçici olarak evden çalışma düzenine geçilmesi mümkündür. Bu durumda çalışmanın uzaktan çalışmaya dönüşüp dönüşmediği tartışılabilir.

Salgın nedeniyle geçici olarak evden çalışma düzenine geçilmesi durumunda kalıcı olarak yeni bir çalışma düzeni oluşturulmamaktadır. Bu nedenle evde bir iş organizasyonundan bahsedilemeyeceğinden tam anlamıyla bir uzaktan çalışma söz konusu olmayabilir. Uzaktan çalışma, ayrı bir iş sözleşmesi türüdür. Mevcut iş sözleşmesi sona erdirilip uzaktan çalışmayı öngören yeni bir iş sözleşmesi yapılması durumunda evden yürütülen çalışmanın uzaktan çalışma olduğuna dair şüphe kalmayacaktır.

Pandemi sebebiyle geçici olarak evden çalışmaya geçilmesi, İş Kanunu m. 22 kapsamında çalışma koşullarında değişiklik niteliğindedir. Dolayısıyla evden çalışma düzeninin uygulanabilmesi için işverenin bu esaslı değişikliği yazılı olarak işçiye bildirmesi, işçinin de altı iş günü içinde yazılı olarak kabul etmesi gerekir. Çalışma koşullarındaki değişikliğin işçi tarafından kabul edilmediği durumda işverene tanınan, değişikliğin geçerli nedene dayandığı veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğu durumda iş sözleşmesini feshetme imkânı bu durumda kullanılamayacaktır. Salgın hastalık sebebiyle işverenin evden çalışmaya geçilmesi teklifinin işçi tarafından reddedilmesinin, pandeminin yayılma hızı ve tehlikesi göz önünde bulundurulduğunda iş sözleşmesini fesih bakımından geçerli neden oluşturacağı kabul edilebilir. Ancak İş Kanunu geçici 10. maddede işverenin iş sözleşmesini fesih hakkını sınırlandıran hüküm, çalışma koşullarında değişiklikteki fesih hakkının kullanılmasını da engelleyici niteliktedir. Bu hâlde işverenin kullanabileceği imkânın işçisini ücretsiz izne çıkarmak olduğunu söyleyebiliriz.

Evden çalışma düzenine geçilmesi, işyerindeki her çalışan için mümkün olmayabilir. Yürüttüğü işin niteliği dolayısıyla iletişim teknolojileri aracılığı ile çalışmasını evden yürütebilecek işçilerin evden çalışma düzenine geçebileceği şüphesizdir. Ancak işyerinde bulunan ve taşınması mümkün olmayan araç gereçlerle işini yürüten çalışanların evden çalışmaya geçmesi mümkün olmayabilir. İşveren, evden çalışma uygulamasında bu yeni düzene geçecek çalışanların belirlenmesinde objektif kriterler belirlemeli ve eşitlik ilkesini gözeterek yönetim hakkını kullanmalıdır.

Çalışanların iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak, işverenin önemli yükümlülüklerinden biridir. Evden çalışma düzenine geçilmesi durumunda evden çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin nasıl sağlanacağı tartışılabilir. Tüm çalışanların iş sağlığı ve güvenliği bakımından çalışma ortamının gerekli koşulları taşıyıp taşımadığının işveren tarafından kontrol edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda yürütülen iş bakımından risk durumuna göre değerlendirme yapılabilir. Düşük riskli işler bakımından evden çalışma yapılması tehlike doğurmayabilirse de yüksek riskli işlerin evden yürütülmesi konusunda ısrarcı olan işveren bundan doğacak tehlikelerin sonuçlarına tümüyle katlanmalıdır. Evden yürütülen çalışma bakımından işverenin iş sağlığı ve güvenliği sorumluluğunun belirlenmesinde kolaylık sağlaması açısından evden çalışmaya geçilmeden önce işin yürütülme şekli, ekipmanlar, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması gibi hususların yazılı şekilde belirlenmesi yerinde olacaktır.

ee. İşin İfa Edileceği Zaman

İşin ifa edileceği zaman da sözleşmede tespit olunmalıdır. Bununla birlikte tarafların sözleşmenin ifa edileceği zamana ilişkin serbestileri birtakım sınırlamalara da tâbidir. Örneğin bir kısım işlerde gece çalışmasının birtakım işçi için yasaklanması, gece postalarının belirli bir şekilde düzenlenmesi gereği, tarafların serbestilerine mevzuatla getirilen bir sınırlandırmadır. Taraflar işin ifa edileceği zamanı kararlaştırmamışlar ise, işveren dürüstlük kuralına göre zamanı kendisi yönetim hakkına dayanarak belirler.

b. İşçinin İşi Özenle Yapma Borcu

İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borcu olan işin ifasında kendisinden beklenen bütün dikkati göstermesi, mesleki bilgisini, fikrî ve bedenî yeteneklerini gerektiği şekilde kullanmasıdır. Bu borç ayrıca kendisine bırakılan makine, alet ve araçların da dikkatli bir biçimde kullanılmasını öngörür. Böylelikle işçi üstlendiği işi özenle yerine getirmek durumundadır. İşçi kusuru ile işverene vermiş olduğu zararlardan sorumludur. İşçinin işi ifa ederken göstereceği özenin derecesi her somut olaya göre değişiklik arz eder. Ancak, işçinin göstereceği özen konusunda, işçinin, işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bilgisinin derecesi ve mesleki yeteneği ile

işe yatkınlığı ile özellikleri de göz önünde bulundurulur (TBK.m.396). Buna göre, işyerinde vasıfsız bir işçi ile bir mühendisin, yine mühendis ile şantiye şefinin, gösterecek oldukları özen dereceleri birbirinden farklıdır.

Özen borcuna aykırılığın müeyyidesi, ortaya çıkan zararların giderilmesi (tazmini) olmakla birlikte İş Kanunu kusurlu olarak özen borcuna aykırı hareket eden işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle (tazminatsız) sona erdirilmesine de imkân tanımıştır (İşK.m.25/II-ı). Bunun için, işçinin otuz günlük ücreti ile karşılayamayacak olduğu bir zarara sebep vermesi gerekir.

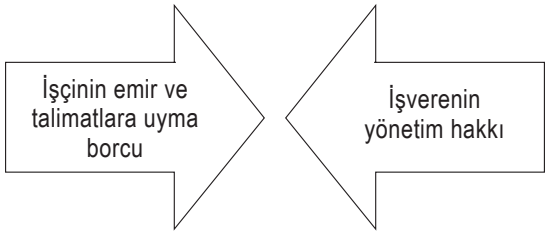
Bunun dışında, işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı hâlde yapmamakta ısrar etmesi (İşK.m.25/II-h) çerçevesinde de işveren sözleşmeyi haklı nedenle (bildirimsiz) sona erdirebilir. Bu şekilde işyerinde herhangi bir zarar doğmasa dahi, işçinin yapacağı işi dikkatli ve özenli yapması gerektiği hatırlatılıp da buna riayet edilmez ve ısrar edilirse, sözleşme yine sona erdirilebilir.

> *"Dosya içeriğine, davacı hakkında düzenlenmiş olan tutanaklar ile tanık beyanlarına göre davacının Çocuk Esirgeme kurumu bünyesinde "bakıcı anne" olarak iş sözleşmeleri ile işi yürüten alt işveren nezdinde çalıştığı, davacının uyarılara rağmen tekrar eder şekilde çocuklara bağırdığı, temizliğe dikkat etmediği, uyarılara rağmen bu davranışlarını sürdürerek görevini gereği gibi yapmamakta ısrar ettiği ve işini özenle yerine getirme yükümlülüğünü ihlal ettiği anlaşılmaktadır. Çalıştığı işyerinin özelliği ve yaptığı işin mahiyeti itibariyle davacının işini özenle yerine getirme yükümlülüğü konusunda daha titiz ve duyarlı davranması gerektiği açıktır. Davacının hatırlatıldığı hâlde yapmakla yükümlü olduğu görevlerini gereği gibi yerine getirmemekte ısrar ettiği dosya kapsamıyla sabittir. Davacı hakkında düzenlenen tutanaklardaki eylemlerinin çocuk yuvasında kalan çocuklar üzerindeki etkisine dair tutanak içeriğindeki değerlendirmeler ve bu değerlendirmelerde bulunanların öğretmen ve psikolog gibi konunun uzmanı şahıslar olması ve son olarak tutanak içeriklerinin aksini ortaya koyacak delilde bulunmaması karşısında davacının iş sözleşmesinin işverence 4857 sayılı yasanın 25/2*

maddesi kapsamında haklı nedenle feshedildiğinin kabulü gerekir. Hal böyle olunca davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır" (Yarg. 22.HD. 03.12.2012, E.2012/7577 K.2012/27065).

"*4857 Sayılı* İş *Kanununun madde 25/H-ı fıkrasında yer alan hükümle de özensiz ifa sonucu işçinin 30 günlük ücreti ile karşılayamayacağı bir zararın meydana gelmesi hali işveren bakımından is sözleşmesinin haklı feshi sebebi sayılmıştır. Özenle ifa yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlıklardan iş sözleşmesinin ifası dolayısıyla bir zararın meydana geldiğini ispat işverene bu zarardan dolayı hiçbir kusurunun bulunmadığım ispat külfeti işçiye yüklenmiştir. Somut olayda, davacının yanlış yıkama işlemi yaptığı tartışmasız olup olay sonucu işverenin zarara uğradığı açıktır*" (Yarg. 9.HD. 27.02.2008, E.2007/9302 K.2008/2652).

2. İşverenin Emir ve Talimatlarına Uyma (İtaat) Borcu



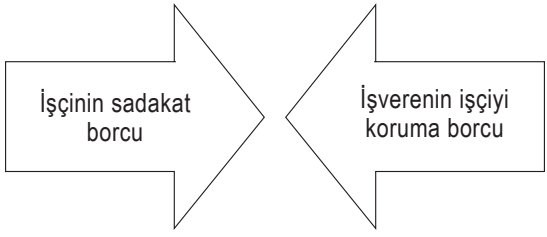
İşçinin emir ve talimatlara uyma borcu, işverenin yönetim hakkı karşısındaki borcudur. Aynı zamanda bu durum, iş sözleşmesinin bağımlı hukukî ilişki kurmasının da bir sonucudur. Bu açıdan bakıldığında işin görülmesine ilişkin emir ve talimatlara uyma borcu bağımsız değil, iş görme borcu kapsamında kalan, onun tamamlayıcısı bir yükümlülüktür. Bununla birlikte işverenin, işin ifasına doğrudan doğruya yönelik olmayan, daha ziyade işyerinin düzen ve disiplini açısından vermiş olduğu emir ve talimatlara uyma durumunda ise bağımsızlık kazanır. Belirtelim ki işçinin itaat borcunun kapsamı, mevzuata, iş ve toplu iş sözleşmelerine aykırı emirlere uymasını zorunlu kılmaz.

İşçinin, işverenin emir ve talimatlarına uymaması işverenin disiplin cezası verme yetkisine yol açabilir. Ancak disiplin cezalarının uygulanabilmesi işçinin söz konusu hususları bilmesine bağlıdır. Buna göre, işçiye hangi eylemlere ne miktar ceza verileceğinin önceden bildirilmesi gerekir.

"*Dosya içeriğine göre davacının çalıştığı makinenin arızalanan bir parçasını makine onarım bölümüne götürdüğü, kendi bölümüne geç döndüğü için şefi tarafından gecikme sebebinin sorulduğu, davacının makine onarımdan sonra tuvalete uğradığını belirttiği, amiri konumundaki şefin bundan böyle izin alması gerektiğini belirtmesi üzerine davacının "tuvalete gitmek için izin mi isteyeceğim" diyerek elindeki malzemeyi yere fırlattığı anlaşılmaktadır. İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene duruma göre iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli fesih hakkı verir. Davacının diğer işçilerin yanında işyerinin çalışma düzeni ile ilgili verilen bir talimata elindeki malzemeyi yere atarak karşı gelmesi işin yürütümünü bozucu niteliktedir. Bu durumda feshin geçerli nedene dayandığını kabul etmek gerekir. Mahkemece yazılı gerekçe ile feshin geçerli nedene dayanmadığına karar verilmiş olması hatalı olmuştur*" (Yarg. 9.HD. 17.03.2008, E.2007/27223 K.2008/5276).

3. Sadakat Borcu

a. Genel Olarak



İşçinin işyerinde işverenin hizmetine girmesi ile birlikte her iki taraf için de diğer tarafın çıkarlarını koruma borcu söz konusu olur. İşçi için bu borç sadakat iken, işveren açısından işçiyi gözetme (koruma) borcudur. Sadakat borcu iş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran ve devamlılık özelliğinden kaynaklanmaktadır. Buna göre, sadakat borcu, işçinin işverenin ve işletmenin yararlarını koruma ve onlara zarar verebilecek her türlü davranışlardan kaçınma yükümlüğünü anlatır. Bir başka ifadeyle, sadakat borcu, işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcudur. Bu borç, işçiye işletme içindeki fonksiyonu ve iyiniyet kurallarına göre kendisinden beklenen

güvenin derecesine uygun işverenin çıkarlarına hizmet eden tüm tedbirleri almayı gerektirir. İşverenin iş sözleşmesinde temel çıkarı işin görülmesidir, ancak bu yükümlülüğün uygun bir şekilde yapılması gereklidir.

İşçinin sadakat borcu, olumlu (yapma) ve olumsuz (yapmama) tarzında iki biçimde karşımıza çıkar. Bu borcun kapsamı oldukça geniştir. Bununla birlikte, sadakat borcunun kapsamına giren tüm borçların hepsinin önceden belirlenebilmesi ve tek tek sayılması da mümkün değildir.

> *"Taraflar arasındaki uyuşmazlık eğitim masrafları noktasında toplanmaktadır. İşçiye işverence verilen eğitim, işçinin işyerinde mal ve hizmet üretimine katkı sağlanması sebebiyle işveren yararına olmakla birlikte, verilen eğitim sayesinde işçi daha nitelikli hale gelmekte ve ileride daha kolay iş bulabilmektedir. Bu nedenle işçiye masrafları işverence karşılanmak üzere verilen eğitim karşılığında, işçinin belli bir süre çalışmasının kararlaştırılması mümkündür. İşçinin de verilen eğitim karşılığında işverene belli bir süre iş görmesi işverene olan sadakat borcu kapsamında değerlendirilmelidir*" (Yarg. 9.HD. 28.01.2021, E.2019/5144 K.2021/2771).

> *"İşçinin, iş ilişkisinde yükümlülüklerinden biri sadakat borcudur. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir, işçinin dolaylı da olsa çalıştığı şirket ile aynı faaliyet alanında şirket kurması, mesaisini kısmen de olsa bu şirkette geçirmesi, şirketin müşterilerini aynı faaliyet alanında başka bir şirkete yönlendirmesi sadakat yükümlülüğünün ihlalidir. Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesi davalı şirketin faaliyet alanında bir şirket kurması, şirketin müşterilerini bu şirkete yönlendirmesi, işverene zarar vermesi ve doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması nedeni ile feshedilmiş, davalı işveren feshe ilişkin olarak da davacıya kullanması için tahsis edilen telefonun, kurulan şirketin adresinde bulunan logoda irtibat*

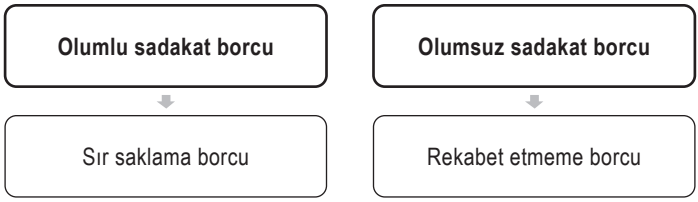
telefonu olarak yer alması ile Zonguldak ve Amasya illerinde bulunan müşterilerine bu şirketten mal gönderilmesi ve fatura edilmesi ile ilgili fotoğraf ve belgeler sunmuştur.(...) Davacının işverenin güvenini kötüye kullanıp kullanmadığının, işverene zarar verip vermediğinin, doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışlarda bulunup bulunmadığının belirlenebilmesi için belirtilen olguların açıklığa kavuşturulması gerekir" (Yarg. 9.HD. 01.02.2010, E.2009/13571 K.2010/1815).

Yargıtay, işçilerin işyerinde üretilen ürünlerin boykot edilmesi çağrısında bulunulmasını sadakat borcuna aykırılık olarak kabul edip haklı fesih nedeni olduğuna hükmetmiştir.

"İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür. 6098 sayılı TBK.'nun 396. Maddesi uyarınca "İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır". 4857 sayılı İş Kanunu'nun II. fıkrasının e bendi uyarınca, "işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları", kısaca sadakat borcunu ihlal eden davranışlarda bulunması işveren açısından haklı bir fesih nedeni oluşturur. Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesi davalı işveren tarafından şahsına ait sosyal paylaşım sitesi üzerinden çalıştığı şirketi karalama ve ürünlerini tüketmeme kampanyası yürüttüğü, bunun doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olduğu gerekçesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesi uyarınca feshedilmiştir. Dosya içeriğine göre, davalı şirket, davacının üyesi olduğu sendika aleyhine kendi ürettiği Sütaş ürünlerinin tüketilmemesi yönündeki boykot çağrılarına karşı ihtiyati tedbir talebinde bulunulmuş ve bu istemi Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 25.09.2014 Gün 2014/833 Esas sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Davacının işçi hukuka aykırılığı tedbir kararıyla da saptanan Sütaş ürünlerinin tüketilmemesi yönündeki boykot çağrısını, şahsına ait sosyal paylaşım sitesinde paylaşıp sayfasına koyduğu, ardından bir kısım işçilerin ise bu paylaşımı beğendikleri anlaşılmaktadır. Her ne kadar bir kısım boykot ilanlarında sendikal nedenle çıkarılan işçilerin geri alınması yönünde çağrının yapıldığı da saptanmış ise de, aynı ilanlarda ayrıca Sütaş ürünlerinin tüketilmemesi ve boykot edilmesi yönünde de çağrı da bulunulmuştur. Salt çıkarılan işçilerin geri alınması konusunda yapılmış bir

çağrının paylaşılmasının fesih nedeni olamayacağı açıksa da, halen çalışmakta olan davacının ... ürünlerinin tüketilmemesi yönünde çağrıyı da içeren ilanı paylaşmasının sadakat borcuna aykırı olacağı açıktır. Davacının davranışının doğruluk ve bağlılığa uymadığı, bu nedenle feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmelidir" (Yarg. 9.HD. 17.09.2015, E.2015/23519 K.2015/26073).

Ancak bu borcun özellikli durumlarına geçmeden önce, belirtelim ki, sadakat borcuna aykırılık durumunda, işveren işçisini haklı nedenle işten çıkarabilir ve uğradığı zararların giderilmesini talep edebilir. Nitekim İş Kanunu'na göre, işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması, işveren açısından sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirmeye imkân verir (İşK.m.25/II-e). Belirtmek gerekir ki, işçinin davranışının sadakat borcuna aykırı olarak kabul edilebilmesi için mutlaka bir zararın meydana gelmesine de gerek yoktur (Yarg. 22. HD. 06.07.2017, E.2015/16581 K.2017/16326).



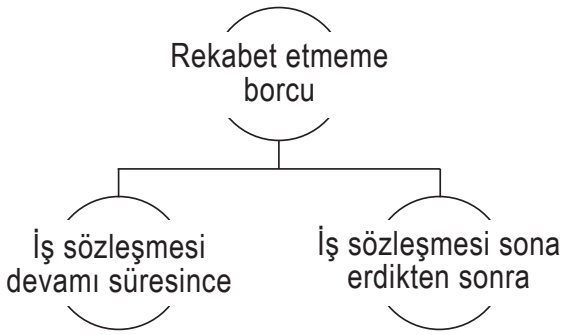
b. Sır Saklama Borcu

İşçi, işe veya işletmeye ilişkin olup da herhangi bir yolla bilgisi dahilinde bulunan, saklanması zorunlu bilgileri üçüncü kişilere açıklamamalıdır. Yine daha sözleşme kurulmadan işçinin sözleşme görüşmeleri sırasında edindiği iş sırlarını da açıklaması, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) gereği tazminat borcu doğurabilir. İş sözleşmesinin devamı sırasında söz konusu yükümlülüğe uyulmaması ise, tazminat borcu yanında işveren açısından haklı fesih nedenidir (İşK.m.25/II-e). Söz konusu borcun kapsamına ancak sır niteliğindeki durumlar girer. Yoksa, herkes tarafından bilinen durumları işveren sır olarak nitelendirse bile, bunları açıklamak, borca aykırılık oluşturmaz. Ancak belirtmek gerekir ki, bir bilginin sır olarak nitelendirilebilmesi için sadece başkasına açıklandığında işverenin zarara uğramasına gerek yoktur, ayrıca işverenin başkası tarafından bilinmesini istemediği bilgiler de sır olarak kabul edilmektedir.

"*Dosya içeriğine göre; davacının davalı işyerinde mağaza müdür vekili olarak görev yaptığı,17.02.2014 tarihinde mağazanın temizlik görevlisi tarafından açıldığının tespit edildiği, konu hakkında davacının alınan savunmasında davacının ilk 20.02.2014 tarihli savunmasında, anahtarı temizlik görevlisine kategori yönetici adayına vermesi için verdiğini ancak erken gelen temizlik görevlisinin diğer çalışanı beklemeyerek mağazayı açtığını belirttiği ancak daha sonra olayın soruşturulması üzerine davacının alınan ikinci 26.02.2014 tarihli savunmasında belli dönemlerde mağaza personeline mağazayı açtırdığını doğruladığı tespit edilmiştir. Davalı şirket tarafından yürütülen tahkikat sonucunda işçinin iş sözleşmesinin şirket tarafından yöneticilere verilen gizli bilgi olan mağaza şifresinin yetkili olmayan şirket çalışanları ile paylaşmasının mağaza güvenliğinde ciddi risk oluşturduğu gerekçesiyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının dosya kapsamına göre sabit olan bu davranışları sadakat borcunun açık ihlali olup, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranıştır*" (Yarg. 9.HD. 10.01.2019, E.2016/27787 K.2019/631).

Bu arada belirtmek gerekir ki, işçinin saklamak zorunda olduğu sırları öğreniş biçiminin hiçbir önemi yoktur. İşçinin bunları, bizzat işverenden duyması veya hukuka ve ahlâka aykırı bir biçimde öğrenmesi arasında bir fark yoktur. Nasıl öğrenilirse öğrenilsin saklanmak zorundadır. Şüphesiz ahlâka veya hukuka aykırı olarak sırları öğrenmek, açıklanmasa da somut olayda sadakat borcuna aykırılık teşkil edebilir.

c. Rekabet Etmeme Borcu



İşçinin işvereni ile rekabet edici davranışlardan kaçınmasını gerektiren rekabet etmeme borcu, iş sözleşmesinin devamı süresince ve iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra olmak üzere ikiye ayrılmalıdır. Buna göre;

- ***İş sözleşmesi sürerken*** işçi, sözleşmede herhangi bir düzenleme olmasa ve rekabet haksız olmasa dahi, işvereni ile rekabet edici davranışlardan kaçınmak borcu altındadır. Söz konusu durum, iş sözleşmesinin özelliğinden kaynaklanmaktadır. İşçinin sadakat borcu gereği, işvereni ile rekabet etmeme yükümlülüğü, işvereni ile rekabet oluşturacak bir işi kendi adına yapmamak, işverene rakip bir başka işverenin işyerinde çalışmamak, işverene rakip bir kuruluşta ortak olmamak veya bir başka sıfatla dahi böyle bir kuruluşla ilgisi bulunmamak gibi alt yükümlülükleri içerir.

  "Taraflar arasında ivazlı rekabet yasağı sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmede davalı işçinin doğrudan veya dolaylı olarak işverenle rekabet hâlinde bulunmayacağı, GSM işletmelerinde yönetici, denetçi, ortak danışman ve benzeri sıfatlarla çalışamayacağı, işverenle doğrudan ya da dolaylı olarak rekabet hâlinde kişi ve kuruluşlara tavsiyelerde bulunamayacağı, onları yönlendirici aktif ve pasif hareketler içine giremeyeceği belirtilmiştir. Dosya içeriğine göre rekabet yasağının öngörüldüğü süre içinde davalı işçi diğer operatörün kart dağıtım ve pazarlama işini alan bir şirketi kurmuş ve bu yolla rekabet yasağına aykırı davranmıştır" (Yarg. 9.HD. 05.02.2013, E.2010/36445 K.2013/4274).

- ***İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra*** rekabet etmeme borcu ise, TBK.m.444-447'de düzenlenmiştir. Buna göre, iş sözleşmesi bittikten sonra rekabetin yasaklanabilmesi için, bu durumun yazılı olarak kararlaştırılması lazımdır. Bu yasaklama, ayrı bir rekabet etmeme sözleşmesi ile yapılabileceği gibi, iş sözleşmesi içerisinde rekabet etmeme şartı biçiminde de düzenleme altına alınabilir. Ayrıca işçi rekabet yasağı sözleşmesi yapıldığı sırada reşit değilse, rekabet yasağı şartı geçersizdir. Bunun yanı sıra rekabet etmeme sınırsız da değildir. Rekabet şartı, durumun gereği, süre, yer ve zaman ile yapılan işin çeşidi açısından da işçinin ekonomik geleceğinin mahvolmasına sebep olmamalıdır. Söz konusu borca aykırılık, tazminat borcu doğurur (TBK.m.446).

Bu arada, Yargıtay'ın sadakat borcu ile rekabet etmeme borcunun ayrımına ilişkin verdiği bir karara değinmekte yarar görüyoruz.

"*Bu noktada, iş görme ve sadakat borçları ile rekabet etmeme borcu (rekabet yasağı) arasındaki ayrıma değinilmesinde yarar bulunmaktadır. İş görme ve sadakat borçları, açıkça kararlaştırılmasa bile her iş sözleşmesinde vardır. Rekabet etmeme borcu ise, ancak iş sözleşmesi taraflarının açıkça kararlaştırmaları hâlinde ortaya çıkar. Bundan başka, iş görme ve sadakat borçlarının yerine getirilmesi sadece sözleşmenin yürürlüğü sırasında söz konusudur. Buna karşılık Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan rekabet etmeme borcu ise iş sözleşmesinden sonraki süre içinde yerine getirilir*" (Yarg. 9.HD. 07.02.2019, E.2015/33389 K.2019/2979).

Rekabet yasağı sözleşmesi her işçi ile değil işverenin müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin işleri hakkında bilgi sahibi olan işçilerle yapılabilir. Bu anlamda sözleşmenin yapılabileceği işçiler, işverenin müşteri çevresine, sırlarına ya da işlerine ilişkin bilgileri kullanarak işverene zarar verebilecek kişilerdir.

"*Yasa hükmüne göre, rekabet yasağı kaydının geçerli olabilmesi için aranan tek şart hizmet ilişkisinin işçiye işverenin üretim sırlarına nüfuz etme imkanı sağlaması olmayıp, yapılan işin işçiye işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkanı sağlaması hâlinde dahi rekabet yasağı kaydının geçerli olacağı kabul edilmektedir. Yapılan açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, davalının davacıya ait iş yerinde hat sorumlusu olarak çalışmış olduğu, iş tanımına göre, işverence üretilen formüllerin doğru olarak uygulanıp uygulanmadığını kontrol etmek gibi görevlerinin bulunduğu, davalı işçi tarafından yapılan işin işverenin üretim sırlarına nüfuz etme imkanı sağlamaya elverişli olduğu gibi, yapılan işin niteliği hakkında da bilgi edinmeye imkan sağladığı anlaşılmaktadır*" (Yarg. 11.HD. 20.05.2019, E.2018/2306 K.2019/3876).

Rekabet yasağına aykırılıktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme neresidir?

"İş akdinin devamı sırasında işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme yasağına aykırılık hâlinde, bu tür davalara bakmakla görevli mahkeme iş mahkemesidir. İş akdinin sona ermesinden sonra rekabet yasağına aykırı hareket edilmesi hâlinde ise, buna dayalı olarak açılacak dava niteliği itibariyle 818 sayılı BK'nun 348. maddesi kapsamına girmekle ve bu kapsamdaki davalar TTK.nun 4/1-3 maddesinin açık hükmü karşısında tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticari davalardan olmakla, bu tür davaların ticaret mahkemesinde incelenip karara bağlanması gerekir" (Yarg. 9.HD. 25.02.2016, E.2014/32564 K.2016/4064).

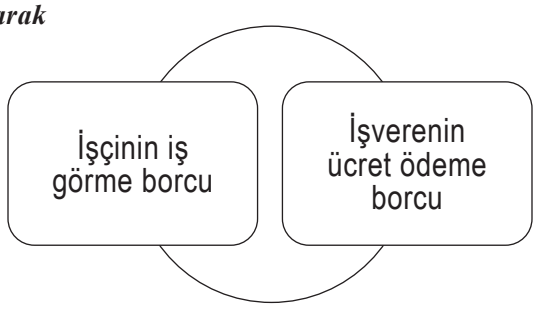
Bu arada belirtmemiz gereken husus, İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, Türk Borçlar Kanunu kapsamında bağıtlanan iş sözleşmelerinden doğan davaların da iş mahkemesinde görülmesinden hareketle açılacak davaların özel düzenleme olması karşısında, Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde mutlak ticarî dava sayılarak genel mahkemelerde görülmesi usûlüne son verilmesi gerektiğidir. Bir başka ifadeyle rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan davaların, gerek İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki özel düzenleme gerekse işin niteliği gereği iş mahkemelerinde görülmesinde fayda bulunmaktadır.*

* "Bu konuda ayrıntılı tartışma ve mahkeme kararları için aşağıda iş yargılamasında görevli mahkemeye ilişkin kısımda yer alan tartışmalara bakınız."

B. İşverenin Borçları

1. Ücret Ödeme Borcu

a. Genel Olarak



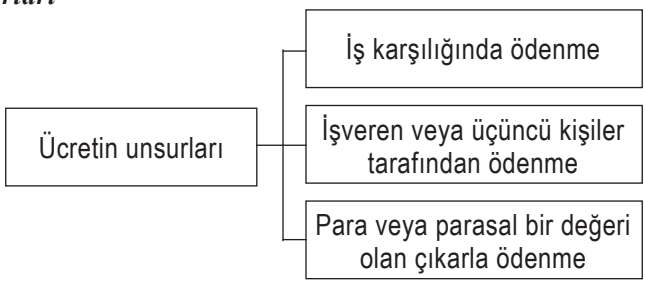
İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan iş sözleşmesinde işçinin iş görme borcunun karşılığı işverenin ücret ödemesidir. Bir başka ifadeyle ücret, iş sözleşmesinin olmazsa olmaz kurucu unsurudur. Ücret ödeme borcu iş sözleşmesi çerçevesinde işçinin hizmetinin karşılığı olarak işverenin yerine getirmek zorunda olduğu aslî yükümlülüktür. İşverenin böyle bir yükümlülük altına girmediği bir ilişki, iş sözleşmesi değildir.

İş Kanunu'na göre, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. Ücret kural olarak, Türk parası ile işyerinde ödenir veya özel olarak açılan bir banka hesabına yatırılır. Bununla birlikte belirli sayıdan fazla işçi çalıştıran işverenler için bankadan ödeme yükümlülüğü de getirilebilir (5 işçi olarak bu husus belirlenmiştir). Ücret yabancı para olarak kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenebilir. Emre muharrer senetle (bono ile), kuponla veya yurtta geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamaz. Ücret, en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir. İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur. Meyhane ve benzeri eğlence yerleri ve perakende mal satan dükkân ve mağazalarda, buralarda çalışanlar hariç, ücret ödenmesi yapılamaz. Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır (İşK.m.32).

Ücret, sosyal düşünceyle iş görülmediği hâlde ücret ödenmesini gerektiren durumların dışında, yapılan bir işin karşılığında, işveren veya üçüncü kişilerce işçiye sağlanan ve para veya parasal değeri bulunan çıkarlardan oluşan bir gelir türüdür. Geniş anlamdaki (giydirilmiş) bu tanımın dışında, İşK.m.32/1'de tanımı verilen ücret, çıplak ücret, (dar anlamda ücret, temel ücret, kök ücret, giydirilmemiş ücret) olarak ifade edilen ve çalışma karşılığı olan ücrettir.

İşK.m.5/4, kadın ve erkek arasında aynı veya eşit değerde bir işte çalışan kadın ve erkek işçiler arasında ücret bakımından herhangi bir ayrımcı davranışta bulunulamayacağını öngörmüştür.

b. Unsurları



aa. İş Karşılığında Ödenme

Ücret, kural olarak işçinin çalışmasının karşılığıdır. Bununla birlikte kanundan kaynaklanan ve işçinin çalışmadığı hâlde ücret alabileceğine ilişkin durumlar ile iş veya toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle de ücret bir iş karşılığı olmaksızın ödenebilir. İşte çalışılmadığı hâlde ücret ödenmesini gerektiren bu gibi durumlarda ödenecek ücrete, ***sosyal ücret*** denir. Zorlayıcı sebepler yüzünden işin görülmediği durumlarda (İşK.m.24/III ve m.25/III), örneğin hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde ve yıllık izinde, çalışılmadan ücret alınır.

> "*Tam süreli çalışan emsal işçi asgarî ücret alıyorsa, kısmî süreli çalışan işçinin aylık ücreti asgari ücretin çalışma süresine oranlanarak belirlenmelidir*" (Yarg. 22.HD. 20.11.2018, E.2017/17841 K.2018/24950).

bb. İşveren veya Üçüncü Kişiler Tarafından Ödenme

Ücret borcu, kişisel bir borç olmadığı için, bir üçüncü kişi tarafından da yerine getirilebilir. Örneğin, bahşiş veya yüzde usûlü ücrette, ücret bir başkası tarafından ödenmektedir. Ancak ücretin işveren veya bir başkası tarafından ödenmesi açısından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

***Ücretin ödendiği nasıl ispatlanmaktadır?**

İlk olarak bireysel iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ya da varsa işyeri iç düzenlemelerindeki hükümler esas alınmaktadır. Ancak bunlar dışındaki en önemli ispat aracı, işçinin imzasını taşıyan ücret bordrolarıdır. Her ne kadar İşK. m.32 uyarınca bazı işyerlerinde işçi ücretlerinin (en az 5 işçinin çalıştığı işyerinde) banka hesabına yatırılması zorunlu olsa da uygulamada

işçi ücretlerinin bir kısmı işçilere elden teslim edilmektedir. Bu durumda imzalı ücret bordroları ile banka kayıtlarındaki bilginin aksi ispatlanamazsa tanık deliline de başvurulmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde belirlenen ücretin ihtilaflı olması ve işçinin kıdemi, çalıştığı iş gibi kıstaslar da dikkate alındığında, bordroda yer alan ücretin düşük olduğu kanısına varılması hâlinde, Yargıtay uygulaması, ücret araştırması yapılması gerektiği şeklinde gerçekleşmektedir. Bir başka ifadeyle taraflar arasında kararlaştırılan ücret veya böyle açık bir kararlaştırma yapılmasa da işçiye ödenen ücret ile, o iş ve işçi için uygulamada alması gerekilen ücret arasında bir farklılık olduğu şüphesi/iddiası, itirazı bulunması durumunda gerçek ücretin araştırılması gerekir. Böylelikle mahkemece gerçek ücret tespit edilir.

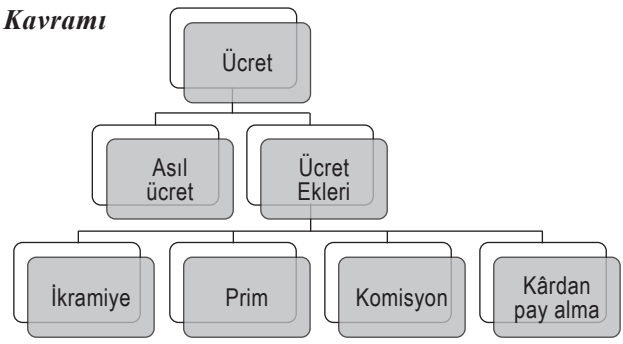
Ücret araştırmasında işçinin unvanı önem arz eder. Bu yönde bir karara göre; *"Yargılama sırasında dinlenen davacı ve davalı tanıklarının davacının akdinin feshinden yıllar önce işyerinden ayrıldıkları ya da işyeri çalışanı olmadıkları görülmekle davacının usta olarak çalıştığına ilişkin beyanlarının somut ve ispata yeterli olmadığı, davacının da usta olduğuna dair ustalık belgesi sunmadığından usta olduğunu kanıtlayamadığı anlaşılmakla mahkemece bu tanıkların beyanının ücret tespitinde dikkate alınması mümkün değildir. Emsal ücret araştırmasının da davacının usta olduğunun kabulüyle yapıldığı anlaşılmakla davacının kalfa olduğu kabul edilerek fiilen yaptığı iş ve işyerinin özellikleri birlikte değerlendirildiğinde yukarıda açıklanan şekilde meslek odalarından ve Türkiye İstatistik Kurumu'ndan sorularak emsal ücret araştırması yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır"* (Yarg. 9.HD. 04.11.2020, E.2016/30118 K.2020/14680). Başka bir Yargıtay kararında vinç operatörlüğünün nitelikli iş olması nedeniyle işçinin asgarî ücret aldığına ilişkin bilginin kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir (Yarg. 9.HD. 03.02.2020, E.2016/12423 K.2020/1222). Ek olarak işçinin aldığı ücrete yönelik herhangi bir yazılı delil bulunmaması hâlinde de yine tanık beyanıyla işçinin ücreti ispatlanmaktadır. Ücret araştırması yapılırken işçi ve/veya işveren kuruluşlarından ya da sendikalardan faydalanılmaktadır. Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin verdiği bir kararda; *"İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları*

gözetilmelidir. Fakat yargılama sırasında dinlenen tanıkların ücrete ilişkin beyanları da muallaktır. Tanık olarak dinlenen ve sigorta kaydı bulunmayan işçilerin açtıkları kesinleşen hizmet tespiti dosyalarında da asgari ücretle çalıştıkları yönünde tespit yapılmıştır. Bu nedenle işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından, tarafların bildirdikleri emsal işyerlerinden ve ...'ten emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir" şeklinde hüküm verilmiştir (04.11.2020, E.2016/30123 K.2020/14685). Ayrıca çeşitli resmi kuruluşlardan araştırma da yapılabilir. Yargıtay'ın çeşitli kararlarında, Türkiye İstatistik Kurumunun resmi internet sitesindeki "kazanç bilgisi sorgulama" kısmından da faydalanabileceği ifade edilmektedir (Yarg. 9.HD. 21.09.2020, E.2016/24099 K.2020/8495; 28.10.2020, E.2017/17890 K.2020/13743; Yarg. 22.HD. 07.07.2020, E.2017/39278 K.2020/8971). Yapılan ücret araştırmasında gelen ücretler birbirinden farklı ise, ortalama bir ücret esas alınmaktadır (Yarg. 9.HD. 03.10.2019, E.2019/6804 K.2019/17262).

cc. Para veya Parasal Bir Değeri Olan Çıkarla Ödenme

Ücret, nakdî bir ödemedir. Asıl ücret (iş karşılığı olan), nakden ödenmelidir. Buna karşılık, asıl ücret dışında yapılan aynen (malla) ödemeler de geçerlidir. Örneğin, ekmek fabrikasında çalışan bir işçinin asıl ücreti dışında günde beş tane de ekmek alması durumunda, alınan ekmekler aynen (malla) ödemedir. Geniş anlamda ücretin söz konusu olduğu, ihbar, kötüniyet ve kıdem tazminatında, kanundan veya sözleşmeden doğan para ve para ile ölçülmesi mümkün tüm menfaatler dikkate alınarak ücret belirlenir. Bunun dışında, kanunda özel olarak belirtilmeyen durumlarda kullanılan "ücret" ifadesi, dar anlamdaki ücrete (çıplak ücret) karşılık gelir.

c. Ücret Kavramı



aa. Asıl Ücret

İş karşılığı olan ücret, asıl ücrettir (İşK.m.32/1). İşçiye sağlanan ek çıkarlar dışında kalan ücret, temel ücrettir.

bb. Ücret Ekleri

Asıl ücret kavramı dışında kalıp, geniş anlamda ücret içerisinde yer alan çıkarlar, ücret eklerini oluştururlar. Böylece ücret ekleri, asıl ücretin ekleridir.

Bu arada belirtelim ki, asgarî geçim indirimi Devlet tarafından kanunla getirilen ve işçiye "vergi indirimi" şeklinde sağlanan bir menfaat olsa da işveren tarafından sağlanan bir parasal menfaat olmadığından ücretin eki olan bir ödeme olarak nitelendirilemez, dolayısıyla asgarî geçim indirimi tazminata esas giydirilmiş ücrete dahil edilemez (YHGK 08.02.2017, E.2015/113 K.2017/238).

aaa. İkramiye

İkramiye, normal olarak işverenin işçilere yaptıkları işten ve işyerinin gelişmesine katkılarından dolayı duyduğu hoşnutluğu belirtmek için ya da daha ender olarak, işçinin yaşantısının önemli günlerinde (evlenme, doğum, bayram, yılbaşı gibi) bazı olaylar nedeniyle verdiği bir miktar paradır. İkramiye, işçinin işyerinde çalıştığı süre ile uygun olarak tespit edilip ödenir. Yani, işçi ikramiye dönemi içerisinde iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda çalıştığı süre ile orantılı ikramiye alabilir.

Kamuda çalışan işçiler ile ilgili olarak kanundan doğan ikramiye verme yükümlülüğü vardır. Buna göre, 6772 sayılı Kanun esaslarına göre maden işletmelerinin münhasıran yer altı işlerinde çalışan işçilere her yıl için azamî üç, diğer işçilere iki ilâve ödeme yapılır (m.1-3). Bu ilâve ödemelerden ayrı olarak her biri bir aylık istihkakları tutarını aşmamak şartıyla toplu iş sözleşmeleri ile en çok iki ikramiye daha verilebilir (Ek.m.1). 6772 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalan işyerleri için ise, Ek m.2'ye göre, en çok dört, yeraltında çalışanlara ise beş ikramiye ödenebilir.

Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'na göre, hizmet sözleşmesi ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermişse, ikramiyenin çalıştığı süreye yansıyan bölümü ödenir (m.405/2).

bbb. Prim

Primde, üstün bir çaba harcanarak işin iyi bir biçimde yerine getirilmesi ödüllendirilir. Böylece üretimde artış, daha az maliyetle daha kaliteli üretim yapmak veya daha fazla kâr elde edilmesine neden olunmasının ödüllendirilmesi, söz konusudur. Çeşitli adlar altında verilen primler (randıman primi, devamlılık primi, performans primi vs.) asıl ücretten sayılmaz.

Prim, ücretin eki olarak İş Kanunu'nda ifadesini bulmuş olup davacı işçinin performansının ve çalışmasının prime hak kazandırmadığını somut ve objektif olarak ortaya koyamayan davalı işverenin davacıya prim alacaklarını ödemesi gerekmektedir (Yarg. 9.HD. 05.07.2018, E.2018/5530 K.2018/14907). Uygulamada prim ile ikramiye birbirine karıştırılmaktadır. Ancak ikramiyeden farklı olarak primde işçinin performansı, başarısı ödüllendirilmekte ve primde daha çok zamana göre ücretin sakıncalarının giderilmesi, işin daha kaliteli çıkarılması teşvik edilirken, ikramiyede özel nedenler (bayram gibi) bulunmaktadır.

Asgarî ücrete ilâve sefer primi ile çalışan uluslararası tır şoförünün aylık ücret miktarı hesaplanırken pasaport kayıtlarına göre ayda kaç sefer yaptığı tespit edilerek son 1 yıldaki sefer sayılarına göre bir yıllık ücreti ve bu yıllık ücret on ikiye bölünmek suretiyle aylık ücreti belirlenmelidir. Yargıtay'ın verdiği bir karara göre de uzun yol tır şoförünün sadece asgarî ücretle çalışmayacağı bilinen bir gerçek olup asgarî ücret seviyesinde sabit ücret ödenmekte, ücretin esaslı kısmı belirtilen primlerle sağlanmaktadır ve prim miktarı belirlenirken gümrük kapısı masrafı, aracın motorin ve yol masraflarının düşülmesi gerektiği de göz önünde bulundurulmalıdır (Yarg. 22.HD. 11.12.2017, E.2015/24260 K.2017/28312).

Belirtmek gerekir ki, işçi ödemenin ilgili bulunduğu dönemin büyük bir kısmında çalışmışsa, çalıştığı süre ile orantılı bir ödeme yapılmalıdır. Gerçekten, "*Dosya içinde bulunan ve davalı işveren yönetim kurulu tarafından karara bağlandığı anlaşılan 2005 yılına ait Prim Sistemi Prosedürü doğrudan davacı işçi ile ilgili olup, anılan yıl sonunda satış ve katkı hedeflerine göre davacı işçiye toplam 10 maaş tutarında pirim ödeneceği öngörülmüştür. 2005 yılı sonunda belirlenen hedeflere ulaşıldığı taraflar arasında tartışmasızdır. Sözü edilen Prim Sistemi Prosedürünün 1. maddesinde, dönem içinde ve 28*

Şubat 2006 tarihine kadar şirketten ayrılana prim ödemesi yapılmayacağı kuralı mevcuttur. Davacının iş sözleşmesi 10.11.2005 tarihinde yasal hakları ödenmek kaydıyla işverence feshedilmiştir. Somut olayda temel uyuşmazlık, ödeme anında işyerinde çalışması olmayan davacı işçinin 2005 yılı primine hak kazanıp kazanamayacağı noktasındadır. Davacının 2005 yılının büyük bölümünde çalıştığı ve yıl sonu hedeflerine ulaşmasında katkı sağladığı açıktır. Nitekim davalı işveren aksi yönde bir savunma getirmemiştir. O hâlde davacının 2005 yılı içinde çalıştığı süreyle sınırlı olarak prime hak kazandığının kabulü gerekir. Prim Sistemi Prosedüründe dönem içinde ve hatta ödeme zamanında işyerinde çalışıyor olma şartının öngörülmüş olması bu noktada önemsizdir. Prim, iş görme edimini başarılı bir şekilde yerine getiren ve bu bakımdan işyerindeki mal ve hizmet üretimine katkı sağlayan işçinin ödüllendirilmesi amacıyla yapılan ücreti eki niteliğine bir ödemedir. İşverence belirlenen hedeflere ulaşıldığına göre bu sürece katkı sağlayan davacı işçinin pirim ödemesinin dışında tutulması doğru olmaz. Mahkemece, davacının prim talebinin, ödeme anında çalışmanın bulunmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmesi de yerinde olmamıştır. Dosya içinde bulunan 17.4.2007 tarihli hesap raporu bir değerlendirmeye tabi tutulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Mahkemece, davada kendisini vekille temsil ettirmiş olan davalı yararına nispi avukatlık ücretine karar verilmesi gerekirken maktu olarak hüküm tesisi de kabule göre doğru değildir" (Yarg. 9.HD. 25.11.2008, E.2008/5558 K.2008/30603).

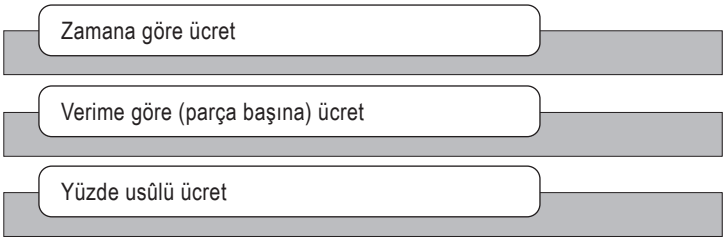
ccc. Komisyon

Komisyon, işverene sağlanan çıkarlar karşılığında işçinin yüzde miktarı olarak aldığı karşılıktır. Bunun için öncelikle işçi ile işverenin dışındaki üçüncü bir kişi arasında bir hukukî işlem yapılmalı ve bu işlem de sonuçlandırılmalıdır. Komisyon genellikle ticarî işlerde geçerli olmasına karşın, bir ücret eki olarak karşımıza çıkabileceği gibi, asıl ücret biçimi olarak da kararlaştırılabilir.

ddd. Kârdan Pay Alma

Kârdan pay alma, işletmenin bütününün veya bir kısmının kârına iş dönemi boyunca katılma durumudur. Kârdan pay alma açık bir şekilde kararlaştırılırsa ücret eki olarak kabul edilebilir. Bunun dışında, asıl ücret kârdan pay almak olarak belirlenemez. Zira, işyerinde zarar ortaya çıkabilir.

d. Ücret Tespit Yöntemleri



aa. Zamana Göre Ücret

Ücretin saat, gün, hafta, ay gibi zaman ölçüsü birimlerinin esas alınarak tespit edilmesi durumunda zamana göre ücret vardır. Ücretin en eski, yaygın ve basit kullanımı bu şekildedir. Burada belirli bir süre içinde işçinin işverenin emrine hazır olarak beklemesi söz konusudur. Buna göre işçi, kararlaştırılan zaman dilimi içerisinde iş görmese dahi, işverenin emir ve talimatlarına (emrinde) hazır olarak beklediğinden, ücrete hak kazanır. İş Kanunu esas itibariyle zamana göre ücreti düzenlemiştir.

bb. Verime Göre Ücret (Parça Başına Ücret)

Üretilen mal ve hizmetin miktarına göre ücretin söz konusu olması durumunda verime göre ücret vardır. Bununla birlikte, üretilen mal ve hizmetin miktarı, işçinin kişiliğine bağlı olarak değişkenlik arz edeceğinden, verime göre ücret de işçilere göre değişiklik gösterebilir.

Verime göre ücretin en yaygın kullanımı, parça başına (akort) ücrettir. Burada, parça sayısı, büyüklük, uzunluk veya ağırlık, ücret miktarını belirlemektedir. Bunun yanı sıra götürü ücret de verime göre ücret çeşidi olmakla birlikte, burada ücret, yapılan işin sonucuna göre belirlenmektedir. Uygulamada birim saptamasının güç olduğu veya seri olarak yapılması mümkün olmayan yahut birbirine benzemeyen ve genellikle devamlılık göstermeyip bir süre sonra biten işlerde, işin sonucuna göre ücret kararlaştırılabilmektedir. Parça başına veya götürü ücretle çalışmada eser (istisna) sözleşmesi ile benzerlikler bulunmaktadır.

Verime dayalı ücretin bir kısım yararları olduğu gibi bazı zararları da bulunmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, verime dayalı ücretle çalışan işçileri koruyucu düzenlemeler de getirmiştir. Bir kere, işçi çıkardığı parçaya

göre ücret aldığı için işverenden kendisine iş verilmesini talep edebilir (TBK.m.411). Bunun yanı sıra, parça başı ücretle çalışan işçi kendisine eksik-az iş verilmesi hâlinde aldığı düşük ücretin telâfisi için ücret talebinde bulunabilir. Talebin dikkate alınmaması durumunda ise iş sözleşmesini haklı nedenle (bildirimsiz olarak) feshedebilir. İş Kanunu haklı nedenle fesih imkânını, eksik iş yapılması nedeniyle aradaki farkın kapatılmamasına bağlamıştır (İşK.m.24/II-f). Aradaki farkın nasıl kapatılacağı konusu üzerinde durulmalıdır. Bir görüşe göre, işçi asgarî ücretin altına düşen ücretini işverenden isteyebilir. Ancak bize göre, işçinin normal bir zamanda elde ettiği ücretin altına düşen her ücretin işveren tarafından telâfisi gereklidir. Bir başka ifadeyle kriter asgarî ücret değil, işçinin normal bir zamanda aldığı ücrettir. Burada fark için dikkate alınacak ücret asgarî ücret değil, işçinin belirli bir zaman diliminde aldığı ücret tespit edilerek belirlenmelidir.

Uygulamada zaman esası ile verime dayalı ücretin karma olarak kullanıldığı ücret biçimlerine de rastlanmaktadır.

cc. Yüzde Usûlü Ücret

Otel, lokanta, eğlence yerleri ve benzeri yerler ve içki içilen ve hemen orada yenilip içilmesi için çeşitli yiyecek satılan yerlerde, müşterilerin hesap pusulalarına belirli bir yüzde olarak eklenen paraların işveren tarafından toplanarak işyerinde çalışan tüm işçilere, işyerinin sunduğu hizmete bulundukları katkıya göre belirlenen oranlarda dağıtımı şeklinde uygulanan ücret sistemine, yüzde usûlü ücret denir Yüzde usûlü ücret, karma ücret sistemi içerisinde de uygulanabilir.

Yüzde usûlü ücret, Kanun'da sayılan (İşK.m.51) nitelikteki otel, lokanta vb. işyerlerinde uygulama alanı bulur. Bununla birlikte söz konusu işyerlerinde ille de yüzde usûlü ücretin uygulanması gerekmez. Yüzde usûlü ücret ile bahşiş farklı şeylerdir. Yüzde usûlünde işveren hesap pusulalarına eklenen miktarları, işçilerine mutlaka eksiksiz olarak dağıtmak zorundadır. Hatta taraflar arasında bunun aksine bir sözleşme dahi yapılamaz. Bu düzenleme mutlak emredicidir. Bahşişte ise, kural olarak o hizmeti gören işçiye verilen ve bağış niteliğindeki bir ödeme söz konusudur ve işçi o miktarı kendisine ayırır. Ayrıca, yüzde usûlü ücret, müşterinin hesap pusulasına yansıtıldığı için mutlaka ödenmelidir. Bahşiş ise, müşterinin inisiyatifindedir.

Yüzde usûlü ücrette, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, yıllık izin ücreti gibi ödemelerde söz konusu olan ücret farklarını (veya ücretleri) işveren ödemek durumundadır. Bir başka ifadeyle, izne çıkan bir işçiye işveren, çalışmadığı için kendisine ücret vermeyeceğini söyleyemez.

e. Ücretin Miktarı

aa. Genel Olarak

Ücretin miktarı taraflar arasında serbestçe kararlaştırılabilir. Bununla birlikte, sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgarî ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür (TBK.m.401). Bu durumda rayiç olan ücret geçerli olur. Zira kural olan, hizmet ediminin bir ücret karşılığında yapılmasıdır. Yargıtay'ın da haklı olarak belirttiği gibi, uyuşmazlıkta davacı tanıklarınca işçiye ödenen ücret doğrulanmış olsa bile uyuşmazlığın çözümü için emsal ücret araştırması yapılmalıdır (Yarg. 22.HD. 15.11.2018, E.2017/16475 K.2018/24521).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, emsal ücret tespiti ile ilgili bir kararında şu şekilde hüküm kurmuştur; davalı şirketin faaliyet konusu ve davacının da dış ticaret, ihracat işiyle ilgilenmesi karşısında İhracatçılar Birliği'nden dahi davacı emsali bir işçinin alabileceği ücret miktarının sorulmadığı görülmektedir. Ayrıca mahkemece emsal ücret araştırması yazısında davacının 2007-2010 yılları arasında çalıştığı belirtildiği gibi Tez-Koop İş Sendikasının emsal ücret yazısında 4 yıllık kıdeme sahip bir işçinin alabileceği ücret miktarı bildirilmiş olup, davacının, davalı işyerinde 13.06.2008-30.03.2010 tarihleri arasında çalıştığı ve buna göre 4 yıllık bir kıdeme sahip olmadığı da açıktır. Diğer taraftan davacı tarafından davalı şirket adına düzenlenen 22.12.2008-2010 yılları arasını kapsayan bir kısım proforma, irsaliyeli fatura ve gümrük beyanname örneklerinde davacının unvanı satış elemanı olarak belirtilmiş iken bir kısmında ise satış müdürü olarak belirtilmiştir. Buna göre, davacının davalı işyerinde hangi sıfatla çalıştığı belirlendikten sonra 13.06.2008-30.03.2010 tarihleri arasında çalışan davacının belirtilen çalışma süresi, davalının itirazına uğramayan belgelerde yer verilen mesleki tecrübesi, bildiği yabancı diller ve sendikalı olmadığı hususu da belirtilerek emsal ücretinin ne olabileceği detaylı bir şekilde araştırılmak suretiyle gerçek ücretinin tespiti gerekmektedir. Bu durumda, davacının sendikalı olmadığının belirtilmediği

ve fiilî çalışma süresinin de hatalı olarak bildirildiği emsal ücret araştırmasına göre sonuca gidilmesi doğru olmamıştır. Hâl böyle olunca, direnme kararı yukarıda açıklanan bu değişik neden ve gerekçe ile bozulmalıdır. (YHGK 18.04.2018, E.2015/22-1774 K.2018/794).

Kanun koyucu, iş sözleşmesinde işçilerin ücreti serbestçe kararlaştırmalarına imkân tanımışken, işçilerin korunması düşüncesiyle ücret miktarını asgarî olarak da belirlemiştir.

bb. Asgarî Ücret

Asgarî ücret, işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgarî düzeyde karşılamaya yetecek ücrettir (AÜY.m.4/d). İş Kanunu, asgarî ücretten iş sözleşmesi ile çalışanların tümünün ister İş Kanunu'na tâbi olsun ister olmasın yararlanabilmelerine imkân tanımıştır (İşK.m.39).

Asgarî ücret, işçinin günlük çalışmasının karşılığı olarak, işçinin zorunlu ve kendisinin ihtiyaçlarının karşılığı olarak belirlenir. Günlük olarak belirlenen asgarî ücret, ücretin alt sınırını oluşturur. Taraflar, tespit edilmiş asgarî ücretin altında bir ücreti sözleşmede kararlaştıramazlarsa da bunun üstünde bir ücreti elbette belirleyebilirler. Asgarî ücretin altında bir ücretin belirlenmesi idarî para cezasını gerektirdiği gibi (İşK.m.102/a), nispî emredici bu kural gereği, ilgili düzenleme, kısmî hükümsüzlükle sakattır ve asgarî ücret, sözleşmedeki ücretin yerini alır.

Asgarî ücreti, işçi ve işveren kesimi ile hükümetin temsil edildiği üçlü yapılanmaya sahip Asgarî Ücret Tespit Komisyonu belirler (İşK.m.39; AÜY.m.8). Komisyon, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının çağrısı ile ve fakat en geç iki yılda bir toplanır. Bakanın çağrısı ile daha önce de toplanılabilir. Kararlar kesin olup, Resmî Gazetede yayımlanır. Asgarî ücret, Resmî Gazetede yayımlandığı tarihi izleyen ay başından itibaren yürürlüğe girer (AÜY.m.11).

İşverenler tarafından işçilere sağlanan sosyal yardımlar sebebiyle asgarî ücretten herhangi bir indirim yapılamaz (AÜY.m.12/2). Ayrıca asgarî ücret asıl ücrettir, ücret eklerini kapsamaz.

Asgarî ücrete ilişkin hükümler doğrudan uygulanan kural niteliği taşır mı?

Asgarî ücret, işçiye, yapılan işten ve ücret ödeme sisteminden bağımsız olarak kendisinin ve ailesinin insan olmak sıfatıyla temel ihtiyaçlarını karşılamaya yeterli, ulusal seviyede ve tüm meslekler için geçerli ödenebilecek en alt seviyede ücreti ifade eder.

Aynı zamanda Devletçe uygulanan otoriter ücret sisteminin yansıması olduğu kabul edilen asgarî ücrete ilişkin hükümler, salt işçinin korunmasının ötesinde hem ülkenin ekonomik düzenini koruma gayesi gütmekte hem de sosyal devlet olmanın gereği olarak düzenlenmektedir. Bu sebeple **asgarî ücrete ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanan kurallar niteliğini taşıdığını kabul etmek icap eder.**

Ancak tatil günlerine ilişkin hükümlerde olduğu gibi asgarî ücrete ilişkin hükümler de ülke sınırları içerisinde düzenleme yapma hedefindedir. Dolayısıyla, yabancı bir işçi Türkiye'de çalışmakta ise Türk mahkemesince esasa uygulanacak hukuktan bağımsız olarak asgarî ücrete ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Fakat yurt dışında gerçekleştirilen çalışmalar açısından, Türkiye'deki ekonomik koşullar dikkate alınarak belirlenmiş olan ücretin doğrudan uygulanan kural olarak dikkate alınması beklenemez. Bu noktada ücretin miktarının, ilgili ülke açısından insani şartları taşımadığı iddiası varsa, kamu düzeni gerekçesiyle yabancı hukukun uygulanmasından kaçınılabilir.

f. Ücretin Ödenmesi

aa. Ödeme Biçimi

İşçi ücretinin nakden ve Türk parası ile ödenmesi gereklidir (İşK.m.32/1,2). Buna göre, asıl ücretin nakit (para) ile ödenmesi bir zorunluluktur. Buna karşın ücret eklerinin ayın (mal) ile ödenmesinde bir mahzur yoktur. Sonra, ücretin Türk Lirası olarak ödenmesi de gerekir. Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak, yabancı para olarak kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödeme yapılabilir. Yargıtay'ın da belirttiği üzere,

işçi ücreti yabancı para karşılığı Türk Lirası olarak ödeniyor ise, her ay için ayrı ayrı olmak üzere ücretin ödenmesi gerekli tarihte geçerli döviz kuru esas alınarak, Türk Lirası olarak ödenmesi gereken tutar belirlenmeli ve buna göre hesaplama yapılmalıdır (Yarg. 22.HD. 20.11.2018, E.2016/92 K.2018/24899).

Yine ücret ödemesi, emre muharrer senetle (bono ile), kuponla veya yurtta geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde yapılamaz (İşK.m.32/4).

bb. Ödeme Zamanı

Ücret, en geç ayda bir ödenmelidir. Ödeme süresi, toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri ile bir haftaya kadar indirilebilir (İşK.m.32/5). Yine ücretin iş günlerinde ödenmesi asıldır. Ücret ödemelerinde dönemsel, periyodik bir süre söz konusudur. Ayrıca kural olarak ücret çalışıldıktan sonra işçiye ödenir.

Ücretin tespit edilen zamanda ödenmesi kuralının birtakım istisnaları vardır. Birinci istisnası, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen avans müessesesidir. Buna göre, işveren, işçinin zorunlu olarak ihtiyacı bulunan ve ödemenin kendisi için zarar doğurmayacak olduğu, çalışma karşılığı olan ücreti işçiye vermek zorundadır (TBK.m.406/4). İkinci istisna da iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanun'dan doğan para ve parayla ölçülmesi mümkün tüm menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunluluğudur (İşK.m.32/6).

İşçi ücretinin zamanında hesaplanarak ödenmemesinin müeyyidesi, işçilerin işlerini bırakabilmeleri yanında İşK.m.24/II-e, gereğince sözleşmenin haklı nedenle feshi ve İşK.m.102/a, gereğince de idarî para cezasıdır. Ayrıca ödememe durumunda işveren, mevduata uygulanan en yüksek faizi de ödemek durumundadır.

cc. Ödeme Yeri

Ücret kural olarak, işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödenir (İşK.m.32/2). Ancak meyhane ve benzeri eğlence yerleri ve perakende mal satan dükkân ve mağazalarda, buralarda çalışanlar hariç, ücret ödenmesi yapılamaz (İşK.m.32/6).

Belirtelim ki, uygulamada işyerlerinde iki farklı bordro söz konusu olduğu için, 5 ve daha fazla işçi çalıştıran işverenler için ücret ve bu nitelikteki ödemelerin mutlaka banka aracılığı ile yapılması yükümlülüğü getirilmiştir. Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığı ile Ödenmesine Dair Yönetmelik, bu konudaki esasları belirlemiştir.

dd. Ödenen Ücretin Belgelendirilmesi

İşveren işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek zorundadır.

Yargıtay "*4857 sayılı Yasanın 37. Maddesine göre işverenin işçiye icra, nafaka vs. gibi her türlü kesintinin ve ödemelerin gösterildiği ücret hesap pusulası vermek zorunda olduğu bunun dışında 4857 sayılı yasanın 102/b maddesinde işçinin ücretinden yapılan kesintinin sebebinin işçiye bildirilmemesinin yaptırıma bağlandığı dikkate alındığında işveren yönünden ücret kesintisinin işçiye bildirilmesinin yasal bir yükümlülük ve zorunluluk olduğu, davalı tarafça davacının ücretinden kesinti yapıldığı hususunun birçok kez sorulduğu ve kendisine sözlü olarak bir çok kez ücretten icra kesintisinin yapıldığının bildirilmesine rağmen davalı tarafından düzenlenen bordroların imzasız olması nedeni ile işveren tarafından davacının ücretinden icra sebebi ile kesinti yapıldığı hususunun işçiye 4857 sayılı Yasanın 37. Maddesi kapsamında usûlüne uygun olarak bildirilmemiş olması sebebi ile ücretin kanun hükümlerine uygun olarak ödenmiş sayılamayacağı"*na karar vermiştir (Yarg. 22.HD. 17.12.2018, E.2017/18955 K.2018/27375).

Yüksek Mahkeme başka bir kararında da "*Ne var ki, işçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp ispatlanmadıkça, imzalı bordroda yer alan ücretin ödendiği varsayılır. Somut olayda davacı, kendisine bordroda yazılı ücret miktarından daha fazla değil, daha az ücret ödendiğini ileri sürmekte olup, davacı ile davalı arasında, davacının ücret miktarı konusunda herhangi bir ihtilaf da bulunmamaktadır. Şu hâlde, davacının herhangi bir ihtirazı kayıt ileri sürmeden imzaladığı ücret bordrolarının, bordroda yazılı olan ve davacının da aksini ileri sürmediği ücret miktarı*

yönünden ödeme belgesi olarak kabul edilerek; davacının bu aylara ilişkin ücret alacağı talebinin reddi gerekirken, yazılı şekilde ücret alacağı talebinin kabulüne karar verilmesi bozma sebebidir" ifadelerine yer vermiştir (Yarg. 22.HD. 04.07.2017, E.2015/16704 K.2017/16153). Bu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir (İşK.m.37).

Ücretin ödendiğinin ispatı, işverene aittir. Ücretin ödendiğinin ispatlanmasında işçinin imzasını taşıyan bir ödeme belgesi yeterli olmakla birlikte, para borcu niteliğinde olan ücretin ödendiği tanıkla ispatlanamaz (Yarg. 22.HD. 0207.2020, E.2017/356 K.2020/8580; Yarg. 9.HD. 23.05.2019, E.2016/2347 K.2019/11953). Bu yönde bir Yargıtay kararında "*Böylelikle davacı ve davalı tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde tanık beyanlarının birbirini destekler nitelikte olduğu ve ispat yükü kendisinde olan davacı tarafın çalışma olgusunu ispatladığının kabulüyle sonuca gidilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu durumda ise, ücretin ödendiğin ispatı işverene ait olup, davalı tarafça dava konusu ücret alacağının ödendiğine ilişkin yazılı delil niteliğinde ödeme belgesi sunulmamıştır. Belirtilen tüm bu hususlar dikkate alınarak davanın kabulüne*" karar verilmiştir (Yarg. 22.HD. 20.09.2018, E.2015/35666 K.2018/19240).

Buna karşın ücret miktarının ispatı da işçiye düşer.

> *"Ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçide olup, mahkemece dinlenen davacı tanıkları ...'ya bildirilen ücretin bankaya yatırıldığı, geri kalan kısmının ise elden ödendiğini ve davacının 1.600,00 TL maaş aldığını ifade ederek, davacı iddiasını destekleyecek şekilde beyanda bulunmuşlar, davalı tanıkları ise davacının aldığı ücret miktarını bilmediklerini söylemişlerdir. Tüm dosya kapsamı, davacının yaptığı işin niteliği ve davacının vasıfsız işçi olmadığı hususları da göz önüne alınarak, davacının ücretinin net 1.600,00 TL kabulü dosya içeriğine daha uygun düşecektir."* (Yarg. 22.HD. 04.07.2018, E.2017/14089 K.2018/16739).

g. Ücret Alacağında Zamanaşımı ve Faiz

Ücret alacakları, beş yıllık zamanaşımına tâbidir (İşK.m.32/son). Zamanaşımı süresinin başlangıcı ücret ödeme gününden, yani alacağın muaccel olduğu tarihten başlar (TBK.m.149). Beş yıllık zamanaşımı süresi asıl ücret yanında, ücret eklerini de kapsar.

Ücret alacaklarında zamanaşımı def'i değerlendirilirken fesih tarihinden değil dava tarihinden geriye doğru beş yıl öncesinin zamanaşımına uğradığı kabul edilmelidir (Yarg. 22.HD. 12.12.2016, E.2016/29657 K.2016/26711).

4857 sayılı Kanun ücretin zamanında ödenmemesi durumunda mevduata uygulanan en yüksek faizin söz konusu olacağını öngörmüştür (İşK.m.34/1). 1475 sayılı İş Kanunu döneminde zamanında ödenmeyen ücretler için yasal faiz söz konusu idi. Hemen belirtelim ki, toplu iş sözleşmelerine dayanan ücret alacaklarında ise, en yüksek işletme kredisi faizi söz konusudur (STİSK.m.53/2).

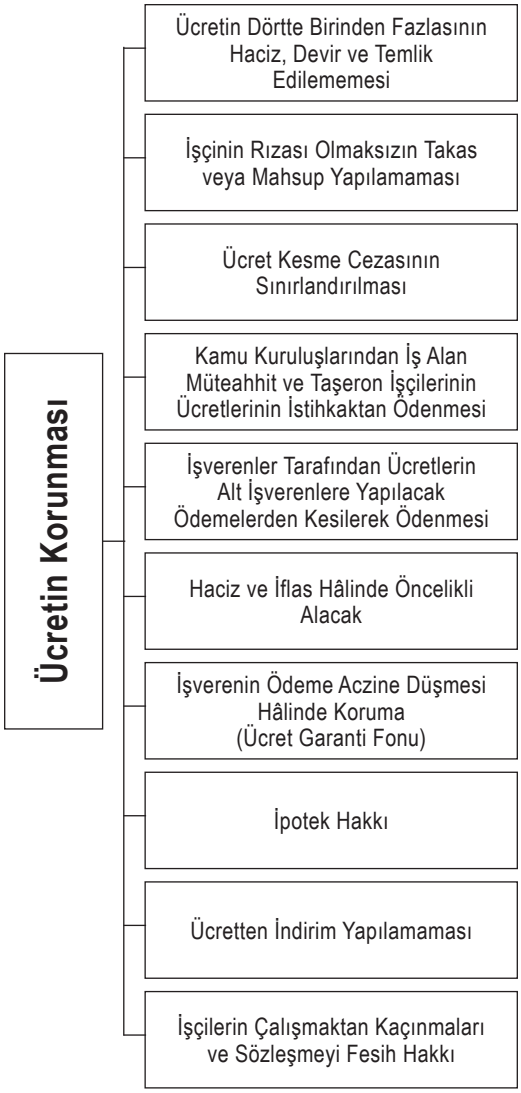
***Kanunda belirtilen bu faiz oranı ücret ekleri için de uygulanacak mıdır?**

Yargıtay'ın eski uygulamasında kanunda düzenlenmiş olan mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı sadece asıl ücrete uygulanmaktaydı. Ancak daha sonraki kararlarında ücret eklerine, hafta tatili, bayram ve genel tatil ve fazla çalışma ücretlerine belirtilen faiz oranının uygulanacağına karar verilmiştir (Yarg. 9.HD. 06.07.2009, E.2009/11522 K.2009/19492).

Belirtmek gerekir ki, ilâve tediye alacağı başka bir kanundan kaynaklandığı için İşK. m.34'te belirtilen faiz oranı uygulanmamaktadır (Yarg. 9.HD. 09.03.2010, E.2009/44095 K.2010/6354).

h. Ücretin Korunması

Ücret, işçi ve ailesi için genellikle tek geçim kaynağı olması nedeniyle sıradan bir alacak gibi kabul edilemez. Bu nedenle ücretin özel olarak korunması gerekir.



aa. Ücretin Dörtte Birinden Fazlasının Haciz, Devir ve Temlik Edilememesi

İşçi ücretinin en fazla dörtte birinden fazlası haciz, devir ve temlik edilemez. Ancak hâkim kişinin ihtiyaçlarının daha fazla olması durumunda söz konusu miktarı daha da azaltabilir. Bununla birlikte nafaka borçlarında herhangi bir sınırlandırma söz konusu değildir (İşK.m.35).

bb. İşçinin Rızası Olmaksızın Takas veya Mahsup Yapılamaması

İşçinin rızası olmaksızın işveren, kendi alacaklarını işçi ücretinden takas edemez (TBK.m.407). Bunun istisnası işçinin kasıtlı olarak işverene vermiş olduğu zararların tazmin edilmesidir. Bu durumda dahi ücretin haczedilebilir kısmı kadar haczedilebilir. Bunun dışında takas edilebilecek miktarla ilgili olarak hâkim, işçi ve ailesinin gerçek durumuna göre bir sınırlamada bulunabilir. Ayrıca, hacizle ilgili sınırlama (1/4) burada da geçerlidir.

cc. Ücret Kesme Cezasının Sınırlandırılması

İşveren, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerinde gösterilmiş olan sebepler dışında işçiye ücret kesintisi cezası veremez. İşçi ücretlerinden ceza olarak yapılacak kesintilerin işçiye derhâl sebepleriyle beraber bildirilmesi gerekir. İşçi ücretlerinden bu yolla yapılacak kesintiler bir ayda iki gündelikten veya parça başına yahut yapılan iş miktarına göre verilen ücretlerde işçinin iki günlük kazancından fazla olamaz. Kesilen bu paralar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca belirlenecek bir bankaya kesildiği tarihten itibaren bir ay içinde yatırılmalıdır. Yatırılan paraların değerlendirilmesi ile ilgili bir Kurul da oluşturulur (İşK.m.38). İşverenler işçileri için disiplin cezası uyguladıkları takdirde bunun iş veya toplu iş sözleşmesi ile belirlenmiş olması ve verilecek para cezasının da işçinin iki günlük ücretini aşmaması lazımdır. Söz konusu kurala uyulmamasının veya aykırı davranılmasının müeyyidesi idarî para cezasıdır (İşK.m.102/b).

dd. Kamu Kuruluşlarından İş Alan Müteahhit ve Taşeron İşçilerinin Ücretlerinin İstihkaktan Ödenmesi

İşK.m.36'da sayılan kamu kuruluşları (genel ve katma bütçeli daireler, belediye, kamu iktisadi teşebbüsleri, özel kanunla kurulan banka ve

kuruluşlar); bina, köprü, yol yapımı ve onarımı gibi işlerde müteahhide verecekleri istihkakları vermeden önce müteahhit veya taşeron işçisinin ücretini alıp almadıklarını kontrol etmek (ayrıca işyerinde yazılı olarak ilan etmek) ve bunları eğer ödenmediler ise ödemek zorundadırlar. Fakat söz konusu yükümlülük işçi alacaklarının üç aylık tutarı ile sınırlıdır. Ayrıca, müteahhit veya taşeronların idarede mevcut teminat ve istihkakları üzerinde yapılacak her türlü devir ve el değiştirme işlemleri veya haciz ve icra takiplerinde, üç aylık işçi ücretleri korunmuştur. Söz konusu düzenlemeden ve sağlanan yetkiden Kanun'da sayılmayan, isteyen diğer kuruluşlar (özel hukuk tüzel kişileri de) yararlanabilir.

Belirtelim ki, bu düzenleme ihale makamının istihkaktan ödemesini düzenler. Yoksa İşK.2/6-son'da düzenlenen asıl işveren-alt işveren ilişkisine getirilmiş bir istisnaî durum değildir. Bununla birlikte, alt işveren işçileri için koruyucu bir düzenleme getirilmiştir.

Daha önce de belirtildiği gibi, asıl işveren alt işveren işçilerine karşı İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden müteselsilen sorumludur ve böyle alt işveren işçilerinin alacakları güvence altına alınmıştır. Belirtilen bu güvencenin yanında, 6552 sayılı Kanun ile İş Kanunu m.36/5'te değişiklik yapılarak kamu ve özel kesim işverenlerine alt işveren işçilerinin ücretlerinin tam ve zamanında ödenmesinin sağlanması amacıyla bir yükümlülük daha getirilmiştir. Buna göre, işverenler, alt işverene iş vermeleri hâlinde, bunların işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğini işçinin başvurusu üzerine veya aylık olarak re'sen kontrol etmekle ve varsa ödenmeyen ücretleri hak edişlerinden keserek işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlüdür.

Söz konusu fıkrada kanun koyucu, İş Kanunu m.36/1. fıkradaki düzenlemeden farklı olarak, işverenleri, alt işveren işçilerinin ücretlerinin üç aylık tutarı ile sınırlı olmaksızın, yapılacak ödemelerden keserek işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlü kılmıştır.

İhale makamı olan davalı her hak ediş dönemi için son üç aylık ücretten sorumludur, bu husus gözetilmeden ihale makamı olan davalının yalnızca son üç aylık ücretten sorumluluğuna karar verilmesi hatalıdır. (Yarg. 9.HD. 19.11.2018, E.2015/24283 K.2018/20860; Yarg. 22.HD. 24.05.2018,

E.2018/4338, K.2018/12920). İhale makamı olan kamu kurumunun, her hak ediş dönemine ilişkin son üç aylık ücretten sorumluluğu, yasadan doğan bir sorumluluktur. İşverenle ihale makamının birlikte dava edilmesi durumunda, müştereken müteselsilen sorumluluğa dair karar verilmelidir. İhale makamının tek başına dava edildiği durumlarda, işçinin mükerrer yararlanmasını önlemek için işverence sözü edilen ücretlerin ödenip ödenmediği araştırılmalıdır. Yargıtay'ın kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, anahtar teslimi suretiyle ihale edilen işlerde, kamu makamlarının fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatili alacakları yönlerinden sorumluluğu bulunmamaktadır (Yarg. 9.HD. 19.1.2010 E.2009/12074 K.2010/378).

ee. Haciz ve İflas Hâlinde Öncelikli Alacak

İşçi ücretleri, öncelikli alacaklardandır. İşverenin iflası durumunda iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde işleyen kanun ve sözleşmelerden doğan ücret ve para ile ölçülebilen menfaatleri, ihbar ve kıdem tazminatları, kamu alacakları ve rehinle teminat altına alınan alacaklardan sonra birinci sırada yer alır (İİK.m.206-207). Aynen iflasta olduğu gibi haciz sırasında da ücret korunmuş olup, sıra cetvelinde birinci sırada yer alır (İİK.m.140). Bir işverenin üçüncü kişiye karşı olan borçlarından dolayı işyerinde bulunan tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş ve tam işlenmiş mallar ve başka kıymetler üzerinde yapılacak haciz ve icra takibi, bu işyerinde çalışan işçilerin icra kararının alındığı tarihten önceki üç aylık dönem içindeki ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder (İşK.m.36/4).

ff. İşverenin Ödeme Aczine Düşmesi Hâlinde Koruma (Ücret Garanti Fonu)

İşsizlik Sigortası Kanunu'na göre, işverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması, iflası veya iflasın ertelenmesi nedenleri ile işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü hâllerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan son üç aylık ücret alacaklarını karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında bir Ücret Garanti Fonu oluşturulur. Bu madde kapsamında yapılacak ödemelerde işçinin, işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işyerinde çalışmış olması koşulu esas alınarak temel ücret üzerinden ödeme yapılır. Bu ödemeler, 5510 sayılı

Kanun'a göre belirlenen prime esas kazancın üst sınırını aşamaz. Ücret Garanti Fonu, işverenlerce işsizlik sigortası primi olarak yapılan ödemelerin yıllık toplamının yüzde biridir (İSK.Ek.m.1). Ücret Garanti Fonunun oluşumu ve uygulanması ile ilgili usûl ve esaslar Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

Böylece işverenin ödeme aczine düşmesi durumunda üç aylık ücret alacakları korunmuştur. Bunun nedeni, uygulamada rehinli ve ipotekli alacaklar nedeniyle işçilerin ücret alacaklarının, iflasta ve hacizde özel koruma altına alınsa da bazen korumasız kalabilmesidir.

gg. İpotek Hakkı

Gayrimenkul inşaatında çalışan işçiler, tahakkuk eden ücret alacakları için kanunî bir ipoteğin tescilini talep edebilirler (TMK.m.893/b.3). İşçi başlangıçta bu hakkından feragat edemez (TMK.m.893/son). İşçilerin ipotek hakları, çalışmayı yüklendikleri andan itibaren tapu kütüğüne tescil olunabilir (TMK.m.895/1).

hh. Ücretten İndirim Yapılamaması

İşK.m.62 her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle ya da bu İş Kanunu hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamayacağını öngörmüştür. Burada belirtilen ücreti geniş anlamda ücret olarak anlamak gerekmektedir.

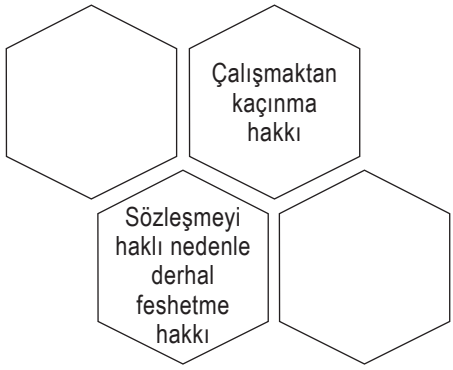
Bu yönde bir Yargıtay kararına göre, "*Somut olay değerlendirildiğinde; davacı vekili müvekkilinin aldığı ücretin rızası alınmaksızın tek taraflı olarak düşürüldüğünü, buna bağlı olarak eksik ücret ödendiğini ileri sürerek fark ücret talebinde bulunmuştur… Davalı… ile dava dışı alt işverenler arasında yapılan hizmet alım sözleşmeleri ile yapılan ücretteki indirim 4857 sayılı İş Kanunun 62 nci maddesine aykırı olduğu gibi, aynı Kanunun 22 nci maddesi hükmüne uygun biçimde işçinin yazılı rızası alınmadığından işçiyi bağlamayacağı açıktır*" (YHGK 14.06.2017, E.2016/1380, K.2017/1169).

! Pandemi Döneminde Ücretten İndirim

Pandemi döneminde de ekonomik riskin işverene ait olması nedeniyle ücretteki indirim esaslı değişiklik olarak nitelendirilir ve İş Kanunu m.22 düzenlemesine tâbidir.

İşçi eksik ücret ödenmesi hâlinde eksik kısmı dava ve talep edebilir, iş görme ediminden kaçınabilir veya derhâl fesih hakkını kullanabilir. Nitekim işçiyi koruma ilkesi de bu durumu desteklemektedir. İşverenin ekonomik olarak zor duruma düşmesi bir yana iflası hâlinde dahi işçi alacakları imtiyazlı bir sıraya konarak korunmuştur. Tüm bunlarla beraber doktrinde İş Kanunu m.21/son değiştirilerek geçici bir ücret indirimi ile işçilere bu fedakarlıkları karşısında mutlak iş güvencesi sağlanabileceği de ileri sürülmüştür.

II. İşçilerin Çalışmaktan Kaçınmaları ve Sözleşmeyi Fesih Hakkı



aaa. İşçilerin Çalışmaktan Kaçınmaları

İş Kanunu daha önceki Kanun'da bulunmayan bir şekilde, işçi ücretlerinin ödenmemesi durumunda işçilerin işten kaçınma haklarının varlığına işaret etmiştir. Gerçekten, İşK.m.34'e göre, ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir neden dışında ücreti ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle işçilerin kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirememeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır. İşçilerin bu nedenle iş akitleri çalışmadıkları için feshedilemez ve yerine yeni işçi alınamaz, bu işler

başkalarına yaptırılamaz. Kanun; işyerinde çalışmayan işçilerin yerine yeni işçi alınamayacağını ve söz konusu işlerin başkalarına da yaptırılamayacağını düzenlemesine karşın, buna yönelik bir müeyyide öngörmemiştir.

Ancak kanun koyucu, maddede işverene yirmi günlük bir süre tanımıştır. Bu yönde bir Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, ücretin ödenmesi gereken tarihten itibaren 20 gün içinde ödenmemesi hâlinde işçinin iş görme ediminden kaçınma hakkı bulunmakta ise de ücretteki gecikmenin yirmi günün altında olması durumunda işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkının bulunduğundan söz edilemez (Yarg. 22.HD. 18.04.2018, E.2015/20660 K.2018/8937).

Mücbir sebep; deprem, su baskını, yangın gibi doğal afetler ile hastalık hâlleri olabilir. Böylece işverenin ödeme gününden itibaren yirmi gün geçmesine karşın ücreti ödememesi durumunda işçiler işi bırakabilirler. Belirtelim ki, kural olarak ekonomik sebepler mücbir sebep sayılmaz.

! Pandemi döneminde alınan önlemler çerçevesinde işyerlerinde faaliyetlerin durdurulması ya da kısıtlanması, ilgili madde anlamında mücbir neden olarak değerlendirilemez. Ancak sokağa çıkma yasağının olması ya da bankalarda faaliyet kısıtlaması uygulanması bu anlamda bir mücbir neden olarak kabul edilebilir.

Kaçınma hakkının kullanılmasında, işçiler kendi kararlarına uyarak iş bırakmalıdırlar. Aksi hâlde bir örgüt (sendika) kararına dayanarak böyle bir harekete girişmeleri, hareketin kanun dışı grev sayılmasına yol açar (STİSK.m.58/3). Ancak işçinin çalışmama hakkını kullanmasının makûl ve meşru sınırlar içerisinde olması gerekir. Yargıtay'ın verdiği bir kararda da belirtildiği gibi, işçi işyerlerindeki makineleri durdurarak işyerinde eylem yapması şeklinde hakkını kullanamaz (Yarg. 9.HD. 14.09.2005, E.2005/23047 K.2005/29849).

Öğretide, işçinin yirmi günlük süre geçtikten sonra ödememenin devam etmesi nedeniyle iş bırakılması hâlinde, boşta geçen sürenin de ücret açısından dikkate alınması gerektiği yolundaki görüşler yanında, zamanında ödenmeyen ücret için, mevduata uygulanan en yüksek faizin belirlenmiş olması karşısında, çalışılmayan sürenin ücret açısından değerlendirilemeyeceği yolunda görüşler de vardır. Yargıtay da bu ikinci kanaattedir.

bbb. Sözleşmeyi Fesih Hakkı

İş Kanunu işçinin ücretinin zamanında ödenmemesi hâlinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle (bildirimsiz olarak) feshedebileceğini öngörmektedir (İşK.m.24/II-e).

4857 sayılı Kanun'un 24. maddesinin (II) numaralı bendinin (e) alt bendinde sözü edilen ücret geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir. İkramiye, prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil gibi alacakların ödenmemesi durumunda da işçinin haklı fesih imkânı bulunmaktadır (Yarg. 22.HD. 26.06.2018, E.2017/3444 K.2018/15858).

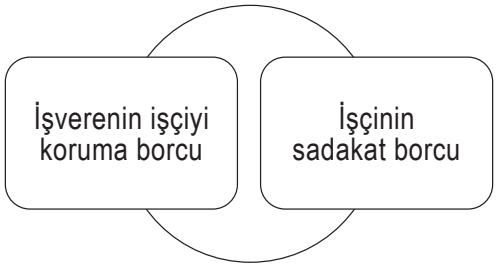
! Pandemi Dolayısıyla İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik olarak işverenin yükümlülükleri, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. İşveren, işyerinde çalışanların sağlığını ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür ve bu kapsamda her türlü tedbiri almalıdır. Koronavirüs salgını işverenin bu yükümlülüğünü ağırlaştırmakta, salgının işyerinde yayılmasını engellemeye ve işçilerin bu virüse yakalanmadan çalışmayı sürdürmesini sağlamaya yönelik olarak ek önlemler almasını gerektirmektedir. Bu kapsamda maske ve dezenfektan sağlanması, işçilerin çalışma alanının sosyal mesafeye uygun hâle getirilmesi, çalışma saatlerinin düzenlenmesi gibi tedbirlerin uygulanması mümkündür. İSGK m.13 hükmüne göre çalışanlar, ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kalınması durumunda kurula veya kurul bulunmadığı durumda işverene başvurmalı, durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasını talep etmelidir. Bulaşma hızı ve hastalığın ağırlığı göz önüne alındığında koronavirüsün ciddi ve yakın bir tehlike oluşturduğu kabul edilebilir. Bu kapsamda gerekli tedbirlerin alınmaması durumunda çalışan, çalışmaktan kaçınabilir. Bu dönemde çalışanın ücret ve diğer hakları saklıdır.

Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda çalışanlar, kurula veya işverene başvurma zorunluluğu olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gidebilirler. Bundan dolayı çalışanların hakları kısıtlanamaz. İşyerinde koronavirüs vakalarının artması durumunda bu usûlün uygulanacağı kabul edilebilir. Talep edilmesine rağmen gerekli tedbirlerin alınmaması durumunda işçi, iş sözleşmesini feshedebilir.

Bahsi geçen hususlar yanında, ilgili tedbirlerin alınıp alınmadığı, benzer işyerlerindeki uygulamalar, işverenin kararı, mülkî amir veya Cumhurbaşkanlığı kararları ile alınan tedbir ve düzenlemelerin de çalışmaktan kaçınma hakkı açısından değerlendirilmesi, bir başka ifadeyle göz önünde bulundurulması gerekir. Afakî ve/veya teorik yorumlardan ziyade somut olayın şartları da bir bütün hâlinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla işçilerin de hak kaybına uğramamaları için somut şartları dikkatli bir biçimde yorumlamalarında fayda bulunmaktadır.

2. İşçiyi Koruma (Gözetme) Borcu



İş sözleşmesinde işçinin sadakat borcunun karşılığı, işverenin işçiyi gözetme (koruma) borcudur. İş sözleşmesinin kişisel bir ilişki kurmasının sonucu olarak işçiyi gözetme borcu, iki tarafın birbirine bağlılığı çerçevesinde işverenin de işçiyi gözetmesine, yani iş ilişkisinde onu korumak ve ona yardımcı olmak için çaba gösterip, onun çıkarlarına zarar verici davranışlardan kaçınmasına neden olur.

Gözetme borcu da tıpkı iş görme borcu gibi aslî bir borçtur. İşçinin sadakat borcu gibi, işçiyi koruma borcu da kapsamı çok geniş bir borçtur. Zira gözetme borcu, işçinin işverene karşı diğer borçlarını da içine alan ve dürüstlük kuralına göre şekillenen davranış yükümlerinin tümüdür. Bununla birlikte, gözetme borcunun genel olarak işçinin kişiliğine saygı gösterme ve koruma yükümlülüğü yanında, sağlığını ve yaşamını korumaya elverişli tüm tedbirleri almak, işçinin işyerine getirdiği eşyasını korumak, çalışma belgesi vermek, hastalık ve kaza hâlinde ücret ödemek gibi yükümlülükleri kapsadığı kabul edilir. Ancak işçiyi koruma borcu içinde işçinin sağlığının korunması ve iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili tedbirlerin alınması hususu ayrı bir yer tutmaktadır. Böylece işveren işçisinin hastalık, doğum, gebelik, sakatlık gibi özel durumlarını göz önünde bulundurmak ve iş sağlığı ve

güvenliği önlemlerini almak, işçinin yapacağı iş konusunda onu aydınlatmak durumundadır.

Gözetme borcuna ilişkin hüküm, Türk Borçlar Kanunu'nda da düzenlenmiştir. TBK.m.417 işverenin gözetme borcu kapsamı içerisinde alması gereken tedbirleri, soyut bir şekilde değil, işin ve işçinin niteliği, işyeri şartları, ekonomik ve malî durumu, teknik imkanlar gibi özellikler dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini öngörmüştür. Nihayet işverenin hakkaniyet gerektirdiği ölçüde beklenen tüm tedbirleri alması gerektiği de düzenlenmiştir. Özel hukuk karakterli Türk Borçlar Kanunu'nun bu düzenlemesi dışında, diğer mevzuatta da gözetme borcuna (iş sağlığı ve güvenliğine) ilişkin hükümler mevcuttur. Gerçekten işverenlerin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin her türlü yükümlülüğünün ayrıntılı şekilde düzenlendiği müstakil bir İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bulunmaktadır.

Öncelikle İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4'te işverenin yükümlülüklerinden bahsedilmektedir. Maddedeki düzenlemeye göre, işveren çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca maddenin devamında yükümlülüğün içeriği hakkında düzenlemeye yer verilmiştir. Bununla birlikte, işçilere iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeli bir durumun ortaya çıkması hâlinde yapmakta oldukları işlerini bırakabilme imkânı da verilmiştir. Gerçekten İSGK.m.13'e göre, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların, çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır. İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tâbi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda, Kanun'a aykırı hareket edilmesi hâlinde uygulanacak idarî yaptırımlar da düzenlenmiştir. Bunlar arasında, işyerinde görülen işin durdurulması (m.25), ölümlü iş kazası meydana gelen maden işyerlerinde kusuru yargı kararı ile tespit edilen işverenin mahkeme tarafından iki yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanması (m.25/A)

ve idarî para cezaları (m.26) sayılabilir. Hiç şüphesiz iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerin ihlâli nedeniyle bir zararın doğması hâlinde Türk borçlar hukuku genel hükümleri çerçevesinde maddî ve manevî tazminat davası yanında eğer bu tedbirlerin alınmaması neticesi ölüm ortaya çıkmış ve Kanun anlamında destek ilişkisi de varsa mirasçıların destekten yoksun kalma ve manevî tazminat talep edebilmeleri de mümkündür. Bu hukukî müeyyidenin yanında işveren için cezaî yaptırımlar da söz konusudur.

İşverenin işçiyi koruma borcunun kapsamına, hiç şüphesiz, işçinin kişiliğini koruma da girer. Buna ilişkin düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. Buna göre, işveren, hizmet ilişkisinde 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 yükümlüdür (m.417).

İşçinin psikolojik tacize (mobbing) uğraması birçok Yargıtay kararına konu olmuştur. Yargıtay bir kararında hangi hareketlerin psikolojik taciz olarak kabul edilebileceğini örnekleme yoluyla açıklamıştır. Karara göre; "*Mobbingin meydana gelebilmesi için bir işçinin hedef alınarak, uzun bir süre ve belli aralıklarla sistematik biçimde tekrarlanan, mağdurun karşı koymasına rağmen yapılan aşağılayıcı, küçük düşürücü ve psikolojik olarak acı veren, işteki performansı engelleyen veyahut olumsuz bir çalışma ortamına sebep olan tehdit, şiddet, aşağılama, hakaret, ayrımcılık, ağır eleştiri, taciz ve çalışma şartlarını ağırlaştırma gibi eylem, tutum ve davranışların uygulanması gerekir. Uluslararası Çalışma Örgütü'ne göre de mobbing; "bir veya bir grup işçiyi sabote etmek için yapılan, zalimce, kötü niyetli, intikamcı, aşağılayıcı ve eleştirici tavırlarla kendini gösteren davranış biçimi" şeklinde tanımlanmaktadır. Mobbingde, hedef alınan kişinin şerefine, kişiliğine, karakterine, inancına, değerlerine, yeteneklerine, tecrübelerine, birikimlerine, düşüncelerine, etnik kökenine, yaşam biçimine, kültür vb. yönlerine topluca bir saldırı söz konusudur. Bu saldırı, dedikodu ve söylenti çıkarma, iftira atma, toplum önünde küçük düşürme, hafife alma, karalama, kötüleme ve yok sayma gibi kişiyi zihinsel, ruhsal, fiziksel ve bedensel olarak etkileyebilecek eylemlerle yapılmaktadır. Süreklilik göstermeyen, belli aralıklarla sık sık tekrarlanmayan, ara sıra münferit olarak meydana gelmiş birkaç haksız, kaba, nezaketsiz veya etik dışı davranış mobbing olarak nitelendirilemez*" (Yarg. 22.HD. 16.01.2019, E.2016/3654 K.2019/1020).

İşçinin kişiliğinin korunması, kişilik değerlerine ilişkin her türlü hakkın korunmasını gerektirir. Bu kapsamda işçinin maddî-manevî değerleri, özel hayat alanı, vücut hakkı ve kişisel verileri gibi kişilik değerlerine dahil tüm haklar korunmalıdır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, işveren tarafından işçilerin kişisel verilerinin korunmasında da göz önünde bulundurulmak zorundadır.

İlgili Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra artık işyerlerinde sıkça uygulanan takip sistemlerinin kullanımı Kanun'da belirtilen kurallar çerçevesinde mümkün olabilir. 6698 sayılı Kanun'da belirtilen koşullara uyulmaksızın işçilerin kişisel verilerinin işlenmesi durumunda, bu yollarla elde edilen belgeler işçi aleyhine mahkemede delil olarak kullanılamaz. Yargıtay bir olayda, işçinin bilgisi ve rızası olmaksızın bilgisayarına yerleştirilen klavye yakalayıcısı adı verilen bir program vasıtasıyla bütün kişisel verilerine ulaşıldığı anlaşılmakta ve elde edilen bu bilgilerin fesih nedeni olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir (Yarg. 22.HD. 07.05.2019, E.2017/21857 K.2019/9884).

Ancak Yargıtay kişisel verilerin hukuka aykırı yollarla işlenmesi sonucunda elde edilen belgelerin değerlendirilmesinde her zaman bu yönde de karar vermemektedir. Aksine bazı kararlarında bu şekilde elde edilen belgeleri fesih nedeni olarak değerlendirmektedir. Yargıtay'ın aynı dairesinin verdiği başka bir kararda; "*Davacının mesai saatleri içerisinde bilgisayarı şahsi işleri için kullanması ve görevi gereği yaptığı işle ilgisi olmayan web ve sosyal paylaşım sitelerine girmesi "doğruluk" ve "bağlılığa" aykırı olmakla, işverenin güvenini kötüye kullanmak mahiyetindedir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının internet üzerinden bir takım web sitelerine girdiği tespit edilmiş ancak bunun hangi saat aralıklarında olduğu veya işverenin erişimini engellediğini belirttiği siteler olup olmadığı yeterince açıklığa kavuşturulmamış ve belirlenmemiştir. Bu nedenle, davacıya tahsis edilen bilgisayarda, konusunda uzman bilirkişi aracılığı ile yeniden inceleme yaptırılarak uyuşmazlık konusu döneme ilişkin olarak, çalışma saatleri içerisinde iş ile ilgili hususlar dışında internet kullanımının gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, işveren tarafından iddia olunduğu gibi erişimi engellenen uygunsuz sitelere davacının kullanımındaki bilgisayarla bağlantı yapılıp yapılmadığı hususunda rapor aldırılması ve dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi…*" gerektiğine hükmetmiştir (Yarg. 22.HD. 26.03.2019, E.2017/21400 K.2019/6668).

! Koronavirüsün İş Kazası ve Meslek Hastalığı Açısından İncelenmesi

Olası bir Koronavirüs vakasının iş kazası sayılıp sayılmayacağı hususunda Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Emekli Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 7.5.2020 tarihli ve 2020/12 sayılı Genelgesi'ndeki "COVID-19 virüsünün bulaşıcı bir hastalık olduğu dikkate alındığında, söz konusu salgına maruz kalan ve sağlık hizmet sunucularına müracaat eden sigortalılara hastalık kapsamında provizyon alınması gerektiği" ifadesi dikkat çekmektedir. Çünkü bu ifadeye göre Koronavirüs vakası iş kazası sigortası kapsamına alınmamış; hastalık sigortası kapsamına alınmıştır. Ancak elbette bu Genelge yargı açısından bağlayıcı değildir. Nitekim bu noktada emsal teşkil edebileceği öne sürülen bir Yargıtay kararında domuz gribi olarak bilinen H1N1 virüsüne bağlı olarak meydana gelen ölüm olayı iş kazası sayılmıştır. Söz konusu Yargıtay kararı da göz önüne alındığında bulaşın; işyeri ile veya işverenin otoritesi altında bulunma hâli ile ilişkilendirilmesi mümkün olduğu ölçüde bir iş kazasından söz edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Hemen belirtelim ki bu noktada zarar unsurunun sağlanması için virüsün etkilerinin ayakta atlatılamaması gerektiği düşüncesindeyiz.

Meslek hastalığı tanımı düşünüldüğünde ise özellikle sağlık çalışanları açısından bulaşın beklenebilir olması ve görev sebebiyle bulaşabilmesi, koronavirüsü meslek hastalığı kapsamına dahil eden özellikleridir. Bu sebeplerle koronavirüsün meslek hastalıkları listesine alınması gereklidir. Ancak sonuçları bakımından değerlendirildiğinde; iş kazası olarak nitelendirilebilecek bir durum arz etmekte olan koronavirüs bulaşı için, meslek hastalığı ile aynı sigorta kolunda olan, iş kazası prosedürünün takip edilmesinin daha kolay olduğu ifade edilebilir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Alınması Gereken Önlemler

Tehlikenin boyutu arttıkça işverenin iş sağlığı ve güvenliği çerçevesinde göstermesi gereken özen de doğru orantılı olarak artacağından COVID-19 bağlamında virüsün bulaş derecesi bu kadar yüksek olması da göz önüne alındığında işveren bulaşın önüne geçmek için kendisinden beklenebilecek her türlü önlemi almak durumundadır. Buna örnek vermek gerekirse işveren işyerinde maske, eldiven, siperlik, galoş, tulum gibi sağlık ekipmanları

bulundurmak durumundadır. Yine işyerinin ve işçilerin dezenfekte edilmesi için gerekli tedbirleri almalıdır, işçilerin ellerini sık sık yıkamasını sağlamalıdır. İşçileri, pandemi hakkında bilgilendirmeli ve gerekli eğitimlere tâbi tutmalıdır. Yine işveren; işyerinin düzenini sosyal mesafeye uygun olarak tasarlamalı, mümkün olduğunca uzaktan çalışma gibi sistemlere yönelmelidir. Tüm bu hususlarda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı da işyerlerinde alınması gereken önlemlere dair çeşitli yayınlar yapmıştır. İşveren bu yayınlardaki tavsiyelere de uymalıdır. Ancak bu da yeterli olmayacaktır çünkü işveren pandemi hakkındaki güncel gelişmeleri ve virüs ile mücadelede gelişen teknolojiyi takip etmek durumundadır. Belirtmek gerekir ki işverenin gerekli önlemleri almaması; idarî ve cezaî yaptırımlar doğuracaktır.

3. Eşit İşlem Yapma (Eşit Davranma) Borcu

a. Genel Olarak

İşverenin eşit davranma borcu, hukukun her alanında gözetilmesi gereken eşitlik ilkesinin (AY.m.10) iş hukukundaki uzantısıdır. Bu borç, işverenin aynı işyeri veya işletmede çalışan işçilere objektif ve haklı olmayan sebeplere dayanarak farklı davranmaması, bir başka ifadeyle, işçileri arasında keyfi muamele yapmamasını ifade eder. Bununla birlikte, eğer işçiler arasında bir takım farklı davranılması gerekenler varsa, onlara da farklı davranılması gerektiği yine eşit davranma borcunun bir sonucudur. Şu hususu belirtmekte yarar vardır ki, işverenin her işçiye aynı çalışma şartlarını uygulayacağı ve onların hepsini aynı işleme tâbi tutacağını içeren bir eşitlik, aslında eşitsizlik doğurur. Buna karşın eşit davranma borcu, işverenin aynı işte eşit verimle çalışan ve aynı nitelikteki işçileri açısından söz konusudur. Zira, kişisel özelliklerin ön planda bulunduğu ve işçinin yetenek, bilgi birikimi, öğrenim düzeyi, performansı, sağlığı gibi faktörlerin belirleyici olduğu iş sözleşmesinde, aynı veya en azından benzer koşullara sahip kimseler, işverenden eşit davranma borcuna uymasını talep edebilirler.

Eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için karşılaştırma yapılabilecek bir durumun varlığı gerekir. Bunun için de birden çok işçinin, yani bir işçi grubunun mevcudiyeti aranır. Yine, böyle bir grubun söz konusu

olabilmesi için aynı işverene bağlı olarak çalışılmalıdır. İşverenin eşit davranma borcu kendi işçileri açısından geçerlidir. Bu kapsamda alt işveren işçileri ile asıl işveren işçileri arasında eşit davranma borcundan söz edilemez. Hiç şüphesiz yer ve konu itibariyle de aynı işyeri olmalıdır. Çalışan kimselerin de iş sözleşmesi ile çalışan işçiler olması ve eşit davranmayı gerektiren hususun da kolektif nitelik taşıması lazımdır. Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda, kavgayı başlatan ile saldırıya maruz kaldığı için kendini savunmaya çalışan işçilere fesih bakımından farklı davranılması, yani kavgayı başlatanın işten çıkartılıp diğerinin çıkartılmaması, durumları aynı olmadığı için eşit işlem borcuna aykırılık teşkil etmez (Yarg.9.HD. 15.11.2018, E.2015/23468 K.2018/20721) sonucuna varılmıştır.

İş Kanunu eşit davranma borcunu, ayrım yasağı altında açıkça düzenlemiştir. Gerçekten İşK.m.5'e göre iş ilişkisinde; dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. İşverenin m.5 hükümlerine aykırı davrandığını kural olarak işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlâlin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlâlin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur (m.5/son). Bu takdirde ispat yükü ters dönmektedir. İş ilişkisinde veya sona ermesinde ayrımcı davranışta bulunan işveren, bu davranışa maruz kalan işçisine dört aylık ücreti tutarında bir tazminat ödemek zorundadır. Ayrıca, işçi yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir (m.5/6).

Kanun koyucu Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda da özel bir düzenleme yapmıştır. Buna göre, STİSK.m.25/2'de işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından

herhangi bir ayrım yapamaz. Bu şekilde yapılan ayrımın müeyyidesi hem mahrum kalınan hakların alınması hem de işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında tazminattır. Buradaki tazminat ***sendikal tazminat*** olarak adlandırılır.

b. Hükümleri

İşverenin eşit işlem yapma borcu bazı durumlarda mutlak olarak tüm işçilere aynı davranılmasını zorunlu kılarken, bazı durumlarda bu şekilde bir mutlaklık yoktur. Buna göre;

- ***Eşit davranma borcunun mutlak uygulama alanının söz konusu olduğu hâller***; sosyal yardımların verilmesinde, yönetim hakkının kullanılmasında (örneğin kapı kontrollerinde olduğu gibi) ve greve katılmayan işçilerin çalıştırılmasında söz konusudur (STİSK.m.64).
- ***Eşit davranma borcunun mutlak olmadığı durumlar da şunlardır***: İşveren ücretlerde, farklı muamelede bulunabilir. Ancak, farklı yetenekte, farklı mesleki bilgi ve tecrübeye sahip işçiler için aynı ücret söz konusu olamayabilir. Buna karşın benzer özelliklerdeki işçiler arasında ise ücret benzer olmalıdır. İş sözleşmesinin sona erdirilmesinde de iş sözleşmesinin kişisel ilişki kurması ve işverenin kural olarak dilediği kimse ile sözleşmeyi yapabilme hakkına sahip olması nedeniyle eşit davranma borcu mutlak değildir.

Bununla birlikte Yargıtay uygulaması, iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcuna uygun hareket etmesi şeklinde gerçekleşmektedir.

*İşveren fesih hakkını kullanırken eşit davranma borcu altında mıdır?

"*Dosya içeriğine göre, davalı işyerinde ... projesi müşteri hizmetleri temsilcisi olarak görev yapan davacı hakkında işverence 03-27.11.2014 tarihleri arasında kullanım dışı, bozuk telefon numaralarını kasıtlı olarak defalarca arayarak bu süre içerisinde 31 saat 19 dakika iş kaybına neden olduğu, konuşma süresinin ekip ortalamasının altında kaldığı gibi çalışanlara kötü örnek oluşturduğu, müşteriye karşı işverenin itibarını sarsıcı ve güven ilişkisini zedeleyici davranış ve doğruluk ve bağlılığa aykırı eylemleri nedeniyle savunmasının talep edildiği, davacının savunmasında kullanım dışı numara aramasının diğer çalışan arkadaşlarınca tavsiye*

edildiğini kendisinin de onlara uyarak bu eylemi gerçekleştirdiğini, biraz abartmış olabileceğini, kendisine bu aklı verenlerin halen çalışmaya devam ettiğini belirtmiş bunun üzerine iş akdi işverence haklı nedenle feshedilmiştir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin bozma ilamı ile davacı ile aynı eylemi gerçekleştiren işçiler hakkında işverenin eşit işlem borcuna uygun davranıp davranmadığının araştırılması talep edilmiş ve mahkemece işverene yazılan müzekkere sonucu diğer işçilere aynı eylem nedeniyle ihtar cezasının verildiği iş akdinin feshedilmediği tespit edilmiştir. Davalı işverenin aynı eylemden dolayı fesih hakkını kullanırken eşitlik ilkesine aykırı davranması feshi haksız kılmakta ise de davacının sabit olan, iş sözleşmesine aykırı, kullanım dışı bozuk numaraları defalarca arama şeklindeki kasıtlı eyleminin fesih için geçerli neden olduğunun kabulü gerekir" (Yarg. 22. HD. 06.02.2017, E.2017/858 K. 2017/1122).

İşverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı davranılması durumunda işçi sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebilir (İşK.m.24/II-f). Bunun dışında İşK.m.5 ayrımcılık hâlinde işçinin dört aylık ücreti tutarında bir tazminat talep edebileceğini de öngörmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, buradaki dört aylık ücret miktarı en üst sınırı oluşturmaktadır. Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, eşit davranmama tazminatına hükmedilirken en üst sınırdan hüküm kurulurken gerekçesine de yer verilmesi gerekmektedir (Yarg. 9.HD. 24.11.2020, E.2016/32146 K.2020/16654). İşK.m.99/a gereği söz konusu ayrımcı davranış için bir de idarî para cezası öngörülmüştür. İşverenin işçiler arasında sendikal nedenlerle ayrım yapması durumunda işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere hâkim sendikal tazminata hükmeder (STİSK.m.25).

c. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun Getirdiği Düzenleme

2016 yılında yürürlüğe giren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun amacı, insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve

Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesidir (m.1).

Kanun'un çeşitli maddelerinde; iş ilişkisinin kurulması, devamı ve sona ermesi sürecinde ayrımcılığın önlenmesi için işverenlere her türlü önlemi alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Hatta öyle ki, kanunda belirtilen kuralların sadece İş Kanunu'na tâbi işçiler için değil tüm çalışanları kapsayacağı da hüküm altına alınmıştır (m.6/5).

Bu Kanun'la ve diğer mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere, idarî ve malî özerkliğe sahip, özel bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz, Cumhurbaşkanı'nın görevlendireceği bakan ile ilişkili *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu* kurulmuştur (m.8/1). Ayrımcılık yasağı ihlâlinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir (m.17/1). Ancak iş ilişkilerinde Kuruma yapılacak başvurular için ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, 4857 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular, 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usûlleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hâllerde yapılabilir (m.17/5).

Kurum, başvuruları ve re'sen yaptığı incelemeleri başvuru ve re'sen inceleme kararı tarihinden itibaren en geç üç ay içinde sonuçlandırır. Bu süre, Başkan tarafından bir defaya mahsus olmak üzere en fazla üç ay uzatılabilir (m.18/1). Kurum, işverenden yazılı görüşünü sunmasını ister. Yazılı görüş, istemin tebliğinden itibaren on beş gün içinde Kuruma ulaştırılır. Yazılı görüş, başvuran kişiye tebliğ edilerek, görüşünü tebliğden itibaren en geç on beş gün içinde Kuruma sunması istenir. Talep hâlinde Başkan bu süreleri bir defaya mahsus olmak üzere on beş gün uzatabilir. Taraflara talepleri hâlinde Kurul önünde ayrı ayrı sözlü açıklama yapma hakkı tanınabilir (m.18/2).

Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlâli iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın (işçi tarafının) iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın (işveren tarafının) ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlâl etmediğini ispat etmesi gerekir (m.21).

Kurumun karar verebileceği idarî yaptırımlar, Kanun m.25'te düzenlenmiştir.

4. İşverenin Diğer Borçları

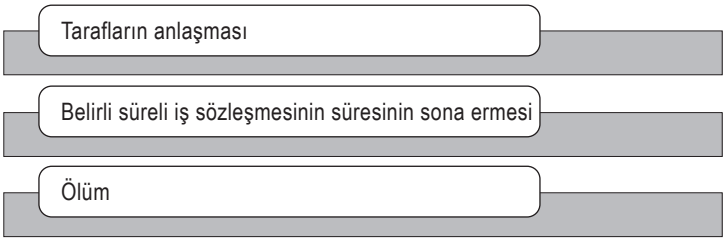
İşverenin bu borçları dışında birtakım borçları daha vardır.

- TBK.m.413'e göre işveren işçisine alet ve malzeme sağlamak zorundadır. Malzemenin işçi tarafından sağlanması hâlinde işveren, bunları ödemekle yükümlüdür.
- Yine, TBK.m.427'ye göre, işçinin herhangi bir buluş yapması durumunda işveren bunun (hakkaniyete uygun) karşılığını ödemelidir. Bu konuda yürürlüğe konan 6769 sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu'nda ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.
- İşK.m.28'e göre, işten ayrılan işçisine çalışma belgesi vermesi gerekir.

Bunların dışında işverenin hafta tatili (İşK.m.46), yıllık ücretli izin (İşK.m.53) ve ara dinlenmesi (İşK.m.68) gibi dinlendirme borcu da söz konusudur.

VI. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

A. İş Sözleşmesinin Fesih Dışındaki Nedenlerle Sona Ermesi



1. Tarafların Anlaşması (İkale)

Türk borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisi gereği taraflar serbest iradeleri ile kurmuş oldukları iş sözleşmesini, yine anlaşarak serbest iradeleriyle her zaman ortadan kaldırabilirler.

İş sözleşmesinin anlaşma ile sona erdirilmesi için sözleşmenin belirli-belirsiz süreli olması arasında bir fark yoktur. Tarafların sözleşmeyi anlaşarak sona erdirmeleri de bir anlaşmadır. İşçinin işverene iş sözleşmesini sona erdirmeye yönelik verdiği dilekçe, iş sözleşmesinin ikale yoluyla

(bozma sözleşmesi) sona erdirilmesine yönelik bir icap niteliğindedir ve tarafların iradesinin uyuşmaması durumunda ikale (bozma) sözleşmesinin varlığından söz edilemez (YHGK 24.01.2018, E.2016/22 K.2632-2018/107). Belirtilmelidir ki sözleşme bu şekilde sona erince, tarafların herhangi birisinin diğerine tazminat borcu da söz konusu olmaz. Bununla birlikte tarafların özel olarak kararlaştırmaları hâlinde, işçi kıdem tazminatı alabilir.

İş sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmesi hâlinde işçiye makûl bir yarar sağlanmış olması aranmaktadır. Yargıtay'ın makûl yararın kabulüne ilişkin farklı değerlendirmelerde bulunduğu kararları bulunmaktadır. Örneğin işçinin en az 4 aylık ücretinin ödenmesinin yeterli olacağı yönündeki bir kararına göre; "*Dairemizin uygulamasına göre, ikale icabının işverenden geldiği durumda işçiye en az 4 aylık ücreti tutarında menfaatin sağlanması hâlinde sözleşmenin ikale ile sona erdiği kabul edilmektedir. Somut olayda, davacı işçiye 2 aylık ücret tutan kadar ek menfaat sağlandığının anlaşılması karşısında sözleşmenin ikale ile değil, davalı işverenin feshi ile sona erdiğinin kabulü gerekir. Davalı işverence, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirten yazılı bir fesih bildirimi de yapılmış değildir. Hal böyle olunca davanın kabulü gerekir iken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur*" (Yarg. 22.HD. 08.10.2018, E.2018/11682 K.2018/21214). Yargıtay, başka bir kararında ise işçiye kıdem ve ihbar tazminatının yanı sıra 3 maaş tutarında ilâve ödeme yapılmasını makûl yarar için yeterli kabul etmemiştir (Yarg. 9. HD. 11.12.2019, E.2019/3894 K.2019/22092). Bununla birlikte Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi 2019/3894 E., 2019/22092 K. sayılı ilâmında makûl yarar ölçütünü somut olaya göre şöyle belirlemiştir; "*Somut olaya gelindiğinde; iş sözleşmesinin işverenden gelen teklif üzerine imzalanan ikale* ***sözleşmesi ile sona erdirildiğinden, işçiye kıdem ve ihbar tazminatlarının yanısıra üç maaş tutarında ilave ödeme yapılması, asıl uyuşmazlığın*** *imzalanan ikale* ***sözleşmesinin geçerlilik şartlarından kabul*** *edilen makul yarar koşulunun gerçekleştiği görülmektedir.*"

Bununla birlikte, 9'uncu Hukuk Dairesi'nin verdiği bir karara göre, ikale icabının işçiden geldiği durumlarda tazminatlara ek menfaatlerin sağlanması gerekmez (Yarg. 9.HD. 21.10.2020, E.2016/28137 K.2020/12795; 22.01.2020, E.2019/8260 K.2020/903).

Anlaşma ile sözleşmenin sona erdirilmesi açık veya kapalı (örtülü) bir biçimde de ortaya çıkabilir. Örneğin kamu kesiminde işçi olarak çalışan bir kimsenin kendi isteğiyle işveren tarafından memur statüsüne geçirilmesi durumunda kapalı bir anlaşma vardır. Sözleşmenin kurulması bir şekle tâbi ise, sona erdirme anlaşmasının da aynı şekilde yapılması gerekir (TBK.m.13).

2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinin Dolması

Belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinin dolması durumunda sözleşme, başkaca herhangi bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer (TBK.m.430). Sürenin dolması ile sözleşmenin sona ermesi hâlinde, taraflar için herhangi bir tazminat borcu da doğmaz. Bununla birlikte, uygulamada iş sözleşmelerinin süresinin dolması ve sona ermesine karşın, işverenler işçi ile yeni bir belirli süreli iş sözleşmesi yapmaktadırlar. Böylece belirli süreli iş sözleşmeleri yaparak iş hukukunun işçiyi koruyucu hükümlerinin 'arkasından dolaşılmak' istenmektedir. Bu nedenden ötürü, belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılacak bir durumun ortada bulunmadığı veya kanun gereği belirli süreli sözleşmenin söz konusu olmadığı durumlarda, yapılan sözleşmeler, zincirleme iş sözleşmesi olarak adlandırılmakta ve başlangıçtan itibaren sözleşme, belirsiz süreli iş sözleşmesiymiş gibi değerlendirilmektedir. 4857 sayılı Kanun ile işverenlerin belirli süreli iş sözleşmesi yapma haklarının önemli ölçüde kısıtlanması ile işverenlerin söz konusu müesseseyi kötüye kullanmalarının önüne geçilmiştir. Artık, belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılan objektif bir neden yoksa, sözleşme belirli süreli olarak yapılamayacaktır.

Bunun gibi mülga Borçlar Kanunu'nda öngörülen belirli süreli iş sözleşmelerinin susma ile yenilenmesi durumuna artık başvurulamaz. Söz konusu düzenlemeye göre, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin dolmasına rağmen, tarafların sözleşme ilişkisi ile bağlı kaldığı durumlarda, sözleşme süresi, BK.m.339 gereği aynı süre kadar ve fakat en çok bir yıl süreli olarak uzamaktaydı. Bu duruma susma ile yenilenme adı verilmekteydi. Şimdiki düzenlemeye göre ise, belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür (TBK m.430/2).

3. Ölüm

İş sözleşmesi, işçinin ölümüyle sona erer. İşveren öldüğünde ise, kural olarak sözleşme onun mirasçıları ile devam eder. Buna karşın mirasçılar, sözleşme ile bağlı kalmak istemezlerse iş sözleşmesini genel hükümlere göre sona erdirebilirler. Ancak sözleşme işverenin kişiliği nazara alınarak yapılmışsa, artık işverenin ölümü de tıpkı işçinin ölümü gibi iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine yol açar. Eğer hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer. Ancak, işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunabilir (TBK.m.441/2).

B. İş Sözleşmesinin Fesih ile Sona Ermesi

1. Fesih Kavramı

Sürekli bir borç ilişkisinin taraflardan birisinin iradî işlemi ile ortadan kaldırılması hâli, fesihtir. Fesihte, sürekli borç ilişkisinin, sözleşme taraflarından birisinin varması gerekli irade beyanı ile geleceğe etkili ortadan kaldırılması söz konusudur. Bir başka ifadeyle fesih, sözleşmeyi sona erdirme isteğini bir tarafın diğerine bildirmesidir.

Hukuk sistemimizde feshin işçi veya işveren tarafından yapılmasına bağlanan hukukî sonuçlar farklı olduğundan, fesih bildiriminin kimin tarafından gerçekleştirildiğinin belirlenmesi önem taşır. Yine iş akdinin her iki tarafça feshedilmiş olması hâlinde de ilk önce kimin tarafından feshedildiği ortaya konmalıdır. Öncelikle iş akdinin kimin tarafından feshedildiği belirlendikten sonra sözleşmeyi sona erdiren bozucu yenilik doğuran hak bu kişi tarafından kullanılmış sayılacağından, feshe bağlanan hukukî sonuçlar da kullanan kişiye göre belirlenir (YHGK 01.04.2015, E.2013/1881 K.2015/1124).

Fesih, bozucu yenilik doğuran haklardandır. Dolayısıyla hakkın kullanılabilmesi için karşı tarafın kabul veya reddinin hiçbir önemi yoktur. Fesih beyanı bir defa kullanılmakla sona erer ve kullanıldıktan sonra geri almak mümkün değildir. Ayrıca fesih beyanının hiçbir şüpheye yer vermeyecek biçimde belirli ve açık olması gerektiğinden, şarta bağlanması da mümkün değildir.

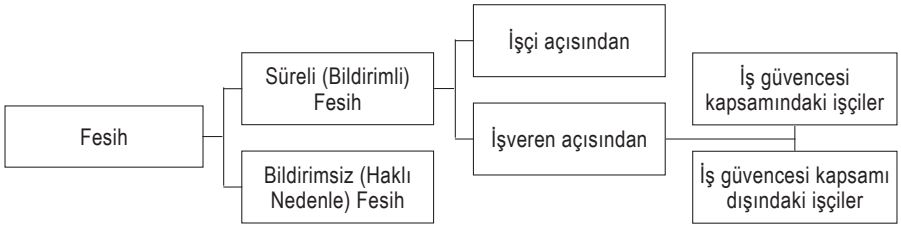
"*Fesih bildirimi tek taraflı bir irade beyanı olup, bu beyan belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde süre verilerek sözleşmenin sona erdirilmesinde kullanılabileceği gibi belirli ya da belirsiz süreli sözleşmelerin haklı nedene dayanarak, işçi veya işveren tarafından süre verilmeksizin sona erdirilmesinde de kullanılmaktadır. Bu nedenle iş sözleşmesinde fesih bildirimi, sözleşmeyi belirli bir sürenin geçmesiyle ya da derhal sona erdiren, karşı tarafa yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanı olup muhataba ulaşması ile sonuç doğurur. İş sözleşmesinde fesih bildirimde bulunma hakkı, kural olarak her iki tarafa da tanınmıştır. Hukukî niteliği itibariyle fesih bildirimi yenilik doğuran bir hak olduğundan beyanının karşı tarafa ulaşması ile sonuç doğuracağından karşı tarafın kabulüne gerek yoktur. Bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanımı olan fesih bildirimi ile iş sözleşmesi sona ereceğinden, bildirimin belirli ve açık şekilde yapılması gerekmektedir. Bu nedenle fesih bildiriminde bulunan taraf ileri sürdüğü sözleşmeyi sona erdirme nedeni ile bağlı olup bildirdiği fesih nedenini sonradan değiştirmesi mümkün değildir. İşçinin haklı nedenle iş sözleşmesini derhal fesih hakkı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24'üncü maddesinde düzenlenmiştir. İşçinin süreli fesih bildiriminin kanuni düzenlemesi ise aynı Kanun'un 17' inci maddesinde ele alınmıştır. Bunun dışında Kanunda işçinin istifası özel olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin haklı bir sebebe dayanmadan ve bildirim süresi tanımaksızın iş sözleşmesini feshetmesi istifa olarak değerlendirilmelidir. İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşması ile birlikte* iş ilişkisi sona erer" (YHGK 23.10.2018, E.2015/22-2629 K.2018/1489).

Fesih beyanı, hüküm ve sonuçlarını, karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı anda ileriye dönük olarak doğurur. Başka bir ifadeyle, feshedilmiş bir sözleşmede fesihten önce doğmuş bulunan alacak ve borçlar varlıklarını korur. Borç ilişkisinden doğan ve taraflarca yerine getirilmiş borçların iadesi de söz konusu olmaz. Buna karşın, karşı tarafın hakimiyet alanına ulaşmamış fesih beyanları geçersizdir.

Fesih beyanı TBK.m.12 gereği şekil serbestisinin bir sonucu olarak, hiçbir şekil şartına bağlı değildir. Ancak ispat açısından fesih beyanının yazılı yapılmasında fayda vardır. Zira İş Kanunu'na göre de Kanun'da öngörülen

bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir (İşK.m.109).

Fesih, süreli (bildirimli) ve süresiz (bildirimsiz, derhal) fesih olmak üzere ikiye ayrılır. Süreli (bildirimli) fesihte borç ilişkisi, fesih beyanının muhatabın hakimiyet alanına ulaşmasından belirli bir sürenin geçmesinden sonra sona erer. Süreli feshe, bildirimli fesih, olağan fesih, feshi ihbar da denmektedir. Belirtelim ki, iş güvencesinin Türk hukukunda benimsenmesinden sonra işveren tarafından yapılacak süreli fesihlerde geçerli bir nedene dayanmanın zorunlu olup olmadığına göre ikiye ayrılmıştır. Bildirimsiz fesihte ise, fesih beyanının muhatabın hakimiyet alanına ulaşması ile borç ilişkisi derhâl sona erer. Yalnız, bildirimsiz feshin söz konusu olabilmesi için, haklı bir nedenin varlığı aranır. Bildirimsiz feshe, olağanüstü fesih, haklı nedenle fesih veya süresiz fesih de denmektedir.



2. Süreli (Bildirimli) Fesih

a. Genel Olarak

Süreli fesih, iş sözleşmesini belirli bir sürenin geçmesi üzerine sona erdiren bir irade beyanıdır. Bu tür fesih, kural olarak belirsiz süreli, sürekli iş sözleşmelerinde geçerlidir. Bununla birlikte TBK.m.430/3 gereği on yılı aşan veya kişinin hayatı boyunca geçerli olan iş sözleşmelerinde de işçiye bildirimde bulunmak hakkı tanınmıştır.

Türk hukukunda sözleşmenin sona erdirilebilmesi için 4773 sayılı Kanun'a kadar herhangi bir sebep gösterme zorunluluğu yoktu. Bununla birlikte mülga İş Kanunu'na 4773 sayılı Kanun ile iş güvencesine ilişkin hükümler getirilmiştir. 4857 sayılı Kanun da birtakım değişikliklerle birlikte iş güvencesini öngörmüştür. Böylelikle işveren tarafından yapılan

süreli (bildirimli) fesih, ikiye ayrılmaktadır. İş güvencesi kapsamında kalan işyerlerinde ve kapsamdaki işçiler için, işveren tarafından yapılan bildirimli feshin geçerli bir nedene dayanması gerekir. Buna karşın iş güvencesi kapsamında bulunmayan işyerlerinde çalışan işçiler için ya da işyeri açısından kapsamda olup da iş güvencesinden yararlanamayacak işçiler için eskiden olduğu gibi, işverenin herhangi bir geçerli nedene dayanma zorunluluğu yoktur. Bu takdirde işverenin yalnızca bildirim sürelerine riayet etmesi gerekli ve yeterlidir. İşçi açısından ise, bildirimli fesihte herhangi bir sebep bildirme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, bu kısımda öncelikli olarak bildirimli fesih hakkında genel bir bilgi verilecek, ondan sonra bildirimli fesih çeşitleri üzerinde durulacaktır.

b. İhbar (Bildirim) Süreleri

Süreli fesihte sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen, bunu karşı tarafa bildirir. Bu bildirimden sonradır ki, derhâl değil, belirli bir sürenin geçmesinden sonra iş sözleşmesi sona erer. İşte sözleşmeyi sona erdirmek isteyen tarafın asgarî miktarı yasada öngörülen süre kadar beklemelerini gerektiren, bir başka ifadeyle sözleşmeyi sona erdirme iradesinin açıklanmasından belirli bir süre geçtikten sonra sözleşmeyi sona erdiren fesih türüne, bildirimli fesih denir. Kanun'da öngörülen ihbar (bildirim) önelleri (süreleri) asgarîdir. Sözleşme ile artırılabilir.

> "*Bildirim sürelerine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesindeki kurallar nispi emredici niteliktedir. Taraflarca bildirim süreleri ortadan kaldırılamaz ya da azaltılamaz. Ancak, sürelerin sözleşme ile arttırılabileceği Kanunda düzenlenmiştir. Ancak, bildirim sürelerinin arttırılabileceği belirtilmiş olmakla birlikte, Kanunda bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırın hakim tarafından belirlenmesi ve en fazla ihbar ve kötüniyet tazminatlarının toplamı kadar olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu durumda, temyize konu davada, en fazla ihbar ve kötüniyet tazminatlarının toplamı kadar ihbar süresi hesaplanması gerekirken, toplu iş sözleşmesi gereği kırk hafta ihbar süresi hesaplanması usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir*" (Yarg. 22.HD. 07.07.2015, E.2014/28177 K.2015/23427).

Bildirim sürelerinde işçinin kıdemi esas alınmaktadır (İşK.m.17).

İşçinin işyerindeki kıdemi	Süre
0-6 aya kadar olan için	2 hafta
6 aydan 1,5 yıla kadar olan için	4 hafta
1,5 yıl-3 yıl arasında olan için	6 hafta
3 yıldan fazla olanlar için	8 hafta

İşte fesih beyanının karşı tarafa ulaşmasından itibaren kıdeme göre belirlenecek söz konusu sürelerin geçmesinden sonra iş sözleşmesi sona erer.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ihbar öneli bölünerek kullandırılamaz. Bu hâlde ihbar öneli hiç kullanılmamış gibi önele ait ücretin tamamının ödenmesi gerekir (Yarg. 22.HD. 27.03.2017, E.2017/6567 K.2017/6233; Yarg. 9.HD. 17.04.2019, E.2016/4469 K.2019/9111).

***Pandemi sürecinin bildirim sürelerine etkisi var mıdır?**

TBK m.432 uyarınca sözleşmenin askı süresi ile bildirim süresi iç içe geçemez. Pandemi sürecinde işverene tanınan tek taraflı ücretsiz izin hakkının kullanılması durumunda işçiye bildirim yapılarak fesih yoluna gidilemez. Bununla birlikte daha önce fesih beyanında bulunulması hâlinde de bildirim süreleri ücretsiz izin süresi boyunca durur.

***Fesih yasağının bildirim sürelerine etkisi nasıldır?**

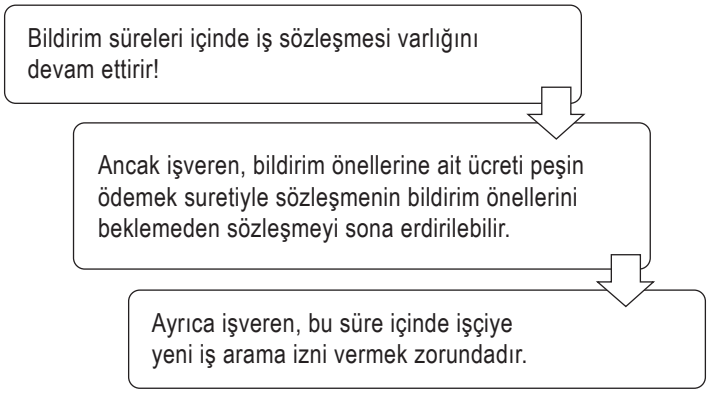
Kanaatimizce fesih yasağı öncesinde fesih bildiriminde bulunulması hâlinde, fesih bildirimi işlemeye devam etmelidir. Bununla birlikte, fesih yasağı süresi içerisinde işveren haklı nedenle derhâl fesih dışında iş sözleşmesini sona erdiremez. Dolayısıyla, mevzuatta getirilen işveren fesih yasağı boyunca, artık bildirimli fesih yoluyla sözleşme feshedilemeyeceğinden bildirim süreleri de işlemez.

c. İhbar Süresi İçinde Sözleşmenin Durumu

aa. Genel Olarak

Süreli fesihte, sözleşme bildirimde bulunulduğu anda derhâl sona ermez. Öngörülen bildirim sürelerinin sonunda ortadan kalkar. Bildirimde bulunulduktan sonra ise, kural olarak sözleşme ilişkisinde herhangi bir

değişiklik olmaz. Bu anlamda işçinin iş görme, işverenin de ücret ödeme ve diğer borçları (ve hakları) aynen devam eder. Bu arada bildirim önelleri içerisinde sözleşmenin haklı nedenle (bildirimsiz olarak) feshedilmesine yol açan bir neden ortaya çıkarsa, buna dayanılarak sözleşme derhâl sona erdirilebilir. Kural olarak bildirim sürelerinde taraflar için herhangi bir değişiklik veya özel bir durum söz konusu olmazken, İş Kanunu buna iki istisna getirmiştir. Bunlardan ilki, işçinin bildirim süreleri içerisinde iş aramasına işverenin izin verme yükümlülüğüdür ki, buna işçinin yeni iş arama izni denir. Diğeri de işverenin bildirim önellerine ait ücretin peşin verilmek suretiyle sözleşmenin bildirim önellerini beklemeden sona erdirilebilmesi imkânıdır.



bb. Yeni İş Arama İzni

Kanun koyucu, bildirim süreleri içerisinde işçinin iş bulabilme imkânına kavuşabilmesi için işverenin yeni iş arama izni vermesini öngörmüştür. Yeni iş arama izni İşK.m.27'de düzenlenmiştir. Buna göre, bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. İznin kullanılması açısından işçiye iki imkân tanınmıştır. Bunlardan ilki, izni her gün kullanmak, diğeri de izin süreleri birleştirilerek topluca kullanılabilmektir. Yalnız topluca izin kullanılacak ise, bu, ihbar önellerinin sonuna denk getirilmeli ve işverene toplu kullanılmak istendiği bildirilmelidir. İş arama izninin süresine ilişkin olarak belirtmek gerekir ki, kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye iş arama izni günde iki saat yerine, oran kurulmak suretiyle tanınmalıdır.

İş arama izninin söz konusu olabilmesi için sözleşmenin işçi veya işveren tarafından feshedilmiş olmasının hiçbir önemi yoktur. Ancak sözleşmenin belirsiz süreli olması lâzımdır. Ayrıca ihbar önellerine ait ücretin peşin verilmek suretiyle sona erdirildiği veya usûlsüz feshin yapıldığı durumlarda, ayrıca iş arama izni veya onun ücreti söz konusu olamaz. Zira, ihbar sürelerine ait ücrette veya ihbar tazminatında zaten iş arama izin ücreti de vardır. Bu arada işçinin yeni bir iş bulması nedeniyle yaptığı fesihlerde de işçiye yeni iş arama izni verilmez. Hatta işçinin bu hususu gizlemesi durumunda yaptığı davranışı sadakat borcuna aykırılık teşkil eder ve işveren işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebilir.

İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullandırırsa, o süreye ilişkin ücreti ayrıca ödemek durumundadır. İşveren, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilâveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder. Böylece, yeni iş arama izni verilmeyen işçi, çalıştığı süreye ilişkin ücreti yanında, kendisine izin kullandırılmadığı için de o süreye ilişkin ücretini toplam üç kat olarak alacaktır.

Ancak belirtelim ki, Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi'nin verdiği bir karara göre, yeni iş arama iznini kullanmayacağını kabul eden işçinin bu süreye ilişkin zamlı ücret hakkı bulunmamaktadır (06.07.2017, E.2017/33076 K.2017/161693).

> "*Yasal düzenlemenin tümüne bakıldığında; maddede geçtiği şekli ile açık amacı işten ayrılacak olan işçiye "yeni iş bulması için" iş aramasını sağlamaktır. İş arama izni dinlenme hakkı değildir. İşveren bu doğrultuda yükümlülüğünü yerine getirmişken; davacı işçi ise bu hakkını izni kullanmayacağını bildirerek, eylemli olarak da çalışarak, kendi serbest iradesiyle bu hakkını kullanmama yönünde tercihte bulunmuştur. Söz konusu izin kullanma hakkı davacının kendisinin, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir haktır. Kendisine işveren tarafından verilen ihtar ve ayrıca hatırlatmalara rağmen bu hakkını kullanmayıp daha sonra, bu yöndeki talebi, iş akdi artık fiili olarak ta sonlandıktan sonra iş arama izninin amacına göre artık iyiniyetli bir talep olmayacaktır. Bu doğrultuda işverenin iş arama izninin*

kullandırmadığının kabulü doğru olmamıştır. Davanın reddine karar vermek gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirir." (Yarg. 22 HD. 25.04.2017 E.2017/22104 K.2017/9422).

Buna karşın işçinin yeni iş arama izni verilmemesine bağlı olarak sözleşmeyi derhâl fesih hakkı da saklıdır.

cc. İhbar Sürelerine Ait Ücretin Peşin Ödenerek Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

Sözleşmenin bildirimli feshedilmesi durumunda işçi bildirim önellerinin sonuna kadar işyerinde çalışmak zorundadır. Zira, iş sözleşmesi bildirimde bulunulduğu zaman değil, söz konusu bildirim sürelerinin dolmasından sonra ortadan kalkar. Bildirimli feshin bu özelliğinden ötürü kanun koyucu işverenler için bir imkân tanımıştır. O da sözleşmesini bildirimli olarak feshettiği işçisine, bildirim önellerine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini sona erdirebilmesidir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, bildirim öneline ilişkin ücretin peşin ödenmek suretiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi hâlinde, iş sözleşmesi derhâl sona ermektedir. Ancak Yargıtay'ın görüşünün aksine bildirimli feshin hukukî sonucu, bildirim önelinin sonunda iş sözleşmesinin sona ermesidir. Bu nedenle olması gereken, bildirim öneline ait ücretin peşin ödenerek sözleşmenin sona erdirilmesinde de iş sözleşmesinin bildirim önellerinin geçmesinden sonra ortadan kalmasıdır. Ancak her hâlükârda işçi işyerine gelerek çalışmak, işveren de onu çalıştırmak borcundan kurtulmaktadır. Gerçekten bazı durumlarda sözleşmesi sona eren işçiyi işveren işyerinde çalıştırmak istemeyebilir. İşte söz konusu düzenleme buna imkân vermektedir (İşK.m.17/5). Hemen belirtelim ki böyle bir imkân yalnız işverene tanınmıştır.

Bununla birlikte sözleşme her hâl ve şartta bildirim süreleri geçtikten sonra ortadan kalktığı için, söz konusu dönem içinde ücret vs. herhangi bir değişiklik olmuşsa, ihbar sürelerine ait ücreti peşin olarak verilen işçi de bu haklardan yararlanabilir.

"*Ancak, davacının iddia ettiği gibi, fesihle işverenin ihbar öneli içinde doğacak yeni haklardan işçiyi yararlandırmamak amacı ile hareket ettiği anlaşılırsa o takdirde işçinin önel içinde gerçekleşen*

haklara göre istekte bulunması mümkündür" (Yarg. 9.HD. 08.04.1991, E.1990/4473 K.1991/7311).

Özellikle toplu iş sözleşmesi ile bir zam yapılmışsa elbette ki işçinin bu zamdan yararlandırılması gerekir.

d. İhbar Sürelerine Uyulmaksızın Yapılan Fesihler (Usûlsüz Fesih-İhbar Tazminatı)

Fesih hakkının Kanun'da öngörülen şartlara uygun kullanılmaması, örneğin, bildirim sürelerine uyulmaksızın sözleşmenin feshedilmesi durumunda yapılan fesih geçerlidir, fakat ortada bir ***usûlsüz fesih*** vardır. Yargıtay farklı görüşte olsa da usûlsüz fesihte de sözleşme, feshin yapıldığı anda değil, bildirim önellerinin sonunda ortadan kalkar. Usûlsüz fesih durumunda kanun koyucu, ***ihbar tazminatı*** müeyyidesini öngörmüştür. İhbar tazminatı, sözleşmeyi bildirim öneline uygun olarak feshetmeyen işçi veya işveren içindir. Hiç şüphesiz ihbar tazminatı, teknik anlamda bir tazminat değildir. Zira, zarar mevcut olmasa da ihbar tazminatı ödenmelidir. Ayrıca tazminattan indirim de söz konusu olmaz.

İhbar tazminatı, iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olması nedeniyle, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz (Yarg. 22.HD. 11.12.2017, E.2015/22568 K.2017/28425). Ancak Yargıtay'ın işçinin mobbing sebebiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi durumunda farklı bir uygulaması bulunmaktadır. Buna göre, mobbinge uğrayan işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhâl feshettiğinde, işverenin haksız bir eylemi sonucunda işçinin kasten işten uzaklaştırılması söz konusu olduğundan, işverenin ihbar tazminatı da ödemesi gerekir (Yarg. 22.HD. 31.05.2016, E.2015/11958 K.2016/15623; Yarg. 9.HD. 10.11.2020, E.2017/18581 K.2020/15562).

İhbar tazminatının miktarı, ihbar sürelerinde söz konusu olan ücrettir. İhbar sürelerine ilişkin ücret tespit edilirken asıl değil, giydirilmiş (geniş anlamda) ücret dikkate alınır (İşK.m.17/son). Bir başka ifadeyle, asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanun'dan doğan tüm menfaatler de göz önünde tutulur. Tazminatta esas alınacak ücret, işçinin sözleşmenin bozulduğu sırada en son aldığı ücrettir.

İhbar tazminatının zamanında ödenmemesi durumunda ödenecek faiz, kanunî faizdir (Yarg. 22.HD. 22.10.2018, E.2017/15499 K.2018/22788). Ayrıca, ihbar tazminatı 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu'na eklenen Ek Madde 3 uyarınca, beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir.

***İşçinin aralıklı çalışması hâlinde ihbar tazminatı hesabı nasıl yapılır?**

Mevzuatımızda; işçinin aynı işverenin aynı veya farklı işyerlerinde aralıklı çalışması durumunda kıdem tazminatının nasıl hesaplanacağı konusunda bir hüküm olmakla birlikte, ihbar tazminatına ilişkin böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre her bir fesih için ayrı ayrı ihbar tazminatı hesabı yapmak yerindedir. Bu konuda Yargıtay'ın farklı yönde kararları vardır. Ancak Yargıtay'ın aynen kıdem tazminatında olduğu gibi, tüm süre ve son ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiği yönünde kararları da bulunmaktadır. Gerekçe olarak da *"İhbar tazminatı bakımından da hizmetlerin birleştirilmesi ve tüm süre için 8 haftalık ihbar tazminatı hesabı yapılması, ihbar tazminatı kurumunun amacına uygun olur. Aksi hâlde aralıklı çalışmalarda her bir fesih tarihinden itibaren ayrı ayrı ihbar tazminatı talebi gündeme gelebilecek olup, bu durum kıdem tazminatı bakımından hizmetlerin birleştirilmesini öngören 1475 sayılı yasanın 14/ 2. fıkrasına aykırılık oluşturur"* ifadelerine yer verilmiştir (Yarg. 9.HD. 04.10.2018, E.2015/21907 K.2018/17446).

Aynı daire 2020 yılında verdiği başka bir kararında, ihbar tazminatı hesabında tüm sürelerin birleştirilmesinin mümkün olmadığına karar vermiş ve ilgili döneme ilişkin hizmet süresi ve o döneme ait son ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiğine hükmetmiştir (Yarg. 9. HD. 12.11.2020, E.2016/30941 K.2020/15949).

e. Fesih Hakkının Kötüye Kullanıldığı Hâller (Kötüniyetli Fesih-Kötüniyet Tazminatı, Sendikal Nedenlerle Fesih-Sendikal Tazminat)

Her hak gibi, sözleşmeyi bildirimli fesih yoluyla sona erdirmede de taraflar TMK.m.2'de öngörülen doğruluk ve güven kurallarına uygun davranmak durumundadırlar. Buna karşın taraflardan birisi fesih hakkını dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde kullanırsa ortada ***kötüniyetli fesih*** vardır. Örneğin,

işçinin iş sözleşmesi, iş kazası geçirdiğini Cumhuriyet Savcılığına şikâyet etmesi nedeniyle sona erdiriliyorsa yapılan feshin kötüniyetli olduğu kabul edilmelidir (Yarg. 9.HD. 08.01.2019, E.2016/461 K.2019/294).

Kötüniyetli feshin söz konusu olabilmesi için mutlaka sözleşmenin usûlsüz feshedilmiş olması da gerekmez. Zira, sözleşmeyi sona erdiren taraf, usûlüne uygun bir fesih yapmış olabilir. Örneğin, ihbar sürelerine riayet etmiş olabilir. Ancak fesih iradesinde dürüstlük kuralına aykırılık vardır.

Burada inceleme konusu yapılacak olan husus, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin kötüniyetli feshidir. Zira iş güvencesi kapsamında olan işçiler için sözleşmeyi fesih açısından işveren geçerli bir nedene dayanmak durumunda olduğu için, kötüniyetli olması durumunda da böyle bir sebebe dayanamayacağından, işçi işe iade davası açma imkânına sahiptir. Bir başka ifadeyle, iş güvencesi kapsamında olan işçiler, sadece işe iade davası açabilirler. Bundan vazgeçip kötüniyet tazminatı talep edemezler (Yarg. 22.HD. 20.12.2017, E.2015/23826 K.2017/30237). Fesih hakkının kötüye kullanıldığı durumlarla ilgili olarak örnek kabilinden işçinin işvereni şikâyet etmesi nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi verilebilir. Kötüniyetli feshin müeyyidesi ***kötüniyet tazminatıdır.*** Kanun'daki düzenlemeye göre kötüniyet tazminatının miktarı ihbar tazminatının üç katıdır (İşK.m.17/6). Aynı olayda hem usûlsüz fesih hem de kötüniyetli fesih varsa işçinin alabileceği toplam tazminat, ihbar sürelerine ait ücretin dört katıdır. Yargıtay'ın da belirttiği gibi, kötüniyet tazminatı ile ihbar tazminatı farklı yasal dayanaklara tâbi olup her iki alacak ayrı ayrı talep edilmelidir (Yarg. 22.HD. 13.02.2017, E.2017/2412 K.2017/2103).

Kötüniyet tazminatında da giydirilmiş ücret dikkate alınır (İşK.m.17/son). Zamanında ödenmemesi durumunda uygulanacak faiz, yasal faizdir. Ayrıca kötüniyet tazminatı, beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir (İşK. ek madde 3).

Kötüniyetli fesihle ile ilgili olarak özel bir kötüniyetli fesih durumu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre, işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya başka bir sendika üyesi olan işçiler arasında, sözleşmenin sona erdirilmesi açısından herhangi bir ayrım yapamaz.

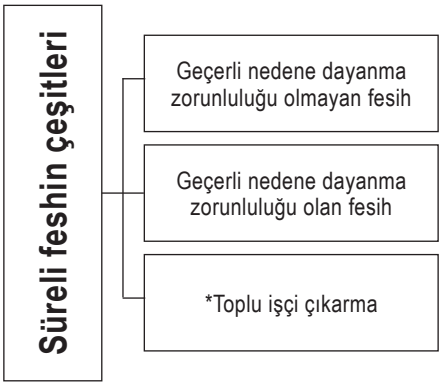
İşçiler; sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamazlar. Buna aykırı hareket eden işveren, işçinin asgarî bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere tazminat ödemek durumundadır (STİSK.m.25). Böylece Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu işçinin sendikal bir nedenle ayrımcı bir davranışa tâbi tutulması durumunda, işverenin işçinin en az bir yıllık ücreti tutarı kadar bir tazminat ödemesi gerektiğini öngörmüştür. Bu tazminat ***sendikal tazminat*** olarak adlandırılır. Bahsi geçen şekilde sözleşmenin feshi ise, ***sendikal nedenlerle*** yapılan fesih olarak adlandırılır. Böylece işçinin sözleşmesi sendikal nedenlerle sona erdirilmişse kötüniyet değil, artık sendikal tazminat gündeme gelir.

Yargıtay uygulamasına göre, sendikal nedenle fesihte işçi sadece sendikal tazminat talep edebilir, kötüniyet tazminatı talep edemez. (Yarg. 7.HD. 14.09.2015, E.2015/23550 K.2015/14627). Zira sendikal nedenle fesih, kötüniyetli bir fesih örneğidir. Eğer her iki tazminatın birlikte talep edilmesi mümkün kılınsa idi, aynı feshe bağlı ayrı sonuçların ortaya çıkmasına imkân sağlanırdı.

f. Süreli (Bildirimli) Feshin Çeşitleri

Bildirimli feshin geçerli sebebe dayanıp dayanmaması ile ilgili ayrım ancak sözleşmenin işveren tarafından feshinde mevcut olan bir ayrımdır. Yoksa işçi açısından fesihte böyle bir durum yoktur. Bildirimli feshin yukarıda açıklanan sonuçları, geçerli ve geçersiz nedenle yapılan fesihler için de aynıdır. Burada farklılığı olan konu, iş güvencesi kapsamında olanlar için işverenin ayrıca geçerli bir nedene dayanarak sözleşmeyi sona erdirmek zorunda olduğudur. Böyle geçerli bir neden olmaksızın sözleşme sona erdirilirse de işçi işe iade davası açabilir.

İşveren tarafından yapılan bildirimli fesihler, geçerli sebebe dayanmak zorunda olmayan ve geçerli sebebe dayanmak zorunda olan fesihler olmak üzere ikiye ayrılır. Bu arada toplu işçi çıkarma nedeniyle yapılan fesihleri de bildirimli fesih çeşitleri arasında incelemekte fayda vardır.

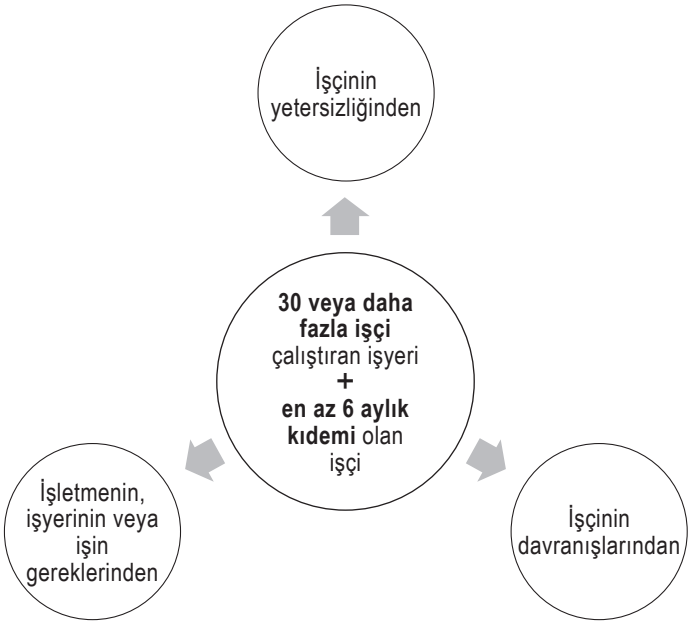


aa. Geçerli Sebebe Dayanmak Zorunda Olmayan Fesihler

Geçerli sebebe dayanmak zorunda olmayan bildirimli fesihler, yukarıda izah edilen sonucu doğurur. Bu anlamda sözleşmeyi feshedenin işçi veya işveren olması herhangi bir farklılık oluşturmaz.

bb. Geçerli Sebebe Dayanmak Zorunda Olan Fesihler

aaa. Kapsam ve Şartları



İşK.m.18'de geçerli nedenle fesih düzenlenmiştir. Buna göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden (yetersizliğinden) veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

İş güvencesinden esas itibariyle 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında yer alan işçiler yararlanırlar. Ancak, Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler de kapsama alınmışlardır (BİK.m.6/son). Bunun gibi, elliden fazla işçinin çalıştığı tarım işletmelerindeki işçiler de yine iş güvencesinin kapsamındadır. Buna karşın, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında yer alan işçiler iş güvencesinden yararlanamamaktadırlar.

> "*Basın çalışanları, özel kanun olan Basın İş Kanunu'nun 6. maddesi yollaması ile, iş güvencesi hükümlerine tabi iken, Deniz İş Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme yoktur. Böylece, Deniz İş Kanunu kapsamında gemi adamının iş güvencesi hükümlerine tabi olması mümkün değildir. Yapılan işin deniz taşıma işi olup olmadığı belirlenerek sonucuna göre davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı tespit edilmelidir*" (Yarg. 22.HD 04.04.2017, E.2017/35094 K.2017/7664).

Her şeyden önce geçerli nedenle fesih bir bildirimli fesih türü olduğu için, işçinin iş ilişkisinin belirsiz süreli olması gerekmektedir. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar bu haktan yararlanamazlar.

> "*5580 sayılı Kanun'un 9. Maddesinin 1. Fıkrasına göre, tarih öğretmeni olarak çalışan davacı, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığından iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz*" (Yarg. 22.HD. 07.03.2018, E.2017/37924 K.2018/5928).

İşverenin iş sözleşmesini sona erdirirken geçerli nedene dayanma zorunluluğunun şartları şunlardır:

(i) İşyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılıyor olmalıdır. Bu koşul, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte o işyerinde çalışan işçi sayısına bakılarak belirlenir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması hâlinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir (İşK.m.18/4).

Belirtmek gerekir ki, Kanun'da düzenlenmiş olan otuz işçi sayısı nispî emredicidir ve işçi lehine azaltılabilir. Yargıtay'ın da belirttiği gibi, otuz işçi sayısının belirlenmesinde, fesih tarihi itibariyle işverenin aynı işkolunda bulunan tüm işyerlerinde çalışan işçi sayısının dikkate alınması gereklidir. Farklı iş kollarında faaliyet gösteren işyerlerinde çalışan işçi sayısı hesaba dahil edilmemelidir. (Yarg. 22.HD. 24.04.2018, E.2018/2914 K.2018/9559). İşverenin farklı şirketlerle faaliyetini yürüttüğü durumlarda, şirketler arasında organik bağ var ise şirketlerdeki tüm işçi sayısına bakılmalıdır.

İşyerinde hangi tür çalışma biçimi olursa olsun iş sözleşmesi ile çalışanlar toplam sayıya dahil edilirler. Buna karşın işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer, işyerinde çalışmayan/çalışamayan işçiler yerine alınan geçici işçiler toplam sayıda dikkate alınamaz. Yine, iş güvencesi kapsamında yer almayan işveren vekilleri de sayıya dahil edilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz.

"Dosya kapsamına göre, davalı şirketin ... Holdingin bir parçası olduğu sabit ise de, işyerinde güvenlik görevlisi ve bekçi olarak görev yapan davacının diğer şirketlere hizmet edip etmediği hususu açıklığa kavuşturulmamıştır. Grup şirketler bakımından birlikte istihdam koşulunun sağlanmış olması gerekmektedir. Bu sebeple yapılması gereken iş, öncelikle grup şirkete tabi şirketlerin faaliyet alanları ve bu şirketlerin birlikte istihdam ettikleri işçi sayısı somut olarak belirlendikten ve davacının diğer şirketlere hizmet ifa edip etmediği hususunda gerekirse işyerinde keşif yapılmak suretiyle araştırma yapılarak, varılacak sonuca göre, işyerinde otuz işçi ölçütünün gerçekleşip gerçekleşmediği ve davacının iş güvencesi kapsamında olup olmadığı yönünden bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile işin esasına dair karar verilmesi hatalı olmuştur" (Yarg. 22.HD. 10.10.2018, E.2018/11689 K.2018/21680).

Otuz işçi sayısının tespiti farklı kararlara konu olmuştur.

- Okul aile birliğinde oluşturulan özel bütçeden ücretleri ödenen işçilerin sayısının tespitinde, o işyerinde çalışan işçilerin tespit edilmesi gerekmektedir (Yarg. 9.HD. 08.04.2014, E.2014/4832 K.2014/11787). Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi ile 9'uncu Hukuk Dairesi'nin birleşmesi

sonucunda alınan ilke karara göre, okul aile birliği ile Bakanlık arasında birlikte istihdam hükümleri uygulansa da iş güvencesi açısından otuz işçi sayısı bakımından o işyerinde her iki işverenin birlikte çalıştırdıkları işçi sayısının önemli olduğu, başka bir anlatımla ayrı ayrı işverenlerin çalışan sayılarının toplamı üzerinden iş güvencesi koşullarının değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir.

- Bir diğer karar Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'na ilişkindir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu, ayrı işyeri olan bağımsız işveren oldukları, bu nedenle her vakıf için işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi yetkisi verilebileceği; iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın ön koşullarından olan işçi sayısı tespit edilirken her vakıf yönünden sadece kendi işçi sayısının dikkate alınacağı, 09.06.2017 günlü üçüncü oturumda esas hakkında oy çokluğu ile karar verilmiştir. (YİBHGK 09.06.2017, E.2016/3 K.2017/4). Karardan sonra 9'uncu Hukuk Dairesi, 3294 sayılı Kanun m.7'ye eklenen fıkra hükmünü dayanak göstererek "*iş güvencesi açısından 30 işçi sayısının belirlenmesinde Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarında çalışan işçilerin tamamının dikkate alınması gerektiği kabul edilerek, tüm Türkiye'deki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarındaki çalışan işçi sayısı dikkate alındığında 30 işçi şartının somut uyuşmazlıkta gerçekleştiği sabittir*" (01.07.2019, E.2019/1437 K.2019/14670) şeklinde hüküm kurmuş; ancak 22'nci Hukuk Dairesi, ilgili değişikliğin ileriye etkili olduğunu ifade ederek değişiklik öncesi fesihlerde İBK uygulanması gerektiğine karar vermiştir (17.01.2019, E.2018/1661 K.2019/12342)..

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde ayrı işyeri var olduğundan, her bir işverenin işçileri ayrı ayrı hesaplanmalıdır (Yarg. 9.HD. 20.12.2017, E.2017/446 K.2017/21905). Ancak muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisi durumu ayrıktır.

(ii) İşçi en az altı aylık kıdeme sahip olmalıdır. Altı aylık kıdem aranırken işçinin, aynı işverenin, aynı veya değişik işyerlerinde yaptığı tüm çalışmalar birleştirilir (İşK.m.18/4).

İşçinin altı aylık kıdeminin aynı işkolunda geçmesi gerekmemektedir. Burada önem arz eden husus, çalışmanın aynı işverenin işyeri/işyerlerinde geçirilmiş olmasıdır. Dolayısıyla aynı şirket grubu içinde olsalar dahi farklı işverenler nezdinde geçen çalışmalar, altı aylık kıdem hesabında değerlendirilmez.

"*Davacı 04.09.2016 tarihinde işe başlamış olup 03.03.2017 tarihinde iş akdi feshedilmiştir. SGK hizmet döküm cetvelinde mart ayında herhangi bir çalışma gösterilmemiştir. 4857 sayılı yasanın 18/1 maddesinde altı aylık kıdemi olan işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanabileceği belirtilmiştir. HMK 92/2 maddesine göre süre; ay olarak belirlenmiş ise başladığı güne son ay içindeki karşılık gelen günün tatil saatinde biter. Dolayısıyla davacı 04.09.2016 tarihinde işe başladığından altı aylık kıdemi 04.03.2017 tarihinde dolar. Davacının çalışma süresi 5 ay 29 gün olduğu anlaşıldığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken işe iade kararı verilmesi hatalı olup, Bölge Adliye Mahkemesi kararının bu nedenle bozulup ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir*" (Yarg. 22.HD. 10/04/2018, E.2018/76 K.2018/8482).

Deneme süresi ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı süreler de altı aylık kıdem hesabında göz önünde bulundurulur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, altı aylık kıdem hesaplanırken iş sözleşmesinin daha önceki sona erme sebebi önem arz etmemektedir.

İşçinin; aynı işverenin aynı işyerinde farklı dönemlerde çalışması durumunda, önceki döneme ilişkin hakların tasfiye edilmesi hâlinde, daha önceki sürelerin altı aylık kıdem hesabında göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı hususunda Yargıtay'ın farklı dairelerinin farklı yönde kararları bulunmaktaydı. Ancak son durumda daireler arasında varılan mutabakata göre, tasfiye edilip edilmediğinden bağımsız olarak, aynı işverene ait işyerindeki toplam sürenin dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Uygulamada sıkça karşılaşılan bir sorun, işverenlerin işçilerin altı aylık kıdemlerinin dolmasına çok az zaman kala iş sözleşmelerini sona erdirmesidir. Bu durumda fesih hakkının kötüye kullanıldığı ve iş güvencesi şartlarının sağlandığının kabulü gerekmektedir.

! Pandemi döneminde işverenlere tanınan tek taraflı işçinin ücretsiz izne çıkarılması sonucunda sözleşmenin askıya alınması altı aylık kıdemde göz önünde bulundurulacak mıdır?

İşK. m.18'de "en az altı aylık kıdem" kavramı kullanılmıştır. Bunun sözleşmenin devam ettiği tüm süreyi kastettiği düşünülmektedir. Dolayısıyla askı süresi de bu süreye dahildir. Ancak bilindiği gibi pandemi döneminde işverene tanınan bu hak çok uzun süreli hâle gelmiştir. Burada işçi-işveren arasında bir adalet ve dengenin sağlanmasının da isabetli olduğu kanaatindeyiz.

(iii) İşçi belirli niteliklere sahip işveren vekili de olmamalıdır (İşK.m.18/son). Buna göre, işçi işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ile yardımcısı olmamalıdır. Yani genel müdür ve yardımcısı iş güvencesinden yararlanamaz. Yine, işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve aynı zamanda işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili de güvenceden yararlanamaz.

"İşletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ve işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda olan kişilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün değildir" (Yarg. 22.HD. 08.12.2015, E.2015/28602 K. 2015/34038).

Belirtmek gerekir ki, işçi alma ve çıkarma yetkisinin bir arada ve sadece tek bir işveren vekilinde olması gerekir. Bu kapsamda yetkinin yönetim kurulu ya da başka birisiyle ortak kullanılması durumunda, işveren vekilliği sıfatı ortadan kalkar.

"*Davalı şirket vekili cevabında davacının işyerinin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili olduğunu işe alım işten çıkartma yetkisinin olduğunu beyan etmiş ise de bu durumu ispat edememiştir. Bu nedenle davacının iş güvencesi hükümleri kapsamında olduğu anlaşılmakla davanın esası hakkında bir karar verilmek gerekirken davacının iş güvencesi kapsamında olmadığı gerekçesiyle davanın reddine dair verilen karar hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir*" (Yarg. 9.HD. 13.10.2020, E.2020/3073 K.2020/11570).

bbb. Geçerli Sebep Sayılan Hâller

Geçerli sebep, yasada haklı nedenle derhâl fesih için belirtilenler kadar ağırlıklı olmayan, ancak, yine de işyerinde işin görülmesini ciddi biçimde olumsuz etkileyen bir sebeptir.

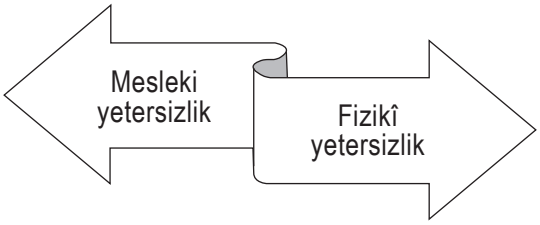
> *"İş Kanunun 25/II-h maddesi, işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı hâlde yapmamakta ısrar etmesini bir haklı fesih nedeni olarak kabul etmektedir. Buna karşılık işçinin işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi geçerli fesih nedenidir. İşçi görevini uyarıya rağmen hiç yerine getirmezse işveren haklı nedenle derhal; eksik, kötü, yetersiz bir biçimde yerine getirirse geçerli fesih hakkını kullanabilecektir. Dosya kapsamında yer alan tutanaklardan da anlaşıldığı üzere davacının iş görme borcunu hiç yerine getirmemiş olmasından değil eksik ve kötü ifa ettiğinden bahsedilmektedir. Kaldı ki, İş Kanununun 25/II-h maddesinde ısrar koşulu aranmakta olup, dosya kapsamında davacının görevleri hatırlatıldığı hâlde yapmamakta ısrar ettiğine ilişkin de herhangi bir bilgi ve belge mevcut değildir. Hal böyle olunca, iş sözleşmesinin performans düşüklüğüne dayalı olarak geçerli nedenle feshedildiği anlaşılan davacının, Özel Daire bozma kararında da değinildiği gibi kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü gerekirken reddine karar verilmesi doğru olmamıştır"* (YHGK 05.04.2017, E.2015/1598 K.2017/643).

İş Kanunu'na göre, iş güvencesi kapsamında yer alan bir işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için işveren işçinin yeterliliğinden (yetersizliğinden) veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır (İşK.m.18/1).

(i) İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler, ortalama olarak benzer işi yapanlara nazaran daha düşük verimle çalışmak, işe yatkın olmama, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen bir hastalık, uyum yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerle alâkalı emeklilik yaşına gelme, uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmeme, sık sık hastalanma gibi durumlardır.

"İş sözleşmesinin feshine neden olarak gösterilen «düşük performans gösterme» 4857 Sayılı İş Kanununun 18. maddesinde düzenlenen geçerli fesih nedenidir. Performans düşüklüğü haklı fesih nedeni oluşturacak ağırlıkta olmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini bozan, iş görme borcunun gerektirdiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen hâllerden olup geçerli fesih nedeni oluşturduğundan ve bu fesih şekli de işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanmasına engel teşkil etmediğinden davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü gerekir" (YHGK 05.04.2017, E.2015/9 K.1598-2017/643).

İşçinin yetersizliği iki alt başlık şeklinde değerlendirilebilir;



İş sözleşmesinin işçinin yetersizliğinden dolayı feshedilebilmesi için, işçinin bilinen özellikleri göz önünde bulundurulduğunda kendisinden beklenenden daha düşük performans göstermesi gerekir. Bunun için de performans değerlendirme ölçütlerine başvurulması icap eder. İşveren hangi değerlendirme yöntemini kullanırsa kullansın, bunun önceden belirlenmesi ve işçiye bildirilmesi aranır. Olası bir uyuşmazlık durumunda işveren, sözleşmesi feshedilen işçilerin hangi ölçütlere göre belirlendiğini ortaya koymalıdır. Bu noktada işçinin performansının düşük olduğu işveren tarafından ispatlanmalıdır. Ancak işveren fesih yoluna başvurmadan önce işçinin performans düşüklüğünün tespit edilmesinden sonra, işçiye işveren tarafından performansını arttırmaya yönelik eğitimler verilip bu noktada bir çaba da gösterilmelidir (Yarg. 9. HD. 18.10.2017, E.2016/25049 K.2017/161605).

(ii) İşçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler, haklı nedenle fesih için gerekli olan sebepler kadar ağır olmayan, ancak iş ilişkisini sürdürmeyi de artık sağlayamayacak olan ve işçinin davranışından kaynaklanan sebeplerdir.

"Davacının bildirime ve kendisine yapılan iki uyarıya rağmen sakal bırakmaya devam ettiği, bu sebeple iş ilişkisinin olumsuz şekilde etkilendiği ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği anlaşıldığından feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir" (Yarg. 9.HD. 21.12.2017, E.2016/32606 K.2017/21996).

İşverene zarar vermek ya da zararın tekrar edilebilmesi tedirginliği, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, arkadaşlarından borç para istemek, uzun telefon görüşmeleri yapmak, amirleri ve iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek gibi sebeplerdir.

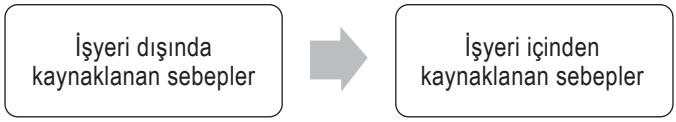
"Davacı iş sözleşmesinin işyerinde bir çalışan ile duygusal ilişkisi nedeniyle haksız olarak feshedildiğini, aslında fesih konusu gösterilen duygusal yakınlaşmanın da doğru olmadığını beyan etmiştir. Davalı taraf ise davacının işyerinde çalışan bir bayan işçi ile ilişki yaşadığını ve bu davranışın ahlâk ve iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığını, bu nedenle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini belirtmiştir. Dosya kapsamında bulunan tutanaklar ve davacıya ait aile nüfus kayıt örneği dikkate alındığında davacı ile işyerinde çalışan bayan işçi arasında ilişki olduğu sabittir. Davacının evli olması da dikkate alındığında bu tür bir ilişki toplumsal olarak kabul edilmeyen bir davranış olsa bile iş sözleşmesinin feshi noktasında İş Kanununda sayılan haklı nedenle fesih gerekçeleri arasında bulunmamaktadır. İşverenin bu davranışı yapan davacı işçi ile iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyeceğinden, işverence yapılan feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir. Hal böyle olunca davacının iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğinin kabulüne" karar verilmiştir (Yarg. 22.HD. 01.07.2015, E.2015/17587 K.2015/22860).

İşçinin iş görme borcunu yerine getirmesini engelleyen işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenler, işçinin kendisinden kaynaklandıkları için, işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle çoğu zaman örtüşmektedir. Ancak işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde işçinin bir sorumluluğu aranmaz, sadece onun objektif konumu dikkate alınırken, davranışlarından kaynaklanan nedenlerde ise işçinin haklı nedenle derhâl feshe olanak verecek ölçüde olmayan kusurlu davranışı değerlendirmede önemli rol oynamaktadır.

Örneğin, işçinin kendisi ile görüşme talebini kabul etmeyen müdürüne "*karşıma geçip iki cümle kuramayacak kadar küçülme karşımda, sen müdürsün yaa*" içerikli elektronik posta göndermesi, haklı değil geçerli fesih sebebidir (Yarg. 9.HD. 10.10.2018, E.2018/191 K.2018/18004).

Yetersizlik ve davranışlardan kaynaklanan sebeplerle iş akdinin feshedilebilmesi, işyerinde olumsuzluklara yol açması hâlinde mümkün olabilir.

(iii) İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler nedeniyle sözleşmenin sona erdirilebilmesi için, işçinin çalıştırılmaya devam ettirilmesi ihtiyacını ortadan kaldırıcı bir sebebin varlığı aranır. Belirtelim ki, emeklilik yaşına gelmiş olmak, fesih için geçerli bir sebep sayılmaz. Ancak, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir nedenin ortaya çıkması durumunda emeklilik yaşına gelme geçerli bir sebep hâlini alır.



İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler de kendi arasında ikiye ayrılır. Bunlardan ***ilki***, işyeri dışından kaynaklanan sebeplerdir ki; sürüm ve satış azlığı, kriz, pazar kaybı, hammadde eksikliği bu sebepler arasındadır. ***Diğeri*** de işyeri içi sebeplerdir ki; yeni çalışma yöntemleri, pazarın daralması, yeni teknolojilerin kullanılması gibi sebepler böyledir.

İş sözleşmesinin işyerinin, işletmenin ve işin gerekleri nedeniyle feshinde önemli bir unsur, işten çıkarılan işçilerin yerine işyerinde bir değişiklik söz konusu olmaksızın, aynı nitelikteki iş için ve aynı nitelikte başka bir işçinin alınıp alınmadığıdır. Kanun'un gerekçesinde, iş sözleşmesinin işyerinin, işletmenin ve işin gerekleri nedeniyle fesihlerde ***feshin son çare*** (*ultima ratio*) olarak yapılması esası da aranmaktadır.

> "*Tüm dosya kapsamı yapılan işin niteliği, tanık beyanları ve olayın gelişimi birlikte değerlendirildiğinde davacının çalıştığı Hekimevi ve içinde bulunulan kuaför biriminin kapatılması üzerine davacıya yeni iş teklif edildiği davacının bunu kabul ederek bir süre çalıştığı anlaşılmış olup feshin son çare olması kapsamında davacıya yeni görev teklif edildiği*

hâlde bunun kabul edilmemesinin geçerli sebep olduğu gözetilmeksizin feshin geçerli sebebe dayandığının kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 22.HD. 26.01.2017, E.2017/512 K.2017/1056).

Yine, Yasa hangi sebeplerin geçerli sebep sayılamayacağını da belirlemiştir. Buna göre; sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idarî veya adlî makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, ırk, renk, cinsiyet, medenî hâl, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasî görüş ve benzeri nedenler, 74'üncü maddede öngörülen ve hamile ve doğum yapan kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek, hastalık veya kaza nedeniyle 25'inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık yapılması durumlarında bu sebepler geçerli olarak kabul edilmez (İşK.m.18/3).

Şüphe feshi geçerli nedenler arasında değerlendirilmekte midir?

Şüphe feshini, işçinin iş sözleşmesi ile yüklenmiş olduğu yükümlülüğünü ağır şekilde ihlâl ettiğine ya da suç teşkil eden bir davranışta bulunduğuna ilişkin duyulan şüphe durumunda, taraflar arasındaki iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güveninin sarsılması neticesinde başvurulan bir fesih şeklinde tanımlamak mümkündür. Yargıtay tarafından şüphe feshine ilişkin verilen ilk karara, 2007 yılında rastlamaktayız (Yarg. 9.HD. 22.10.2007, E.2007/16878 K.2007/30923). Yargıtay belirtilen ilk kararında "*Ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi, işçinin yeterliliğine ilişkin fesih türü olarak gündeme gelecektir*" diyerek şüphe feshinin işçinin yetersizliğine ilişkin bir fesih türü olduğunu benimsemiştir. Yargıtay başka bir kararında, "*İşverenden katlanması beklenemeyecek bir şüpheden dolayı, işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kalktığından, güven ilişkisinin sarsılmasına yol açan şüphe, işçinin kişiliğinde bulunan bir sebeptir*" şeklinde bir gerekçe belirtmiştir (Yarg. 9.HD. 18.04.2013, E.2012/32147 K.2013/12471).

ccc. Fesih Usûlü

İşveren fesih bildirimini *yazılı* olarak yapmak ve fesih sebebini *açık* ve *kesin* bir şekilde bildirmek zorundadır (İşK.m.19).

> *"İşveren fesih bildirimini yazılı yapmak zorunda olduğu gibi fesih sebeplerini de yazılı olarak göstermek zorundadır. Buna karşılık, aynı Kanun'un 25. Maddesinde öngörülen işverenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı şekil şartı aranmamaktadır"* (Yarg. 22.HD. 10.12.2018, E.2018/15777 K.2018/26595).

Burada yer alan yazılılık koşulu bir geçerlilik problemidir. Yazılı yapılmayan fesihler, geçersiz sayılır.

> "*Davalı tarafça fesih için geçerli bir sebep ileri sürülmemesi ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirten yazılı bir fesih bildirimi de bulunmaması durumunda, feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir*" (Yarg. 9.HD. 30.01.2006, E.2006/29 K.2006/1807).

İş sözleşmesinin yazılı olarak sona erdirilmesi hâlinde bildirim imza karşılığında işçiye tebliğ edilmelidir. Eğer işçi imzalamaktan imtina ederse, İşK. m.109 uyarınca durum tutanak altına alınmalıdır.

Fesih bildiriminin yazılı yapılması tek başına yeterli değildir, fesih nedeninin de açık ve kesin bir biçimde işçiye bildirilmesi gerekir. Bu anlamda, yazılı fesih bildiriminde sadece kanun maddelerinin belirtilmesi kanunî anlamda fesih nedeninin bildirilmesi olarak kabul edilemez (İstanbul BAM 31.HD. 06.11.2020, E.2020/1156 K.2020/2106).

Yine, geçerli sebeple yapılan fesihlerde her durumda değil, sadece işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi durumunda fesihten önce işçinin savunması da alınmalıdır (İşK.m.19/2). Yasa'da savunmanın nasıl yapılacağı belirtilmemiştir.

İşçinin savunması, işveren tarafından fesih kararı verilmeden önce alınmalıdır. Zira savunma almanın amacına uygun olabilmesi için bunun fesih kararından önce yapılması zorunludur. İşveren, işçinin savunmasını almak için işçiyi davet etmelidir. Davet yazısının içeriğinde neler olması gerektiği konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak işçi fesih öncesi savunma vermeye yazılı olarak davet edilmeli, davet yazısında işten çıkarma sebebi açık ve kesin şekilde belirtilmeli, makûl bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte savunmasının

alınacağı, hazır bulunmadığı takdirde yazılı olarak savunmasını verebileceği, aksi hâlde bu hakkından vazgeçmiş sayılacağının kendisine hatırlatılması gerekir. Bununla birlikte, işverenin işçiyi davetinde herhangi bir şekil şartı yoktur. İşveren işçiyi sözlü, yazılı ya da elektronik olarak davet edebilir. İşçinin savunmasının alınması için herhangi bir şekil şartı öngörülmemektedir. Bu nedenle savunma, sözlü olarak alınabileceği gibi yazılı olarak da alınabilir. Hatta yazılı olması şartı, e-posta ile dahi yerine getirilebilir. Ancak ispat kolaylığı açısından savunmanın yazılı alınmasında fayda vardır.

Savunma alınmadan yapılan fesihler, geçersiz sayılır.

"*4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. Maddesine göre, iş sözleşmesinin işçinin davranışı ile ilgili bir nedenle feshedilmeden önce hakkındaki iddialara karşı işçiye savunma fırsatı verilmediği ve fesih tarihinde yazılı fesih bildiriminin yapılmadığı anlaşılmakla fesih geçersizdir*" (Yarg. 22.HD. 30.12.2013, E.2013/31796 K.2013/22845).

Ancak İşK.m.25 nedeniyle haklı nedenle yapılan fesihlerde işçinin savunmasını almak gerekmemektedir.

"İşçinin sağlık nedenleriyle bekleme süresini aşan işe devamsızlığının bildirim süresine eklenecek altı haftayı aşması, işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi için yeterlidir. Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince almış olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihlerde, işçiden savunma alınması gerekmemektedir" (YİBHGK 19/10/2018, E.2017/9 K.2018/10).

İşverenin haklı nedenle sözleşmeyi derhâl feshettiği ancak fesih nedeni haklı olmayıp geçerli neden olarak kabul edildiği durumlarda, işçinin savunmasının alınmamış olması tek başına geçerli feshi ortadan kaldırmamaktadır (Yarg. 9HD. 03.05.2018, E.2017/24792 K.2018/9808).

ddd. Feshe İtiraz (İşe İade Davası)

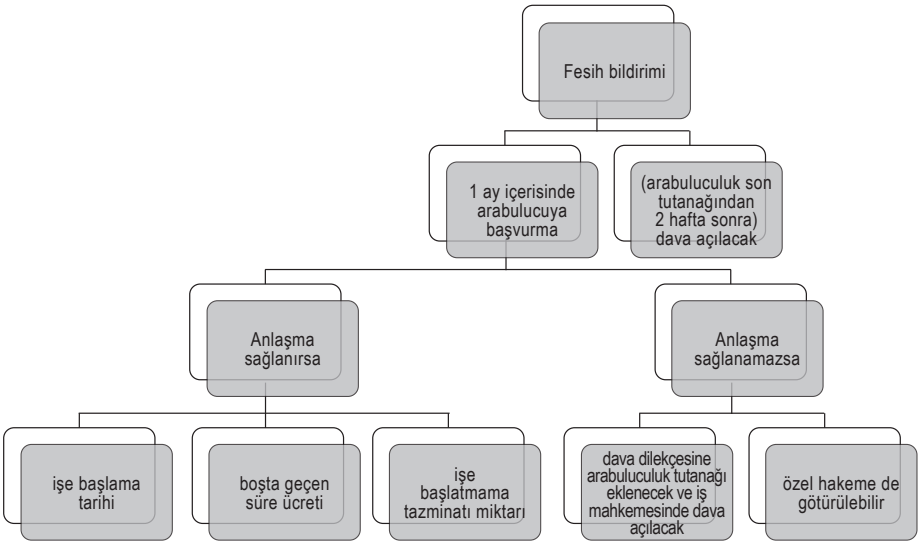
İş sözleşmesi feshedilen işçi İşK. m.20'ye göre, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren **bir ay içinde** işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabulucuya başvuru ile birlikte hak düşürücü süre durmaktadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği

tarihten itibaren, **iki hafta içinde** iş mahkemesinde dava açılabilir. Dava açma süresi olan iki haftalık sürenin başlangıcı, arabulucunun düzenlediği anlaşmazlık tutanak tarihidir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usûlden reddi hâlinde ret kararı taraflara re'sen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da re'sen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir. Kanun'da belirtilen bu süreler, hak düşürücüdür ve sürelerin kaçırılması hâlinde, işe iade davası açılamaz. Bir aylık sürenin geçirilmesinden sonra arabulucuya başvurulması hâlinde, hâkim bu durumu re'sen gözetir ve davanın reddine karar verir. Bir aylık sürenin hesabında takvim ayı olarak değerlendirme yapmak gerekir. Örneğin, 20 Eylül günü fesih bildiriminde bulunulmuşsa, başvuru süresi 20 Ekim günü mesai bitiminde sona erer.

***Asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğunda arabuluculuk süreci nasıl işlemelidir?**

Bilindiği gibi, asıl işveren alt işveren işçilerinin haklarından dolayı alt işverenle birlikte müteselsil sorumludur. Bu sorumluluğun usûl hukuku açısından bir sonuç doğurabilmesi için müteselsil sorumlu olan bu kişilere karşı birlikte dava açılmalıdır. Belirtilen husus arabuluculuk süreci için de önem arz etmektedir. Eğer işçi müteselsil sorumlulardan birisi hakkında arabulucuya başvurmuşsa, yapılan anlaşma/anlaşamama sadece taraflarını bağlar. Bu durumda işçi hakkında arabulucuya başvurmadığı taraf için ileride dava açmak isterse, ayrıca arabulucuya başvurmak zorundadır. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin bir kararında belirttiği gibi, alt işveren yönünden sağlanan arabuluculuk şartı ile sadece alt işverene karşı dava açılabilir (6. HD. 27.10.2020, E.2020/1877 K.2020/2339).

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.3/15'te bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Buna göre, "*Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır*". Ancak belirtmek gerekir ki, ilgili maddede ifade edilen, işverenlerin aynı yönde irade gösterme zorunlulukları sadece işe iade konulu arabulucu anlaşmalarına ilişkindir. Bunun dışında başka taleplerle (örneğin alacak talepli) arabulucuya başvurulması durumunda işverenler birlikte hareket etmek zorunda değildir. Bu durumda da yukarıda belirttiğimiz gibi, arabulucu vasıtasıyla yapılan anlaşma sadece tarafları bağlayacak ve müteselsil sorumlu olan diğer taraf için sonuç doğurmayacaktır.



Taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür. Ancak iş sözleşmesi kurulması esnasında konan özel tahkim kaydı geçerli değildir.

> *"İş sözleşmesinin kurulması veya devamı sırasında yapılan özel hakem sözleşmesi veya iş sözleşmesindeki hakem kaydı işçinin serbest iradesini yansıtmaması sebebiyle geçersiz olduğundan, uyuşmazlığın özel hakemce görülme imkanı bulunmamaktadır"* (Yarg. 22.HD. 26.09.2016, E.2016/27462 K.2016/21049).

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü, işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Dava ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir. İlk Derece Mahkemelerinden 25.10.2017 tarihinden sonra verilen işe iade davalarındaki kararlar hakkında, Bölge Adliye Mahkemesi kararları kesindir, bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz (Yarg. 22.HD. 12.11.2018, E.2018/15302 K.2018/24034).

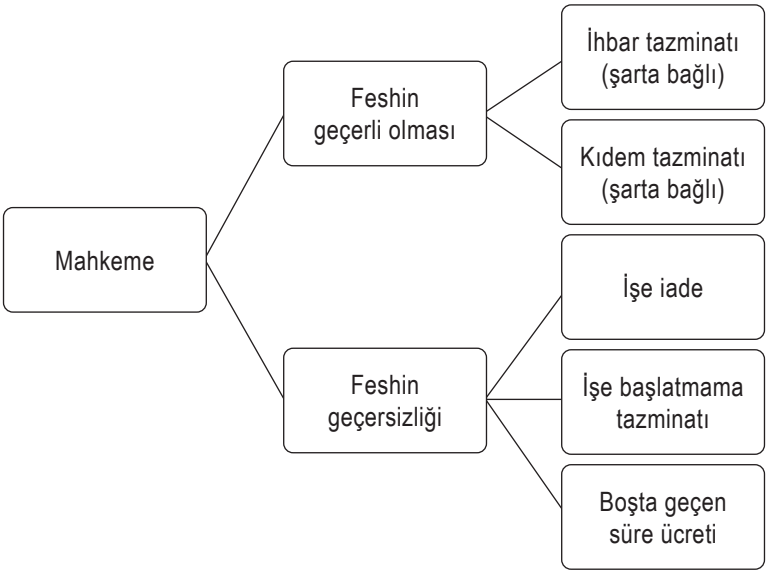
Belirtelim ki, aynı davada hem işe iade hem de işçilik hak ve alacaklarının istenmesi mümkün değildir. İşe iade davası netice olarak bir tespit davası olup tespit davalarında yalnızca tespit hükmü verilir, eda hükmü verilemez (Yarg. 22.HD. 25.04.2018, E.2018/3485 K.2018/9843).

Yabancılık unsurlu iş sözleşmelerinde geçerli nedenle feshe ilişkin iş kanunu hükümleri doğrudan uygulanan kural niteliği taşır mı?

Geçerli nedenle feshi düzenleyen İş Kanunu'nun 18 ilâ 21'inci maddesi hükümlerin amacı, işçilerin korunmasıdır. Düzenlemenin amacı; işverenin, emek geliriyle geçinen kişi durumundaki işçi ile aralarındaki sözleşmeyi feshetmesini sınırlandırmak, işçinin çalışma hakkının mümkün olduğunca korunmasını ve iş ilişkisinin devamını sağlamaktır. Söz konusu düzenlemeler nispî emredici nitelikte olup işçi lehine değiştirilebilir.

İş hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların amacı, iş hayatındaki düzenin ve barışın korunması şeklinde tanımlanabilir. İş Kanunu'nun 18 ilâ 21'inci maddesi hükümlerinin de zikredilen amacın tesisine hizmet ettiği şüpheden uzaktır. **Dolayısıyla bu hükümler doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğundan, yetkili yabancı hukukunun tespiti yoluna gidilmeksizin yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda da doğrudan uygulama alanı bulur.**

eee. Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonucu



İşçinin işe iade davasını kazanması hâlinde, işveren için iki imkân öngörülmüştür. Bunlar ***işe başlatma*** veya ***tazminat*** ödemedir. Ancak işçinin

başlatma ya da tazminat hakkından yararlanabilmesi için kesinleşen iade kararının tebliğinden itibaren ***on iş günü*** içerisinde işverene başvurması gereklidir (İşK.m.21/6). Ancak işçinin işverene başvurusunun samimî olması gerekir. İşçi eğer bu süre içerisinde işverene başvurmazsa, işveren tarafından yapılan fesih geçerli kabul edilir ve işveren sadece bunun hukukî sonuçlarından sorumlu olur.

> "*Davacının işe başlatılması için işverene başvurmasına rağmen başka bir yerde çalıştığı için işe başlamadığı davacı vekilinin beyanları ile sabit olduğu gibi, 08.01.2007 tarihinden itibaren ... SGK sicil numaralı dava dışı bir işyerinde çalıştığı hizmet cetvelinde görülmektedir. Buna göre davacı işçinin işe başlatılma başvurusunun samimi olmadığı, işe başlama niyeti olmadığı hâlde sırf işe iade kararının mali sonuçlarından yararlanmak, tazminat almak için talepte bulunduğu, işverence talebi kabul edilerek davet edilmesine rağmen işe başlamadığı, bu durumda boşta geçen süre ücretine hak kazanmasının mümkün olmadığı açıktır*" (YHGK 22.03.2017, E.2015/22 K.2017/534).

Maddede düzenlenen süre işgünü olarak belirlendiği için; hafta tatili, ulusal bayram veya genel tatil günleri hesaba katılmaksızın hesaplama yapılır.

İşçinin hak düşürücü bu süre içerisinde işverene başvurması durumunda işveren seçimlik hakkını kullanır.

- Başlatmanın tercih edilmesi durumunda bunun da işçinin başvurusundan itibaren ***bir ay*** içerisinde yerine getirilmesi gerekir. Bunun için işçinin işveren tarafından işe davet edilmesi gerekir.

> *"Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, işçinin yöntemince işe başlatıldığından söz edilebilmesi için işverenin işçiyi fesihten önceki durumuna iade etmesi gerekir. Başka bir anlatımla gerçek anlamda işe başlatma, işçinin geçersiz sayılan fesih tarihindeki işinde veya ona benzer (eşdeğer) bir işte çalıştırılmasıyla sağlanabilir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi üzerine açtığı işe iade davasının kabulüne*

dair verilen kararın taraf vekillerinin temyizi üzerine Yargıtay tarafından onandığı, akabinde davacının yasal süresi içinde işverene işe başlatılması için başvuruda bulunduğu, davalı işverenin ise işe başlama talebini kabul ettiği ve davacı işçinin işe başlama talebi ile işyerine gittiği sabittir. Dosya kapsamı, tespit tutanağı, ihtarname ve tanık beyanlarından davacı ve arkadaşlarının saat 08.00 itibariyle işyerine geldikleri, bir saat kadar işyeri girişinde bekletildikten sonra içeri alındıkları, bir odada güvenlik görevlisi eşliğinde bekletildikleri, öğle yemeği için diğer işçiler çıktıktan sonra yemekhaneye alındıkları, sonrasında işveren tarafından işçilere eğitime katılabilmek için ödenen tazminatların iade edilmesi ve kalan tazminat hakkından vazgeçilmesi şartının ileri sürüldüğü ayrıca işverence işçilerden boşta geçen süre ücreti üzerindeki blokenin kaldırılması için işe başlamaktan vazgeçildiğine dair yazı istenildiği anlaşılmıştır. Hal böyle olunca, davalı işverenin işe davetinde samimi olmadığı, bunun sonucu olarak kesinleşen işe iade kararına rağmen davacı işçiyi işe başlatmadığı anlaşılmakla mahkemece kıdem ve ihbar tazminatları işe işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır" (YHGK 27.06.2018, E.2016/22-2592 K.2018/1276).

İşverenin davetinin hangi usûlle yapılacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak davetin süresi içerisinde gerçekleştirildiğinin ispat yükü işverendedir. Bu nedenle yazılı yapılması kolaylık sağlayacaktır.

İşverenin daveti bizzat işçinin kendisine yöneltmesi gerekir.

"Somut olayda işverenin işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini bir ay içinde bizzat işçiye bildirmesi gerekirken buna ilişkin tebligatı davacı işçi yerine vekiline yaptığı anlaşılmaktadır. Bu hususta davacının vekiline yapılacak tebligat usulsüzdür. Mahkemece işverenin işe başlatma süresini geçirdiği kabul edilerek davacının taleplerinin değerlendirilmesi gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 9.HD. 20.05.2014, E.2012/10994 K.2014/16072).

İşverenin davetinin usûle uygun yapıldığının kabul edilebilmesi için işçiyi aynı işyerine ve aynı işe davet etmesi gerekir. Bu kapsamda işçi

çalıştığı şirkette değil de grup şirketlerden birinde çalıştırılmak üzere davet edildiğinde bu daveti kabul etmek zorunda değildir (Yarg. 22.HD. 21.03.2016, E.2014/35250 K.2016/6633).

İşçinin fesih tarihinde çalıştığı işyerine davet edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, işçiye uygun başka bir işyerinde çalışması için davet edilmesi geçerli kabul edilmelidir.

> *"Mahkemece, işvereninin davacıyı işe başlatma hususunda samimi olmadığı gerekçesi ile davacının işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre alacağına karar verilmiş ise de, dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının geçersiz sayılan fesih öncesi çalıştığı işin ihale süresinin bittiği anlaşılmaktadır. Davalı işveren tarafından, işyerinde meydana gelen değişiklik üzerine zorunluluk sebebiyle davacı işçinin özelliğine, kıdemine ve önceki işine en uygun işe davet etmiş, davacıyı başka yerde çalıştırma imkanı bulunmayan işverenin daveti ise davacı işçi tarafından kabul edilmemiştir. Bu durumda davacının işe başlatılmadığından söz etmek mümkün olmadığından, davacının sadece boşta geçen süre ile ilgili ücreti hak edebileceği dikkate alınarak işe başlatmama tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"* (Yarg. 22.HD. 13.10.2016, E.2015/14541 K.2016/23320).

***İşçinin usûlüne uygun davet edilmesine rağmen işe başlamamasının sonucu nedir?**

Bu konuda kanunda doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, usûlüne uygun davet edilmesine rağmen işçi işe gelmezse, işçinin işverene hiç başvurmamasında olduğu gibi, fesih geçerli hâle gelir ve onun hüküm ve sonuçlarını doğurur.

"*Davacı işçi, işverenin kendisini işe başlatma hususunda samimi olmadığını, davalı işveren ise, davacının işe başlamak için geldiği tarihte başka işyerinde çalıştığını ve davacının işe başlama talebinin samimi olmadığını savunmuştur. Dosyaya davacı tarafından işyerine gittiği, kendisine muhatap bulamadığına ilişkin tutanak ibraz edilmiş, davalı ise davacının*

devamsızlığına ilişkin tutanaklar ibraz etmiştir. Dosya içeriğine göre, davacı işçinin yapılan davet üzerine işyerine gittiği, işyerinde davacı için oda tahsis edildiği ancak davacının daha önce kendisine tahsis edilen odanın verilmediği, işyerinde kendisine muhatap bulamadığı gerekçesi ile tutanak tanzim ederek işyerinden ayrıldığı anlaşılmaktadır. Davacı işçinin işe davet edildiği tarihlerde başka bir işyerinde çalıştığı hususu da sabittir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, davalı işverenin davacıyı işe başlatmak istediği hâlde davacının haklı bir neden olmadan işe başlamadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan sebeplerle davacının süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması sebebiyle, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı anlaşıldığından, davacı işçi işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı Kanun'un 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmayacağından davanın reddi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı gerekçelerle kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 22.HD. 17.04.2014, E.2013/8776 K.2014/8472).

- Başlatmama hâlinde, işveren iade kararında belirtilecek biçimde, işçiye ***4 ilâ 8 aylık ücreti*** tutarında bir tazminatı ödemek durumundadır (İşK.m.21/1-2). Bu ücret brüt, çıplak ücrettir. İşe başlatmama tazminatının talep edilebilme anı, işverene başvuruya rağmen işe başlatılmama anıdır. Başlatmamanın azamî sınırı da bir aydır. Zamanında ödenmeme durumunda ise, kanunî faiz söz konusudur.

"İşe iade kararına rağmen işçinin işe alınmaması sebebiyle işe başlatmama tazminatının ödenmesi söz konusu ise, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez. Bu durumda işe başlatmama anından itibaren faiz hakkı doğar" (Yarg. 22.HD. 05.07.2018, E.2017/14227 K.2018/17027).

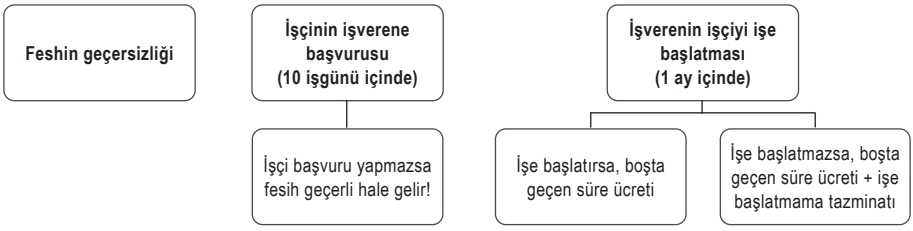
Tazminat miktarının belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi vardır. Ancak elbette bu yetki sınırsız değildir. Yargıtay uygulamasında işçinin kıdemi esas alınarak bir değerlendirme yapmaktadır.

"*Dairemizin yıllık ücretli izinle ilgili 53. maddedeki kıdem sürelerini dikkate alarak 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 4, 5 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 5, 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 6 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatının belirlenmesini öngörmekte, fesih sebebine göre bu miktarlarda azami sınır 8 aya kadar da çıkmaktadır*" (Yarg. 22.HD. 19.03.2018, E.2018/2687 K.2018/7132).

Ancak Yargıtay bazı kararlarında, doktrinde ileri sürüldüğü gibi, hukuka aykırı davranışın ağırlığına göre de değerlendirme yapmaktadır.

"*Somut uyuşmazlıkta dosya içeriğine göre; Mahkemenin davalı alt işverence gerçekleştirilen feshin haklı ya da geçerli nedene dayanmadığına yönelik tespiti yerinde olduğu gibi, davacının belediyeye karşı 11.06.2014 tarihinde mobbinge dayalı tazminat davası açmasından sonra bir gerekçe gösterilmeksizin 25.06.2014 tarihinde iş akdi feshedildiğinden, davacının kıdemi ve fesih nedeni dikkate alındığında işe başlatılmaması hâlinde ödenmesi gereken tazminat miktarının 8 aylık brüt ücret tutarı olduğuna ilişkin tespiti de yerindedir*" (Yarg. 9.HD. 25.03.2019, E.2019/2370 K.2019/6552).

Belirtmek gerekir ki, işçi işe iade kararına rağmen başlatılmaması durumunda, artık işe iadenin parasal sonuçları gündeme gelir. Dolayısıyla işçi tekrar işe iade davası açamaz.



***İşe iade davası sırasında işçinin iadesini talep ettiği işyerinin kapatılması işe başlatmama tazminatını nasıl etkiler?**

Bu konuda Yargıtay daireleri arasında birleşme öncesi dönemde uygulama birliği bulunmamaktaydı. Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'ne göre, işyerinin kapatılmış olmasının işe iadenin sonuçları bakımından bir etkisi olmadığından işveren işe başlatmama tazminatından sorumlu olmalıdır (05.12.2013, E.2011/28473 K.2013/32079; 13.10.2020, E.2017/16518 K.2020/11652). Ancak Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi'nin kararları farklılık göstermektedir. Buna göre, işverenin işe başlatma aşamasında kapatılmış olması hâlinde boşta geçen süre ücreti ve diğer alacaklara hak kazanılabilir ancak işe başlatmama tazminatına karar verilemez (09.06.2014, E.2013/13746 K.2014/16197). Birleşme sonrası 22'nci Hukuk Dairesi'nin kararları uygulama alanı bulacağı düşünülmektedir.

Ayrıca 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 2017 yılında yapılan değişiklik sonrası, mahkeme veya özel hakem, işçinin işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat ile işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler (İşK.m.21/4).

İşçinin işe başlatılması durumunda ise, işçiye daha önce kıdem tazminatı ve diğer tazminatlar ödenmişse bunların iadesi gerekir. Bir başka ifade ile, işe başlatılan işçi aldıklarını iade eder.

İş Kanunu, ayrıca, yargılama faaliyetinin sürdüğü döneme ilişkin olarak bu süre için ve fakat en fazla ***dört aylık ücret ve diğer hakların*** alınabilmesine de imkân tanımıştır. Buradaki ücret geniş anlamda ücrettir. Buna göre, davanın üç ay sürmesi durumunda işçi üç aylık ücret, buna karşın bir yıl sürmesinde ise dört aylık ücret alabilecektir. Bu ücret alacağının talep edilebileceği an, işçinin işe iade kararının kesinleşmesinden sonra süresi içinde işverene başvurduğu andır. İşverene başvurulduğu anda ücretin ödenmesi gerekir. Ödenmediği takdirde ise, mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanır.

Yargıtay'ın yakın tarihli verdiği kararlara göre, "diğer haklar" kavramının kapsamına işçinin fiilî çalışması sonucunda ödenen işçi alacakları dahil edilmemektedir (Yarg. 9.HD. 11.02.2019, E.2015/32324 K.2019/3128). Ancak

belirtmek gerekir ki, "diğer haklar" kavramı sadece ücret eklerinden ibaret değildir. Bu süre içinde işçi adeta çalışmasına devam ediyormuş gibi kabul edildiği için "asgarî geçim indirimi" de diğer haklar kavramı içinde değerlendirilmelidir.

***İşe iade davası aşamasında ya da sonrasında (işe başlamadan) işçinin vefat etmesi hâlinde ne olur?**

Bu duruma ilişkin olarak kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihadı uygulama alanı bulur. Buna göre; "*Davacı işe iade davasını açarken feshin geçerli bir nedene dayanmadığını iddia etmiştir. Geçersiz fesih var ise ölüm tarihine kadarki boşta geçen süre ücretine kanuni dört aylık sınırlama dikkate alınarak hükmedilmelidir. Böyle bir sonuç genel olarak kanunun amacına da uygundur. Aksi hâlde işverenin haksız davranışı işçinin ölümü nedeniyle karşılıksız kalmaktadır. Geçerli nedene dayanmayan feshin tespiti ile yetinilmesi, ölen işçinin mirasçıları yönünden hiçbir imkan sağlamayacaktır. Oysa konu, sosyal güvenlik haklarını da ilgilendirmektedir. Dört aya kadar ücret ve diğer haklar yönünden Sosyal Güvenlik Kurumuna pirim yatırılması ve ölen işçinin mirasçılarının buna göre sosyal güvenlik haklarından yararlanması gerekir. Böyle olunca işçinin ölümü, feshi izleyen dört ay geçtikten sonra gerçekleşmiş olmakla, ölen işçinin mirasçılarına dört aylık süre için boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesi gerekir*" (Yarg. 22.HD. 13.06.2017, E.2017/33082 K.2017/13963).

Bu arada işçinin işe iade davasını kazanmasına karşılık, işveren tarafından işe başlatılmaması durumunda, Yargıtay uygulaması, işyerindeki kıdemin 4 ay daha (yargılama esnasında boşta geçen süre kadar, dava 3 ay sürdü ise 3 ay, 1 yıl sürdü ise 4 ay) uzadığı şeklindedir. Buna göre işe başlatılmayan işçi için işyerinde kıdeme bağlı haklar yargılama süresi, en çok 4 dört ay daha uzar. Bu anlamda kıdem tazminatı, yıllık izin süresi ve ihbar tazminatı açısından da 4 aylık sürenin toplam süreye eklenmesi gerekir.

"*Yargılama süreci 4 aylık sürenin altında kaldığında, kısaca fesih ile işe iade kararı sonrası başvuru arasında boşta geçen süre 4 aydan az olduğu takdirde, başvuru tarihine kadar ki ücret ve diğer haklar hüküm altına alınacaktır. Ancak yargılama süreci 4 aydan fazla sürdüğünde, yasanın amir hükmü gereği boşta geçen süre için 4 aya*

kadar ücret ve diğer hakların ödenmesi gerekecektir" (Yarg. 9.HD. 19.11.2018, E.2018/9424 K.2018/20877).

Belirtelim ki, tazminatlara ve başlama sürelerine ilişkin düzenlemeler mutlak emredicidir. Taraflar kesinlikle bunların aksini kararlaştıramazlar. Alınacak tazminatı artıran, hatta cezaî şart öngören düzenlemeler dahi öngörülemez (İşK.m.21/son). Kararlaştırılması hâlinde geçersiz sayılır.

"*4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası uyarınca, kanunda belirlenen iş güvencesi tutarları sözleşme ile değiştirilemeyeceğinden davacı TİS' in 24. maddesinde düzenlenen iş güvencesi tazminatından yararlanamaz*" (Yarg. 22.HD. 13.12.2017, E.2015/21328 K.2017/28585).

Tarafların arabuluculuk süresinde anlaşması hâlinde, anlaşma tutanağında yer alması gereken hususlar da İş Kanunu'nda belirtilmiştir. Buna göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde;

a) İşe başlatma tarihini,
b) Üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını,
c) İşçinin işe başlatılmaması durumunda, ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur. Aksi hâlde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması hâlinde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olur (m.21/7).

cc. Toplu İşçi Çıkarma Nedeniyle Yapılan Bildirimli Fesihler

Toplu işçi çıkarma, işverenin ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu yasanın öngördüğü sayının üzerinde işçi çıkarması durumunda söz konusudur. Niteliği itibariyle toplu işçi çıkarma da bir bildirimli fesih türüdür. Toplu işçi çıkarmanın söz konusu olması için şu şartlar gerekir (İşK.m.29):

(i) İşçi çıkarmaya, ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu ihtiyaç duyulmalıdır.

(ii) Belirli sayıda işçi, işten çıkarılmak istenmelidir. İşyerinde çalışan işçi sayısı, 20 ilâ 100 arasında ise, en az 10, 101 ilâ 300 arasında ise en az %10, 301'den fazla ise en az 30 işçinin çıkarılması durumunda, işçilerin İş K.m.17 gereği ve bir aylık süre içerisinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde iş ilişkilerine son verilmesi, toplu işçi çıkarmadır. Mevsim ve kampanya işlerinde bu uygulanmaz. Toplu işten çıkarmadaki sayıya, İş Kanunu m.10'da yer alan ve nitelikleri bakımından otuz iş gününden az süren süreksiz işlerde çalışan işçiler dahil edilmezler. Yine bu sayıya deneme süresi içinde iş sözleşmeleri sona erdirilen işçiler ile İşK.m.25 gereğince sözleşmeleri haklı nedenle sona erdirilen işçiler de katılmazlar.

İşveren toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az 30 gün önce, yazılı olarak işyeri sendika temsilcilerine, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirimde bulunmalıdır. İşyerinde kapatma suretiyle (kesin ve devamlı olarak) faaliyete son verilecekse 30 gün öncesinden Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirimde bulunulur ve işyerinde ilân edilir. Bu hâlde sendika temsilcisine bildirim gerekmemektedir. Bildirimin önemi, özellikle sendika ile işveren arasında işten çıkarma yerine farklı uygulamalara imkân tanımaktır.

Bildirim süreleri Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirimde bulunulmasından itibaren otuz gün sonra hüküm doğurur (İşK.m.29/6). Bu otuz günlük sürenin özelliği, bildirim önellerinin işlememesidir. Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirimden sonra otuz gün geçer, ondan sonra ihbar süreleri işlemeye başlar. Belirtelim ki, mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin işten çıkarılmaları hakkında, işten çıkarma bu işlerin niteliğine bağlı olarak yapılıyorsa, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmaz.

"*Yukarıda belirtilen normatif düzenleme ve yapılan açıklamalara göre; fesih bildiriminin yazılı yapılması ve toplu çıkarımlarda dahi kişiye özgü ve yazılı olması zorunludur. Haklı fesih hâlleri hariç fesih bildiriminin yazılı yapılmaması feshi başlı başına geçersiz kılar. Somut uyuşmazlıkta, işveren tarafından işçiye doğrudan bir fesih bildirimi yapılmamış, toplu işçi çıkarılacağı ilanen belirtilmiştir. Bu şekilde fesih bildirimi yasal olmadığı gibi usûlüne uygun değildir. Mahkemenin ilanen tebligatı usule uygun kabul etmesi 4857 sayılı*

Kanun'un 19. maddesine göre yerinde değildir. İşveren feshi salt bu nedenle geçersizdir" (Yarg. 9.HD. 28.11.2016, E.2016/433 K.2016/20907).

"*Toplu işçi çıkarmada fesih türü, İş Kanunu m.17 anlamında bir süreli fesih olduğundan, işveren tarafından işyerinin ve işletmenin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayalı feshin sonuçlarını doğurur. Toplu işçi çıkarmada dahi işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesindeki biçimsel koşullara uymalı, kısaca her işçiye yazılı fesih bildirimi yanında fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmelidir. Ancak Dairemizce kural olarak toplu işçi çıkarma kararı alınmış ve işçilere aynı anda yazılı fesih bildirimi yapılmış ise 29. Maddesindeki bildirim kuralına uymamanın feshi geçersiz kılmayacağı, işverenin idari para cezası yaptırımı ile karşı karşıya kalacağı kabul edilmektedir*" (Yarg. 9.HD. 20.12.2010, E.2009/39885 K.2010/38884).

İşveren toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikte iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır (İşK.m.29/7). Ancak Yasa'da öngörülen bu hükmün müeyyidesi yoktur. Bir başka ifadeyle, işverenin eski işçilerini işe almamasına bir yaptırım belirlenmemiştir. Zira m.29'a aykırılığın müeyyidesini öngören m.100'de bu hükümlere aykırı olarak işten çıkarılan her işçi için idarî para cezasından bahsedilmektedir. Ama işe almamanın bir müeyyidesi öngörülmemiştir.

***Toplu işçi çıkarma usûlüne aykırılık durumunda idarî para cezası dışında başka bir yaptırım da söz konusu mudur?**

Bu konu tartışmalıdır ve Yargıtay'ın da farklı yönde kararları bulunmaktadır.

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi'nin kararına göre; *"4857 sayılı Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenen toplu işçi çıkarma prosedürüne ilişkin kuralların herhangi birine uyulmamasının yaptırımı meselesinin değerlendirilmesine gelince; Toplu işçi çıkarma prosedürü geçerli sebeple veya feshin geçerliliği ile ilgili bir durum değildir. Kanunda, toplu işçi çıkarma prosedürüne uyulmamasının yaptırımı feshin geçersizliği olarak öngörülmemiştir.*

Bu prosedüre aykırılığın yaptırımı, idari para cezasıdır. Toplu işçi çıkarma prosedürüne uyulmamış olması, feshin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Somut olaya dönüldüğünde, fesih tarihi olan 10.02.2016 tarihi itibariyle, davalıya ait işyerinde beşyüzyirmibeş işçi çalışmakta iken, işverence dörtyüzyetmişdört işçinin iş sözleşmeleri aynı tarih itibariyle feshedilmiş ve işten çıkış bildirimlerinde çıkarma sebebi kod 15 (toplu işçi çıkarma) şeklinde gösterilmiştir. İşyerinde çalışan toplam işçi sayısı ile iş sözleşmesi feshedilen işçi sayısı karşılaştırıldığında, 4857 sayılı Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenen sayısal koşulun gerçekleştiği açıktır. Davalı işverence, davacıya yazılı fesih bildiriminin yapılmadığı ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca toplu işçi çıkarma prosedürüne uygun hareket edilmediği sabit ise de, yukarıda detaylı açıklandığı üzere, geçerli sebebe dayanarak yapılan fesihlerde işçiye yazılı fesih bildirimi yapılması şartını öngören 4857 sayılı Kanun'un 19. maddesinden farklı olarak, toplu işçi çıkarmada işçiye yazılı fesih bildirimi yapılması şartı bulunmamaktadır. Toplu işçi çıkarma prosedürüne uyulmamış olması da, feshin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Prosedüre aykırılığın yaptırımı idari para cezası olup, ilgili kamu kurumunca da davalı işverene idari para cezası yaptırımı uygulanmıştır" (20.06.2017, E.2017/32678 K.2017/14848).

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin birleşme öncesi eski tarihli bir kararına göre de *"Dosya içeriğine göre davalı işveren seramik sektöründe yaşanan genel ve sektörel ekonomik krizden etkilendiğini, satış ve üretimde daralma yaşandığını, bu nedenle istihdam azaltma kararı aldığını belirterek, Eylül 2008 ayında ve takip eden aylarda davacı ve bir grup işçinin iş sözleşmelerini feshetmiştir. Alınan karar ve önlemlere göre çalışan sayısına ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesinin 2. fıkrasındaki sayısal oranlara göre bir ay ve takip eden süreçte, çıkarılan işçi sayısı dikkate alındığında, fesihler toplu işçi çıkarma teşkil edecek boyuttadır. Ancak davalı işveren, 29. maddede belirtilen otuz gün önceden bir yazı ile sendikaya, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumu'na bildirimde bulunmamış, işyerinde örgütlü bulunan sendika ile çıkarmalar konusunda bir bağlantı kurmamış, sendika ile imzalanan yürürlük Toplu İş Sözleşmesinin 33. maddesinde toplu işçi çıkarma kuralı olan "toplu işçi çıkarmanın önceden sendikaya bildirme, sendika ile bir araya gelme ve görüşme, çözüme elverişli uygun bir yol bulma,*

bulunmaz ise önce verimi az olan, sonra liyakatsiz, daha sonra sırası ile işe son giren, ceza gören, kendi arzusu ile ayrılan işçilerin çıkarılma, işe yeni almada da çıkarılan bu işlerin davet edilme" kuralına uymamıştır. Bu olgu emsal incelenen dosyalarda anlaşılmıştır (Dairemizin 2009/41871 Esasında onanan dosya). 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesindeki kuralın bertaraf edilmesi sureti ile fesihlerin gerçekleştirilmesi bir anlamda hakkın kötüye kullanımıdır. Ancak özellikle davalının taraf olduğu Toplu İş Sözleşmesindeki, toplu işçi çıkarma kuralı biçimsel açıdan işvereni bağlayan kurallardır. Davalı işverenin bu kurallardaki biçimsel kurallara uymamak için ekonomik krizden dolayı etkilendiğini belirterek işletme ve işyeri gerekleri ile kısa sürelerle birden fazla ancak süreç içinde bakıldığında toplu işçi çıkarma sayılan işçinin iş sözleşmelerini feshetmiştir. Davalı işverenin bu şekildeki davranışı, 29. maddedeki ve Toplu İş Sözleşmesindeki toplu işçi çıkarma kuralını bertaraf etmeye yönelik ve kanuna karşı hileli bir davranıştır. Davalı işveren öncelikle fesihte işçi lehine düzenleme getiren yasa ve sözleşme hükmüne aykırı davranmış, fesihte biçimsel kurallara uymamıştır. Ayrıca davalı işverenin fesih dışında tedbirlere başvurmadığı da emsal onanan kararda tespit edilmiştir. Bu nedenle feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir" (27.12.2010, E.2010/3357 K.2010/41035).

Toplu işçi çıkarma hâlinde yapılan feshin geçerli bir nedene dayanmadığını düşünen işçiler, sözleşmenin geçerli bir sebebe dayanarak sona erdirilmediği düşüncesiyle iş mahkemesinde işe iade davası açabilirler (İşK.m.29/son). Bu takdirde doğal olarak iş güvencesi şartlarının varlığı da aranır.

3. Bildirimsiz (Haklı Nedenle) Fesih

a. Genel Olarak

Bildirimsiz (haklı nedenle) fesih durumunda belirli süreli veya belirsiz süreli sürekli iş sözleşmeleri derhâl sona erer. Bildirimsiz fesih, bildirimli fesih ile iş sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi açısından ortak niteliğe sahiptir. Burada da karşı tarafa bir bildirimde bulunulmaktadır. Ancak dayanılan esaslar açısından farklılıklar vardır. Bir kere, bildirimsiz fesih belirli süreli iş sözleşmelerinde de geçerlidir. Ayrıca, bildirimsiz fesihte mutlaka bir haklı neden gerekir. Oysa bildirimli fesihte iş güvencesi söz

konusu değilse, herhangi bir sebep aranmaz. Bildirimsiz fesihte sözleşme o anda derhâl ortadan kalkar. Bildirimli fesihte ise sözleşme bildirim sürelerinin sonunda ortadan kalkar. Diğer bir fark ise, bildirimli fesihte sözleşmeyi sona erdiren taraf (usûlüne uyduğu ve kötü niyetli hareket etmediği sürece) karşı tarafa bir tazminat ödemezken, bildirimsiz fesihte bazı durumlarda sözleşmeyi feshedene diğer tarafın tazminat ödemesi söz konusu olabilir.

Haklı nedene dayalı (bildirimsiz) olarak sözleşmenin feshedilmesi durumunda da bildirim mutlaka vardır. Zira, bozucu yenilik doğuran fesih beyanı karşı tarafın hakimiyet alanına ulaşınca hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Sözleşmeyi haklı nedenle sona erdiren taraf, fesih iradesini açıklarken sebebini bildirmek zorunda değildir. Ancak bu hâlde de sözleşmenin bildirimsiz olarak feshedildiği beyan edilmelidir. Bununla birlikte, karşı taraf sorduğunda veya uyuşmazlık hâlinde sözleşmeyi sona erdiren tarafın haklı nedenin varlığını ispat etmesi gerekir.

> *"Davacı tanıklarının yeminli ve aksi kanıtlanamayan beyanları uyarınca, iş akdinin işveren tarafından sona erdirildiği anlaşılmakta olup, davalı işveren feshin haklılığını yöntemince kanıtlayamadığından, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-g maddesindeki koşullar gerçekleşmediğine göre hizmet akdinin davalı işverence haksız feshedildiğinin kabulü ile ihbar ve kıdem tazminatlarından sorumlu tutulması gerekmektedir"* (YHGK 30.10.2013, E.2013/254 K.2013/1504).

Eğer, sözleşmeyi fesheden taraf sebep bildirmişse, bununla bağlıdır. Hatta kişinin ifade etmediği veya belirtmediği başka bir sebep haklı olsa da artık söz konusu sebep olarak bir daha ileri sürülemez.

> *"Öte yandan, her ne kadar direnme kararının gerekçesinde davacının ödenmeyen ücret alacağının bulunması sebebiyle de feshin haklı olduğu belirtilmiş ise de, davacı tarafından gerek fesih sırasında gerekse dava dilekçesinde ücret alacaklarının ödenmediği gerekçesine dayanılmadığından, direnme kararı bu yönü ile de isabetsizdir. Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 19.11.2014 tarih ve 2013/9-1075 E., 2014/923 K. Sayılı kararında da, fesih sebebinin sonradan değiştirilmesinin*

mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda, davacının kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanamayacağı açıktır" (YHGK 07.02.2018, E.2015/22-1633 K. 2018/130).

Bununla birlikte, iş güvencesi açısından 4857 sayılı Kanun, haklı nedenle fesihten farklı olarak fesih sebebinin açık ve kesin olarak bildirilmesi gerektiğini aramakta, ayrıca yetersizlik veya davranış nedenlerine dayalı olarak işçinin sözleşmesinin geçerli sebeple feshinde işçinin savunmasının alınmasını istemektedir. Bu hususlar haklı nedenle fesihte aranmamaktadır. 4857 sayılı Kanun'un haklı nedenle fesihte belirtilen hususları bildirimli fesih için ararken, bildirimsiz fesihte aramaması önemli bir eksikliktir.

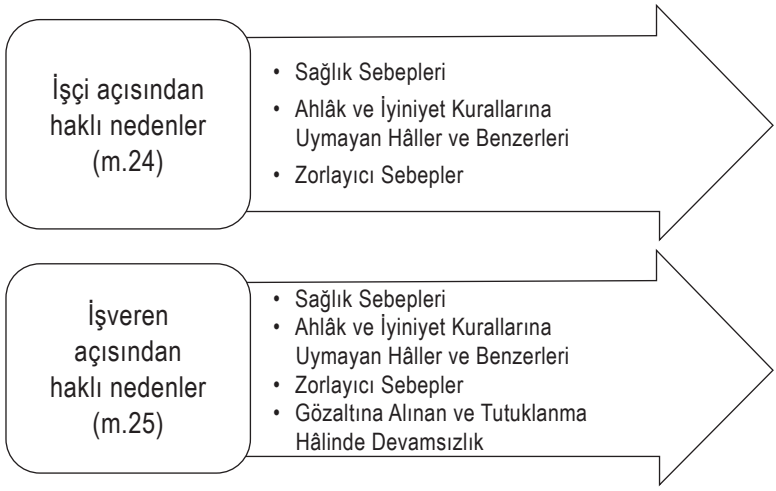
Belirtilmesi gereken bir husus da haklı nedenlerden birisinin bulunmamasına karşın sözleşmenin bildirimsiz olarak feshedilmesi hâlinde, feshin yine de geçerli olduğu (yani feshin sonuçlarının doğduğu), fakat yapılan feshin haksız bir fesih olarak kabul edilmesi gerektiğidir.

b. Haklı Nedenler

Sözleşmenin gerek işçi gerekse işveren tarafından haklı nedenle sona erdirilmesi durumunda, Kanun benzer sebepleri haklı neden olarak kabul etmiştir. Buna göre haklı fesih nedenleri üçe ayrılır: sağlık sebepleri, ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hâller ve benzerleri ile zorlayıcı sebep. Bununla birlikte Kanun'da işveren açısından bir durum daha haklı nedenle fesih sebebi saymıştır ki, o da gözaltına alınma ve tutukluluk hâlidir.

Belirtelim ki, Kanun'da ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışlar örnek kabilinden sayılmıştır. Buna benzer durumlarda da sözleşme, haklı nedenle feshedilebilir. Uyuşmazlık çıktığında söz konusu sebeplerin haklı neden olup olmadığı hâkim tarafından belirlenir. İşK.m.24 işçi açısından, m.25 ise işveren açısından haklı fesih hâllerini belirlemiştir.

İş Kanunu dışında Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda da haklı nedenle sözleşmeyi sona erdirebilme imkânı tanınmıştır. Gerçekten STİSK.m.70, işçinin kanun dışı greve katılması durumunda işverene sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirebilme hakkını vermiştir. Bunun gibi kanun dışı lokavt hâlinde de işçi bu sefer iş sözleşmesini haklı nedenle derhâl sona erdirebilir.



aa. Sözleşmenin İşçi Tarafından Feshi

aaa. Sağlık Sebepleri

(i) İş Sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olursa (İşK.m.24/I-a) sözleşme haklı nedenle sona erdirilebilir. Tehlike kavramının tespitinde objektif kriterler değil, kişinin subjektif özellikleri de dikkate alınır. Hastalığın işin niteliğinden kaynaklanması şartına genellikle meslek hastalıklarında rastlanır. Belirtilen koşulun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır.

"Hal böyle olunca, refakate alınacak alanında uzman hekimin de bulunduğu heyet ile iş yerinde keşif yapılması kararı verilerek, davacının mutfak bölümünde çalışmasının sağlığına olumsuz bir etki doğurup doğurmayacağının bilirkişi heyeti raporu ile belirlenerek, rapor sonucuna göre kıdem tazminatına hükmedilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesi gerektiğine yönelik Özel Daire bozma kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır" (YHGK 22.11.2017, E.2015/9-3558 K.2017/1437).

İşçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olan husus, işin niteliğinden doğan bir sebeple olmalıdır. Eğer tehlike durumu işin niteliğinden doğmuyorsa, işçinin m.24/I-a uyarınca haklı nedenle fesih hakkı doğmayacaktır.

"Davacı, istifa dilekçesinde sağlık sorunu olduğunu belirtmiştir. Davacıya, 25/05/2011 tarihli doktor raporuna göre Bournot (Tükenmişlik) sendromu teşhisi konmuştur. Mahkemece konusunda uzman bir psikolog davacıyla görüştürülerek 13/12/2011 tarihli rapor hazırlanmış, davacının Bournot (Tükenmişlik) sendromu yaşayabileceği kanısına varılmıştır. Dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde; davacının iş akdini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/1-a maddesi uyarınca feshettiği anlaşılmaktadır. Anılan madde, iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması durumunda işçiye fesih hakkı vermektedir. Somut olayda, davacının işi gereği yoğun bir çalışma temposu içinde olması nedeni ile psikolojik bir rahatsızlık yaşadığına ilişkin rapor verilmiş ise de, bu rahatsızlık haklı fesih sebebini düzenleyen maddenin amaçladığı işi nedeniyle sağlığı veya yaşayışının tehlikeli olması durumu bulunmadığından davacının kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken yerinde olmayan gerekçelerle kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 9. HD. 08.05.2014, E.2012/8871 K.2014/15070).

İşçinin m.24/I-a uyarınca iş sözleşmesini feshedebilmesi için işin görülmesinin tehlikeli hâle gelmiş olması aranmaktadır. Bunun için de Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, işçinin işinin değiştirilmesinin mümkün olmaması gerekir (Yarg. 22. HD. 28.02.2018, E.2018/2341 K.2018/5199; Yarg. 7.HD. 10.02.2016, E.2015/36349 K.2016/2630).

(ii) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa (İşK.m.24/I-b) sözleşme haklı nedenle sona erdirilebilir. Burada düzenlenen husus, işçinin kendisinin değil, bir başka işçinin veya işverenin hastalığa tutulması hâlidir. Bulaşıcı hastalığın ciddi olması da gerekir.

bbb. Ahlâk ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Hâller ve Benzerleri

(i) İşveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek

yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltırsa (İşK.m.24/II-a), bir başka ifadeyle hile ile sözleşme yapılırsa, bu durumda haklı neden vardır. Burada iş sözleşmesi yapılması aşamasındaki yanıltmadan bahsedilmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesi kurulmasından sonraki yanıltmalar bu bent kapsamında değerlendirilmez. Şüphesiz sonraki yanıltmalarda diğer bentler kapsamında sözleşmenin feshi mümkündür. Bir diğer husus da yanıltılmanın **sözleşmenin esaslı noktalarından biri** hakkında olması gerekliliğidir.

(ii) İşveren, işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler veya davranışlarda bulunur veya işçiye cinsel tacizde bulunursa (İşK.m.24/II-b) sözleşme sona erdirilebilir. Bu bentte hem işçinin kendisine hem de aile üyelerine yönelik söz ve davranışlar haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Burada belirtilen söz veya davranışların kaba nitelikte olması yeterli olmayıp, işçi veya ailesi üyelerinin şeref ve namusuna dokunacak ağırlıkta olması aranmaktadır. Ayrıca sadece işveren değil, işveren vekilinin de şeref ve namusa dokunacak sözleri haklı fesih nedeni olarak kabul edilmektedir. Ancak başka bir işçi tarafından bu davranışların sergilenmesi, işçi için haklı fesih nedeni oluşturmaz.

"Haklı nedenle feshe ilişkin yasal düzenlemeler ve işveren vekilliğine yönelik kısa açıklamalar sonrasında somut olaya bakıldığında; davacının davalı şirkette oto işçisi olarak çalıştığı, taraflar arasında imzalanan "Yurtdışı Hizmet Akdi"ne göre davacı işçinin çalışacağı iş yeri/şantiye adresinin "Rue Aissat" olarak belirlendiği, davacının sözleşme uyarınca Cezayir'e giderek çalışmaya başladığı, olay günü davacının çalıştığı esnada ilgili şantiyede bulunan ve şantiye şefi olduğu belirtilen makine mühendisinin davacıya hitaben ve davacının şeref ve haysiyetine yönelik sözler sarf ettiği, bu sözler üzerine davacı işçi tarafından şantiye şefinin yaptığı işleri küçük görmesi nedeniyle aralarında tartışma çıktığını, tartışma sırasında hakarete varan sözlerin kullanıldığını, bu nedenle istifasının kabulünü istediğini belirtir

nitelikte 03.03.2010 tarihli dilekçe sunduğu görülmektedir. Yapılan yargılama sırasında davacı işçinin tanık olarak dinlenmesini istediği T. Ç. yeminli beyanında davacı işçinin işverenlikte çalışan makine mühendisi ile tartıştığını ve o yüzden işten ayrıldığını haricen duyduğunu ifade ettiği; S. Ç.'in yeminli beyanında davacı ile atölye şefi makine mühendisinin tartıştıklarını, atölye şefinin hakaret edici sözler söylediğini açıkladığı; davalı işverenin tanık olarak dinlenilmesini istediği M. K.'nin kendisinin yurtdışı işlerin Ankara ofis sorumlusu olduğunu, duyumuna göre davacı tarafın iş sözleşmesini feshettiğini, elektronik posta yolu ile bu durumun öğrenildiğini beyan ettiği; Z. G.'ın ise davacı işçinin tartışma neticesinde istifa ettiğine yönelik dilekçe yazdığını, yapılan araştırma neticesinde tartışmanın bulunmadığını öğrendiklerini belirttiği anlaşılmaktadır. Öte yandan yerel mahkemenin direnme kararında hakaret eylemini gerçekleştiren kişinin şantiye şefi konumunda bulunduğu ve davalı işveren şirkette çalışan en yetkili kişi olduğu hususu gerekçede özellikle vurgulanmasına karşın, davalı şirket tarafından şantiyede bulunan makine mühendisinin şantiyede en yetkili kişi, diğer bir anlatımla işveren vekili olmadığına yönelik bir iddia ileri sürülmemiştir. Diğer bir anlatımla atölye şefi olan dava dışı üçüncü kişinin şirket temsilcisi olduğu davalı şirketin de kabulündedir. Bu durumda davacı işçinin sözleşmeyi İş Kanununun 24. maddesinin (II) numaralı bendinin (b) alt bendi kapsamında işverenin (işveren vekilinin) hakaret eylemi nedeniyle haklı nedenle feshettiğinin kabulü gerekmektedir" (YHGK 20.11.2018, E.2018/22-703 K.2018/1749).

(iii) İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat ve ithamlarda bulunursa (İşK.m.24/II-c) da haklı neden vardır.

"*Dosya içeriğine göre davacı, iş sözleşmesini, aynı işyerinde çalışan davalının oğlunun sataşması, yaşadıkları tartışma sırasında*

darp etmesi ve can güvenliğinin bulunmaması sebebi ile haklı sebeple feshettiğini belirterek kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Davacı ve davalı tanıkları, davalının aynı işyerinde çalışan oğlunun, davacıya yumruk attığını gördüklerini beyan etmişlerdir. Yaşanılan darp olayına ilişkin sağlık raporu dosyaya sunulmuştur. Bu durumda, işveren vekili konumunda bulunan davalının oğlunun sataşması sebebi ile davacının iş sözleşmesini, 31.03.2011 tarihinde haklı sebeple feshettiği açıktır. Davalının sonradan haklı fesih iddiasına dayalı olarak bildirimde bulunmasının da hukuken bir geçerliliği bulunmamaktadır. İş sözleşmesini haklı sebeple de olsa fesheden taraf ihbar tazminatına hak kazanamayacağından anılan alacağın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır" (Yarg. 22.HD. 03/04/2017, E.2017/5827 K.2017/7391).

(iv) İşçinin işyerinde işverenin bir diğer işçisinin veya üçüncü kişilerin cinsel tacizine uğraması ve bu durum bildirilmesine rağmen tedbirler alınmazsa (İşK.m.24/II-d), işçi iş sözleşmesini bildirimsiz olarak sona erdirebilir. Bu kapsamda başka bir işçinin ya da üçüncü kişinin cinsel tacizine uğrayan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhâl feshedebilmesi için işverene başvurması ve işverenin de tedbir almaması aranır. Bilindiği gibi, TBK m.417 uyarınca işverenin, işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemler alma yükümlülüğü vardır. İşverenin alacağı önlem, işçinin maruz kaldığı cinsel taciz eyleminin bir daha tekrarlanmasını engelleyecek nitelikte olmalıdır. Aksi hâlde işçinin haklı fesih hakkı gündeme gelecektir. Örneğin Yargıtay, işverenin tacizcinin işine son vermesi yerine diğer işçinin servisinin değiştirilmesini yeterli önlem olarak kabul etmemiştir (Yarg. 9. HD. 14.01.2015, E.2013/7490 K.2015/470).

(v) İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya toplu iş sözleşmesi şartları gereğince hesap edilmez veya ödenmezse (İşK.m.24/II-e), sözleşme sonlandırılabilir. Hemen belirtilmelidir ki, burada sözü edilen ücret, geniş anlamda ücret olup, bu kapsamda ikramiye, prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla çalışma,

hafta tatili, genel tatil ücreti gibi alacakların ödenmemesi durumunda da işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini derhâl fesih imkânı bulunmaktadır (YHGK 17.01.2018, E.2015/1838 K.2018/59, Yarg. 22.HD. 14/03/2018, E.2015/27499 K.2018/6604).

Ancak, işverenin ödemede gecikmesi her zaman mutlak bir fesih nedeni sayılamaz. Elde olmayan, objektif, makûl sayılabilecek gecikmeler işçi bakımından haklı fesih nedeni değildir. Ayrıca işçinin ücret ödenmemesi nedeniyle fesih hakkını kullanmadan önce işverene başvurma yükümlülüğü yoktur. Yargıtay, sadece işçinin ücretinin hiç veya eksik ödenmesini değil mevzuattan veya sözleşmeden kaynaklanan haklarının eksik gösterilmesini (ücretin eksik gösterilmesi ya da sigorta yapılmaması gibi) de bu bent kapsamında değerlendirmektedir (Yarg. 9. HD. 25.04.2008, E.2007/166002 K.2008/10297).

Ücret alacağının haklı fesih nedeni olarak kabul edilebilmesi için ödeme periyodunun tespiti gerekir. Zira bu bentten faydalanılabilmesi için alacağın muaccel olması zorunludur. Yargıtay'ın, işçinin ücreti ödenmekle birlikte sürekli olarak düzensiz ödenmesini de haklı fesih kapsamında değerlendirdiği kararları bulunmaktadır (Yarg. 9. HD. 29.06.2020, E.2017/16525 K.2020/6601). Ancak burada m.24/II-e kapsamında değil de m.24/II-f kapsamında değerlendirme yapmak gerekir. Zira burada ücretin ödenmemesi değil, çalışma şartlarına uygun ödenmemesi durumu söz konusudur.

*** İşçi işverenden talep ettiği avansın ödenmemesi sebebiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir mi?**

TBK m.406/son uyarınca, "İşveren, işçiye zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması hâ*linde ve hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise, hizmetiyle orantılı olarak avans vermekle yükümlüdür*". Dolayısıyla fıkrada belirtilen koşulların varlığı hâlinde işverenin işçiye avans vermesi bir zorunluluktur. İşçi bu koşullar varken işverenden avans talep etmiş ancak işveren ödeme yapmamışsa, işçi açısından m.24/II-e kapsamında haklı fesih nedeni oluşmuştur denebilir.

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkının düzenlendiği m.34'ten farklı olarak, burada herhangi bir süre öngörülmemiştir. Dolayısıyla işçi, hakkın kötüye kullanımı söz konusu olmaksızın, ücreti bir gün dahi ödenmese, sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

Yargıtay uygulamasında işçinin istifasına şüphe ile yaklaşılmaktadır. Bu durumda Mahkeme, işçinin ödenmemiş ücreti varsa, ortada haklı fesih olabileceğine hükmetmektedir. Bu yöndeki bir karara göre; *"Dosya içerisinde bulunan istifa dilekçesinde; davacı, 30.04.2012 tarihinde kendi isteği ile istifa ettiğini bildirmiş olup özel bir istifa nedeni açıklamış değildir. Hemen akabinde işverene gönderdiği 1.5.2012 tarihli ihtarda ve dava dilekçesinde ise, işçilik alacaklarının ödenmemesi nedeniyle iş akdine haklı nedenle son verdiğini bildirmiştir Mahkemece hüküm altına alınan ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağı bulunmaktadır. Şu hâlde; davacı asilin celsede, memnun olmadığı için başka bir şirkette çalışmak istediğinden işten ayrılmış olduğu yönündeki beyanının, ödenmeyen ücret nevinden alacağı bulunması nedeniyle işyerindeki çalışmadan memnun olmadığı ve bu nedenle ayrılmak istediği şeklinde yorumlanması gerekir. Açıklanan nedenle, davacının iş akdine haklı nedenle son verdiğinin kabulü yerine yanılgılı değerlendirme ile kıdem tazminatı talebinin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"* (Yarg. 22. HD. 10.01.2019, E.2016/3970 K.2019/367).

Ancak belirtmek gerekir ki, bu tür davalarda nasıl ki işveren bildirdiği fesih nedeniyle bağlı ise aynı şekilde işçinin de bağlı olması gerekir. Sadece istifa iradesinin fesada uğratıldığı durumun ispatı hâlinde bu şekilde bir değerlendirme yapmak mümkün olabilmelidir. Bu tür istifa durumunun haklı feshe tahvil edildiği uyuşmazlıklarda Yargıtay, sadece **makûl** süre kriteri uygulamaktadır. Örneğin bir kararında, istifanın üzerinden üç yıl geçmesi hâlinde haklı fesih gerekçelerini ileri sürerek istifanın haklı feshe tahvil edilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir (Yarg. 9. HD. 06.10.2020, E.2017/16715 K.2020/10763). Makûl süre kriteri, TBK m.39'dan yola çıkılarak bir yıl olarak kabul edilmektedir (Yarg. 9. HD. 30.09.2020, E.2016/26654 K.2020/9984).

(vi) Ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş

verildiği hâllerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek karşılanmazsa yahut çalışma şartları uygulanmazsa sözleşme haklı nedenle sona erdirilebilir (İşK.m.24/II-f). Burada iki farklı durum düzenlenmektedir. İlki, parça başına çalışmada eksik iş verilmesi hâlinde aradaki farkın zaman esası ile doldurulması hususudur.

"*Davacının iş akdini iş girişinin Sosyal Güvenlik Kurumuna geç bildirilmesi nedeniyle haklı olarak feshettiği anlaşıldığından kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*" (Yarg. 22.HD. 04/06/2018, E.2018/5170 K. 2018/14201).

İkinci hâl ise, çalışma şartlarının uygulanmamasıdır. Buna ilişkin olarak İşK.m.22'de değişiklik feshi de öngörülmüştür.

Çalışma şartları (koşulları) kavramı, Anayasa düzenlemelerinden işyeri uygulamasına kadar mevcut tüm mevzuat ve uygulamaları kapsamına almaktadır. Bu kapsamda çalışma koşullarının uygulanmaması işçi açısından haklı fesih nedenidir. Örneğin işçiye uzun süre yıllık ücretli izin hakkının kullandırılmaması, Anayasal dinlenme hakkının ihlâli anlamına gelmekle birlikte, çalışma koşullarının uygulanmaması niteliğindedir (Yarg. 9. HD. 08.04.2019, E.2017/10772 K.2019/8028). Zira işçiye yıllık olarak dinlenme hakkının sağlanması, çalışma koşulları arasında yer alır. Ancak Yargıtay'ın işçiye yıllık izin hakkının tam olarak kullandırılmaması ile ilgili farklı kararları da bulunmaktadır. Örneğin, Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi bir kararında, işçinin 90 günlük yıllık ücretli izin hakkının 43 gününün kullandırılmasını (47 gün daha izin hakkı olmasına rağmen) haklı fesih nedeni olarak kabul etmemiştir (Yarg. 9. HD. 12.02.2019, E.2015/30289 K.2019/3349; Yarg. 22.HD. 16.01.2019, E.2016/3806 K.2019/1065). Yine bilindiği gibi, İşK. m.56/3 uyarınca, yıllık izin bölümlerinin on günden az kullandırılmaması gerekir. Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi bu yönde bir kararında; "İşçinin yıllık izinlerinin her yıl beş gün olarak kullandırılması, yıllık dinlenme hakkının tanınmaması anlamında olup, işçiye haklı fesih *imkanı verir*" ifadelerine yer vermiştir (Yarg. 9. HD. 01.04.2019, E.2019/2658 K.2019/7313).

***Kısa çalışma uygulaması çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde midir?**

Kanunî düzenlemeye göre, kısa çalışma öncesinde işçinin onayına ihtiyaç yoktur. Ancak elbette işçi bakımından bir ücret kaybının söz konusu olacağı da muhakkaktır. Kısa çalışma kanundan doğan ve idarî makamların aldığı bir kararla gerçekleşmektedir. Bu konuda Yargıtay daireleri arasında farklı kararların var olduğunu da ifade etmek gerekir.

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'ne göre; "*Kısa çalışma sistemi kanundan doğan işçiye yüklenmiş bir yükümlülük olup, işçinin rızasının aranmayacağı işveren lehine yapılan nadir düzenlemelerden biridir ve bu çalışma sisteminde işçinin ücretinde düşüş olması doğaldır. Kısa çalışma sistemine geçilmesi kanundan kaynaklı olup, İş Kanunun 22.maddesinde düzenlenen iş şartlarında esaslı değişiklik şartları gerçekleşmediğinden kıdem tazminatının reddi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*" (Yarg. 9. HD. 08.07.2013, E.2011/26182 K.2013/20765).

Farklı yönde karar veren Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi kararına göre ise; "*Diğer taraftan kısa çalışma uygulaması ile işverene, kanunda yer alan belirli koşulların gerçekleşmesi hâlinde işçilerin rızaları bulunmaksızın çalışma koşullarında geçici olarak değişiklik yapma, kanun ve sözleşme hükümleriyle belirlenen çalışma koşullarını yine geçici bir süre uygulamama imkanı verilmektedir. Buna karşın, uygulamada da görüldüğü üzere çoğu zaman ne kadar süreceği de belli olamayan kısa çalışma uygulaması bakımından ücret kaybı da olmasına rağmen işçiye haklı nedenle fesih hakkının verilmemesi menfaatler dengesine ve hakkaniyete uygun düşmez*" (Yarg. 22.HD. 05.12.2012, E.2012/4892 K.2012/27269).

ccc. Zorlayıcı Sebepler

İşK.m.24/III'e göre, "İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa", işçi sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirebilir. Burada haklı neden, işletmeye ilişkin mücbir sebebin yol açtığı ifayı kabulde geçici imkânsızlık hâlinin bir haftadan

fazla sürmesidir. Ancak işletme riski çerçevesinde değerlendirilebilecek bir takım işletme güçlükleri (hammadde, ekipman, makine temininde güçlükler, üretilen mala piyasadan beklenen talebin gelmemesi, stok fazlalığı vs.) nedeniyle faaliyete ara verilmesi bu bent hükmü dışında kalır. Zorlayıcı neden, kaçınılamayan ve önceden öngörülemeyen dıştan gelen bir olaydır. Buna göre, işyeri ile ilgili olarak zorlayıcı neden niteliğindeki olaylar, yangın, kaza, arıza, gibi teknik nedenlerle, yağmur, zelzele, toprak kayması gibi doğal afetlerle ortaya çıkabileceği gibi, hükümetçe işyerine el konması, belediyece yol genişletmesi nedeniyle işyerinin kapatılmasının istenmesi gibi hukukî nedenler de olabilir. Pandemi süresi içinde İçişleri Bakanlığı'nın yayınladığı genelgelerle bazı işyerleri kısmen veya tamamen kapatılmıştır. Burada işyerinin faaliyetinin bir idarî karar ile durdurulması söz konusudur.

Bir haftalık dönem içinde işçi yarım ücrete hak kazanır (İşK.m.40). Bu döneme rastlayan hafta tatili vs. gibi ücretler de yarım ücret üzerinden ödenir (İşK.m.46/5). İşçi sözleşmeyi ancak bir haftadan sonra feshedebilir. Eğer işçi sözleşmeyi feshetmezse sözleşme bir haftadan sonra askıdadır.

***Haklı nedenin ortaya çıkmasına rağmen iş sözleşmesi işçi tarafından bildirim süresi verilerek feshedilebilir mi?**

Yargıtay eski tarihli kararlarında, işçinin haklı fesih nedeni ortaya çıktığında, bildirimsiz fesih yerine bildirim süresi kullanarak iş sözleşmesini feshedebileceği görüşündeydi (Yarg. 9. HD. 02.12.2010, E.2008/40944 K.2010/35592). Ancak Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi'nin de bir kararında belirttiği gibi, bildirim süresi tanınarak sözleşme fesih hakkı kullanıldıysa, artık aynı haklı nedene dayanılarak bildirimsiz fesih yapılamaz (Yarg. 22.HD. 06.03.2019, E.2016/6218 K.2019/5120).

Koronavirüs Döneminde İşçinin İş Akdini Haklı Nedenle Feshi

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadığında, hijyen koşullarına uyulmadığında iş akdinin haklı nedenle feshi gündeme gelebilir. Örneğin işyerinde temaslı bir işçinin işe gelmeye devam ettiği bir durumda diğer işçilerin somut bulaş riski karşısında iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecekleri ileri sürülmüştür.

Kısa çalışmaya ilişkin olarak; 7244 sayılı Kanun olmasa dahi kısa çalışmaya gidilen işyerinde; işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanması, menfaat dengesini sağlayacağından; bu hâlde iş koşullarının uygulanmaması nedeniyle işçinin fesih hakkı söz konusu olmaz. Buna karşılık işçinin, işverenin rizikosuna katlanmak zorunda olduğunun kabul edilemeyeceğinden bahisle işçinin kısa çalışma döneminde fesih hakkının bulunduğu da ileri sürülen diğer bir görüştür. Ancak 7244 sayılı Kanun ile işçinin ücretsiz izin nedeniyle fesih hakkını kullanamaması göz önüne alınarak mevcut durumda kısa çalışma nedeniyle de haklı feshin mümkün olmayacağı söylenebilecektir. Belirtmek gerekir ki ücretsiz izin süresinin makûl süreyi geçmesi hâlinde, ücretsiz iznin iş güvencesini sağlamaktan ziyade işletme riskini işçiye yükleme durumuna hizmet edeceği göz önüne alınarak, makûl süre bitiminde işe başlatılmayan işçinin İşK.m.24/II-e uyarınca haklı nedenle fesih hakkını elde edeceği kabul edilmelidir.

bb. Sözleşmenin İşveren Tarafından Feshi

aaa. Sağlık Sebepleri

(i) İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi (İşK.m.25/I-a) hâlinde işveren sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirebilir. Burada işçinin kusuru nedeniyle bir hastalık ve devamsızlık vardır. Söz konusu durumda, işçinin hastalık ya da sakatlığa sebebiyet veren olayı bilerek veya isteyerek gerçekleştirmesi gerekir. Ayrıca "derli toplu olmayan yaşantısına" örnek olarak işçinin gece hayatına düşkünlüğü gösterilebilir. Bir ay ifadesi takvim ayını değil, işçinin son devamsızlığından geriye doğru hesaplanacak bir ayı belirtir.

"*Somut olayda, davacının iş sözleşmesin derli toplu yaşantısı olmaması ve ateşli silahla vurularak yaralandığı, buna bağlı olarak sağlık sebebiyle tedavi altına alınarak habersiz üç gün işe gelmemesi nedeniyle 4857 sayılı Yasa'nın 25/I-a maddesi uyarınca feshedilmiştir. Davacının dosya kapsamındaki ifade tutanakları ile davalı işverenin 26/02/2014 tarihli davacının devamsızlığını belirten tutanak dikkate alındığında davacının işyerine üç gün devamsızlık yaptığı, işverenin bildirimsiz fesih hakkının doğduğu, bu tür fesihlerde işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmakla birlikte, yasa gereği ihbar öneli verme, ihbar tazminatı ödeme zorunluluğu olmadığı anlaşıldığından, Mahkemece kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekli iken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*" (Yarg. 22. HD. 18.04.2019, E.2016/11628 K.2019/9176).

(ii) İşçinin, tedavi edilemeyecek nitelikte ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunan bir hastalığa tutulmasında da (İşK.m.25/I-b) haklı neden mevcuttur. Buna göre, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması gerekir. Tedavi edilemeyen hastalıklara örnek olarak; AIDS, kanser, şizofreni sayılabilir.

"*4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesine göre işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun sağlık Kurulunca saptanması durumunda iş sözleşmesi işverence derhal feshedilebilir*" (Yarg. 9. HD. 25/02/2019, E.2018/8786 K.2019/4666).

Belirtmek gerekir ki, işverenin bu bent kapsamında iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için hastalığın işyerindeki çalışma nedeniyle meydana gelmiş olması aranmaz. Ayrıca bazı psikolojik rahatsızlıklar da bu bent kapsamında fesih nedeni olabilir.

"*Mahkemece davacının hastalığına rağmen öncesinde de uzun yıllar benzer işlerde çalıştığı, tedavisini düzenli alması ve hastalığının alevlenme sıklığının az olması halen başka bir mermer ocağında*

çalıştığını beyan ettiği de gözetildiğinde işe iadesine karar verilmişse de davacının şizofreni ve hipotiroidi hastası olduğu bozmadan önce ve sonra alınan tüm uzman doktor raporlarında tedaviyle ve ilaçlarını düzenli kullanmaya devam etmesi hâlinde çalışabileceğinin bildirildiği, psikiyatrist bilirkişinin ise davacının ancak kontrol altında hafif çalışabileceğini bildirdiği görülmüştür. Somut uyuşmazlıkta davacının tedavisine düzenli olarak devam ettiğinin davalı işverence takibi mümkün olmayıp davacının daha önce de ilaçlarını düzenli kullanmayarak hastalığının yeniden alevlenmesine neden olduğu da gözetildiğinde ilaçlarını düzenli kullanmaması hâlinde atak geçirerek mermer üretimi yapılan ağır ve tehlikeli işler grubunda bulunan işyerinde yüksek risk oluşturabileceği, işverenin bu riski yüklenmesi ve bu şartlarda davacının iş akdinin devam ettirmesi işverenden beklenemeyeceğinden iş akdinin feshinin geçerli nedene dayandığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir" (Yarg. 9. HD. 08.10.2018, E.2018/8297 K.2018/17695).

2018 yılında verilen Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı'na göre, 4857 sayılı İş Kanunu m.25/I-b uyarınca alınan sağlık raporları nedeniyle bildirimsiz fesihlerde işçinin **savunmasının alınması gerekmez** (YİBHGK. 19.10.2018, E.2017/9 K.2018/10).

(iii) İşçinin kendi kusurundan kaynaklanmayan nedenler sonucu hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hâller nedeniyle işe devamsızlığında da (İşK.m.25/I-son) sözleşmenin feshi düzenlenmiştir. Böyle bir durumda işçinin sözleşmesinin feshi için işyerindeki kıdemine bağlı olarak belirlenecek ihbar sürelerine (İşK.m.17) altı hafta eklendikten sonra sözleşme sona erdirilebilir. Kanun koyucu doğum ve gebelik hâllerinde bu süreyi biraz daha uzatmıştır. Buna göre, işçinin sözleşmesinin feshedilemeyeceği süre, doğum hâlinde (veya gebelikte) doğumdan önceki sekiz, doğumdan sonraki sekiz yani toplam on altı haftaya altı haftanın eklenmesi (yirmi iki hafta) ile bulunacak rakama, işyerindeki kıdeme bağlı ihbar sürelerinin (İşK.m.17) eklenmesi suretiyle bulunur. Belirtelim ki, çoğul gebelik hâlinde doğum öncesi süre iki hafta daha uzar (İşK.m.74). Elbette işçinin sağlık raporuyla bu sürelerde artırma

olabilir. Örnek vermek gerekirse, beş yıllık kıdemi bulunan bir kadın işçinin doğum öncesi ve sonrası tüm süre dikkate alınarak toplam işe gelmeme süresi otuz haftadır. Çoğul (birden fazla çocuk) gebelik hâlinde toplam süre otuz iki haftaya çıkar. İşveren ancak bu süreler geçtikten sonra sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirebilir. Buna karşın süreler dolmuş, işveren fesih hakkını kullanmamış, işçi de iyileşip işyerinde çalışmaya başlamışsa artık, sözleşmeyi sona erdirebilme imkânı ortadan kalkmıştır. Bentte belirtilen bu sürelerin kesintisiz olması gerekir. Aksi hâlde işçi sık sık rapor alıyor ise, Yargıtay bu durumu, işyerinde olumsuzluklara yol açıyor olmasından yola çıkarak, fesih için geçerli bir neden olarak kabul etmektedir (Yarg. 9. HD. 13.01.2020, E.2019/6197 K.2020/136).

Sözleşmenin feshedilemeyecek olduğu sürede iş sözleşmesi askıdadır. İşçi çalışmaması nedeniyle ücret de alamaz. Ancak diğer şartları varsa Sosyal Güvenlik Kurumundan iş göremezlik ödeneği alabilir.

bbb. Ahlâk ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Hâller ve Benzerleri

(i) İşçinin işvereni yanıltması (hile) (İşK.m.25//II-a) da fesih nedenidir. Örneğin üniversite mezunu olmayan bir kimsenin bunu gizlemesi durumunda sözleşme haklı nedenle feshedilebilir.

İşçinin işvereni yanıltmış sayılması için yanıltmanın sözleşmenin esaslı noktalarından biri ile ilgili olması gerekir. Yani bu yanıltma işveren tarafından bilinse idi, işveren bu sözleşmeyi kurmazdı diyebiliyorsak, sözleşmenin esaslı noktalarından biri ile ilgilidir denebilir. Elbette yanıltma sayılabilecek hususlar, işverenin işçiye sorabileceği konularla sınırlıdır. Örneğin, işveren işçiye siyasi görüşü ile ilgili soru sorarsa işçi bunu cevaplayabilir yahut buna doğru cevap vermeyebilir.

"İşçinin gerçekte lise mezunu olmasına rağmen işe başvuru sırasında çalışacağı işle ilgili yüksek okul bölümünden mezun olduğu şeklindeki gerçekle bağdaşmayan beyanda bulunması işverene haklı fesih *imkanı tanı*r" (Yarg. 9. HD. 20.12.2012, E.2012/22724 K.2012/43580).

"Somut olayda, davacının davalı işyerinde iş sözleşmesinin yenilenmesi sırasında 11.08.2016 tarihli başvuru formunu doldururken; 'herhangi bir suçtan dolayı yargılandınız mı, hakkınızda

verilmiş bulunan mahkumiyet hükmü (ertelenmiş, paraya çevrilmiş, hükmün açıklanmasının geri bırakılması da dahil) veya halen devam eden ceza davası bulunup bulunmadığı' sorularına hayır cevabı verdiği, ancak davacı hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 07.07.2015 tarih ve 2015/95102 soruşturma, 2015/3036 sayılı kararı ile kullanmak için uyuşturucu ve uyarıcı madde kabul etmek veya bulundurmak suçundan kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve bir yıl süreyle tedavili denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına dair karar verildiği anlaşılmıştır. Davacı tarafından doldurulan formda hakkındaki kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını işverenden gizleyerek ahlâk ve iyiniyet kurallarına uygun davranmadığı ve işverenin feshinin haklı olduğu anlaşılmış olup…" (Yarg. 22.HD. 14.02.2018, E.2017/45295 K.2018/3148).

"İşçinin daha önce yakalanmış olduğu meslek hastalığını, işe girişte işverene bildirmemesi haklı fesih sebebidir" (Yarg. 9. HD. 09.07.2018, E.2018/1041 K.2018/14949).

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi bir kararında, iş başvurusu formunda yanıltıcı bilgi vermek ile hiç bilgi vermemek arasında bir ayrım yapmış ve ikinci durumun güven sarsıcı bir durum olmadığına karar vermiştir. *"Ne var ki, davacının işe müracaatı sırasında başvuru formunda bulunan iki sütuna önceden çalıştığı iki işvereni belirterek çalıştığı diğer işverenleri yazmamış olmasının güven zedeleyici bir işlem olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Davacı işçinin işe müracaatı sırasında kendi özelliğiyle ilgili bir hususu da gizlemediği açıktır. Dosya kapsamına göre, davalı işverenin davacıya ilişkin feshinin gerek haklı gerekse geçerli bir nedene dayanmadığı ortada iken davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"* (Yarg. 22.HD. 23.05.2018, E.2018/5160 K.2018/12762).

(ii) İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması durumunda da (İşK.m.25/II-b) sözleşme haklı nedenle sona erdirilebilir.

Burada iki ayrı husus düzenlenmiştir. Birincisi, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözlerin sarf edilmesi veya davranışlarda bulunulmasıdır. Dikkat edilmesi gereken husus, her söz veya davranış değil, şeref ve namusa dokunacak nitelikte davranış olmalıdır. Diğeri de işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunulmasıdır.

> *"Somut olayda, davacı işçinin 31/03/2010 tarihli, işverene gönderdiği "servislerin kaldırıldığı, mevcut işçi sayısında azaltıma ve yeni işçi alımına gidileceği hususunun işçilere hitaben vurgulandığı, önceki çalışma şekline nazaran her gün daha az ve her gün işyerine gelinen bir çalışma sistemi getirildiği, alışılmışın dışında yapılan performans değerlendirmeleri getirildiği, işçilere farklı muamele yapıldığı, işçiler üzerinde korku, panik ve psikolojik baskı oluşturulmaya çalışıldığı" gibi iddiaları içeren ihtarnamesi ile bazı isteklerde bulunmuş ve işveren uygulamalarını eleştirmiştir. Davalı işveren, bu ihtarname üzerine işçinin gerçek dışı isnadlarda bulunduğu gerekçesi ile iş sözleşmesini, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-b maddesi gereğince feshetmiştir.4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-b maddesi "b) İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması." kapsamındaki fiilleri işveren açısından haklı fesih nedeni saymıştır. Davacının ihtarnamesi ise, hak arama niteliğinde olup, işveren uygulamalarına yönelik eleştiri niteliğindedir. Bu ihtarnamenin içeriğini isnad olarak değerlendirme olanağı bulunmamaktadır. Davalı işveren haklı fesih nedenini kanıtlayamamıştır"* (Yarg. 9. HD. 24.03.2015, E.2013/15973 K.2015/11760).

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, işçinin bir yakınının işyeri yetkilisine hakaret etmesi olayında, eylem işçi tarafından gerçekleştirilmediğinden haklı neden olarak değerlendirmemiş, fakat işyerinde olumsuzluklara neden olmasından yola çıkarak geçerli neden olarak kabul edilmiştir (Yarg. 9. HD. 22.04.2019, E.2018/10554 K.2019/9461).

(iii) İşçinin, işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması (İşK.m.25/II-c) da bildirimsiz fesih nedenidir.

Daha önce de belirtildiği gibi, TBK m.417 uyarınca işverenin işçilerini psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü vardır. Bu tür bir olayın gerçekleşmesi hâlinde, cinsel tacizde bulunduğu tespit edilen işçinin iş sözleşmesi bu bent kapsamında haklı nedenle feshedilebilir. Cinsel tacize uğradığı ileri sürülen kişinin ceza yargılamasında şikayetçi olmaması davalının feshinin haksız olduğunu kesin şekilde ispatlayan bir delil değildir (Yarg. 9. HD. 22.03.2018, E.2015/11017 K.2018/6050).

"*Davacının 'Hayaller F.. diye yazılır, gerçekler E.. diye okunur' içerikli muhatap işçi F..'a yönelik mesajın tek başına cinsel bir yarar sağlamaya ve utandırıcı bir çalışma ortamı yaratmaya yönelik cinsel taciz kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmamakla birlikte, söz konusu davranışın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi 1. fıkrası uyarınca işin normal işleyişini bozan, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen ve bu sebeple işverenden iş ilişkisine devamı makul ölçüler içinde beklenmeyen geçerli sebeple fesih sebebi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir*" (Yarg. 22.HD. 26.04.2016, E.2016/10509 K.2016/12455).

(iv) 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 (İşK.m.25/II-d) bildirimsiz fesih nedeni sayılmıştır. Burada, iki durum düzenlenmiştir:

Bunlardan ilki, sadakat borcunun özel bir görünümü olan, işçinin işverenin kendisi veya aile üyelerinden birisine ya da başka bir işçiye sataşmasıdır. Sataşmanın haklı fesih nedeni olabilmesi için bunun mutlaka fiziksel olması gerekmez, sözlü sataşma da bu kapsamda değerlendirilir. Ayrıca sadece işverene değil işverenin başka bir işçisine sataşma da bu bent kapsamındadır.

"Buna göre, gişe jeton satış görevlisi olan davacının 29.01.2010 tarihinde 23.00-07.00 nöbetini S. K. isimli işçiden devraldığı, bu işçinin

kasada 200,00 TL açık olduğunu ve paranın ertesi gün getirileceğini beyan ettiği, kasada 30.01.2010 günü saat 16.30'a kadar 200,00 TL kadar açık olduğu, bu açığın 30.01.2010 günü akşam saatlerinde kapatıldığı, davacının açığın kapanmasına rağmen S. K. isimli işçi ile yaptığı bu işçinin özel hayatına ilişkin açıklamalarda bulunduğu konuşmayı gizlice telefonu ile kaydettiği, daha sonra aynı işyerinde çalışan N. S. isimli başka bir işçiye gizli numaradan dinlettiği, N. S. isimli işçinin de bu konuşmadan C. A. isimli işçiye bahsettiği, bu hususun daha sonra çalışanlar arasında yayıldığı anlaşılmakta olup, davacı işçinin kasadaki açıkla ilgili olarak S. K. isimli işçi ile yaptığı bu işçinin özel hayatına ilişkin açıklamaları da içeren konuşmayı gizlice kaydederek işyerindeki başka bir işçiye dinletmesinin S. K isimli işçiye sataşma niteliğinde olduğu açıktır. Davalı şirketin de bu olayı öğrenmesi akabinde yaptığı idari soruşturması sonrasında davacı işçinin iş sözleşmesini feshetmesi işverenin diğer bir işçiyi gözetme borcu kapsamında haklı nedene dayanmaktadır" (YHGK 01.03.2017, E.2015/1890 K.2017/383).

Yargıtay'ın verdiği bir karara göre, sataşma fiilinde bulunan işçinin özür dilemesi de haklı fesih imkânını ortadan kaldırmaz.

"*Dinlenen davalı tanıklarının beyanları, olay tutanağı ve davacı tarafın beyanlarına göre, vardiya amirine herkesin içinde küfür ve hakaret ettiği anlaşılmıştır. Bu durum yazılı savunmasına göre davacının da kabulündedir. Davacının olay sonrasında özür dilemesi de haklı feshi ortadan kaldırmaz. Bu davranışlar 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 II-d maddesi kapsamında sataşma niteliğinde olduğundan işverence yapılan fesih haklı olup davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır*" (Yarg. 22. HD. 27.03.2017, E.2017/6564 K.2017/6237).

Başka bir karara göre, işyerinde dedikodu çıkarmak da bu bent altında değerlendirilebilir.

"*Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta iş yerinde çalışan iki işçi arasında ilişki olduğu ve bu kişilerin kasa ofisi bölümünde uygunsuz bir hâlde görüldükleri hususunda dedikodu yayıldığı,*

davacının vazifesi olmamasına rağmen güvenlik görevlisinden kasa ofisini gösteren kamera kayıtlarına bakılarak durumunun tespitini harici olarak istediği, davalı işverenlikçe yapılan soruşturmada, davacının yazılı olarak verdiği savunmasından tanık Ş.. *A.. 'in beyanından ve dosyadaki diğer bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Hakkında dedikodu çıkarılan işçilerden biri evli olup, söz konusu dedikodunun kaynağının davacı olduğu tanık beyanları ve dosyada mevcut ayrıntılı ve tutarlı yazılı ifadelerle sabittir. Davacının söz konusu davranışı diğer iki çalışana yönelik sataşma mahiyetindedir. Bu durumda işverence yapılan fesih haklı sayılmalıdır*". (Yarg. 22.HD. 24.03.2015, E.2015/7794 K.2015/11301).

Bentte öngörülen diğer hâl ise, işyerinde içki kullanmak veya işyerine sarhoş gelmektir. Haklı nedenle fesih için, kişinin işyerinde alkollü içki alması yeterli olup, bunu alışkanlık hâline getirmesi veya sarhoş olması aranmaz. Ancak dışarıda içki alınmışsa, durumun haklı fesih sayılabilmesi için işyerine sarhoş olarak gelinmesi gerekir. Yargıtay'a göre, işyerine alkollü gelmenin haklı fesih nedeni olabilmesi için işçinin sarhoş olduğunun anlaşılması ve bu konuda delil sunulması gerekir. Salt alkollü gelme haklı fesih nedeni değildir (Yarg. 9. HD. 14.02.2018, E.2017/3725 K.2018/2748).

İşyerinde alkol ya da uyuşturucu madde almak, ilgili bendin uygulanması için yeterlidir. Bunun için işçinin sarhoş olması aranmaz.

"Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 84. maddesinde öngörülen yasaklara aykırılık aynı yasanın 25/II. maddesi uyarınca işverenin fesih hakkını doğuran haklı bir sebep oluşturur. Bu madde hükümlerine göre işçinin işyerine uyuşturucu madde alarak gelmesi yasak olmasına rağmen alkollü içki almış olarak gelmesi yasak değildir. İşyeri dışında alınan alkol sarhoşluğa yol açmışsa, bu şekilde işyerine, bir başka anlatımla sarhoş gelmek yasaktır. Bu nedenle alkollü içki almış olmakla birlikte sarhoşluk belirtileri göstermeyen işçinin işyerine gelmesi İş K. m. 25/II-d kapsamında bir haklı neden olarak kabul edilemez. İşçinin işyeri dışında aldığı alkollü içki miktarı işçinin irade ve davranışlarını ve işini normal şekilde yürütülmesini etkilemiyorsa, sadece içki almış olması sözleşmenin feshi için yeterli

değildir. Buna karşılık işyerinde alkollü içki kullanmak, sarhoşluğa yol açmasa bile fesih için yeterli bir sebeptir. Somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin izin günü dinlenirken alkol alması olağan bir durumdur. Davacı, işe geldiğinde işveren temsilcileri tarafından alkol muayenesine tabi tutulmuştur. İşyerine sarhoş olarak geldiği anlaşılmayan ve izinli iken alkol aldığı bilinen davacının, davalı işverence böyle bir harekete maruz bırakılması, iyiniyetli bir davranış olarak düşünülemez. Bu davranışın korunması hakkaniyete uygun değildir. Fesih haksız olduğu gibi, böyle bir tutum karşısında geçerli de kabul edilemez. Davanın kabulü yerine reddi hatalı bulunmuştur" (Yarg. 9.HD. 12.12.2005, E.2005/36147 K.2005/39144).

(v) İşçinin; işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması, bir başka ifadeyle sadakat borcuna aykırı davranması (İşK.m.25/II-e) haklı nedendir.

Bu bendin uygulama alanı oldukça geniştir. Zira bentte yer alan davranışlar sınırlı olarak sayılmamış, "… gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar" ifadesine yer verilmiştir. Bu nedenle Yargıtay'ın konuya ilişkin farklı kararları bulunmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki; işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan nitelikteki eylemi, işveren açısından zarar doğurmasa dahi, işverene haklı fesih imkânı tanımaktadır (YHGK 15.11.2018, E.2015/2715 K.2018/1720).

Örneğin, bir işçinin işyerinde bulunan çikolata kutusunu kimseye söylemeden alması, bu bent kapsamında değerlendirilmiştir. "*Yine direnme kararında açıklandığı üzere, davacının 15 yıllık bir kıdeme sahip olduğu ve daha önce hiç uyarı cezası dahi almamış olduğu yönündeki gerekçe de sonucu değiştirecek mahiyette değildir. Davacının başkasına ait, dolu olduğu anlaşılan bir çikolata paketini alarak kendisine mal ettiği, bu eylemin doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış niteliğinde olduğu, güven sarsıcı bu eylemi nedeniyle iş ilişkisinin sürdürülmesinin davalı işverenden beklenemeyeceği kuşkusuzdur*" (YHGK 07.02.2018, E.2015/1591 K.2018/185).

Benzer yönde bir başka kararda; askerlerin yemek malzemelerinden iyilerini seçerek işçinin kendisine özel yemek hazırlaması da bu bent

kapsamında değerlendirilmiştir. "*Dosya kapsamındaki belgelere ve dinlenen tanık beyanlarına göre, davacının izin almaksızın kendisine ait olmayan, askerlerin yemek malzemelerinden iyilerini seçmek suretiyle kendisine özel yemek hazırladığı sabittir. Mahkemece her ne kadar, söz konusu olayda feshin ağır nitelikte ceza olduğu, fesihten evvel başka ve daha basit yaptırımların uygulanabileceği gerekçesi ile davalı işverenin feshi haksız bulunmuş ise de sözü edilen hususlar, yasada açıkça haklı fesih nedeni olarak düzenlenen durumlarda uygulama alanı bulmaz. İşçinin işyerinden izinsiz olarak aldığı malzemeleri kendi yararına kullanmak suretiyle doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-e bendine göre açıkça işverene haklı fesih imkânı tanıyan hâllerden bir tanesidir. Aksi kanaatin hasıl olması, iş hukuku uygulamasındaki "işçi lehine yorum ilkesi"nin de ötesine geçecek, hakkaniyet ilkesine, menfaatler dengesine aykırı olacak ve adalet duygularını zedeleyecektir. Bu nedenlerle, davacının kıdem ve ihbar tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*" (Yarg. 22.HD. 17.05.2018, E.2015/31085 K.2018/12079). Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda, işçinin işveren vekilinin izniyle işyerinde yapılan yemeklerin artıklarını evine götürmesinin haklı fesih nedeni olmadığına karar vermiştir (YHGK 23.01.2020, E.2016/9-1418, K.2020/53).

Yargıtay'ın verdiği bir diğer kararda terör örgütüne sempati duyduğunu gösterir paylaşımlarda bulunmak da bu bent altında haklı fesih sebebi sayılmıştır. "*Davacının davalı Bankada çalıştığı tarihlerde sosyal medya üzerinden terör örgütüne sempati duyduğuna dair fotoğraf paylaşımı yaptığı, söz konusu paylaşımların kendisi tarafından yapılmadığına ilişkin bir itirazının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davacının hizmet süresine ve yaptığı işin niteliğine göre bu eylemleri gerçekleştirmesi doğruluk ve bağlılık kurallarına aykırıdır ve iş akışını bozucu niteliktedir. Artık işverenden iş ilişkisini devam ettirmesi normal ölçülerde beklenemez. Fesih haklı sebebe dayanmaktadır ve davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*" (Yarg. 22.HD. 15.11.2017, E.2017/40555 K.2017/24903).

Yargıtay, evli olan işçiler arasındaki ilişkiyi de davranışın ahlâk ve adaba aykırı olması gerekçesiyle doğruluk ve bağlılığa aykırılık olarak değerlendirmektedir (Yarg. 9.HD. 27.06.2019, E.2017/11196 K.2019/14430).

Buna karşılık Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi benzer konulu uyuşmazlıkta durumu, haklı neden değil geçerli neden olarak değerlendirmiştir (Yarg. 22. HD. 07.032018, E.2018/768 K.2018/5989).

Yargıtay, şirket işleri için tesis edilmiş araç ve gereçlerin özel amaçlı kullanımlarını, öncesinde işçinin uyarılıp uyarılmadığına bakılmaksızın, haklı fesih nedeni olarak kabul etmiştir (Yarg. 9.HD. 28.03.2019, E.2015/35758 K.2019/7056; 06.10.2020, E.2017/16461 K.2020/10737). Kanaatimizce, bu konuda işçilerin şirket araç ve gereçlerini özel amaçlı kullanamayacaklarına ilişkin bilgilendirilmesi, hatta kullanım durumunda uyarılması gerekmektedir. Zira işçiler tarafından bazı zorunlu hâllerde kabul edilebilir oranda kullanımların fesih gerekçesi olarak ileri sürülememesi icap eder.

(vi) İşçinin işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi hâlinde (İşK.m.25/II-f) suçun işyeri sınırları içinde işlenmesi, mahkûmiyetin kesinleşmiş olması ve cezanın ertelenmemiş olması durumunda sözleşme sona erdirilebilir.

(vii) 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 de (İşK.m.25/II-g) haklı nedendir.

Görüldüğü gibi, bent kapsamında iki farklı koşul aranmaktadır. Bunlardan ilki, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir neden olmaksızın devamsızlık yapmasıdır. Bir diğeri de bu devamsızlığın belirli bir süre sürmesidir. Haklı sebep olarak işçinin yakını, eşi veya çocuklarından birisinin hastalığı, ölümü, seçime katılması, kendisinin hastalanması örnek verilebilir. İşçinin işverenden izin aldığı durumlarda da haklı neden vardır. Ancak işçinin işyerine gelmeyeceğini bildirmesi izinli sayılması için yeterli değildir. Haklı bir neden olsa da işçinin işyerine devam edememesini, en uygun zamanda işverene bildirmesi de gerekir.

"*Somut olayda; davacının 08.04.2013-09.04.2013 tarihleri arasında ve 22.04.2013, 28.04.2013, 02.05.2013, 05.05.2013 tarihlerinde devamsızlık yaptığına ilişkin tutanakların davalı tarafça dosyaya sunulduğu, tutanak tanığının duruşmada dinlenerek*

devamsızlık tutanaklarının içeriğini doğruladığı anlaşılmakla; davacı işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki iş günü yahut bir ayda üç iş günü işine devam etmediği bu nedenle davalı tarafça yapılan feshin haklı sebebe dayandığı, davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağı gözetilmeden, Mahkemece davalı tarafça yapılan feshin haksız olduğu gerekçesiyle kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 22.HD. 07.11.2018, E.2017/17188 K.2018/23817).

Bentte geçen "bir ay" ifadesi takvim ayını değil ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı ifade eder.

"*4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-g maddesinde geçen "bir ay" ifadesi takvim ayını değil ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı ifade eder. İşçinin son devamsızlık tarihten geriye doğru gidildiğinde, son bir ay içinde 12 Ekim 2013, 23 Ekim 2013 ve 1 Kasım 2013 tarihlerinde mazeretsiz olarak işe devamsızlığı söz konusudur. Bu durumda bir ay içinde mazeretsiz olarak işe devamsızlığı söz konusudur. Bu durumda bir ay içinde mazeretsiz üç gün devamsızlık koşulları gerçekleşmiştir. Sözü edilen devamsızlık günlerinin bir kısmının Ekim ayına, son devamsızlığın Kasım ayına ait olması sonuca etkili değildir*" (Yarg. 9.HD. 08.11.2018, E.2015/23423 K.2018/20089).

Ayrıca bentte geçen "işgünü" ifadesi, Yargıtay tarafından işçinin çalışması gereken gün olarak kabul edilmektedir.

"İşgünü, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılmalıdır. Toplu iş sözleşmesinde ya da iş sözleşmesinde genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural mevcutsa, bu taktirde söz konusu günlerde çalışılmaması da işverene haklı fesih *imkanı tanır*" (Yarg. 22.HD. 03.04.2019, E.2017/21350 K.2019/7432).

***Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışması gerekirken işe gelmeyen işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir mi?**

Belirtilen günlerde işçinin dinlenme hakkı vardır. Ancak o günlerde çalışılacağına ilişkin bir belirleme/liste yapılmışsa ve işçi o günlerde çalışmamışsa, bu durum haklı neden değil ama geçerli neden teşkil etmektedir (Yarg. 9.HD. 10.12.2018, E.2018/3958 K.2018/22732). Benzer şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir karara göre de belirtilen günler çalışma günleri olarak düzenlenmediğinden, işçinin dinlenme hakkı kapsamında olduğu belirtilmiş ve söz konusu günde yapılan devamsızlığın haklı neden niteliğinde olmadığına karar verilmiştir (YHGK 16.05.2019, E.2019/22-3352 K.2019/569).

İşçinin devamsızlık yaptığı, işverenin tuttuğu tutanaklar ile ispatlanmaktadır. Devamsızlık tutanaklarının ayrı günler için ve farklı işçilerin tanıklığında tutulması ve işverenin fesih öncesinde işçinin varsa mazeretini bildirmesini talep etmesi işveren için ispat kolaylığı sağlar. İşveren işçinin devamsızlık yaptığını ispatladıktan sonra artık işçinin karşı ispat yükü gündeme gelir. Bu durumda işçi, tutanaklarda belirtilen tarihlerde çalıştığını ya da tutanakların işten çıkarıldığı günlere ait olduğunu tanık ile ispatlayabilir.

(viii) İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı hâlde yapmamakta ısrar etmesi de (İşK.m.25/II-h) bildirimsiz fesih nedenidir.

Örneğin, işçinin giymek zorunda olduğu işyeri kıyafetlerini, hatırlatıldığı hâlde, giymemekte ısrar etmesi; haklı fesih sebebidir (Yarg. 9.HD. 19.06.2017, E.2017/5462 K.2017/10822). Burada sözleşme konusu işin hatırlatmasından bahsedilmekte, buna karşın hatırlatmanın nasıl yapılacağı belirtilmemektedir. Bu nedenle sözlü veya yazılı hatırlatmada bulunulabilir. Ancak yazılı yapılan hatırlatmalar işverene ispat kolaylığı sağlar. Ayrıca Kanun, işin yapılmaması değil, yapmamakta ısrar etmeyi aramaktadır. Dolayısıyla işçinin işverenin hatırlatmasının ardından sadece bir kez yapmaması haklı neden için yeterli sayılmamaktadır.

"*Bilindiği üzere; davacı işçi, iş görme edimini işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak yerine getirmekle mükelleftir. Ne var ki,*

işverenin talimatları işçinin eğitimi, yeteneği, fiziksel yeterliliği ile bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile getirilen sınırlamalara da aykırılık oluşturmamalıdır. 1475 sayılı Kanun'un aksine 4857 sayılı Kanun'da işçinin "görevi yapmamakta ısrar etmesi" koşulu aranmaktadır. *Bu nedenle de işçinin görevi hatırlatıldığı hâlde sadece bir kez yapmaması yeterli görülmemiş, görevin hatırlatılmasının ardından devamlılık arz etmesi şartı aranmıştır...Hal böyle olunca; feshe konu eylemin sadece bir kez meydana geldiği, davacı işçinin aynı eylem nedeniyle çalışma süresi boyunca almış olduğu bir uyarının da bulunmadığı, dolayısıyla görevini yapmamakta ısrar ettiği usûlünce ispatlanamadığı gibi, dosya kapsamı itibariyle davacının menfaat elde etme saikiyle hareket ettiğine ve davalı şirketin de bu eylem nedeniyle zarara uğradığına ilişkin herhangi bir bilgi ve belgenin de bulunmadığı, bir kez gerçekleşen eylem nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesinin ağır sonuçlar ortaya çıkardığı da dikkate alındığında, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği gerekçe gösterilerek davacı işçinin kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.*" (YHGK 14.12.2016, E.2014/9-1700 K.2016/2123).

İşçinin görevlerini yapmaması tek başına haklı fesih nedeni teşkil etmez. Bunun için işverenin öncelikle işçiye yapacağı işi bildirmesi ve işçiye bu işi yapmakla yükümlü olduğunu hatırlatması gerekmektedir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir karara göre, işçiye verilen uyarı cezası içerik itibariyle görevin yapılmasını hatırlatma olarak değerlendirilmemiştir (İstanbul BAM 27.HD. 10.07.2019, E.2019/1964 K.2019/1737). Bunun gibi, iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde işçinin işinin ne olduğunun belirtilmiş olması, ilgili bent anlamında hatırlatma olarak kabul edilemez.

İşçinin görevini yapmamakta ısrar etmesi haklı bir nedene dayanmamalıdır. Örneğin, işçiye verilen iş, çalışma saati dışında çalışmayı ve fazla çalışmayı gerektiriyorsa, bilindiği gibi, işçinin onayına ihtiyaç vardır. İşçi fazla çalışmaya onay vermediğinde verilen görevi yapma yükümlülüğü olmadığından görevini yapmamak haklı fesih nedeni olmayacaktır (Yarg. 22.HD. 23.03.2017, E.2017/6255 K.2017/6009).

(ix) Nihayet, 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 tutarı ile ödeyemeyecek derecede hasara veya kayba uğratması da (İşK.m.25/II-ı) bildirimsiz fesih sebebi olarak belirlenmiştir. Burada işçinin özen borcuna aykırılığın müeyyidesi gösterilmektedir. Bununla birlikte iki ayrı durum vardır. Bunlardan **ilki**, işçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürmesidir. Buna göre objektif olarak işçinin iş güvenliğini kendi kastından veya ihmalinden kaynaklanan bir sebeple tehlikeye düşürdüğü durumlarda, herhangi bir zarar doğmasa da sözleşme haklı nedenle sona erdirilebilir. Örneğin, patlayıcı maddeler bulunan bir işyerinde, sigara içen işçi, iş güvenliğini tehlikeye düşürmektedir.

"İş sözleşmesinin, işçinin kendi isteğiyle veya işini savsaması sonucu işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi nedeniyle ve haklı olarak işverence feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. Maddesinin (II) numaralı bendinin (ı) alt bendinde, işçinin isteği ile ya da işini ihmal etmesi sonucu işyerindeki işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi hali işverenin haklı fesih nedenleri arasında gösterilmiştir. İş güvenliği hükümleri, işçi sağlığı ve güvenliğini korumaya yönelik titizlikle uyulması gereken kurallardır. Bu konuda işverenin alması gereken tedbirlerin yanında işçinin de yükümlülükleri vardır. İşçinin kasıtlı bir davranışı ya da görevini savsaması sonucu işin güvenliği yönünden bir tehlike meydana gelmesi durumunda, işveren açısından derhal "haklı nedenle fesih hakkı" ortaya çıkar. İşçinin bu konuda uyarılması veya hatırlatmada bulunulmasına gerek olmadığı gibi belli bir zararın oluşması da gerekmez. Aynı bentte belirtilen işçinin 30 günlük ücretinin tutarıyla karşılanamayacak bir zarar vermesi işin güvenliğini tehlikeye düşürmekten bağımsız bir fesih nedenidir. Güvenlik hizmeti veren bekçinin uyuması veya görev yerini terk etmesi (Yarg. 9.HD. 4.11.2008, E.2007/30651 K.2008/30368), yanıcı ve patlayıcı maddelerin bulunduğu yerde yasaklanmış olmasına rağmen sigara içilmesi (Yarg. 9.HD. 21.12.2009, E.2009/12861 K.2009/36369), basınçla veya yüksek ısıyla çalışabilir bir cihazın kontrolü ile görevlendirilen işçinin görevini savsaması gibi durumlar,

işin güvenliğini tehlikeye düşüren davranışlara örnek olarak verilebilir" (Yarg. 22.HD. 05.03.2018, E.2018/1496 K.2018/5703).

! Pandemi süresinde işçilerin maske, mesafe ve temizlik kurallarına uymaması, test sonucu pozitif çıkmasına/temaslı olmasına rağmen durumu işverene bildirmeden çalışmaya devam etmesi ve hem işvereni hem de diğer işçileri tehlikeye düşürmesi bu bent kapsamında değerlendirilebilir.

Dolayısıyla bahsi geçen durumlar, işveren açısından haklı fesih nedeni kabul edilir.

İkinci olarak, işçinin işyerinde otuz günlük ücreti ile karşılayamayacak olduğu bir zarara, kusuru ile neden olması hâlidir.

"*Zararın otuz günlük ücreti aşması durumunda işverenin fesih hakkı doğar ve işçinin zararı derhal ödemiş ya da ödeyecek olması işverenin bu hakkını ortadan kaldırmaz. İşçinin kusuru belli bir yüzde ya da belli bir oran olarak saptanmışsa; zararın miktarı da bu kusur nispetinde azaltıldıktan sonra otuz günlük brüt ücreti aşıp aşmadığına bakılmalıdır*" (Yarg. 22.HD. 18.09.2017, E.2017/38043 K.2017/18321).

İşçinin kusursuz olması durumunda işverenin bu bent kapsamında haklı fesih hakkı yoktur. Ayrıca zarar miktarı, işçinin kusuru oranında hesaplanmalı ve işçinin otuz günlük ücretini aşıp aşmadığı bu şekilde değerlendirilmelidir.

"*Dosya içeriğine ve özellikle iş güvenliği uzmanından alınan kusur raporuna göre "olayın meydana gelmesinde kast unsuru bulunmadığı, olayın öngörülebilir ve alınacak önlemlerle önlenebilir nitelikte bir kaza olduğu, davalı işveren olay sırasında yeterli yardımcı personel bulundurmadığı, iş organizasyonunun yetersiz olduğu, kontrol ve denetim yapmadığı, iş güvenliğini tamamen şoförlerin dikkatine bıraktığı, ayrıca mevzuatta belirtilen eğitimleri vermediği bu nedenle işverenin kusur oranının %75 oranında olduğu, davacının ise güvenli araç kullanmaması, diğer araçların mesafesini ayarlaması nedeni ile %25 oranında kusurlu olduğu" anlaşılmıştır. Kazanın bu oluş şekline göre davacı hafif kusurludur. Bu tespitler ve 6098 sayılı TBK.'un 400/2 maddesi kapsamında davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle*

feshedildiğinin kabulü ölçülülük ilkesine aykırıdır. Davacının hafif kusurlu olduğu bu maddi hasarlı kazada yaptığı davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açtığından geçerli neden kabul edilmelidir. O hâlde somut olayda işverenin iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayandığından, mahkemenin haklı neden nitelendirmesi hatalı ise de sonuç itibarı ile feshin geçersizliği isteminin reddi doğru olduğundan kararın açıklanan gerekçe ile onanmasına… karar verilmiştir" (Yarg. 9.HD. 26.02.2015, E.2015/263 K.2015/8255).

Bentte kullanılan "otuz gün" kavramı, aylıktan farklı olarak, işçiye günlük ödenen yevmiyesinin otuz katı şeklinde hesaplanmalıdır. Ayrıca bahsi geçen "ücret" dar anlamda ücrettir.

ccc. Zorlayıcı Sebepler

İşK.m.25/III'e göre, *"İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması"* sözleşmeyi işveren tarafından haklı nedenle sona erdirmesine imkân tanıyan bir durumdur. Zorlayıcı neden, önceden öngörülemeyen ve kaçınılması mümkün olmayan nedenlerdir. Buna göre, işverenin sözleşmeyi zorlayıcı sebebe dayanarak sona erdirebilmesi için, zorlayıcı sebebin işçinin şahsında meydana gelmesi gerekir. Örneğin, işçinin yaşadığı yerde sel, deprem, toprak kayması gibi doğal olaylar veya karantina gibi durumlarda haklı neden vardır. Ancak Yargıtay kararlarında "zorlayıcı neden" tam olarak tanımlanmamakta, somut olaya göre değerlendirme yapılmaktadır.

"Davacı işçi iş akdinin davalı işverence haklı bir neden olmaksızın feshedildiğini ileri sürmüş davalı işveren ise Libya'da iç savaş çıktığını ve iş akdinin mücbir sebeple sonlandığını savunmuştur...Tüm dosya kapsamı ve özellikle davacı tanıklarının beyanları dikkate alındığında fesih nedeni olan iç savaş halinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/III maddesi hükmünde belirtilen zorlayıcı sebep niteliğinde olduğu ve bu durumda işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı ancak ihbar tazminatı hakkı bulunmadığı anlaşıldığından ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekirken, Mahkemece hatalı değerlendirme ile ihbar tazminatının hüküm altına alınması bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 9.HD. 20.11.2018, E.2016/14140 K.2018/21011).

Yargıtay'ın bu bende göre verilmiş çeşitli kararları bulunmaktadır. Örneğin, güvenlik görevlisinin özel silah belgesinin askıya alınması (Yarg. 9.HD. 17.06.2020, E.2016/17566 K.2020/5871), güvenlik görevlisi işçinin çalışma izninin bitecek olması (Yarg. 9.HD. 01.07.2019, E.2016/7091 K.2019/14564), işçinin mesai saatleri dışında kişisel aracını alkollü kullanması nedeniyle ehliyetine el konulması (Yarg. 22.HD. 26.03.2019, E.2016/6070 K.2019/6626) hâllerinde haklı fesih nedeninin varlığı kabul edilmiştir.

Sözleşme bir haftadan sonra sona erdirilebilir. Bir haftalık dönemde yarım ücret alınır. Bir haftadan sonra iş sözleşmesi askıdadır.

ddd. Gözaltına Alınma ve Tutuklanma Hâlinde Devamsızlık

İşK.m.25/IV'e göre de *"İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması hâlinde devamsızlığın 17'nci maddedeki bildirim süresini aşması",* işverene sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirme imkânı veren bir durumdur. Burada gözaltına alınma veya tutuklanma nedeniyle devamsızlıkta, işçinin ihbar süreleri kadar işe gelememesinden sonra, sözleşme haklı nedenle sona erdirilebilir.

Her ne kadar işverenin haklı fesih hakkından bahsedebilmek için bildirim sürelerinin aşılması gerekse de işverenin geçerli fesih hakkını kullanabilmesi için bildirim sürelerinin aşılmasını beklemek zorunda olmadığını ifade etmek gerekir. Eğer işçinin gözaltı ve tutukluluk süresinin uzun süreceği öngörülebiliyorsa, işveren iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilir.

> *"İlk Derece Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesince; fesih bildiriminin işçiye gönderildiği tarih itibari ile gözaltı ve tutukluluk süresinin ihbar önelinden bir gün az olması nedeniyle "bildirim süresi aşılmamış olduğundan" feshin geçersiz olduğu kabul edilmiş ise de; bu kabul dosya içeriği ile örtüşmemektedir. Bildirim süresinin aşılmamış olması nedeniyle fesih tarihi itibariyle iş akdinin feshinin haklı nedene dayalı olduğundan söz edilemeyeceği açıktır. Ancak davacının fesih bildiriminin işçiye gönderildiği tarihe kadar geçen gözaltı ve tutukluluk süresi dikkate alındığında, işçinin bu kadar uzun süre işverene karşı olan iş görme borcunu yerine getirmemesi işyerinde olumsuzluklara yol açacağından feshin haklı nedene dayalı olmasa*

bile geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir. Açıklanan nedenler ile feshin geçerli nedene dayalı olduğunun kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeler ile davanın kabulü ile davacının işe iadesine karar verilmiş olması hatalı olduğu gibi davalının istinaf talebinin esastan reddedilmiş olması da hatalıdır" (Yarg. 22.HD. 27.06.2018, E.2017/39292 K.2018/16082).

Belirli süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi söz konusu olmadığından, tutuklulukta geçen sürenin bildirim sürelerini aşıp aşmadığının değerlendirilmesine gerek yoktur.

Bildirim sürelerinin taraf iradeleri ile artırılması hâlinde, bu bendin uygulamasında artırılmış süreler göz önünde bulundurulur (Yarg. 22.HD. 02.10.2019, E.2017/25195 K.2019/17951; Yarg. 9.HD. 02.05.2011, E.2009/12385 K.2011/12782).

! Pandemi Döneminde İşverenin İş Akdini Fesih Yasağı

7244 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu'na eklenen geçici madde 10'a göre,

"Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle 25'inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hâller ve benzeri sebepler, belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi hâlleri dışında işveren tarafından feshedilemez.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez.

Bu madde hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesini fesheden işveren veya işveren vekiline, sözleşmesi feshedilen her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verilir.

Cumhurbaşkanı birinci ve ikinci fıkrada yer alan üç aylık süreleri her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30/6/2021 tarihine kadar uzatmaya yetkilidir."

Buna göre genel bir fesih yasağı getirilmiş ve Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu da kapsama alınmıştır. Bu düzenleme ile işveren, m.25/II kapsamındaki ahlâk ve iyiniyet kuralları dışındaki hâllerde, örneğin pandeminin sebep olduğu durumunun bir zorlayıcı neden olduğundan bahisle, iş akdini feshedemez. Belirtmek gerekir ki, deneme süresinde de fesih yasağı geçerlidir. Ancak belirli iş sözleşmesinin varlığı hâlinde fesih yasağı içerisinde bu sözleşmelerin kendiliğinden sona ermesi mümkündür. Yine bu süreçte ikale ile iş sözleşmesi sona erdirilebilir. İşyerinin kapatılması durumu da işverenin girişim özgürlüğü kapsamında olduğundan fesih yasağı kapsamında değerlendirilmemelidir. Ancak bahsi geçen husus, işyerinin kapatılması yerine, işçilerin işten çıkarılması amacına da hizmet etmemelidir. İşyerinde yirmiden fazla çalışan olması durumunda işyerinin kapatılmasının toplu işçi çıkarmak niteliğinde olduğu düşünüldüğünde ise toplu işçi çıkarmak fesih yasağı kapsamında olsa dahi işyerinin kapatılmasının bunun istisnası olduğu ve fesih yasağından yine etkilenmeyeceği savunulabilir. Aynı şekilde disiplin kurulu kararı ile fesih de yasak kapsamındadır ancak ahlâk ve iyiniyete aykırılık sebebiyle disiplin kurulunun verdiği fesih kararları da istisna teşkil eder. Fesih yasağına uyulmaması hâlinde ise üçüncü fıkradaki yaptırımın yanında feshin geçersizliği de söz konusudur. Düzenlemenin amacı; iş ilişkisinin ve işçinin korunması olarak ifade edilebilir. Nitekim yasadaki fesih yasağı ile işçinin gelir güvencesi sağlanmaya çalışılmıştır.

Son olarak bildirim süreli fesihlerde; fesih yasağının başlangıcı olan 17.04.2020 tarihinden önce fesih iradesinin açıklanması hâlinde söz konusu fesih geçerlidir.

c. Bildirimsiz Fesih Hakkını Kullanma Süresi

İşçi veya işveren için haklı fesih nedeninin ortaya çıkması hâlinde, bildirimsiz fesih hakkının kullanılması süresiz değildir. Bildirimsiz fesih hakkını kullanma süresi, İşK.m.26'da öngörülmüştür. Buna göre, ahlâk ve iyiniyet kuralları ve benzerlerine dayalı fesihlerde ***altı iş günü*** ve her hâl ve şartta fiilin ortaya çıkmasından itibaren ***bir yıl*** içinde fesih hakkı kullanılmalıdır. Bu arada işçinin maddî çıkar elde etmesi durumunda ise, ***bir yıllık süre uygulanmaz***. Örneğin hırsızlık yapan bir işçinin hırsızlığı olay tarihinden iki yıl sonra öğrenilse bile, sözleşmesi haklı nedenle sona erdirilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, maddede belirtilmiş olan hak düşürücü süreler sadece m.24/II ve m.25/II için getirilmiştir, diğer haklı fesih nedenleri için herhangi bir hak düşürücü süre bulunmamaktadır.

Altı iş günlük sürenin başlangıcı, iş sözleşmesini fesih yetkisine sahip kişinin bunu öğrenmesine bağlıdır. Burada olayı öğrenme günü sayılmaksızın, takip eden iş gününden itibaren hesaplama yapılır.

> "*Feshin hak düşürücü süre içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediği meselesine gelince; işverenin tüzel kişi olması durumunda, 4857 sayılı Kanun'un 26. maddesinde düzenlenen altı iş günlük süre, feshe yetkili merciin öğrenme tarihinden itibaren başlar. Feshe neden eylem konusunda işverenlikçe soruşturma yapılması süreyi başlatmaz. Somut olayda, davalı tarafça dosyaya sunulan belgelerden, feshe yetkili kişinin S.. T.. olduğu, işyerinde gerçeğe aykırı ziyaret raporlaması hakkında işverence yapılan araştırma ile kontrol işlemlerinin tamamlandığının ve davacının da dahil olduğu ellibir kişilik listenin insan kaynakları müdürü tarafından feshe yetkili kişi S.. T..'na 24/10/2013 tarihli elektronik posta ile bildirilerek fesih için onay istendiği, aynı tarihli elektronik posta ile verilen onay akabinde iş sözleşmesinin, Beyoğlu 34. Noterliğince düzenlenen 24/10/2013 keşide tarihli bildirim ile feshedildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla fesih hak düşürücü süre içerisinde gerçekleşmiştir*" (Yarg. 22.HD. 15.05.2018, E.2015/30815 K.2018/11957; Yarg. 9.HD. 03.10.2018, E.2018/5680 K.2018/17335).

"*Hal böyle olunca, haklı neden olmaksızın davacı işçinin yaptığı devamsızlığın davalı işveren tarafından öğrenildiği tarih olan 29.04.2009 tarihinden fesih tarihine kadar altı iş günlük yasal sürenin aşılmadığı ve haklı feshin süresinde yapıldığı sonucuna varılarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken, temadinin kesildiği tarihin 24.04.2009 tarihi olduğu ve bu tarihten fesih tarihine kadar geçen sürede altı iş günlük süre aşıldığından bahisle davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır*" (YHGK 22.11.2017, E.2015/9-2886 K.2017/1408).

İşverenin tüzel kişi olması hâlinde, altı iş günü olan süre, feshe yetkili merciinin olayı öğrenmesinden itibaren başlayacaktır (Yarg. 22.HD. 01.07.2019, E.2016/17448 K.2019/14566).

Buradaki süre, hak düşürücü süredir.

"*Dosya kapsamına göre, kaza tarihi 16.09.2009 olup, iş sözleşmesi 30.09.2009 tarihinde feshedilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesi yönünden altı günlük hak düşürücü süre zarar miktarının belirlenmesinin ardından, bu durumun feshe yetkili makama iletilmesiyle işlemeye başlayacaktır. Davalı işverence dosyaya sunulan, araçtaki hasarın giderilmesinde yapılan sarfiyata ilişkin faturanın 15.01.2010 tarihinde düzenlendiği nazara alındığında, zararın kesin miktarının belirlenme tarihinin 15.01.2010 olduğu anlaşılmaktadır. Fesih ise bu tarihten önce yapılmıştır. Dolayısıyla fesih için hak düşürücü süre geçmemiştir. Mahkemece, bu yönün nazara alınmayarak, hak düşürücü sürenin geçtiğinin kabul edilmesi hatalıdır. Anılan sebeple, kusur oranı ve zarar miktarı yönünden ayrı ayrı olmak üzere alanında uzman bilirkişiler marifetiyle inceleme yapılarak, feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığı belirlenmeli ve neticeye göre karar verilmelidir*" (Yarg. 22.HD. 17.03.2015, E.2013/35839 K.2015/10449).

Sağlık ve zorlayıcı sebeplerde ise zaten süre öngörüldüğünden burada belirtilen süre onlara uygulanamaz. Bununla birlikte süreklilik arz eden durumlarda fiil devam ettiğinden sürenin başlangıcı fiilin bittiği tarihtir.

Örneğin; devamsızlık halâ sürüyorsa veya yasadışı bir grev varsa, bu eylemin bittiği tarihte süre başlayacaktır. "*Somut olayda fesih tarihinde davacı işçinin ödenmeyen işçilik alacaklarının bulunduğu anlaşılmakla, başka bir anlatımla haklı fesih nedeninin devam ettiği görülmekle hak düşürücü süre işlemeyecektir. Bu sebeple davacı işçinin feshi haklı nedene dayanmakta olup kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken yanılgılı değerlendirme ile reddi hatalıdır*" (Yarg. 22.HD. 18.05.2017, E.2017/8551 K.2017/11484).

Sözleşmeyi fesih yetkisinin disiplin kurulu kararından geçirilmesi gereken durumlarda ise, süre disiplin kurulu kararının feshe yetkili merciiye intikal etmesinden itibaren başlar.

> "*Toplu İş Sözleşmesinin 89 uncu maddesinin (a) ve (c) alt bentlerinin birlikte değerlendirilmesinden ihraç kararının Disiplin Kurulunca verileceği ve bu kararın yürürlüğe girmesinin de Genel Müdürün onayına bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda feshe yetkili merci Genel Müdür olup,* İş Kanununun *26 ncı maddesinde gösterilen 6 iş günü de fesih nedeninin Genel Müdür tarafından öğrenildiği tarihten itibaren hesaplanmalıdır*" (YHGK 08.03.2017, E.2014/22-2352 K.2017/438).

! Pandemi süresince de kanunda düzenlenmiş olan bu hak düşürücü süreler işlemeye devam eder. Zira bilindiği gibi, işverenin İşK. m.25/II uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle bildirimsiz fesih hakkı, fesih yasağı kapsamında değildir. Zaten işçi açısından haklı nedenle bildirimsiz fesih hakkı yasak kapsamında değildir.

d. Bildirimsiz Feshin Hukukî Sonuçları

Sözleşmeyi haklı nedenle sona erdiren sebeplerin ortaya çıkması durumunda sözleşme ilişkisi kendiliğinden ortadan kalkmaz. Sözleşmeyi sona erdirebilme hakkına sahip olanın fesih beyanında bulunması gerekir. Böylece bildirimsiz fesih hakkının kullanılması ile sözleşme derhâl ortadan kalkar. Karşı tarafın hakimiyet alanına ulaşan fesih beyanından dönülemez. Ancak taraflar sözleşme ortadan kalkmasına karşın bu andan itibaren yeni bir sözleşme yapabilirler.

Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin haklı nedenle feshedildiğini, feshi yapan kimse ispat etmek durumundadır.

> "*Bütün bu açıklamalar karşısında, davacının başka bir işyerinde çalışmak üzere istifa etmek suretiyle ve kendi iradesi ile iş sözleşmesini feshettiği, bununla birlikte fesih için herhangi bir haklı sebebin bildirilerek kanıtlanamadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, her ne kadar direnme kararının gerekçesinde davacının ödenmeyen ücret alacağının bulunması sebebiyle de feshin haklı olduğu belirtilmiş ise de, davacı tarafından gerek fesih sırasında gerekse dava dilekçesinde ücret alacaklarının ödenmediği gerekçesine dayanılmadığından, direnme kararı bu yönü ile de isabetsizdir. Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 19.11.2014 tarih ve 2013/9-1075E. 2014/923K. Sayılı kararında da fesih sebebinin sonradan değiştirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda, davacının kıdem ihbar tazminatlarına hak kazanamayacağı açıktır. Hal böyle olunca, mahkemece Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır*" (YHGK 07.02.2018, E.2015/22-1633 K.2018/130).

Ahlâk ve iyiniyet kuralları gereği sözleşmeyi sona erdiren taraf, uğradığı zararları sözleşmenin sona erdirilmesine yol açan diğer taraftan isteyebilme imkânına sahiptir (İşK.m.26/2).

e. Haksız Feshin Sonuçları

Bildirimsiz fesih için gerekli olan sebeplerin bulunmaması veya uyuşmazlık çıktığında söz konusu durumun ispatlanamaması, fesih hakkının süresi içinde yapılmaması veya ileri sürülen sebebin gerçekte haklı bir sebep olmaması durumlarında yapılan fesih, haksız fesihtir. Böyle durumlarda da fesih beyanında bulunulduğu için sözleşme ortadan kalkmıştır, ancak haksız bir fesih vardır.

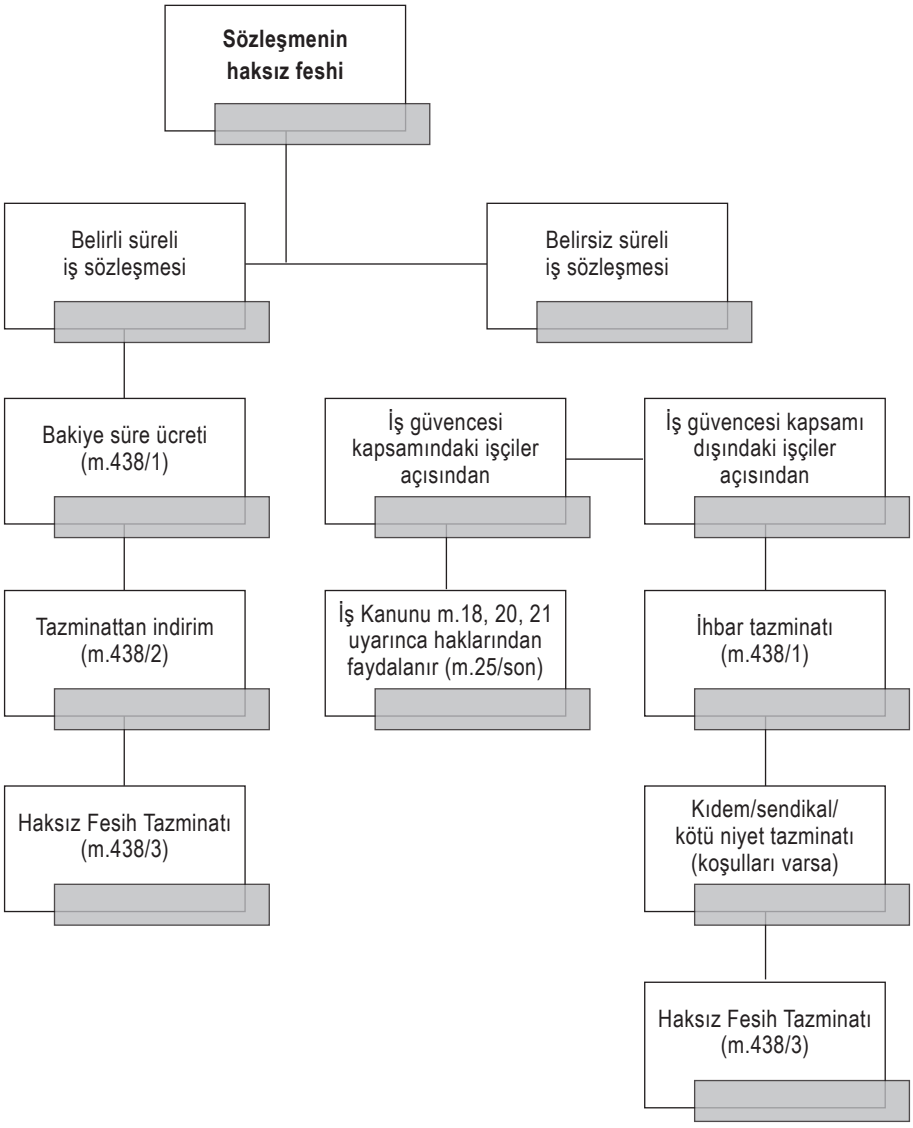
1475 sayılı İş Kanunu'nda sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi durumunda ne gibi sonuçların doğacağına ilişkin özel bir düzenleme

bulunmamaktaydı. Buna karşın sözleşmenin niteliğine göre bir çözüm tarzı benimsenmekteydi. Bununla birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.438-439'da işveren ve işçi tarafından yapılan haksız feshin sonuçları düzenlenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu m.25'in son fıkrasında da sözleşmesi haksız feshedilen işçilerin geçersiz sebeple yapılan fesihlere ilişkin sonuçlara başvurabilecekleri öngörülmüştür.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre,

- ***İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi***, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelere uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir (m.438/1). Ayrıca belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir (m.438/2). Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz (m.438/3).
- ***İşçi tarafından sözleşme haksız feshedildiğinde ise*** işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır (m.439/1). İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir (m.439/2). Tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer (m.439/3).

4857 sayılı Kanun m.25/son'a göre de iş güvencesi kapsamındaki işçiler sözleşmenin haksız feshedildiğini ileri sürüyorlarsa, m.18, 20 ve 21 uyarınca feshin geçersizliğine ilişkin yargı yoluna başvurabilir.


Sözleşmenin haksız feshi
Belirli süreli iş sözleşmesi
Belirsiz süreli iş sözleşmesi
Bakiye süre ücreti (m.438/1)
Tazminattan indirim (m.438/2)
Haksız Fesih Tazminatı (m.438/3)
İş güvencesi kapsamındaki işçiler açısından
İş Kanunu m.18, 20, 21 uyarınca haklarından faydalanır (m.25/son)
İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler açısından
İhbar tazminatı (m.438/1)
Kıdem/sendikal/ kötü niyet tazminatı (koşulları varsa)
Haksız Fesih Tazminatı (m.438/3)

C. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları

1. Genel Olarak

İş sözleşmesinin sona ermesi ile bir takım hukukî sonuçlar doğar.

(i) Tarafların sözleşmeden kaynaklanan borçları ortadan kalkar. Bunun istisnası, tarafların sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet yasağı kararlaştırmalarıdır.

(ii) İşçi, elinde bulunan işverene ait her türlü eşyayı iade etmelidir.

(iii) İşveren, sözleşmesi sona eren işçisine sözleşme ve kanundan doğan tüm para veya para ile ölçülebilen haklarını vermek durumundadır (İşK.m.32/6).

"*Kural olarak işçilik alacakları brüt olarak hüküm altına alınmalıdır. Ancak davacının alacaklarını net miktar üzerinden talep etmesi hâlinde hüküm fıkrasında talep dikkate alınarak alacaklar net olarak hüküm altına alınmalıdır. Eş deyişle ister brüt ister net miktarlar talep edilsin her iki durumda da hüküm altına alınan alacak miktarları gösterildikten sonra net mi yoksa brüt mü olduğu hüküm fıkrasında açıkça gösterilmelidir. Aksi durumda mahkemece hüküm altına alınan işçilik alacaklarının hesaplama sırasında gerekli vergi kesintilerinin ve diğer hususların doğru uygulanıp uygulanmadığı, başka bir deyişle hükme esas alınan bilirkişinin hesaplama şekli sonucunda tespit edilen net miktarların doğru belirlenip belirlenmediğinin temyiz mercii olan Yargıtay tarafından denetimi de mümkün olmayacaktır. Mahkemece hüküm altına alınan miktarların net ya da brüt olduğunun gerekçede belirtilmesi yeterli olmayıp, hüküm fıkrasında da hüküm altına alınan alacakların net ya da brüt olduğu açıkça yazılmalıdır. Hal böyle olunca mahkemece hüküm fıkrasında kabul edilen işçilik alacakları miktarlarının net alacak miktarı olduğunun açıkça gösterilmemesi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297'nci maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır*" (YHGK 17.01.2018, E.2016/2413 K.2018/52).

(iv) İşçinin kullanmadığı yıllık ücretli izin hakkı varsa, bunun da karşılığı ödenir.

(v) İşin Kanun'a uygun bırakılması da gerekir. İşK.m.23'e göre, süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında ayrıca, yeni işveren de şu hâllerde birlikte sorumludur: İşçinin bu davranışına, yeni işe girdiği işveren sebep olmuşsa veya yeni işveren, işçinin bu davranışını bilerek onu işine almışsa ya da yeni işveren, işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ederse, birlikte sorumluluk söz konusudur.

Kanun'un işçi ile birlikte yeni işvereni de sorumlu tutma nedeni bazı durumlarda işçinin ortaya çıkan zararı tazmin güçlüğünün bulunmasıdır. Buradaki sorumluluk uygulamada müteselsil sorumluluk olarak anlaşılmaktadır.

(vi) İşçiye çalışma belgesi de verilmelidir. İşK.m.28'e göre, işten ayrılan işçiye, işveren tarafından işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge verilir. Belgenin vaktinde verilmemesinden veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören işçi veyahut işçiyi işine alan yeni işveren eski işverenden tazminat isteyebilir. Buna uygulamada bonservis de denmektedir. Yalnız işveren Kanun'da düzenlenen hususlarla ilgili olarak belge vermek durumundadır. Daha fazla bilgi içeren belge vermeye zorlanamaz. TBK.m.426'da da benzer hüküm vardır.

(vii) İşçiden alınan ibranamelerin geçerliliği ve hükmü üzerinde de durulmalıdır. İş Kanunu'nda düzenlenmemekle birlikte Türk Borçlar Kanunu'nda ibraname ile ilgili hüküm bulunmaktadır. Buna göre, işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır (m.420/2). Kanun'da sayılan hususların yer almadığı ibraname geçersizdir.

"*Davanın hukuksal niteliği ve somut olayın özelliği gereği davalı, temyiz aşamasında dava konusu borcu söndüren nitelikte bir belge vermişse, bu belge üzerinde gerekli inceleme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekir. Diğer bir anlatımla yargılama aşamasında, borcu itfa eden belge değerlendirilmeye alınmalıdır. Gerçekten de, yargılamada davayı inkar eden davalının savunması borcun bulunmadığı savunmasını da kapsar. O nedenle, davalının borcun ne sebeple bulunmadığını açıklama ve iddianın aksine, delillerini ikame etme hakkının ortadan kalktığından söz edilemez. Belirtilen nedenlerle, temyiz aşamasında sunulan ve borcu söndüren bir belgenin varlığı karşısında savunmanın genişletilmesi yasağından söz edilemeyeceğinin (HMK 140, mülga HUMK. Md. 202) kabulü zorunludur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.02.2011 gün, E:2011/13-29 K:2011/56 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmiştir. Somut olayda; davalının temyiz dilekçesi ekinde ibraz ettiği, 25.06.2007 tarihli ibraname, görülmekte olan davaya konu borcu söndürebilecek bir nitelik taşımaktadır. Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak, davalının temyiz sırasında ibraz ettiği ibranamenin incelenmesi ve sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken; yanılgılı gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır*" (YHGK 27.02.2012, E.2012/842 K.2013/291).

İş sözleşmesi devam ederken imzalanan ibranameler geçerli değildir. Bu tür bir belge işçiye imzalatılmışsa bu, makbuz hükmündedir.

İbraname bölünebilir. Başka bir anlatımla, eğer ibranamede bazı alacaklar miktar olarak belirtilmiş ve bazıları ise belirtilmemişse, miktarı yazılı olanlar bakımından makbuz hükmündedir. Miktarı yazılı olmayan alacaklar için ise, ibraname sonuç doğurmaz.

İşveren tarafından işçiye bu tür bir belge sunulduğunda, işçi bunu imzaladıktan sonra dahi imzaya itirazda bulunabilir. Bunun dışında belgenin, iradesi fesada uğratılarak imzalatıldığını da ileri sürebilir. Ancak işçi, bu yönde bir iddiada bulunduğunda bunu ispatla yükümlüdür. İşçi iddiasını ispat ederken tanık delili dahil her türlü delille ispat yoluna gidebilir. Yargıtay 22'nci

Hukuk Dairesi'nin 9'uncu Hukuk Dairesi ile birleşmesinden sonra alınan ilke kararına göre, "*Türk Borçlar Kanunu'nun 420'nci maddesinde öngörülen bankaya ödeme zorunluluğunun ibra belgeleri için gerektiği ancak ifaya dair makbuz, bordro vs. ödemelerinde bankaya ödeme şartının bulunmadığı kabul edildi. Miktar içeren makbuz bordro karşılığının işçiye ödendiğini gösteren belgeler geçerli olup, işçilik alacaklarından mahsup edilir. İşçinin bu belgelere karşı irade fesadı iddiasını ileri sürmesi mümkündür. Hata veya hile ile imzalatıldığı, ödeneceği vaadiyle imzalandığı şeklinde iddialar, varsa tanık delilleriyle birlikte işverenin ödemeyi defter ve kayıtlarına yansıtıp yansıtmadığı da göz önüne alınarak değerlendirilir. İbraname şeklinde düzenlenen belgelerde miktar yazılı olsa dahi Kanun gereği bankaya ödeme olmadığı sürece makbuz etkisinden söz edilemez*".

(viii) İşçinin, şartlar oluşmuşsa işsizlik sigortasından yararlanabilmesi de mümkündür.

(ix) Nihayet işçi, şartları varsa kıdem tazminatı alabilir.

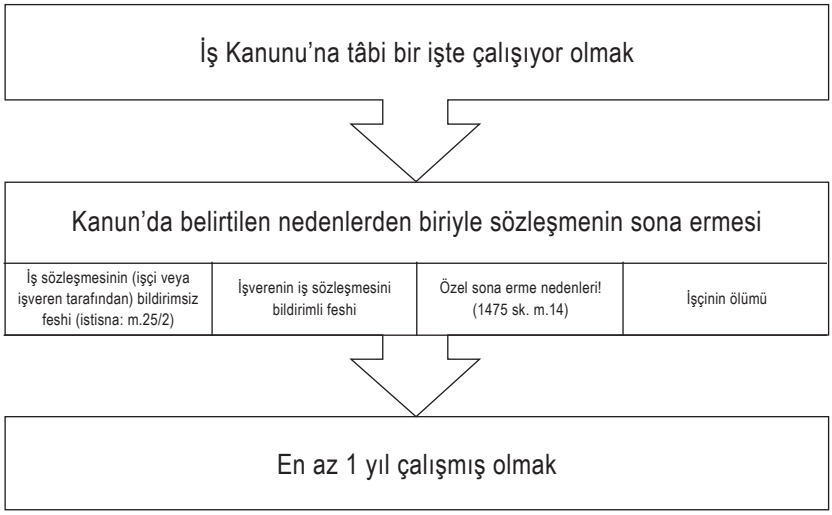
2. Kıdem Tazminatı

a. Kavram

Bir işyerinde ya da bir işverenin buyruğunda veya belirli bir meslekte uzun süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi hâlinde onun işyerine katkıda bulunmuş olması, işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık, işveren tarafından işçiye toplu bir para verilmektedir ki, buna kıdem tazminatı denir.

Belirtmekte yarar vardır ki, kıdem tazminatına ilişkin düzenleme 1475 sayılı İş K.m.14'te öngörülmüştür. 4857 sayılı İş Kanunu, kıdem tazminatını düzenleyen m.14 dışında 1475 sayılı İş Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır (İşK.m.120). Kıdem tazminatı ile ilgili olarak da bir fon kurulmasını öngörmüştür. Söz konusu fonu düzenleyen kanun yürürlüğe girinceye kadar da 1475 sayılı İşK.m.14'te öngörülen kıdem tazminatı hakları saklı tutulmuştur (Geçici m.5).

b. Şartları



aa. İş Kanunlarına Tâbi Olarak Sürekli Bir İşte Çalışan İşçi Olmak

Kıdem tazminatı hakkı, İş Kanunu'na tâbi işçiler yanında, Basın İş Kanunu ile Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan gazeteci ve gemi adamları için de söz konusudur. Yine, kıdem tazminatı için sürekli bir işte çalışmak da gereklidir.

bb. Sözleşmenin Kanunda Belirtilen Sebeplerden Birisi ile Sona Ermesi

aaa. Genel Olarak

İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için, iş sözleşmesinin sona ermesi gerekir. Başka bir anlatımla iş sözleşmesi devam ederken kıdem tazminatı adı altında ödeme yapılsa bile bu ödeme avans niteliğindedir. İş sözleşmesi sona erdikten sonra tüm süre ve son ücret üzerinden hesaplama yapılır ve daha önce ödenen avans hesaplanan tutardan yasal faizi ile birlikte mahsup edilir.

İş sözleşmesinin sona erdiği her durumda kıdem tazminatı alınamaz. İşçi ancak, Kanun'da sayılan kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme durumlarında kıdem tazminatı alabilir.

1475 sayılı İş Kanunu m.14, bir istisna dışında mutlak emredici nitelikteydi. Burada tarafların, aksini kararlaştırabilecekleri tek düzenleme, kıdem tazminatı miktarında bir yıla karşılık gelen 30 günlük ücrete ilişkindi. Böylelikle taraflar, kıdem tazminatı miktarını artırma imkânına sahiptiler. Onun dışında kıdem tazminatı düzenlemesi, işçinin lehine ve aleyhine değiştirilemezdi. Hatta, işçinin lehine olarak, hak edilmeyen bir hâlde de kıdem tazminatı verilmesi durumuna, Yasa müeyyide bağlamış, hapis cezası öngörmüş ve ödenen miktarın da Hazineye gelir kaydedileceğini düzenlemişti (Eski İşK.m.98/D). Bununla birlikte şimdi Kanun'un müeyyideyi öngören hükmü yürürlükten kalktığı için, taraflar m.14'te öngörülen sınırlandırmalara uymayabilirler. Böylelikle hak edilmeyen bir durumda dahi (örneğin işçinin istifa etmesi hâlinde) kıdem tazminatı ödenmesini öngören sözleşme hükümleri, geçerli kabul edilir. Bir başka ifadeyle, Eski İşK.m.14 kural olarak mutlak emredicilikten çıkmış, nispî emredici hâle gelmiştir. Bununla birlikte, kanaatimizce kıdem tazminatı için öngörülen (tavan) sınır gibi, bazı sözleşmeyi fesih hâllerinde (özellikle işverenin ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hâllerde yapacağı bir kısım fesih hâlinde-hırsızlık gibi) yine mutlak emredicilik devam etmektedir. Bahsi geçen bu durumlarda da işçinin kıdem tazminatı alacağına ilişkin sözleşmelere konulan şartlar geçersizdir.

Bu arada kıdem tazminatını belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi de alabilir. Ancak tazminat alınabilmesi için, Kanun'da sayılan fesih hâlleri içerisinde yer alan bir nedenle sözleşme sona ermelidir. Bunun dışında belirli süreli iş sözleşmesinde sürenin dolması işçiye kıdem tazminatı hakkı vermez. Ancak taraflar, sözleşme ile bunun aksini kararlaştırabilirler. Bu anlamda belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshinde de işçi kıdem tazminatı alabilir. Yine belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, sözleşmeyi haklı nedenle de sona erdirebilir. Bu takdirde de kıdem tazminatını alabilir.

bbb. İş Sözleşmesinin Bildirimsiz Feshi

İş sözleşmesinin işveren tarafından İşK.m.25/II (ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırılık) dışındaki bir sebeple sona erdirilmesi hâlinde tazminat alınabilir. Böylece işveren, İşK.m.25/I sağlık sebepleri, m.25/III zorlayıcı sebep nedeniyle veya m.25/IV tutuklanma veya gözaltına alınma nedeniyle, iş sözleşmesini ortadan kaldırırsa, işçiye kıdem tazminatını öder. Ayrıca,

STİSK.m.70 gereği yasadışı greve katılan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi durumunda işveren tazminat ödemek zorunda değildir.

İşçi açısından ise, sözleşmenin İşK.m.24'e dayanan tüm hâller nedeniyle feshinde kıdem tazminatı alınabilir.

> *"Dosya içeriğine göre, davacının ödenmeyen fazla mesai, hafta tatili, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin bulunduğu sabit olup bu husus mahkemenin de kabulündedir. Bu yön itibariyle de, işçi feshi haklı sebebe dayanmaktadır. Anılan sebeplerle, kıdem tazminatı alacağının hüküm altına alınması gerekirken, dosya içeriğine uygun olmayan gerekçeyle reddine karar verilmesi hatalı olmuştur"* (Yarg. 22.HD. 16.04.2018, E.2015/30441 K.2018/8659).

İşçinin yasadışı lokavt nedeniyle iş sözleşmesini sona erdirmesi durumunda da (STİSK.m.70/3) kıdem tazminatına hak kazanılabilir.

ccc. İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshi

İşverenin işçinin iş sözleşmesini İşK.m.17'ye göre bildirimli olarak feshetmesi durumunda işçi, kıdem tazminatı alabilir.

İşçi iş sözleşmesini İşK.m.17'ye göre bildirimli olarak feshetmesi durumunda ise, kıdem tazminatı alamaz.

ddd. Eski İş K.m.14'te Öngörülen Özel Sona Erme Hâlleri

Burada üzerinde durulması gereken konu, Eski İşK.m.14'te sayılan bazı durumlarda sözleşmenin niteliğine (belirli-belirsiz süreli) bağlı olarak kıdem tazminatı alınabilip alınamayacağı meselesidir. Bir başka ifadeyle, muvazzaf askerlik, yaşlılık, emeklilik veya malûllük ya da toptan ödeme almak amacıyla işçi tarafından sözleşmenin feshi, kadın işçinin evlenmesinden itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi sona erdirmesi ve nihayet**,** yaşlılık aylığı alma koşullarını yaş dışında doldurmakla birlikte işyerinden ayrılan işçiler açısından sözleşmenin feshi meselesidir.

İşçinin muvazzaf askerlik nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için feshin gerçekten askerlik nedeniyle yapılmış olması gerekir. Bu kapsamda fesih ile askerlik arasında makûl bir süre olması kıdem tazminatına hak kazanmaya engel değildir.

"İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesinin ardından makul süre içerisinde askerlik görevine başladığının anlaşılması karşısında, işçi kıdem tazminatına hak kazanmıştır". (Yarg. 22.HD. 05.11.2018, E.2017/16386 K.2018/23401). Yargıtay bir kararında işten ayrılma ile askerlik arasında geçen iki ay sekiz günlük süreyi makûl süre olarak değerlendirmiştir (Yarg. 22.HD. 05.11.2018, E.2017/16386 K.2018/23401).

Evlilik sebebiyle iş sözleşmesinin feshinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için fesih işleminin evlilikten sonra olması gerekir.

"*Resmi evlilik işleminden önce, iş sözleşmesini evlilik nedeni ile fesheden işçinin, 1475 sayılı Kanunun 14. maddesindeki hüküm karşısında kıdem tazminatına hak kazanması mümkün değildir*" (YHGK 24.01.2018, E.2015/3743 K.2018/81; YHGK 12.10.2016, E.2014/1136 K.2016/968).

Kadın işçiye verilen eğitim karşılığında belirli bir süre çalışma yükümlülüğü yüklenmiş ve işçi, evlilik sebebiyle bu süreyi tamamlayamamışsa, verilen eğitim masraflarının işçiden talep edilmesi mümkündür (Yarg. 9.HD. 28.03.2019, E.2017/13360 K.2019/7080).

Belirtmek gerekir ki, işe girdiği tarihte zaten evli olan kadın işçinin evlilik nedeniyle sözleşmeyi feshederek kıdem tazminatı talep etme imkânı yoktur.

Kadın işçi, evlilik nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesinin ardından başka bir işte çalışmaya başlayabilir.

İşçinin yaşlılık, emeklilik ya da malûllük veya toptan ödeme almak amacıyla işten ayrılmasında, işçinin bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa başvurduğunu belgelemesi gerekir. Yargıtay uygulamasında, emeklilik, yaşlılık veya malûllük aylığına hak kazandığına dair yazının işverene tebliğ edilmesi gerekmektedir (Yarg. 9.HD. 08.12.2020, E.2017/624 K.2020/17676). İşçinin fesih bildiriminde yaşlılık aylığı almak amacıyla işten ayrıldığını bildirmemesi ve kurumdan böyle bir talepte bulunmaması hâlinde, kıdem tazminatına hükmedilemeyecektir (Yarg. 9.HD. 18.05.2015, E.2014/5070 K.2015/17913).

İşçinin emeklilik nedeniyle fesih hakkını kullanmasından sonra başka bir işte çalışmasının kıdem tazminatı hakkına halel getirip getirmeyeceğine ilişkin Yargıtay dairelerinin farklı kararları bulunmaktadır.

Yargıtay 7'nci Hukuk Dairesi; *"4447 sayılı Yasanın 45'inci maddesi ile 1475 sayılı Yasanın 14'üncü maddesinin birinci fıkrasının (5) numaralı bendinde 15 yıl 3600 prim gününü tamamlamak dışında emeklilik nedeniyle fesih için başkaca bir şart öngörülmemiştir. Davacının başka bir işyerinde çalışmak için ayrılması ve hatta daha işten ayrılmadan önce çalışacağı yeri belirlemesi sonuca etkili değildir. Herkes daha iyi yaşam ve iş standartlarında çalışmak ve işyerini belirlemek haklarına sahiptir. Bu nedenlerle, kıdem tazminatı alacağının kabulü gerekirken talebin reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir"* (Yarg. 7.HD. 23.12.2015, E.2015/23350 K.2015/26461).

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi ise; "İşçinin emeklilik nedeni ile iş sözleşmesini feshetmesinden kısa bir süre sonra, yeniden çalışmasını gerektirecek durumlar ortaya çıkabileceği gibi işçinin bu hakkını kendisi için daha olumlu sonuçlar doğurabileceğini düşündüğü bir başka işyerinde çalışma amacı ile de kullanması mümkündür. Sosyal Güvenlik Hukuku alanında, yaş koşulunu da gerçekleştirmek sureti ile emekli olan işçilere sigorta destek primi ödeyerek çalışma imkân*ı tanındığı da dikkate alındığında, 1475 sayılı İş Kanunun 14/1-5. maddesindeki düzenleme açısından, kanun koyucunun amacının işçinin çalışma yaşamını aktif olarak sonlandırması olduğundan bahsedilemez. Çalışmakta olduğu işyerinde yıpranmış olan ve bu arada sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ilişkin yükümlülüklerini tamamlayan işçinin, kendisi için çalışma koşullarının daha olumlu olduğunu düşündüğü bir işyerinde çalışma amacı ile bu hakkını kullanması hâlinde Medeni Kanunun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kuralına aykırı davrandığı kabul edilemez. Yasa ile tanınmış emeklilik nedeni ile fesih hakkının kullanması ile birlikte* kıdem tazminatına hak kazanılacağının kabulü gerekir. İşçinin hangi amaçla bu hakkı kullandığı, kıdem tazminatına hak kazanması açısından önem arz etmemektedir" (Yarg. 22.HD. 14.12.2015, E.2015/6303 K.2015/34351).

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi ise; "*Davacı 1.05.2012 tarihinde davalı banka yaş hariç emeklilik koşullarını taşıdığı gerekçesi ile işten ayrılmış ve 9 gün sonra, yani 01.06.2012 tarihinde ... Bank'ta işe başlamıştır. Bu maddi*

olgulara göre davacının davalı işyerindeki işinden ayrılmasındaki gerçek iradesinin yaş hariç emekliliğe ait diğer kriterleri tamamlaması değil de, davalı işyerindeki çalışması devam ederken başka bir işyeriyle görüşüp anlaşması neticesinde daha iyi koşullarda başka bir işte çalışmak olduğu açıktır. Davacı dürüstlük kuralına aykırı davranmıştır. Kötüye kullanılan hakkı hukuk korumamalıdır. Davacı kıdem tazminatına hak kazanamaz" (Yarg. 9.HD. 21.12.2015, E.2014/25983 K.2015/36113).

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi ile 9'uncu Hukuk Dairesi'nin birleşmesinden sonra alınan ilke kararına göre; "*1475 sayılı Kanunun 14/5 bendi kapsamında yaş hariç emeklilik sebebiyle ayrılmalarda işçinin daha sonra başka bir işverene ait işyerinde çalışmaya başlaması, ayrılmadan önce diğer işyeri ile görüşme ve hatta sözleşme yapması hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilemez. Yaş hariç emeklilik kriterlerine haiz olan işçi, bu yolla kıdem tazminatı alma hakkını sadece bir kez kullanabilir. İşçinin yeniden çalışması hâlinde yaş dahil emeklilik sebebiyle ayrılması hâlinde bir yıl çalışma şartı mevcutsa, son işverenin de kıdem tazminatı ödemesi gerekir*".

Alınan bu ilke kararına göre, işçi emeklilik sebebiyle kıdem tazminatı alma hakkını bir kez kullanabilir. Bir başka ifadeyle, benimsenen ilke kararı gereği, artık işçinin birden fazla kez yaş dışındaki şartları tamamlaması nedeniyle işten ayrılmasında, kıdem tazminatı alabilmesinin önüne geçilmektedir. İşçi ilk kez yaş dışındaki şartları tamamlaması nedeniyle işten ayrıldığında kıdem tazminatını alabilir. Sonra yeniden çalışmaya başladığında, bu gerekçeye dayanarak sözleşmeyi feshetmesi işçiye kıdem tazminatı hakkı kazandırmaz. Fakat işçinin 1475 sayılı İş Kanunu m.14'te yer alan başka gerekçelere dayanarak kıdem tazminatı talep edebilmesi elbette ki mümkündür. Bunun dışında işçinin kıdem tazminatı almasına karşılık son çalıştığı işyerinde bu sefer yaş şartını da doldurması durumunda, artık yaşlılık aylığının tüm şartlarını sağlamasına bağlı olarak kıdem tazminatı alabilmesi mümkündür. Bu hâlde son çalıştığı işveren kendisine kıdem tazminatını verir. Son işverenin daha önceki işyerinde yaş dışındaki şartları sağlayarak işten ayrıldığı ve kıdem tazminatı aldığı, ilke kararı gereği bir kez kıdem tazminatı istenebileceği yolundaki savunma dikkate alınmaz.

Bu arada belirtmek gerekir ki, işçinin yaş dışındaki şartları tamamlayarak işyerinden ayrılması durumunda kıdem tazminatı ödenirken, işçinin ikinci

kez çalıştığı işyerinde bu gerekçeyle sözleşmeyi sona erdirmesi ve kıdem tazminatı isteği hâlinde işveren ödemede bulunduktan sonra gerçek durumu öğrendiğinde istirdat davası ile ödediğini geri alabilir. Bir başka nokta da bu hâlde işverenin kanaatimizce ihbar tazminatı da talep edebilecek olduğudur. Zira, artık fesih için özel bir haklı neden kalmamıştır.

eee. İşçinin Ölümü

İşçinin, şekline bakılmaksızın ölümü, mirasçılarına kıdem tazminatı alma hakkı verir. Ayrıca sözleşmenin belirli-belirsiz süreli olması da önemli değildir. Kıdem tazminatına hükmedilirken, mirasçıların payları oranında belirleme yapılır.

İşçinin ölüm nedeni ne olursa olsun, eğer işyerinde bir yıldan fazla çalışmışsa mirasçılarına kıdem tazminatı ödenmelidir. Ayrıca işçinin ölümü hâlinde mirasçılarına ödenecek kıdem tazminatının hesabına borçlanılan askerlik süreleri de dahil edilmelidir (Yarg. 22.HD. 26.06.2018, E.2017/14043 K.2018/15841). Burada Yargıtay kamu kuruluşlarında geçen çalışmalarda, İşK.m.14'te öngörülen yaşlılık aylığı almak suretiyle sözleşmenin sona erdirilmesinde kamu kuruluşunun Devlet olması gerekçesinden hareketle askerlik borçlanmasında geçen süreyi kıdem tazminatı açısından da dikkate alma uygulamasını, bize göre yanlış olarak, 'kişi ölmese idi birleşme yapılacaktı' gerekçesine dayandırmaktadır. Bize göre işçinin yaşlılık aylığı almak maksadıyla sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda ne askerlik borçlanması kıdem tazminatında dikkate alınmalıdır ne de ölüm durumunda bu husus mirasçıların alacağı kıdem tazminatında birleştirilmelidir. Her iki uygulama da hukuka aykırıdır.

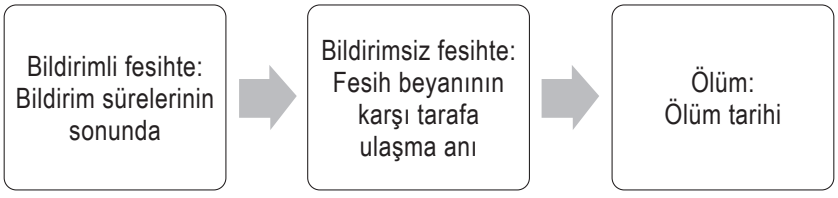
İşçinin ölümü ile ilgili ayrıca 6098 sayılı Kanun'da ölüm tazminatına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, işveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür (m.440). Hükümde bahsedilen hak sahiplerine ölüm tazminatı ödenmesi için ilk koşul olarak fiilen iş ilişkisinin başlamış olması yeterlidir. Bahse konu tazminatın bir diğer koşulu, işçinin ölümüdür. Görüldüğü gibi, tazminatın ödenmesi için işçinin, kıdem tazminatından farklı olarak, belirli bir kıdeme

sahip olması koşulu aranmamaktadır. Ancak bahsi geçen tazminat, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlendiğinden, her şeyden önce kıdem tazminatı hakkına sahip olmayan bu kanuna tâbi işçiler açısından söz konusu olmaktadır. Kanaatimizce İş Kanunu'na tâbi olup en az bir yıllık kıdeme sahip işçilerin hak sahiplerine ise ayrıca bir ölüm tazminatı ödenmez.

cc. En Az Bir Yıl Çalışmış Olmak

aaa. Genel Olarak

İş sözleşmesi kanunda öngörülen sebeplerden birisi ile sona eren işçinin kıdem tazminatı alabilmesi için iş sözleşmesinin en az bir yıl sürmüş olması gerekir. Buradaki bir yıllık süre fiilen çalışılan değil, işçinin istirahat, izin ve diğerleri gibi iş sözleşmesinin askıda kaldığı bütün durumları da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Kıdem süresinin başlangıcı sözleşmenin yapıldığı değil, işçinin fiilen işe başladığı tarihtir. Deneme süreli iş sözleşmelerinde de daha önce belirtildiği gibi, sözleşmenin yapıldığı andan itibaren (fiilen çalışmaya başlamak koşulu ile) işçinin kıdemi de başlar. Çıraklıkta ya da stajyerlikte geçen süreler, kıdem tazminatı hesabında göz önünde bulundurulmaz. Kıdem tazminatında işçinin sözleşmesinin sona erdiği tarih de kıdem süresinin son bulduğu tarihtir. Bununla birlikte bildirimli fesihte her ne şekilde olursa olsun kıdem, bildirim sürelerinin sonunda bitecektir. Bildirimsiz fesihte ise, fesih beyanının karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı andır. Ölüm durumunda da ölüm tarihidir.



İşçinin işe iade davası açması hâlinde eğer dava reddedilirse, kıdeme hak kazanma açısından fesih tarihi esas alınır. Eğer feshin geçersizliğine hükmedilir fakat işçi süresi içinde işe başlatılmak için başvurmazsa, yine ilk fesih tarihi dikkate alınacaktır. Ayrıca feshin geçersizliğinden sonra işveren işçiyi işe başlatmazsa, en çok dört aylık süre kıdeme esas alınır.

İşçinin raporlu olduğu süre boyunca iş sözleşmesi devam ettiği için kıdem hesabında göz önünde bulundurulur. Ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, rapor süresinin bildirim süresini altı hafta aşması hâlinde aşan kısım kıdem hesabında dikkate alınmaz.

> "*Söz konusu dönemde davacının raporlu olması nedeniyle çalışamadığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Ancak bu dönemde de davacı ile davalı işveren arasındaki iş ilişkisi devam etmekte olup bu durumun taraflar arasındaki işçi-işveren ilişkisini ortadan kaldırmayacağı açıktır. Buna göre davacının davalı işyerindeki çalışma süresi, hizmet döküm cetvelinde kayıtlı bulunan dönem esas alınarak belirlenmelidir. Diğer yandan kıdem tazminatının hesaplanmasında esas alınacak süre ise, yukarıda da açıklandığı üzere fiili çalışma süresi ile birlikte davacının raporlu olduğu sürenin ihbar öneli + 6 haftaya tekabül eden kısmı hizmet süresine dahil edilerek tespit edilmelidir*" (Yarg. 22.HD. 10.03.2020, E.2017/28561 K.2020/4713).

bbb. Kıdem Süresinin Hesaplanması

Kıdem süresi hesaplanırken bazı özel durumların üzerinde durulması gerekir:

aaaa. İşçinin Aynı İşverenin Aynı veya Değişik İşyerlerinde Çalışması Durumunda

Eski İşK.m.14/2'ye göre, *"İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır..."*. Buna göre, işçinin aynı işverenin değişik işyerlerinde çalışması durumunda, hatta bu işyerleri değişik iş kollarında olsa bile, kıdem süreleri bir bütün olarak dikkate alınacaktır. İşçinin bu işyerlerinden bir kısmında kıdem tazminatını alamaması veya kıdem tazminatına hak kazandırmayan bir şekilde (İşK.m.25/II gereği) ayrılması durumunda da tüm çalıştığı süreler bir bütün olarak kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay uygulaması aksi yöndedir. Buna göre, aynı işverenin aynı veya değişik işyerlerindeki fasılalı çalışmanın kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması için her bir feshin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde olması gerekir.

"*Kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur"* (Yarg. 22.HD. 27.09.2018, E.2017/14623 K.2018/20308).

Ayrıca işçinin önceki çalışmalarının birleştirilmesi için işçinin, zamanaşımı def'i süresi içinde tekrar çalışmaya başlamış olması gerekir. Aksi hâlde önceki çalışma zamanaşımına uğrayacağından talep edilebilirliğini yitirir.

İşçinin önceki çalışmasının sona ermesinde işçiye kıdem tazminatı ödenmişse, artık bu süre kıdem hesabında tekrar dikkate alınmaz. Ancak yapılan ödeme eksik yapılmışsa, bu durumda sözleşmenin sona erdiği tarih üzerinden hesaplama yapılır ve ilk ödeme mahsup edilir. Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin 5 Ekim 2020 tarihinde aldığı ilke kararına göre; "*aralıklı çalışmalarda ilk dönem için tam olarak kıdem tazminatı ödemesi yapılmışsa önceki dönem tasfiye edildiği ve aynı dönem için iki kez kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden ikinci dönem çalışmasında tasfiye edilen sürenin dikkate alınamayacağı kabul edilmiştir. Önceki dönem için fesih tarihindeki ücret ve ekleriyle birlikte yapılan hesaba göre kıdem tazminatı hiç ödenmemiş veya eksik ödenmişse, çalışma döneminin tasfiyesinden söz edilemez. İşçinin zamanaşımı defi süresi içinde yeniden işe girerek aynı işveren nezdinde işe başlaması ve kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde iş ilişkisinin sonlanması hâlinde, 1475 sayılı Kanun'un 14/2. maddesi hükmü gereği her iki dönem birleştirilerek ve son dönem ücretiyle hesaplamaya gidilir. Daha önce ödenen kıdem tazminatı yasal faiziyle birlikte mahsup edilir*".

Farklı işverenler yanında geçen süreler kural olarak birleştirilemez. Ancak işverenler arasında işyeri devri, iş sözleşmesinin devri, muvazaa ya da organik bağ gibi durumların tespit edilmesi hâlinde kıdem tazminatına esas sürelerin birleştirilmesinde göz önünde bulundurulur.

bbbb. İşçinin Değişik Kamu Kuruluşlarında Çalışması Durumunda

İşçinin değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin kıdem tazminatının hesabında bir bütün olarak değerlendirilebilmesi için, iş sözleşmesini yaşlılık, malûllük ya da toptan ödeme almak amacıyla kendisinin

feshetmiş olması gerekir. Ayrıca, diğer kamu kuruluşlarında geçen hizmet süreleri, kıdem tazminatı gerektirmeyecek bir biçimde de sona ermemiş olmalıdır (Eski İşK.m.14/4-5). Buna göre, ayrılmadan önceki son çalışmanın kamu kuruluşunda ve işçi statüsünde olması gerekir. Kişi memur statüsünde ise bu haktan yararlanamaz. Belirtelim ki, öğretide bir kısım yazarca sözleşmenin işveren tarafından feshi, hatta işçinin ölümü durumunda dahi mirasçıların birleştirmeden istifade edebileceği ifade edilmektedir. Yargıtay da bu görüşe katılmaktadır. Bize göre ise, sözleşmenin yaşlılık malûllük ya da toptan ödeme almak amacı ile işveren tarafından feshi hâlinde ancak birleştirme mümkündür.

İşçinin kamu kurum ve kuruluşlarında görev yaparken yaşlılık aylığı almak amacıyla ayrılması durumunda, borçlanılan askerlik süresi de kıdem hesabında değerlendirilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi kanaatimizce bu uygulama, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku ilkelerini birbiriyle birleştirilmesi anlamına gelir ki, hukuken doğru bir yaklaşım tarzı değildir.

> "*Kamu kurum ve kuruluşlarından emeklilik sebebiyle ayrılan işçi yönünden, borçlanılan askerlik süresi kıdeme esas süreye eklenir*" (Yarg. 22.HD. 08.12.2016, E.2016/28142 K.2016/26592).

cccc. İşyerinin Devri Durumunda

Bir işyerinin 12.7.1975 tarihinden sonra bir başka kimseye devredilmesi durumunda her iki işveren de kıdem tazminatından sorumludur. Ancak işyerini devreden işverenin sorumluluğu, kendi dönemindeki kıdem süresi ve ücretle sınırlıdır. Bu nedenle kıdem tazminatının tamamı için devreden işverene başvurulamaz, ancak yeni işverene başvurulabilir. Söz konusu durumda kıdem tazminatının tamamını ödeyen yeni işveren eski işverene (sorumlu olduğu oranda) rücu edebilir. İşyerinin yeni işverene geçtiği dönemde işyerinde yürütülen işin değişmesi durumunda da işçinin çalıştırılmaya devam edilmesi koşuluyla genel kural uygulanır.

Bununla birlikte, mevcut iş sözleşmesi eski işveren tarafından sona erdirilmiş, fakat yeni işveren de bu kimseyi istihdam ediyorsa, sonraki ayrı bir iş sözleşmesi olduğundan, eski çalışma dönemine ait kıdem tazminatından yeni işveren sorumlu tutulamaz. Bu takdirde yeni işveren ancak kendi çalıştırdığı dönemden sorumludur.

Belirtelim ki, 12.7.1975'ten önceki devirlerde devir sözleşmesinde bir hüküm yoksa yeni işveren tüm süreden sorumludur.

dddd. Mevsimlik Bir İşte Çalışılması Durumunda

Mevsimlik iş, esas itibariyle faaliyetin sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte yılın belirli dönemlerinde faaliyetin yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işlerdir. Mevsimlik işlerde belirli süreli sözleşme yapılabileceği gibi, belirsiz süreli iş sözleşmesi de yapılabilir. Eğer belirsiz süreli bir iş sözleşmesi varsa, o takdirde çalışılmayan dönemde iş sözleşmesi askıdadır. Bu arada belirli süreli yapılan mevsimlik işlerin zincirleme iş sözleşmesi olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi hâline gelmesi de mümkündür. Yargıtay da bu görüştedir.

Mevsimlik işlerde mevsim sonunda işveren işçiyi yeni mevsimde işe almayacağını ihbar ettiği takdirde, iş sözleşmesi mevsimin bitimiyle beraber son bulur. İşveren böyle bir ihbarda bulunmazsa yeni mevsime kadar iş sözleşmesi askıya alınmış ve yeni mevsim başladığında işçi işe alınmazsa, iş sözleşmesi yeni mevsimin başından itibaren bozulmuş sayılır. Bu takdirde işçi ihbar tazminatı ile kıdem tazminatına hak kazanır. Kıdem tazminatına esas ücret, iş sözleşmesinin askıya alınma tarihindeki ücrettir.

Kanunda, mevsimlik işte çalışan işçinin kıdem tazminatının nasıl hesaplanacağına ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Buna göre, sözleşmenin belirsiz süreli olarak yapılması veya belirsiz süreliye dönüşmesi durumunda, çalışılmayan dönemde iş sözleşmeleri askıda olacağından kıdem tazminatında, tüm sözleşme süresinin dikkate alınması daha uygundur.

eeee. Kısmî Süreli Bir İşte Çalışılması Durumunda

Kısmî süreli çalışan işçinin kıdem tazminatı hesaplanırken iş sözleşmesinin devam ettiği tüm süre dikkate alınır. Bir başka ifade ile, işin başlama ve bitiş tarihleri esas alınır. Bir yıl dolmuşsa, kişi süre içerisinde her gün çalışmasa da günde bir saat veya yarım gün çalışsa da fark etmez. Ancak ödenecek olan kıdem tazminatının hesabında çalıştırıldığı süre dikkate alınır. Yani saat ve gün hesabı yapılır.

ffff. Kamu Kurumlarında Alt İşveren İşçisi Olarak Çalışılması Durumunda

Uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere, alt işveren değişmesine rağmen işçiler, ilgili işyerinde kesintisiz olarak çalışmaya devam etmektedir. Bu şekilde aralıksız çalışan alt işveren işçilerinin kıdem sürelerinin nasıl hesaplanacağına ilişkin mevzuat içerisinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bununla birlikte, uygulamada ortaya çıkan sorun çözülmüş, öğreti ve Yargıtay, alt işverenler değişmesine karşılık, alt işveren işçisinin işyerinde çalışmasını sürdürmesine bağlı olarak, önceki alt işveren ile sonraki alt işveren arasında bir işyeri devrinin kabulü ile, kıdem tazminatının son alt işveren tarafından tüm süre hesaba katılarak ödenmesinin uygun olduğu şeklinde gelişmişti.

6552 sayılı Kanun ile İş Kanunu m.112'ye kamu kurumlarında hizmet veren alt işveren işçilerinin kıdem tazminatı alacaklarına ilişkin fıkra eklenerek, ortaya çıkan sorunlara yönelik bir düzenleme yapılmıştır. Gerçekten, alt işverenlerinin değişip değişmediğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelere ilişkin kıdem tazminatına esas hizmet süreleri, aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen toplam çalışma süreleri esas alınarak tespit olunur. Bunlardan son alt işverenleri ile yapılmış olan iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14'üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanların kıdem tazminatları ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından ödenir (m.112/2-a).

Aynı alt işveren tarafından ve aynı iş sözleşmesi çerçevesinde farklı kamu kurum veya kuruluşlarında çalıştırılmış olan işçilerden iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14'üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanlara, 4734 sayılı Kanun'un 62'nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında farklı kamu kurum ve kuruluşuna ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı esas alınarak çalıştırıldığı son kamu kurum veya kuruluşu tarafından, işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir (m.112/2-b). Görüldüğü gibi, değişen alt işverene rağmen aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde aralıksız çalışan işçinin kıdem tazminatının hesabında burada geçen tüm süre değerlendirilir ve tazminat ilgili kamu kurum veya kuruluşu tarafından ödenir.

***Kısa çalışma süresi kıdem tazminatının hesabında göz önünde bulundurulur mu?**

Bu konuda Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır. Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi verdiği bir kararında, kısa çalışma süresinin askı hâli olduğunu belirtmiştir (Yarg. 9.HD. 12.12.2018, E.2018/9974 K.2018/22979). Aynı dairenin 2015 yılında verdiği bir kararda da iş sözleşmesinin askıya alındığı süre için kıdem tazminatı ödenmeyeceği belirtilmiştir (Yarg. 9.HD. 30.03.2015, E.2013/15932 K.2015/12395). Yine aynı daire 2013 yılında, kısa çalışma süresinin tazminat hesabında göz önünde bulundurulmayacağını hüküm altına almıştır (Yarg. 9.HD. 02.05.2013, E.2011/44192 K.2013/13141). Gerekçe olarak da işçinin ödenen SGK primlerinin dikkate alındığı belirtilmiştir. Son olarak 9'uncu Hukuk Dairesi'nin verdiği başka bir kararda, kısa çalışma sürelerinin kıdem tazminatı hesabına esas süreye ekleneceğine hükmedilmiştir (Yarg. 9.HD. 14.07.2011, E.20101/50993 K.2011/27305).

c. Miktarı

aa. Asgarî Miktarı

Kanun'da her geçen tam yıl boyunca işçiye 30 günlük ücreti tutarında tazminat verileceği ve bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılacağı belirtilmiştir. Eğer tam yıldan artan bir süre varsa, bir ay 30 gün sayılarak kalan kısım güne çevrilmeli, bulunan gün sayısı 30 günlük ücretin 365 güne bölünmesi suretiyle ortaya çıkacak miktarla çarpılmalıdır.

bb. Azamî Miktarı

Otuz güne ilişkin kural nispî emredici olduğu için, taraflar otuz günlük süreyi sözleşmelerle artırabilirler (Eski İşK.m.14/12). Bununla birlikte kıdem tazminatına bir üst sınır da getirilmiştir. Gerçekten, toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanunu'na tâbi en yüksek devlet memuruna (Cumhurbaşkanı İdari İşler Başkanı) 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azamî emeklilik ikramiyesini geçemez (Eski İşK.m.14/13). Bir diğer sınırlama da kamu kurumlarında geçen hizmet birleştirmelerinde söz konusudur. Gerçekten kamu kurum ve kuruluşlarında

birleştirme hâlinde bu tazminatın T.C. Emekli Sandığına tâbi olarak geçen hizmet süresine ait kısmı için ödenecek miktar, yaşlılık veya malûllük aylığının başlangıç tarihinde T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun yürürlükteki hükümlerine göre emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktardan daha fazla olamaz (Eski İşK.m.14/6).

***Tavan miktarı hangi an esas alınarak belirlenir?**

· İş sözleşmesi bildirimli feshedildiğinde işçi, bildirim süresi içinde meydana gelen tavan artışından yararlanabilir.

· İşe iade kararına rağmen işveren işe başlatmıyorsa, işe başlatmama tarihine göre tavan belirlenir (Yarg. 9.HD. 21.20.2020, E.2016/28762 K.2020/12894).

·İşe iade davasının sonucunda feshin geçerli olduğuna karar verilirse, fesih anındaki tavan ücret geçerli olur.

· Mevsimlik işlerde, işçinin iş sözleşmesi mevsim sonunda feshedilirse o tarihteki tavan; ancak işçi yeni sezonda çağrılmayacağı bildirilmişse, yeni sezonda çağrılması gereken tarihteki tavan ücret esas alınır.

İş sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmesi durumunda da yine ödenecek kıdem tazminatında tavan miktarı gözetilmelidir.

d. Hesaplanması

Kıdem tazminatının hesaplanması, son brüt ücret üzerinden yapılır. Parça başı, akort, götürü veya yüzde usûlü ücretin sabit olmadığı hâllerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama ücret bu tazminatın hesabına esas tutulur (Eski İşK.m.14/9). Ücret tespit edilirken, para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşmeden veya kanundan doğan tüm menfaatler göz önünde bulundurulur (Eski İşK.m.14/11). Ancak tazminatta esas alınacak ek ödemelerin süreklilik göstermesi gerekir. Örneğin, iş sözleşmesi veya kanundan doğan, ikramiye, prim, çocuk ve aile zammı, konut, yemek ve taşıt yardımları ile aydınlatma ihtiyaçlarını karşılayan para veya parayla ölçülebilen bütün yardımlar, bir günlük temel ücrete eklenecektir.

"*Fazla çalışma ücreti kıdem tazminatına esas ücrete dahil edilemeyeceği gibi prim ödemesinin kıdem tazminatı hesabına esas ücrete eklenebilmesi için, ödemenin süreklilik arz etmesi esastır. Arızi nitelikteki ödemeler giydirilmiş ücrete ilave edilemez*" (Yarg. 22.HD. 23.10.2018, E.2017/15985 K.2018/22972).

Kıdem tazminatı giydirilmiş brüt ücret üzerinden hesaplanır.

"*Kıdem tazminatına esas giydirilmiş ücret tespit edilirken asgari geçim indirim ücreti düşülmelidir*" (Kapatılan Yarg.7.HD. 31.03.2016, E.2015/6569 K.2016/7682).

Saatlik ücret ile çalışan bir işçinin kıdem tazminatına esas aylık ücreti hesaplanırken, önce işçinin saat ücreti yedi buçuk ile çarpılır, sonrasında da otuz ile çarpımı yapılıp ona göre sonuç elde edilir.

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi ile 9'uncu Hukuk Dairesi'nin birleşmesinden sonra alınan ilke kararına göre; "*6100 sayılı HMK m.119'a göre, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini dava dilekçesinde belirtilmesi gerekir. İhbar ve kıdem tazminatı hesabına esas giydirilmiş ücret bakımından davacının dava dilekçesinde somutlaştırma yükümünü yerine getirmemesi hâlinde ücrete ilaveten işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün akdi menfaatlerin, salt davacı tanıklarının beyanları esas alınarak tazminata esas ücrete eklenmesi mümkün değildir. Kanundan doğan menfaatler ile işveren tarafından düzenlenen yazılı delillerde anlaşılan veya davalı tanıkları tarafından da doğrulanan, ücret dışında işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerin giydirilmiş ücrete eklenmesi için dava dilekçesinde açık talep şartı aranmaz. Dava dilekçesinde ücret dışında başkaca sosyal hak olmadığı yönünden açık kabul hâlinde taleple bağlılık kuralına göre sadece temel ücrete göre hesaplama yapılır*". Belirtilen ilke kararının alınmasından sonra Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin verdiği bir kararda, işçinin dava dilekçesinde somutlaştırma yükünü yerine getirmemesinden dolayı, salt davacı tanıkları esas alınarak ücrete ilaveten işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün akdî menfaatlerin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağına karar verilmiştir (Yarg. 9.HD. 09.11.2020, E.2017/18421 K.2020/15252).

***Pandemi sürecinde başvurulan uzaktan çalışmada daha önce işçiye ödenen yol yardımı, yemek yardımı ya da uzaktan çalışma döneminde yapılan internet yardımı kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır mı?**

Uzaktan çalışma pandemi döneminde geçici bir uygulama olduğundan işçiye son bir yıl içinde sağlanan yol yardımlarının on ikide birinin tazminata esas alınabileceği söylenebilir. Fakat uzaktan çalışma kalıcı bir uygulama hâline gelecekse, bu durumda artık yol yardımı uzaktan çalışan işçi için tazminat hesabında göz önünde bulundurulmaz.

Uzaktan çalışma yapan işçi için yemek yardımı; aynî ya da nakdî yardım niteliğinde olmasından bağımsız, işyerinde çalışıyormuş gibi işçiye sağlanmalıdır.

TBK m.413 uyarınca işçiye uzaktan çalışma döneminde çalışmasını sürdürebilmesi için gerekli teknik/teknolojik araç ve gereçleri temin etmesi gerekir. İşçi eğer kendi araç ve gereçlerini kullanıyorsa da bedelinin işveren tarafından karşılanması icap eder.

e. Alacaklısı, Borçlusu, Faiz ve Zamanaşımı

Kıdem tazminatının alacaklısı işçi, ölümü hâlinde ise mirasçılarıdır (Eski İşK.m.14/14). Borçlusu ise, işverendir. Kıdem tazminatının geç ödenmesi hâlinde mevduata uygulanan en yüksek faiz söz konusu olur (Eski İşK.m.14/11). Faiz başlangıç tarihi ise, ölüm durumunda ölüm, diğer hâllerde ise sözleşmenin sona erdiği tarihtir. Bununla birlikte, sözleşmenin işçi tarafından yaşlılık, malûllük ya da toptan ödeme almak amacıyla sona erdirilmesi durumunda, sözleşmenin fesih değil, aylığa hak kazanıldığının belgelendirildiği ve bunun işverene verildiği tarihten itibaren faize hükmedilebilir. İşçi, Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurmuş olmasına rağmen bu belgeyi işverene vermediyse, işverenin ödeme yükümlülüğü başlamamış sayılır.

"4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollamasıyla, halen yürürlükte bulunan 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin onbirinci fıkrası hükmüne göre, kıdem tazminatının gününde ödenmemesi durumunda mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir. Faiz başlangıcı ise fesih tarihi olmalıdır. Ancak, yaşlılık, malullük aylığı ya da toptan

ödeme almak için işyerinden ayrılma hâlinde, işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa başvurduğunu belgelemesi şarttır. Bu hâlde faiz başlangıcı da anılan belgenin işverene verildiği tarihtir. Emekliliğe hak kazanma belgesi işverene bildirilmemişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksitin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için faiz başlangıcı sayılmalıdır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin yapıldığı tarihtir. Somut uyuşmazlıkta, davacının iş sözleşmesini emeklilik koşullarını sağlaması sebebiyle feshettiği ve kıdem tazminatına hak kazandığı sabit ise de, emeklilik koşullarının sağlandığına ilişkin belgenin işverene sunulduğunun kanıtlanmamasına göre, dava konusu kıdem tazminatı alacağına dava tarihinden itibaren faiz uygulanmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde fesih tarihinin faiz başlangıç tarihi olarak belirlenmesi hatalı olmuştur" (Yarg. 22.HD. 04.12.2018, E.2017/18688 K.2018/26213).

Faiz işletilebilmesi için işverenin temerrüde düşürülmesine gerek yoktur. İşe iade kararı verilen işçinin işe başlatılmaması hâlinde, kıdem tazminatına işe başlatılmadığı tarihten itibaren faiz işletilmelidir.

Kıdem tazminatının tamamının ödenmesi ile birlikte faiz hakkı son bulur. Ayrıca kıdem tazminatının taksitler hâlinde ödenmesini kabul eden işçi, faiz hakkından vazgeçmiş sayılır.

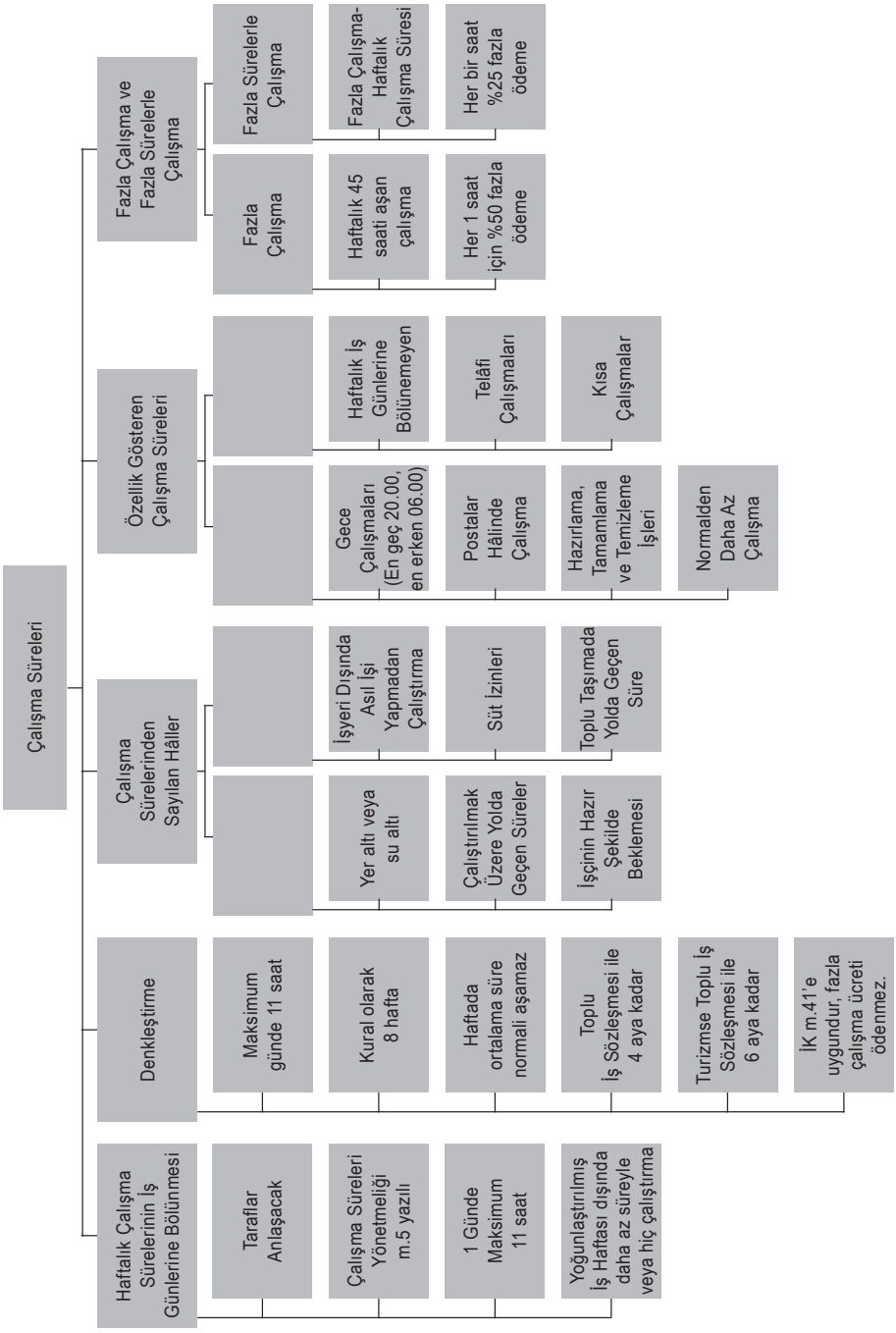
Ayrıca, Gelir Vergisi Kanunu'na göre, kıdem tazminatının tamamı gelir vergisinden bağışıktır (m.25/7).

Kıdem tazminatı beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir (İşK. Ek.m.3).

Yabancılık unsurlu iş sözleşmelerinde kıdem tazminatına ilişkin kural, doğrudan uygulanan kural niteliğinde midir?

Kıdem tazminatı, çalışması en az bir yıl sürmüş olan ve iş sözleşmesi Kanun'da belirtilen hâllerde sona eren işçiye veya ölümü hâlinde mirasçılarına yapılan bir ödemedir. Hükmün düzenleniş amacı ele alındığında, bir işverenin bir veya birden fazla işyerinde çalışmış işçinin, işini kaybetmesi hâlinde, işinde yıpranması ve yeni bir iş edinmesi süresince karşılaşacağı zorluklar ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak geçmişteki hizmetlerine karşılık olarak işveren tarafından kendisine ödenen toplu para şeklinde nitelendiği anlaşılmaktadır. Kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenlemeler, işçi tarafının korunmasına yöneliktir. Yani getirilen hüküm **devletin toplumsal, ekonomik ve siyasal menfaatinden ziyade, İş hukukuna hâkim olan ilkelerden işçiyi koruma ilkesinin bir ürünüdür. Amaç işçinin korunmasıdır.** Bu nedenle, kıdem tazminatına ilişkin yabancı unsurlu iş sözleşmesi uyuşmazlıklarında, kanaatimizce **doğrudan uygulanan kural mekanizmasının uygulanması mümkün değildir.** Ancak, yetkili yabancı hukukun uygulanması neticesinde kamu düzenini ihlâl ortaya çıkarsa, -örneğin kıdem tazminatı veya aynı amaca hizmet eden muadili bir kurum bulunmamaktaysa- kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir.

9. İŞİN DÜZENLENMESİ



I. Çalışma Süreleri

A. Genel Olarak

Çalışma sürelerinin tanımı, İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.3'te yapılmıştır. Buna göre, *"Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanunu'nun 66'ncı maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır. Aynı Kanunun 68'inci maddesi uyarınca verilen ara dinlenmeleri ise, çalışma süresinden sayılmaz"*. İşK.m.66'ya göre, çalışılmış gibi çalışma süresinden sayılan hâller (farazî çalışma süreleri) şunlardır:

(i) Yer veya su altındaki işlerde çalışma yerine ulaşma ve buradan çıkmak için gerekli süreler (İşK.m.66/a) çalışılmış gibi kabul edilir.

(ii) İşçinin başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmesi durumunda yolda geçen süreler (İşK.m.66/b) iş süresinden sayılır. Örneğin bir teknik servis elemanın başka bir yerleşim yerine gönderilmesi durumu böyledir.

(iii) İşçinin işverenin buyruğuna hazır hâlde bekleyip çalışmaksızın boşta geçirdiği süreler (İşK.m.66/c) de çalışma süresinden sayılır. Örneğin, bir şoför, itfaiye personeli veya ambulans görevlilerinde bekleme süreleri böyledir.

(iv) İşçinin işverenin buyruğu altında asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler (İşK.m.66/d) günlük yasal iş süresinden sayılır. İşverenin bir faturasının yatırılması, evinin temizlenmesinde durum böyledir.

(v) Emzirme izni sırasında (bir yaşına kadar çocuklar için, kullanım şeklini işçinin belirleyeceği, günde bir buçuk saatlik) geçen süreler (İşK.m.66/e) de çalışma süresinden sayılır.

(vi) Araçta geçen süreler (İşK.m.66/f) kanunî çalışma süresi içerisindedir. Ancak her araçta geçen süre değil, demiryolu, köprü ve yol inşaatı gibi yapılmakla devam eden işlerde, işçilerin yaşadıkları yerlerden uzak yerlere topluca getirilip götürülmeleri durumunda araçta geçen süreler, iş süresinden sayılır. Buna karşın işin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz (İşK.m.66/2).

B. Normal Çalışma Süresi

1. Genel Olarak

İş Kanunu'nda çalışma sürelerine ilişkin genel düzenleme m.63'te yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok 45 saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Böylelikle 4857 sayılı Kanun'la kanun koyucu haftalık çalışma sürelerinin haftanın çalışılan günlerine farklı bir şekilde bölünebilmesine imkân tanımıştır. Ayrıca Kanun'da yer altında çalışan maden işçileri için özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir (m.63/1). Örneğin iş günü itibariyle yoğun olan pazartesi günü on bir saat, salı günü sekiz saat, çarşamba günü on bir saat, perşembe on bir saat, cuma günü de dört saat olarak kararlaştırma geçerlidir. Bununla birlikte böyle bir özel kararlaştırma yoksa çalışma sürelerinin kural olarak haftanın çalışılan günlerine eşit olarak bölünmesi gerekir.

4857 sayılı Kanun, işyerinde işin başlangıç ve bitiş saatlerinin de farklı kararlaştırılabilmesine izin vermiştir (m.67). Haftalık çalışma süresi 45 saat olarak öngörülmesine karşın, bunun altında çalışma süresinin belirlenmesi de geçerlidir. Örneğin taraflar anlaşmak suretiyle çalışma süresini 30 saat olarak da belirleyebilirler.

Belirtelim ki, mevzuat içerisinde çalışma sürelerine ilişkin getirilen sınırlandırmalar işyerlerine değil, bizzat işçilere yöneliktir (ÇSY.m.11). Bir işçi günde 24 saat çalıştırılamaz ancak, işyerinde 24 saat kesintisiz bir çalışma sürdürülebilir.

2. Özellik Gösteren Durumlar

a. Denkleştirme Durumunda Çalışma Süresi

4857 sayılı Kanun eskisinden farklı olarak, çalışma sürelerinin taraflarca haftanın farklı günlerine farklı bir biçimde dağıtılabilmesine imkân tanımış, bu anlamda esneklik getirmiştir. Buna göre, tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu hâlde, iki

aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir (İşK.m.63/2). Ayrıca maddede turizm sektörü için ayrı bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile altı aya kadar artırılabilir. Günlük çalışma süresi en fazla on bir saat olarak kararlaştırılabilir. Denkleştirme sayısı ile ilgili yasada azamî bir süre öngörülmediği için, yılda birden fazla denkleştirme yapabilmek mümkündür.

Örnekle açıklamak gerekirse, bir işçinin haftanın altı günü çalıştığı varsayımı ve günlük en fazla on bir saat çalıştırılabileceği hükmü karşısında, bir haftada en fazla 66 saat çalıştırılabilir. İki aylık süre içerisinde 8 haftada azamî yasal çalışma süresi, (8 x 45) 360 saattir. İşçinin denkleştirme döneminin başında tam çalışması durumunda ilk beş buçuk haftada azamî süre olan 360 saati doldurur. Geriye kalan iki buçuk haftada ise çalışmasına gerek yoktur. Kendisi çalışma süresini doldurduğu için bu dönemde sadece ücretini alır. Bir başka ifadeyle işçi denkleştirme döneminde ne fazla çalışma ücreti alır ne de çalışmadığı dönemde ücretinde bir azalma olur.

Denkleştirme hâlinde boş gün olarak belirlenen günlerin tatiller ile çakışmaması da gerekir. Örneğin, boş gün olarak tanınması gereken sürelerin yıllık ücretli izinlerle veya işçinin örneğin hastalık nedeniyle izinli sayılması gereken günlerle herhangi bir ilgisi yoktur. Bunlar, denkleştirme esasının uygulanmasında işçiye tanınması gereken toplam boş zamandan mahsup edilemez.

Tarafların anlaşması suretiyle kararlaştırılan yoğunlaştırılmış iş haftası mutlaka iki veya (toplu iş sözleşmesiyle) dört ay içerisinde (turizm sektörü hariç) denkleştirilmek zorundadır. Zira bu düzenleme mutlak emredicidir ve aksi kararlaştırılamaz. Yoksa idarî para cezası söz konusu olur (İşK.m.104/1).

b. Günlük Çalışma Süresinin Haftalık Çalışma Günlerine Bölünerek Tespitinin Mümkün Olmaması Durumunda Çalışma Süresi

Bazı işlerin niteliği gereği, günlük çalışma süresinin haftalık çalışma günlerine bölünerek tespit edilmesinin mümkün olmaması karşısında, ayrı bir düzenleme yapılmıştır. İşK.m.76/1 gereğince çıkarılan Haftalık İş Günlerine

Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği; karayollarında, demiryollarında ve deniz, göl ve akarsularda hareket hâlindeki taşıtlarda yapılan ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tâbi olmayan taşıma işlerinde olduğu gibi iş süresinin bir haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından olanak bulunmayan işlerde çalışma sürelerinin bir çalışma dönemi içerisinde kanunî çalışma süresi olarak belirlenmesine imkân tanımıştır. Buna göre, çalışma dönemi, işin yapılmasının gerektirdiği en az iki, en çok altı aylık bir denkleştirme süresini, çalışma süresi de bir çalışma dönemindeki toplam iş süresini ifade eder (Yön.m.3). Çalışma döneminin azamî süresi altı aydır ve bunu belirleme yetkisi de işverene aittir (Yön.m.4). Yönetmelik m.5'e göre, bir çalışma dönemindeki çalışma süresi, bu dönem içindeki hafta sayısının, haftalık çalışma süresi çarpımı sonunda bulunan miktarı aşamaz. Çalışma süresinin haftalara tam bölünemediği hâllerde, çalışma süresi iş günü üzerinden ve her iş günü yedi buçuk saatlik iş süresi kabul olunmak suretiyle hesaplanır. Bu arada kararlaştırılan çalışma dönemindeki çalışma süresinin bir iş haftasına düşen ortalaması da kırk beş saati geçemez. Böylelikle, günlük iş süresi on bir saati, gece çalışma süresi yedi buçuk saati, profesyonel ve ağır vasıta ehliyeti ile taşıt kullananların günlük çalışma süresi de dokuz saati geçemez. Buna rağmen günde en fazla yedi buçuk veya daha az çalışılabilecek işlerle, çocuk işçi ve genç işçilere ilişkin ilgili düzenlemelerdeki sınırlandırmalar geçerlidir (Yön.m.6).

c. Günde En Fazla Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşlerde Çalışma Süresi

Bazı işlerde normal günlük çalışma süresinin üzerinde bir çalışma yapılamaz. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik birtakım işlerde çalışma sürelerini kısaltmıştır. Buna göre, kurşun ve arsenik işleri, gürültülü işler, çimento sanayi işleri, radyoaktif ve radyoiyonizan maddelerle yapılan işler gibi birtakım işlerde çalışan işçiler günde en fazla yedi buçuk saat çalıştırılabilir (Yön.m.4). Yine, özellikleri belirtilen bazı işlerde çalışma süresi daha da az tespit edilmiştir (Yön.m.5). Ayrıca bu tür işlerde çalıştırılan işçilere fazla çalışma yaptırılamayacağı gibi, bunların söz konusu çalışmadan sonra başka bir işte çalışmaları da yasaktır (Yön.m.6-7).

d. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Süreleri

Çocuk ve genç işçiler için İş Kanunu çalışma sürelerinde sınırlandırıcı düzenlemeler getirmiştir. Bir başka ifadeyle, Kanun, on sekiz yaşından küçükler için çalışma saatlerini de özel olarak belirlemiştir. Zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ve örgün eğitime devam etmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten; sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışanların ise günde beş ve haftada otuz saatten fazla olamaz. Bu süre, on beş yaşını tamamlamış çocuklar için günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabilir. Okul öncesi çocuklar ile okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir. Okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma süreleri genel çalışma süreleri aşamaz (İşK.m.71/4-5).

Yine, on sekiz yaşını doldurmayanlara fazla çalışma da yaptırılamaz (FÇY.m.8/a)

e. Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren İşçilerin Çalışma Süreleri

Daha önce de açıklandığı gibi, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğe göre, gebe, yeni doğum yapmış ve emziren işçi günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılamaz (m.9).

C. Normal Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma

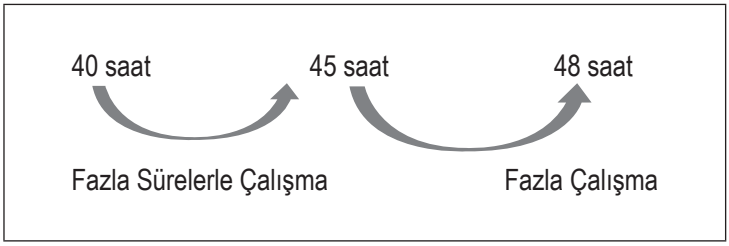
	Onay	Zamlı Ücret	Serbest Zaman
Normal Fazla Çalışma	+	%50	1 saat 30 dk
Zorunlu Nedenlerle FÇ	-	%50/%25	------
Olağanüstü Nedenlerle FÇ	-	%50/%25	------
Fazla Sürelerle Çalışma	+	%25	1 saat 15 dk

6 ay içerisinde kullanılmalı

1. Genel Olarak

Fazla çalışma, Kanun'da yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır (İşK.m.41/1). İşçinin Kanun'da belirlenmiş çalışma süresinin üzerinde çalıştırılmaması esastır. Ancak bazı nedenlerle normal iş süresinin aşılması gerekebilir.

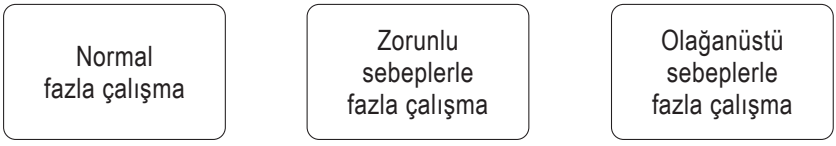
- ***Fazla çalışma***, üretimin artırılması, üretim faaliyetlerindeki aksamaların önlenmesi, işletme ve toplumun bazı acil ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla, normal iş süreleri üzerinde yapılan çalışmalar olarak tanımlanabilir.
- İş veya toplu iş sözleşmeleri ile işyerinde geçerli olan çalışma süresinin, bu kuralın nispî emredici olması karşısında 45 saatin altında kararlaştırılması hâlinde, işçinin kararlaştırılan süre ile yasal azami süre olan 45 saat arasında yapmış olduğu çalışmalara, ***fazla sürelerle çalışma*** denir. Bunun fazla çalışmadan farkı, yapılan çalışma nedeniyle ödenecek ücretin (ya da serbest zamanın) yarı yarıya az olmasıdır. Ancak taraflar sözleşme ile bunu da fazla çalışmaya eşitleyebilirler.



Hemen belirtelim ki, haftalık çalışma süresini aşmayan bir işçinin hafta tatili günündeki çalışması fazla çalışma olarak kabul edilemez. Buna karşın, işçinin, cumartesi günü çalışmayıp haftanın beş iş gününde çalıştığı durumlarda, cumartesi günü işe davet edilip çalışması durumunda da yapılan çalışma (doğal olarak 45 saat aşılmalıdır), fazla çalışma olarak kabul edilir. İşçinin hafta tatilinden önceki iş günlerinde ve bu günlere ait süreler içinde tamamen çalışmış bulunması durumunda, tatil günü yapılan çalışma karşılığı işçi, hafta tatilinden ötürü hafta tatili ücretini, o gün dinlenmeyip çalıştığı için de bir günlük ücretini alır. Ancak, önceki altı iş günü (cumartesi çalışılmıyorsa beş iş günü) çalışılmışsa işçi toplam 2,5 günlük ücrete hak kazanır. Şüphesiz bu anlatım maktu aylıklı işçiler için değildir.

Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği kapsamındaki işlerde fazla çalışma, bir çalışma dönemi içindeki normal çalışma sürelerini aşan çalışmadır (m.11).

2. Fazla Çalışma Çeşitleri



a. Normal (Genel Sebeplerle) Fazla Çalışma

aa. Genel Olarak

Normal (genel sebeplerle) fazla çalışma, ülkenin genel yararları, işin niteliği, üretimin artırılması gibi nedenlerle yapılan fazla çalışmadır (İşK.m.41/1). Fazla çalışma (ve fazla sürelerle çalışma) için şu şartlar gerekir:

(i) ***Fazla çalışma için bunu gerektirecek sebepler olmalıdır.*** Kanun'da ülkenin genel yararları, işin niteliği, üretimin artırılması gibi sebeplerle fazla çalışma yaptırılabileceği öngörülmüştür. Benzer sebeplerle de fazla çalışma yaptırılabilir. Örneğin sipariş fazlalığı bir sebep olabilir.

(ii) ***İşçinin yazılı olarak izni (onayı) gereklidir*** (İşK.m.41/7). Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz. Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay iş sözleşmesinin yapılması esnasında ya da bu ihtiyaç ortaya çıktığında alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istemeyen işçi verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilir (FÇİY m.9).

(iii) ***Nihayet, fazla çalışma isteğinin işçilere duyurulması da gereklidir.***

Olağan sebeplerle fazla çalışma bir yılda ***iki yüz yetmiş saatten*** fazla olamaz (İşK.m.41/8). Ancak bu süre sınırı, işçilere yönelik olup, işyerlerine veya yürütülen işlere yönelik değildir. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sürelerinin hesabında yarım saatten az olan süreler yarım saat, yarım

saati aşan süreler ise bir saat sayılır (FÇY.m.5/2). 4857 sayılı Kanun'a göre, denkleştirme gereği günde en fazla çalışma süresi ***on bir saati*** aşamayacağından, bir işyerinde günde dokuz saat çalışılıyorsa fazla çalışma süresi iki saat, sekiz saat çalışılan bir yerde ise üç saat olabilir.

İşçinin fazla çalışmaya muvafakat etmesine rağmen fazla çalışmaya katılmaması durumunda işveren işçinin sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebilir (İşK.m.25/II-h). İşçi muvafakat etmesine karşın, sağlık durumu itibariyle fazla çalışamayacak durumda ise kendisi fazla çalışmaya zorlanamaz (FÇY.m.8/b). Fazla çalışmaya ilişkin kurallara aykırı davranılması ile ilgili belirli bazı durumlara ilişkin idarî para cezası da öngörülmüştür. Buna göre, fazla çalışma ücretinin ödenmemesi, işçinin hak ettiği serbest zamanın altı ay içinde kullandırılmaması ve fazla çalışma yaptırılan işçinin rızasının alınmaması durumunda idarî para cezası vardır (İşK.m.102/c). Bunun dışındaki durumlara yönelik ise, idarî para cezası öngörülmemiştir.

bb. Fazla Çalışma Yasakları

Bir kısım işlerde fazla çalışma yapılması ile bir kısım kişilere de fazla çalıştırma yaptırılması yasaktır.

- ***Fazla çalıştırma yapılamayacak işler şunlardır:*** Sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat ve daha az çalışılması gereken işlerde (FÇY.m.7/a) gece çalışmalarında fazla çalışma yapılamaz. Ancak gündüz yapılan bir işe ilişkin fazla çalışma gece döneminde söz konusu olabilir (FÇY.m.7/b). Belirtmekte fayda vardır ki, gece döneminde olağanüstü veya zorlayıcı nedenlerle fazla çalışma yaptırılabilir. Nihayet, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlarında da fazla çalışma yapılamaz (FÇY.m.7/c).

- ***Fazla çalışma yaptırılamayacak kişiler de şunlardır:*** 18 yaşını doldurmamış kişiler (FÇY.m.8/a), sağlık durumu itibariyle fazla çalışma yapamayacağı doktor raporu ile belgelenenler (FÇT.m.8/b), gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler (FÇY.m.8/c) ve nihayet, ilgili Yönetmelikte kısmî sürelerle çalışan işçilere de fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırılamayacağı öngörülmüştür (FÇY.m.8/d). Ancak, belirtelim ki, kısmî süreli çalışanlara ilişkin bu hüküm, Kanun'a aykırıdır.

Ayrıca yer altında maden işlerinde çalışan işçilere normal sebeplerle fazla çalışma yaptırılamaz (İşK. m.41/9).

b. Zorunlu Sebeplerle Fazla Çalışma

İşyerinde oluşan bir arıza veya arıza çıkması olasılığı karşısında veya işyerinde mevcut makine, araç ve gereçler için hemen yapılması gerekli acele işlerde yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmının yapmak zorunda olduğu fazla çalışmaya, zorunlu sebeplerle fazla çalışma denir (İşK.m.42). Bu nedenle fazla çalışmaya muvafakat aranmaz. Yalnız işçinin sağlık durumu fazla çalışma yapmaya müsait değilse, zorunlu sebeple de olsa fazla çalışmaya zorlanmamalıdır.

Normal sebeplerle yapılan fazla çalışmadan farklı olarak burada herhangi bir süre sınırlaması öngörülmemiştir. Ancak bu takdirde işçilere uygun bir dinlenme süresi de verilmelidir. Dinlenme süresinin miktarı kanaatimizce günde 11 saatten az olmamalıdır. Zira, Postalar Hâlinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik posta değişimlerinde 11 saatlik bir aranın verilmesini aramaktadır (Yön.m.9). Burada da kanaatimizce, benzer bir dinlenme süresinin benimsenmesi uygundur.

c. Olağanüstü Sebeplerle Fazla Çalışma

Cumhurbaşkanı, seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir (İşK.m.43). İşte söz konusu dönemde yapılan fazla çalışmaya da olağanüstü sebeplerle fazla çalışma denir. Ayrıca, işçilerin muvafakatine gerek yoktur. Ancak, burada da işçinin sağlık durumunun fazla çalışmaya imkân tanıması gerekir. Olağanüstü sebeplerle fazla çalışma hâlinde süre ise, söz konusu durumun ortadan kalkmasına kadar uzar. Fakat burada da işçiye günde makûl bir dinlenme izni verilmelidir. Söz konusu süre kanaatimizce, 11 saatin altında olmamalıdır.

3. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Ücreti ile Serbest Zaman

Fazla çalışma	Ücreti, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilerek ödenir. YA DA İşçi isterse, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir.
Fazla sürelerle çalışma	Ücreti, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilerek ödenir. YA DA İşçi isterse, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında ise bir saat on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir.
Yer altı maden işlerinde çalışanlara özel düzenleme getirilmiştir!	Haftalık otuz yedi buçuk saati aşan her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olmamak üzere arttırılması suretiyle ödenir.

Fazla çalışmada ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli, fazla sürelerle çalışmada ise, saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödenir. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında ise bir saat on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. İşçi hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır (İşK.m.41/2-5). Ancak tatil ve izin günlerinde serbest zaman kullandırılamaz (FÇY.m.6).

Serbest zamanın kullanımı, işçinin talebine bağlıdır. Asıl olan fazla çalışma karşılığında zamlı ücret almak olduğundan, iş sözleşmesine fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma karşılığında serbest zaman kullandırılacağına dair hüküm konulması hâlinde bu kayıt geçersiz sayılmalıdır. Ancak Yargıtay 2019 yılında verdiği bir kararda serbest zaman kararlaştırmasına geçerlik tanımıştır. Şöyle ki; "*Somut uyuşmazlıkta, davacının imzaladığı bireysel iş sözleşmesinin 9. maddesinde fazla mesainin ücrete dahil olduğu kararlaştırılmıştır. İş sözleşmesinin 10. maddesinde de fazla mesai karşılığı serbest zaman*

kullandırılabileceği şeklindeki hüküm; fazla mesainin ücrete dahil olması, yıllık 270 saatle sınırlı olduğundan, 270 saati aşan fazla mesai ücretine ilişkin olup, fazla mesainin ücrete dahil olduğuna ilişkin sözleşme maddesini hükümsüz kılmaz. Açıklanan nedenle, sözleşmenin fazla mesainin ücrete dahil olduğuna ilişkin hükmüne değer verilerek sonuca gidilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır" (Yarg. 9.HD. 28.02.2019, E.2016/622 K.2019/5052). Görüldüğü gibi, farklı bir yorum ile serbest zaman kullanımına izin veren sözleşme hükmü Yargıtay tarafından hukuka uygun bulunmuştur.

4857 sayılı Kanun ile sistemimize giren fazla çalışma ücreti yerine bunun karşılığının serbest zaman olarak kullanılabilmesine imkân verilmesi isabetli bir düzenlemedir.

Bu arada, yer altında maden işlerinde çalışan işçilere, zorunlu ve olağanüstü sebeplerle fazla çalışma yaptırılması hâlinde, işçiye haftalık otuz yedi buçuk saati aşan her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olmamak üzere arttırılması suretiyle ödenir (İşK.m.41/10).

Kanun'da öngörülen fazla çalışma ücreti ve serbest zamana ilişkin düzenlemeler nispî emredici nitelikte olduğundan sözleşmelerle artırılabilmesi de mümkündür. Bir başka ifadeyle, kanunî fazla çalışma ücreti miktarı yüzde ellinin üzerinde kararlaştırabileceği gibi işçinin ücret yerine serbest zaman kullanması hâlinde bunu da artıran hükümler geçerli kabul edilir.

Bu arada belirtelim ki, işyerinde çalışan işçiler arasında fazla çalışmanın hesaplanması açısından herhangi bir ayrım ya da farklı muamele yapılamaz (Yarg. 9.HD. 23.09.2014, E.2012/36446 K.2014/27623).

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücreti, saat ücreti dikkate alınarak belirlenir. Buna göre, işçinin çalıştığı süreler ile saat ücreti çarpılarak söz konusu miktar bulunur. Bununla birlikte, ücretin zaman esasına göre tespit edilmediği parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hâllerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır. Bu usûlün uygulanmasında zorluk çekilen hâllerde, parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen

parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışılmış olan normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutarı bulunur. Bu yolla bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin, yüzde elli fazlası fazla çalışma ücreti, yüzde yirmi beş fazlası, fazla sürelerle çalışma ücretidir (FÇY.m.4).

Yüzde usûlü ücretle çalışılması durumunda ise, İş Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmeliğe göre yüzdelerden ödenen fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark, işveren tarafından ödenir (Yön.m.5/4).

Fazla çalışma ücreti işyerinde geçerli olan ücretin ödenme zamanında ödenir. Fazla çalışma ücretine esas olan ücretin, fazla çalışmanın yapıldığı andaki ücret olması gerekir. Bu anlamda, fazla çalışma ücret alacağının son ücrete göre hesaplanması doğru olmayıp, ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanması gerekir (Yarg. 22.HD. 27.09.2018, E.2017/14295 K.2018/20333).

Olağan (genel) sebeplerle yapılan fazla çalışma ücretlerinin tespit usûl ve yöntemleri, zorunlu ve olağanüstü sebeplerle yapılan fazla çalışmalarda da geçerlidir (İşK.m.42/2 ve m.43/2). Ancak burada belirtilmesi gereken, olağanüstü ve zorunlu sebeplerle fazla çalışma yapılması durumunda bunun karşılığının ücret olarak alınabilmesi, buna karşılık işçinin serbest zaman talebinde bulunamamasıdır.

*Yargıtay uygulamasına göre **üst düzey yönetici** konumunda çalışan işçiler fazla çalışma ücretine hak kazanamamaktadır. Bu kapsamda birden fazla Yargıtay dairesinin bulunduğu dönemde, Yargıtay daireleri arasında kimlerin üst düzey yönetici olarak kabul edildiğine yönelik tek tip bir uygulama söz konusu olmamıştır. Bu nedenle geçmişte farklı yönde kararlar bulunmaktadır. İşletme müdürü, genel müdür, bölge müdürü, banka müdürü ya da mağaza müdürünün üst düzey yönetici kabul edilmesinden hareketle bahsi geçenlerin fazla çalışma ücreti alamayacağı yönünde kararlar bulunmaktadır.

"İşyerinde üst düzey yönetici konumda çalışan işçi, görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda, ayrıca fazla ...

ücretine hak kazanamaz. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir başka yönetici ya da şirket ortağı bulunması hâlinde, işçinin ... gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden, yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla ... ücreti talep hakkı doğar. O hâlde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla ... yapması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir. İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla ... yapması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği ... saatleri sebebiyle fazla ... ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir" (Yarg. 9.HD. 25.10.2018, E.2015/23923 K.2018/19396).

Kararlarda esas alınan kıstas, üst düzey yöneticinin kendi çalışma süresini kendisinin belirlemesi ve yüksek maaş alması nedeniyle kendisine fazla çalışma ücretinin ödenmemesidir. Ancak belirtilen uygulamanın kanunî bir dayanağı yoktur.

4. Fazla Çalışmanın Tespiti ve İspatı

İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır. İşçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte ödenir. Bu ödemeler, ücret bordrolarında ve ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilir (FÇY.m.10).

> "*Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir*" (YHGK 06.06.2018, E.2015/3028 K.2018/1177).

Fazla çalışmanın tespitinde esas kural, haftalık 45 saati aşan sürenin tespit edilmesidir. Bununla birlikte, uygulamada haftalık çalışma süresini geçmeyen,

ancak günlük olarak da çok uzun süren çalışmalara rastlanabilmektedir. Bir başka ifadeyle, işçi haftada 45 saati doldurmasa da günlük olarak uzun çalışma saatleri işyerinde çalışabilir. Yargıtay, bir çalışmanın fazla çalışma sayılması için yalnızca haftalık çalışma süresini aşmasını aramamakta, Kanun gereği günlük azamî çalışma süresi olan 11 saatin aşılması durumunu da fazla çalışma olarak nitelendirmektedir. Bir başka ifadeyle, işçinin haftalık çalışması 45 saati aşmasa dahi, günlük azamî çalışma süresinin aşılması hâlinde fazla çalışma yapıldığı kabul edilmektedir. *"24 saat çalışıp 24 saat dinlenme usûlüyle çalışma sisteminde işçi ilk hafta 9 saat, takip eden hafta 12 saat fazla çalışma yapmış sayılmalıdır…Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, bir işçinin günde en fazla 14 saat çalışabileceğinin kabulü gerekir. Bu durumda, 24 saat çalışıp 24 saat dinlenme usûlüyle yapılan çalışmalarda, bir hafta üç gün diğer hafta ise dört gün çalışma yapılacağından, haftalık normal çalışma süresi dolmamış olsa dahi günlük 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma sayılması nedeniyle, bu çalışma sisteminde işçi ilk bir hafta (3x3=) 9 saat, takip eden hafta (4x3=) 12 saat fazla çalışma yapmış sayılmalıdır"* (Yarg. 22.HD. 20.09.2018, E.2015/35548 K.2018/19305). Kararda geçen Hukuk Genel Kurulu kararına göre, "*Nitekim ilke olarak, işçinin uyku ihtiyacını gideremediği 24 saat esaslı çalışmada yemek ve sair ihtiyaçları nedeniyle 4 saat ara dinlenme yaptığı kabul edilmelidir"* (YHGK 08.02.2017, E.2014/22-2468 K.2017/229).

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin aldığı ilke kararına göre; "*haftalık çalışma süresi kırk beş saati aşmadığı hâlde günlük on bir saat veya gece çalışmalarında yedi buçuk saatin üzeri çalışmalar fazla çalışma mahiyetinde olmakla %50 zamlı ücretle ödenir*".

Aynı şekilde gece çalışmalarında yedi buçuk saatin aşılması durumunda da haftalık çalışma süresi kırk beş saati aşmasa dahi fazla çalışma yapıldığı kabul edilmektedir (Yarg. 9.HD. 24.11.2016, E.2015/5746 K.2016/20693). Ancak belirtmek gerekir ki, 2015 yılında İşK. m.69'a yapılan ekleme ile; turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde fazla çalışma yaptırılabilmektedir. Dolayısıyla fıkrada sayılan işlerde gece çalışması bakımından, eğer işçinin onayı varsa, yedi buçuk saatin aşılması hâlinde, işçi fazla çalışma ücretine hak kazanır. Burada belirtilen onay, fazla çalışma için alınması gereken onaydan

farklıdır. İşverenin işçinin gece çalışmasında yedi buçuk saati aşan çalışmalar için özel ve ayrı bir onay alması gerekir. Bu onayın bir kez alınması ise yeterlidir.

Yine 2015 yılında yapılan değişiklik ile yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk saat, haftada en çok otuz yedi saat olarak düzenlenmiştir (İşK. m.63/1). Buna göre, yer altı maden işlerinde çalışanlar bakımından hem günlük hem de haftalık çalışma saatinin aşılması hâli fazla çalışma olarak değerlendirilir.

İşçinin ücretinin yabancı para olarak ödenmesi durumunda fazla çalışma ücretinin de yabancı para cinsinden ödenmesi gerekir. Ancak bu noktada işçinin seçimlik bir hakkı vardır. İşçi fazla çalışma ücretinin yabancı para ya da Türk parası şeklinde ödenmesini seçebilir.

***İşçinin belirli bir prim karşılığında çalıştığı durumlarda fazla çalışma ücreti nasıl hesaplanmaktadır?**

Bu konuda Yargıtay uygulaması yıllara göre farklılık göstermektedir. Ancak Yargıtay'ın 2015 yılından sonra verdiği kararlarda, işçinin sadece belirli miktar prim alarak çalıştığı durumda prim ödenen dönemler için %50 zamlı, prim ödenmeyen dönemler için %150 zamlı ücret hesaplaması yapılması gerektiğine karar verilmiştir (Yarg. 22.HD. 22.05.2017, E.2017/7908 K.2017/11754). Yargıtay'ın prim ödenen kısım için %50 zam hesaplaması yapmasının nedeni, fazla çalışmanın zamsız kısmının primlerle karşılandığı varsayımıdır. Ancak elbette işçinin aldığı prim fazla çalışmanın zamsız kısmını karşılamaktan uzak ise, bu durumda %150 zamlı ücret hesaplanmalıdır.

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi konuya ilişkin olarak ayrıntılı bir ilke kararı almıştır. Buna göre; "*a- Ücret sadece primden oluşuyorsa: Ücret sadece primden oluşuyorsa fazla çalışma ücreti ödenen primin saat ücretinin %50 fazlası ödenir.*

b- Ücret, sabit ücret ile hedefe veya kotaya bağlı primden oluşuyorsa: Hedefe veya belli bir kotanın aşılmasına bağlı prim ödemesi uygulamasında işçinin fazla çalışma ücreti sabit ücret üzerinden saat ücretinin *%150*

fazlasıyla ödenir. Başka bir anlatımla bu tür prim ödemelerinin fazla çalışma ücreti hesabına bir etkisi bulunmamaktadır. Bu yönde uygulamaya dair oybirliği mevcuttur.

c- Ücret, sabit ücreti ile satışa, sefer sayısına (vs.) bağlı primden oluşuyorsa: Satışa, ürün miktarına, sefer sayısına veya gidilen kilometreye göre prim ödemelerinde ise sabit ücret üzerinden %150 zamlı saat ücretine göre hesaplama yapılarak sabit ücrete göre hak kazanılan fazla çalışma ücreti belirlenir. Ödenen prim miktarının %50 zam kısmına göre de hesaplama yapılır ve her iki hesap yöntemi toplanarak fazla çalışma ücreti belirlenir.

Örneğin işçinin 3000 TL sabit ücret ve 1000 TL ortalama prim aldığı durumda 3000 TL/225 saat x 1,5 x fazla çalışma saat *sayısı =A şeklinde sabit ücrete göre hak kazanılan fazla çalışma ücreti belirlenir. Aynı dönem için ödenen primlerin, fazla çalışmanın zamsız kısmını karşıladığı kabul edilerek, prim tutarı için 1000 TL / 225 saat x 0,5 x fazla çalışma saat sayısı= B hesabıyla prime düşen fazla çalışma ücreti belirlenir. A + B toplamı o dönem için hak kazanılan fazla çalışma ücretini belirler. Belirtilen hesap yöntemi birleşme sonrası 9'uncu Hukuk Dairesi tarafından oy çokluğuyla benimsenmiştir*".

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi, bunu kanıtlamak durumundadır. İşçi söz konusu durumu kanıtlarken, her türlü delile başvurabilir, hatta tanık da kullanabilir. İşçinin ücret bordrosunda fazla çalışmaya ilişkin ücret hanesi boşsa, ihtirazî kayıt (çekince) koyulmasa da fazla çalışma ücretini almadığını her türlü delille ispatlayabilir. Bununla birlikte bordroda belirtilen fazla çalışma ücretini alan işçi, herhangi bir ihtirazî kayıtta bulunmamışsa, daha sonra ücretin az veya yanlış olduğunu artık yazılı bir delille ispatlayabilir.

Sıkça karşılaşılan durumlardan birisi de, işçinin temel ücretine, fazla çalışma ücretinin de dahil edilerek ödenmesidir. Yargıtay da bu uygulamayı kabul etmektedir. Her ne kadar bu uygulamanın yasal dayanağı bulunmasa da Yargıtay istikrarlı bir şekilde taraflar arasında kararlaştırılan ücret asgarî ücretin üzerinde ise ve fazla çalışmanın aylık ücrete dahil olduğu taraflarca kararlaştırılmışsa yılda 270 saat için fazla çalışma ücretinin ödendiğini kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle Yargıtay, işçi ücretinin asgarî ücret üzerinde olması, tarafların sözleşme ile kararlaştırması hâlinde yıllık 270 saate kadar, fazla çalışma ücretinin ücretin içinde olduğunu öngören sözleşme

hükümlerine geçerlik tanımaktadır. Şüphesiz, ücretin asgarî ücretin makûl bir seviye yukarısında olması da gerekir (Yarg. 9.HD. 22.04.2019, E.2017/11856 K.2019/9378).

Ancak işçiye ödenen ücret, asgarî ücret ve/veya asgarî ücretin biraz üstünde ise, bu durumda fazla çalışma ücretinin temel ücrete dahil edildiğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Bu konuya ilişkin Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin aldığı ilke kararına göre;

"*Fazla çalışmanın kararlaştırılan ücrete dahil olduğu yönünde geçerli bir sözleşme hükmü olduğunda, ilk olarak fazla çalışmanın yıllık 270 saati geçip geçmediği denetimi yapılır. İşçi yıl içinde bazı dönemlere fazla çalışma yapmamış olsa dahi, her ay ödenen ücret içinde fazla çalışma ücreti yer aldığından fazla çalışma yapılan/yapılmayan dönemler ayrımına gidilmeksizin yıllık 270 saati aşan fazla çalışma olup olmadığı araştırıldıktan sonra, yıllık bazda belirlenen fazla çalışmalar 270 saatten az ise fazla çalışma ücreti hesaplanmaz. Yıllık 270 saatin aşılması hâlinde haftalık bazda 5,2 saati için hesaplamaya gidilir*".

Aynı tarihte alınan bir diğer ilke kararına göre de fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu kuralının fazla sürelerle çalışma ücretini de kapsadığı, bu durumda öncelikle fazla sürelerle çalışmanın temel ücret içinde ödendiği varsayılarak 5,2 saati aşan kısım varsa hesaplanarak ödeneceği belirlenmiştir.

5. Fazla Çalışma Alacağında Faiz ve Zamanaşımı

Yargıtay uygulamasına göre, fazla çalışma ücreti geniş anlamda ücrete dahil olduğu için ödenmemesi hâlinde bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanmaktadır (Yarg. 22.HD. 29.05.2017, E.2015/34437 K.2017/12492).

Dava dilekçelerinde fazla çalışma ücreti için yasal faiz talebinde bulunulması durumunda bu, 3095 sayılı Kanun'da düzenlenmiş yasal faizi geçmemek koşuluyla bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz şeklinde anlaşılmaktadır (Yarg. 9.HD. 27.10.2020, E.2017/18012 K.2020/13549). Fazla çalışma ücretine faiz işletilebilmesi için işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işverene yapılan ihtarda miktarın yer almaması faiz işletilmesine engel değildir.

Fazla çalışma alacağı, iş ilişkisi devam ederken muaccel olur. Yani zamanaşımına uğraması için iş sözleşmesinin sona ermesine gerek yoktur. Fazla çalışma alacağının zamanaşımı beş yıldır. Alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramadığının tespitinde dava tarihinden geriye doğru beş yıldan önceki alacaklar dikkate alınmaz. Ayrıca işverenin temerrüde düşürülmesi, zamanaşımını kesmez. Davanın açılması zamanaşımını keserken, kısmî dava açılması hâlinde sadece davada talep edilen kısım için zamanaşımı kesilir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işverenler kanunda sayılan hususlarda müteselsil sorumlu olduklarından birine karşı açılan dava diğeri bakımından zamanaşımını keser. Davanın her iki işverene karşı açılması hâlinde, işverenlerden birisinin zamanaşımı def'ini ileri sürmesinin diğer işverene de sirayet edip etmeyeceği hususu tartışılabilir. Bu konuda Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi ile 9'uncu Hukuk Dairesi'nin birleşmesinden sonra alınan ilke kararına göre;

"*Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkide birlikte (müşterek müteselsil) borçluluk kabul görse de, aralarındaki ilişki bir anlamda TBK m.155'de düzenlenen asıl borçlu/kefil ilişkisine benzemektedir. Alt işveren asıl borçlu, asıl işveren ve kefil ise alacaklıya karşı garanti yükümlülüğü altındadır. Bu itibarla asıl işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı definden sadece asıl işveren yararlanır. Alt işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı defi asıl işverene sirayet eder. Bu şekilde asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumlu olduğu miktarı aşmamış olur*".

6. Fazla Çalışma Ücretinde İndirim

Bilindiği gibi fazla çalışma, uygulamada takdirî delil niteliğinde olan tanık deliliyle ispatlanmalıdır. Bu nedenle Yargıtay tarafından fazla çalışma ücretinin hesabında takdirî bir indirim yapılması esası kabul edilmektedir. Mahkeme tarafından karar verilirken, fazla çalışmanın çoğu zaman tanık ifadelerinde belirtildiği gibi gerçekleşme ihtimalinin düşük olmasından hareket edilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, konuya ilişkin verdiği bir kararda yapılan indirimin nitelendirmesini şu şekilde yapmıştır; "*Fazla çalışma ve tatil alacaklarından yapılacak indirimin "hakkaniyet indirimi" ya da "takdiri indirim" olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır. İndirim,*

*işçinin yılın belli dönemlerinde çalışmadığı karinesine dayalı olduğundan "**karineye dayalı makul bir indirim**" ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı sonucuna varılmıştır*" (YHGK 06.12.2017, E.2015/9-2698 K.2017/1557).

Ancak fazla çalışmanın yazılı belgeler ve işveren kayıtlarıyla ispatlanması durumunda herhangi bir indirime gidilemez.

> "*Ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması hâlinde Yargıtayca son yıllarda uygun bir indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. Yapılacak indirim, işçinin çalışma şekline ve işin düzenlenmesine ve hesaplanan genel tatil çalışma miktarına göre takdir edilmelidir. Ancak genel tatil çalışmalarının tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir*" (Yarg. 22.HD. 19.12.2017, E.2017/16441 K.2017/29510).

Konuya ilişkin sorun teşkil eden husus ise, kaç saatlik çalışmada indirim yapılabileceği ya da indirim oranının ne olacağının tespitidir. Yargıtay'ın buna ilişkin farklı kararları vardır. Örneğin Yargıtay günde iki, iki buçuk ya da üç saat fazla çalışma yapılmasını hayatın olağan akışına aykırı olması gerekçesiyle indirime tâbi tutmuştur. (Bkz., Yarg. 9.HD. 15.05.2006, E.2006/12904 K.2006/13958).

Yargıtay'ın aynı karar çeşitliliği indirim oranlarında da görülmektedir. Örneğin Yargıtay kimi kararlarında %30'luk bir indirimi yetersiz görmektedir (Yarg. 22.HD. 28.04.2015, E.2014/9918 K.2015/15477). Bazı kararlarında ise, %50 indirim de çok yüksek bulunmuştur (Yarg. 22.HD. 10.03.2014, E.2013/6438 K.2014/5291).

Yabancılık unsurlu iş sözleşmelerinde fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışmaya ilişkin hükümler doğrudan uygulanan kural niteliği taşır mı?

Fazla çalışma, İş Kanunu'nda yazılı şartlarla haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. Kanun'daki düzenlemeye göre, çalışılan her bir fazla saat için verilecek ücret, çalışma ücretinin saat başına düşen miktarın yüzde elli yükseltilmesi suretiyle hesaplanır (m. 41/2). Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödenir (m.41/3). Söz konusu düzenleme ile amaçlanan, işçinin çalışma süresini aşan her bir saati dahi karşılıksız bırakmadan, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücretinin ödenmesidir. **Bu da yine salt işçi menfaati düşünülerek getirilmiş bir düzenlemedir. Dolayısıyla, doğrudan uygulanan kural niteliğinde değildir.** Ancak bazı hâllerde –örneğin yetkili yabancı hukukta fazla çalışmaya ilişkin düzenleme yapılmamış olursa– kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir.

D. Günlük Çalışmanın Gece Yapılması: Gece Çalışmaları

Gece çalışması, saat 20.00-06.00 arasına rastlayan dönemde yapılan çalışmadır. Gece çalışmaları ve gece çalışma sürelerine ilişkin düzenleme İşK.m.69'da öngörülmüştür. Buna göre, çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken sabah 06.00'ya kadar geçen ve her hâlde en fazla on bir saat süren dönemidir. İşçilerin gece çalışmaları yedi buçuk saati geçemez. Ancak, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir (İşK.m.69).

Bir çalışmanın bir kısmı gece, bir kısmı gündüze denk geliyorsa hangi süre fazla ise o tür çalışma kabul edilir. Eşitlik hâlinde ise, yapılan çalışmanın gece çalışması olarak kabul edilmesi işçi lehine yorum ilkesinin bir sonucudur.

İşçilerin gece çalışmaları yedi buçuk saati geçemez (İşK.m.69/3). Dolayısıyla işçilere gece döneminde olağan sebeplerle fazla çalıştırma yaptırılması da yasaktır (FÇY.m.7/b). Yine; Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliğinde belirtilen işlerde çalışma, gece döneminde de yerine getirilebilir. Bunun gibi, çocuk işçiler ile kadın işçilerin gece dönemindeki çalışmalarına yönelik mevzuatta kısıtlamalar vardır. Yine, gece dönemindeki işçi postalarında, 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmaları da yasaktır (PHÇHY.m.5).

Bu arada işyerinde kesintisiz bir biçimde yirmi dört saatlik çalışma yaptırılabilir. Ancak bu takdirde, farklı işçiler çalıştırılmalıdır. İşin niteliği dolayısıyla sürekli faaliyet gösteren işyerlerinde yirmi dört saatlik dönem içinde en az üç işçi postası çalıştırılacak biçimde düzenleme yapılması gereklidir. Bununla birlikte, sürekli faaliyet göstermeyen işyerlerinde böyle bir zorunluluk yoktur. Postalar hâlinde işçi bir hafta gece çalıştıktan sonra bir hafta gündüz çalıştırılmalıdır. Ancak, iki haftalık nöbetleşme de düzenlenebilir. İşçiler her bir posta değişiminden sonra en az on bir saat dinlendirilmeden çalıştırılamazlar (PHÇHY.m.9). Yine, işçilere haftanın bir gününde yirmi dört saatten az olmamak üzere, nöbetleşe hafta tatili verilmesi de zorunludur (PHÇHY.m.11).

E. Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşlerinde Çalışma

İşyerinde asıl işin yapılması için bir takım hazırlık, temizlik ve tamamlama işine ihtiyaç duyulabilir. Yine sağlık ve güvenlik yönünden de birtakım işlerin yapılması gerekebilir. Örneğin, işyerindeki araç ve gerecin günlük bakım ve temizliği, ocakların ve fırının yakılması, ısıtılması ve soğutulması, ameliyathanenin hazırlanması böyle işlerdendir. İşte, böyle işyerinde söz konusu işin yapılması için çalışma saatlerinden önce veya sonra yapılması gerekli olan işlere, ***hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri*** denir (İşK.m.70). Bu işler ve çalışma koşullarını düzenleyen Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği de yürürlüğe girmiştir. Yalnız bu Yönetmelik her durumda uygulanmaz. Bir kere, söz konusu işler için özel olarak işçi istihdam ediliyorsa artık bu Yönetmelik uygulanamaz. Yönetmelik, ancak bu işlerin işyerindeki asıl işte çalışan işçilerce yapılması durumunda uygulanır

(HTTİY.m.2/2). Aslında, mevcut işler, asıl işlerden ayrı olarak yalnızca bu işleri yapmak üzere işe alınmış işçiler tarafından yapılırsa, herhangi bir özellik söz konusu değildir.

Bu tür işlerde çalıştırılacak işçilerin sayısı işyerinde bulunan işçilerin sayısıyla orantılı bir biçimde tespit edilmiştir. Buna göre, söz konusu işlerde istihdamı zorunlu işçi sayısı 3-10 iken, işyerinde 100'den fazla işçi çalıştırılması durumunda bu işlerde çalıştırılacak işçilerin azamî sayısı toplam işçi sayısının %10'undan fazla olamaz (HTTİY.m.6). Yine, nöbetleşe çalışmak esastır. Ancak işin özelliği gereği, belirli vasıfları taşıyan işçilerin çalıştırılmaları gerekiyorsa ve nöbetleşe çalışmaya yetecek eleman yoksa aynı işçiler çalıştırılabilir (HTTİY.m.9).

Bir işyerinde hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri de dahil olmak üzere, günlük çalışma süresi on bir saati aşamaz. Günlük normal çalışma süresi dışında yapılan hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri ile yapılan fazla çalışma sürelerinin toplamı da yılda iki yüz yetmiş saati geçemez (HTTİY.m.12). Yine, hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri yaptırılmak üzere ayrılmış olan işçilerin, bu işlere ayrılan saatlerde, herhangi bir başka işte çalıştırılmaları da yasaktır (HTTİY.m.14). Asıl işten sonra işçilerin en az yarım saat dinlendirilmeleri bir zorunluluktur. Ancak, teknik bir sakınca varsa çalışmaya ara verilemez. Buradaki dinlenme süresi çalışma süresinden sayılmaz (HTTİY.m.10).

Söz konusu işlerde ücret, fazla çalışma ücreti gibi saat başına düşen ücret yüzde elli artırılarak belirlenir (HTTİY.m.15). Belirtmekte yarar vardır ki, günde en çok yedi buçuk veya daha az saat çalışılması gereken işlerde hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinin asıl işçilere yaptırılması durumunda, çalışma süresi belirlenmiş olan bu süreleri aşamaz (HTTİY.m.11).

F. Telâfi Çalışması

Telâfi çalışması, 4857 sayılı Kanun'la getirilmiş bir çalışma biçimidir. Zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzeri nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil

edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hâllerinde işveren iki ay içinde çalışılmayan süreler için telâfi çalışması yaptırabilir (İşK.m.64). Özellikle telâfi çalışmasına başvurmakla iki tatil günü arasına rastlayan bir çalışma döneminin de tatil edilmesi, daha sonra çalışılmayan bu sürenin telâfi edilmesi söz konusudur. Örneğin hafta içerisinde dört buçuk günlük Kurban Bayramı tatilinde, işverenin çalışılması gereken yarım günü tatil etmesi, ancak daha sonra bunun işçiler tarafından normal çalışma süresi sonrası telâfisi söz konusudur. Belirtelim ki, telâfi çalışmaları, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma da sayılmaz.

Telâfi çalışmaları için tarafların anlaşmalarına ve işçinin muvafakatine gerek yoktur. Bu çalışma işveren tarafından tek taraflı olarak yaptırılabilir. Ayrıca, telâfi çalışması yapılacak zamanı belirleme yetkisi de işverene aittir.

Telâfi çalışmaları günlük en çok çalışma süresini (***on bir saati***) aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz. Örneğin işyerinde günlük çalışma süresi yedi buçuk saatse bir günde en fazla üç saat, günlük çalışma süresi dokuz saatse, en fazla iki saat telâfi çalışması yaptırılabilir. Yine, telâfi çalışmaları tatil günlerine de denk getirilemez. (İşK.m.64/2). Bu arada işveren dört ay içinde çalışılmayan süreler için telâfi çalışması yaptırabilir.

Söz konusu kurallara aykırılığın müeyyidesi idarî para cezasıdır (İşK.m.104/2).

! Koronavirüs Döneminde Telâfi Çalışması

25 Mart 2020 tarih ve 7726 sayılı Kanun ile telâfi çalışmasının düzenlendiği İşK. m.64'te değişiklik yapılmış ve iki aylık telâfi çalışma süresi dört aya uzatılmış, yine Cumhurbaşkanı'na bu süreyi iki katına kadar artırma yetkisi de verilmiştir. Bu değişiklikten hareketle telâfi çalışmasına; zorlayıcı sebeple işin durması karşısında uygulamada öncelik tanındığı söylenebilir. Ancak günlük on bir saati aşmamak üzere en fazla üç saat uygulanabilecek olan telâfi çalışması, niteliği gereği kısa süreli faaliyet durması durumlarına özgü olduğundan; sokağa çıkma yasağının haftalarca sürmesi sebebiyle işin uzun süreli durması gibi durumlar karşısında çözüm sunamayabilecektir.

İsviçre hukukunda telâfi çalışması için işçinin onayı gerekse de Hukukumuzda telâfi çalışmasında işçinin rızasının aranmaması bu kurumun pandemi sürecinde işlerlik kazanmasında rol oynayan etmenlerdendir. Ancak telâfi çalışması için yasada sayılı hâllerden birinin gerçekleşmesi gereklidir. Sokağa çıkma kısıtlamaları ve karantina uygulamaları; zorunlu nedenle işin durması kapsamında telâfi çalışması yapmak için gerekli sebep oluşturabilir. Yine Kanun maddesindeki "benzer nedenler ifadesi" de bu durumu güçlendirmektedir.

İşçiden kaynaklanan bir zorlayıcı sebebin varlığı hâlinde ise örneğin 65 yaş üstü veya kronik rahatsızlığı olan işçi için işverenin telâfi çalışması yetkisi olup olmadığı Kanun'daki 'benzer nedenler' ifadesi sebebiyle tartışmalıdır. Bu ifadenin işin durması veya tatil edilmesi gibi durumlara bağlanması gerektiğinden hareketle, söz konusu hâlde işverenin telâfi çalışması yetkisi olmadığı söylenebilir. Ancak işçiden gelecek bir talep ile askı yerine ücretli izin uygulanması ve sonrasında bir kısım sürenin telâfi edilmesi de mümkündür.

Belirtmek gerekir ki pandemi nedeniyle işçiye yıllık izin kullandırılması hâlinde telâfi çalışması, dinlenme hakkını ihlâl edeceğinden mümkün olmaz. Nitekim İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.7'de de yasadan veya sözleşmelerden doğan izinlerin telâfi çalışması kapsamında değerlendirilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu hâlde kısa çalışma uygulaması sebebiyle de telâfi çalışması gündeme gelemez. Çünkü menfaat dengesi kapsamında, işveren ancak işçinin çalışmadığı bir dönemde kendi ödediği bir ücrete karşılık olarak çalışmanın telâfi edilmesini isteyebilir.

G. Kısa Çalışma

Kanun'da, işverenlerin özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işçilerini ücretsiz izne çıkarmaları veya iş ilişkisinin sona erdirilmesi durumlarında mağduriyetlerinin önlenmesi maksadıyla, işçilerin belirli bir süre kısa çalışma ödeneği alabilmelerine imkân tanınmıştır. Böylece, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hâllerinde, işyerinde üç

ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir. (İSK.Ek.m.2). Kısa çalışma, ekonomik kriz dönemlerinde işyerindeki işçilerin topluca işten çıkarılmasını engelleyici niteliğe sahiptir. Kısa çalışmaya ilişkin düzenlemeler 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda yer almaktadır. Ayrıca bu konuda Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Yönetmelik yürürlüğe konmuştur. Kısa çalışmanın ne anlama geldiği söz konusu yönetmelikte tanımlanmıştır. Buna göre, üç ayı geçmemek üzere 4447 sayılı Kanun'un Ek 2'nci maddesinde sayılan gerekçelerle işyerinde uygulanan çalışma süresi; işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmasını veya süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasını, kısa çalışma olarak kabul edilmektedir (m.3/1-ç).

Kısa çalışma yapılmasını talep eden işveren, Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasına yazılı bildirimde bulunur (Ek.m.2/2).

Yukarıda belirtilen nedenlerle işyerinde geçici olarak en az dört hafta işin durması veya kısa çalışma hâllerinde işçilere çalıştırılmadıkları süre için İşsizlik Sigortası Fonu'ndan kısa çalışma ödeneği ödenir. Kısa çalışma süresi, zorlayıcı sebebin devamı süresini ve herhâlde üç ayı aşamaz. Kısa çalışma ödeneğinin süresini altı aya kadar uzatmaya ve işsizlik ödeneğinden mahsup edilip edilmeyeceğini belirlemeye Cumhurbaşkanı yetkilidir (Ek m.2/6). İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi gerekir.

Günlük kısa çalışma ödeneği; sigortalının son on iki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının %60'ıdır (Ek m.2/4). Kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülür.

Zorlayıcı sebeplerle işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durması hâlinde, kısa çalışma ödeneği ödemeleri bir haftalık süreden sonra başlar.

!Pandemi Döneminde Kısa Çalışma Uygulaması ve Ödeneği

Pandemi, işyerinde faaliyetin sürdürebilmesi bakımından bir zorlayıcı sebep niteliğindedir. Zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması durumunda işverenin başvurabileceği başlıca yollardan biri, kısa çalışma uygulamasıdır. İşletmelerin varlığını koruyabilmesi, işçilerin gelir kaybının azaltılması ve işverenlerin ekonomik olarak biraz da olsa refaha kavuşması için bu dönemde kısa çalışma uygulamasına başvurulmaktadır.

İşverenin kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilmesi için kısa çalışma talebinin uygun görülmesi ve işçinin fesih dışındaki işsizlik sigortasına hak kazanma koşullarını sağlaması gerekir. Ancak 4447 sayılı Kanun'a eklenen geçici 23'üncü madde ile 30/06/2020 tarihine kadar geçerli olmak üzere koronavirüs pandemisi sebebiyle yapılan kısa çalışmalarda, kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 60 gün hizmet akdine tâbi olanlardan son üç yıl içinde 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödenmiş olmak şartını sağlayanlara kısa çalışma ödemesinin yapılacağı düzenlenmiştir. Bu koşulu sağlamayanlar ise, kısa çalışma süresini geçmemek şartıyla işsizlik ödeneği hak sahipliğinden kalan süre ile sınırlı olarak kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilecektir.

Geçici madde kapsamında kısa çalışma uygulamasından faydalanabilmek için, kısa çalışma uygulanan dönemde ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hâller ve benzeri durumlardan kaynaklanan haklı nedenle fesih durumu hariç işyerinde işveren tarafından işçi çıkarılmamalıdır. Ayrıca bu madde kapsamında işverence yapılan kısa çalışma başvurularının, uygunluk tespiti hariç olarak başvuru tarihinden itibaren 60 gün içinde sonuçlandırılacağı da düzenleme altına alınmıştır.

4447 sayılı Kanun'un geçici 25'inci maddesine göre, koronavirüs dolayısıyla zorlayıcı sebep gerekçesiyle işverence yapılan kısa çalışma başvurularında uygunluk tespitinin tamamlanması beklenmeksizin işverenin beyanına dayanarak işçiye kısa çalışma ödemesi yapılır. İşverenin hatalı bilgilendirmesi nedeniyle fazla ve yersiz ödeme yapılması durumunda ise bu ödemeler işverenden yasal faizi ile birlikte tahsil edilir.

Hükmün son fıkrasında yapılan son değişiklik ile Cumhurbaşkanı 30/06/2021 tarihine kadar bu madde kapsamında yapılan kısa çalışma başvuru tarihini ve kısa çalışma ödeneğinin süresini uzatmaya yetkili kılınmıştır. Pandeminin ülkedeki etkilerinin değerlendirilmesiyle hükümdeki süre sınırı dönem dönem değiştirilmekte, uzatılmaktadır.

İşyerinde kısa çalışma uygulaması sürecinde iş sözleşmesi askıda kalmakta, işçi iş görme, işveren ise ücret ödeme borcunu yerine getirmemektedir. 4857 sayılı İş Kanunu madde 40 hükmüne göre işveren kısa çalışma ödeneğine başvuru tarihinden itibaren bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödeyecek, daha sonra ücret ödeme borcu ortadan kalkacaktır. Ancak bu dönemde işçinin sadakat borcu, işverenin işçiyi gözetme borcu gibi yan borçlar varlığını sürdürmektedir. Ayrıca kısa çalışma süresi kıdem ve ihbar tazminatına esas hizmet sürelerine ve yıllık ücretli izin hakkına eklenecektir.

II. Dinlenme Süreleri

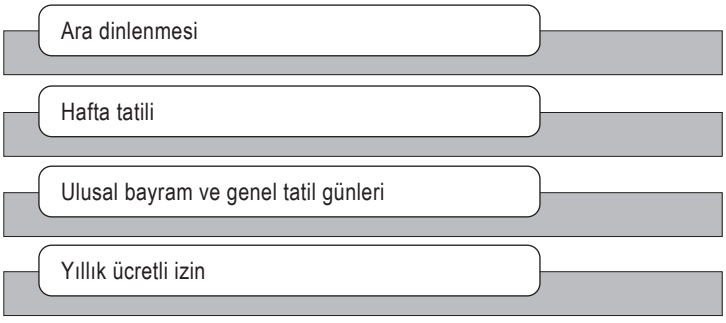
A. Genel Olarak

İşçinin dinlenme hakkı Anayasa'da öngörülmüş ve düzenlenmiş bir haktır. Dolayısıyla söz konusu dönemde işçinin çalıştırılmaması ve dinlendirilmesi esastır. Nitekim Anayasa'ya göre, dinlenmek, çalışanların hakkıdır, ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir (AY.m.50/3 ve 4). Bu arada İşK.m.45'e göre de toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerine hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerde işçilere tanınan haklara, ücretli izinlere ve yüzde usûlü ile çalışan işçilerin bu Kanun'la tanınan haklarına aykırı hükümler konulamaz. Bu hususlarda işçilere daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan Kanun'da, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya gelenekten doğan kazanılmış haklar saklıdır.

> "*Görüldüğü üzere, işçilerin dinlenme hakkı Anayasa ile güvence altına alınmış Yine Anayasa'nın 50. maddesinde dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu belirtildikten sonra yıllık izin, hafta tatili ve bayram tatili hakları ayrıca vurgulanmıştır. Gerçekten de kişinin hiç dinlenmeden sürekli biçimde çalışması gerek beden ve ruh sağlığı gerekse sosyal, kültürel ve toplumsal birliktelik açısından olumsuz*

sonuçlara yol açacaktır. Bu yüzdendir ki, çalışanları yorgunluk ve onun beraberinde getireceği dikkatsizlik sonucu uğrayabilecekleri iş kazalarından korumak, çalışanların bedensel ve ruhsal olarak dinlenmelerini, toplumsal yaşamda var olmalarını sağlamak, iş yaşamında verimin ve kalitenin yükseltilmesi gibi birçok sebeple çalışanın yıllık izin, hafta tatili ve bayram tatili haklarını ve gün içinde ara dinlenmelerini tam olarak kullanabilmeleri oldukça önemlidir. Ayrıca Anayasa'nın 50. maddesinde ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceği belirtilmiş olup, 4857 sayılı İş Kanununda *ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma yapılmadığı takdirde işçiye bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretlerinin tam olarak ödeneceği, tatil yapmayarak çalışılması durumunda ise ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücretinin ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Yine aynı Kanunun 45. maddesinde ise toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerine hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerde işçilere tanınan haklara, ücretli izinlere aykırı hükümler konulamayacağı düzenlenmesi getirilerek işçinin bu hakları güvence altına alınmış, diğer taraftan işçi lehine hak ve menfaatler sağlayan kanun ve sözleşmelerden doğan kazanılmış haklar saklı tutulmuştur*" (YHGK 01.03.2017, E.2014/22-2126 K.2017/371).

İş Kanunu'nda düzenlenmiş dinlenme süreleri; ara dinlenmesi, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri ile yıllık ücretli izin süreleridir.



B. Ara Dinlenmesi

İş Kanunu, günlük çalışma süresi içinde işçiye dinlenmesi ve yemek, içmek gibi ihtiyaçlarını giderebilmesi için ara dinlenmesi verilmesini zorunlu tutmuştur. Ara dinlenmesi kural olarak çalışma zamanının ortasında ve aralıksız olarak kullandırılır. Bununla birlikte o yerin örf ve âdeti ve işin niteliğine göre sözleşmeler ile aralı bir biçimde ve çalışma zamanının farklı bir bölümünde de ara dinlenmesi verilebilir. Ara dinlenme süreleri işyerindeki çalışma sürelerine göre artan bir biçimde tespit edilmiştir.

Dört saat veya daha kısa süreli işlerde	On beş dakika
Dört saatten fazla ve yedi buçuk saate kadar (yedi buçuk saat dahil) süreli işlerde	Yarım saat
Yedi buçuk saatten fazla süreli işlerde	Bir saat ara dinlenmesi verilir (İşK.m.68/1).

Öngörülen bu süreler, asgarî olup sözleşmeler ile artırılabilir.

Ara dinlenmesi, işyerinde fazla çalışma yapılması durumunda veya hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinde de söz konusu olabilir. Hepsinde ortak olan nokta, ara dinlenmesi sürelerinin çalışma süresinden sayılmamasıdır. Bunun bir sonucu olarak ara dinlenmeleri için işveren işçiye ücret ödemek borcu altında değildir. Belirtelim ki yeni bir düzenleme olarak İş Kanunu, ara dinlenmelerinin işçilere aynı veya değişik saatlerde kullandırılabilmesine de imkân tanımıştır (İşK.m.68/4).

İşçi ara dinlenmesi içinde çalışmaya zorlanamaz. Ara dinlenmesini uygulamamanın müeyyidesi olarak, İş Kanunu'nda idarî para cezası öngörülmüştür (İşK.m.140).

Ara dinlenmesinden başka, işyerinde sözleşmelerle ücret kesintisi yapılmaksızın işçilere çay, süt gibi içecekler veya sigara içmelerine imkân sağlayan paydos veya dinlenme süreleri de verilebilir. Kural olarak bu süreler çalışma süresinden sayılmaz.

C. Hafta Tatili

1. Genel Olarak

Hafta tatiline ilişkin düzenlemeler, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun ile İş Kanunu'nda bulunmaktadır. Daha önce 1924 tarihli Hafta Tatili Hakkında Kanun'da da hükümler bulunmaktaydı, ancak 1924 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun, 7033 sayılı Kanun ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

İş Kanunu uyarınca, Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63'üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verilir (m.46/1). Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu'na göre de işveren, işçiye her hafta, kural olarak pazar günü veya durum ve koşullar buna imkân vermezse, bir tam çalışma günü tatil vermekle yükümlüdür (m.421/1).

İşçinin hafta tatilinden yararlanabilmesi için şu şartlar gerekir:

(i) Hafta tatili kural olarak pazar günü kullanılır (UBGTHK.m.3). Ancak pazar günü hafta tatili kullandırılması durum ve koşullar gereği mümkün olmazsa, başka bir çalışma günü tatil olarak kullandırılmalıdır (TBK.m.421/1). Postalar hâlinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerde, işçilere, haftanın bir gününde 24 saatten az olmamak üzere ve nöbetleşme yolu ile hafta tatili verilmesi zorunludur (PHÇHY.m.11).

İş Kanunu uygulamasında cumartesi günü iş gününden sayılır ve o gün için tatil ücreti ödenmez.

(ii) İşçinin hafta tatilinden yararlanabilmesi için haftanın çalışılması gereken diğer günlerinde çalışması gerekir. İş Kanunu'na göre, Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önceki iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verilir.

Hafta tatili izni kesintisiz yirmi dört saattir. Bu süreden daha az hafta tatili izni verilmesi hâlinde, hafta tatili hiç kullandırılmamış sayılır (Yarg.

9.HD. 11.11.2020, E.2017/17923 K.2020/15856). Pandemi süresi içerisinde işçinin uzaktan çalışması hâlinde, işçiye hafta tatilinin kesintisiz yirmi dört saat sağlanıp sağlanmadığının tespiti oldukça zordur. Ancak kanaatimizce, uzaktan çalışma yapan işçinin haftalık dinlenme hakkını kullanması sırasında bir e-posta gönderme ya da aramaya cevap vermesi hakkının kendisine sağlanmadığı anlamına gelmez. Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir (İşK.m.46/1 ve 2).

Hafta tatiline hak kazanmak için Kanun bazı durumları çalışılmış gibi kabul etmektedir. Gerçekten, çalışılmadığı hâlde kanunen çalışma süresinden sayılan zamanlar (İşK.m.66) ile günlük ücret ödenen veya ödenmeyen, kanundan veya sözleşmeden doğan tatil günleri, evlenmelerde üç güne kadar, ana veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri, bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerle hekim raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinleri, çalışılmış günler gibi hesaba katılır (İşK.m.46/3). Yine, zorlayıcı ve ekonomik bir sebep olmadan işyerindeki çalışmanın haftanın bir veya birkaç gününde işveren tarafından tatil edilmesi hâlinde haftanın çalışılmayan günleri ücretli hafta tatiline hak kazanmak için çalışılmış sayılır (İşK.m.46/4).

Hafta tatilinde çalıştırıldığını iddia eden işçi bunu ispatlamak zorundadır. Ayrıca bu çalışmanın karşılığında ücretinin ödendiğini de işveren ispatlamalıdır.

Yargıtay'a göre, kısmî süreli iş sözleşmesine dayalı çalışmalarda hafta tatili ücretine hak kazanılamaz (Yarg. 22.HD. 08.06.2020, E.2017/29375 K.2020/6031). Ancak burada kısmî süreli çalışmanın nasıl yapıldığı önem arz etmelidir. Eğer işçi haftanın her günü belirli saatlerde çalışıyorsa, hafta tatiline hak kazanmalıdır. Fakat haftanın sadece iki ya da üç günü çalışan işçinin hafta tatili hakkı olmamalıdır.

Hafta tatili, niteliği gereği toplu kullandırılamaz. Ancak Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi 2015 yılında verdiği bir kararında; "*Hafta tatili alacağı açısından, dava dilekçesinde, "davacının haftada 7 gün çalıştığından ayda 4 gün dinlendirildiği, davalının her ay Pazar çalışmalarına karşılık olarak rutin 4 gün izin kullandırdığı" beyan edilmiştir. Bu nedenle kullandırıldığı anlaşılan hafta tatili alacağı talebinin reddi yerine kabulü hatalıdır*"

(Yarg. 9.HD. 27.10.2015, E.2014/17105 K.2015/30145) ifadelerine yer vererek hafta tatilinin toplu kullanımına cevaz vermiştir. Bununla birlikte, Yargıtay yakın tarihli başka kararlarında toplu kullanımın Anayasa'ya uygun olmadığı görüşünü benimsemiştir (Yarg. 9.HD. 13.11.2019, E.2017/12614 K.2019/19827; Yarg. 22.HD. 25.06.2019, E.2017/23017 K.2019/14055).

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi ile 9'uncu Hukuk Dairesi'nin birleşmesinden sonra alınan ilke kararına göre; "*Uygulamada genellikle işçinin yerleşim yerinin uzağında bir işyerinde çalışması hâlinde hafta tatilinin ay içinde toplu olarak kullandırıldığı bilinmektedir. Bu tür bir uygulama için işçinin rızası alınmış olsa bile hafta tatilinin usûlüne uygun kullandırıldığından söz edilemez. Başka bir anlatımla hafta tatilinin toplu olarak kullandırılması haftalık dinlenme hakkının özüne aykırı olup, işçinin rızası sonucu değiştirmez. Hafta tatilinin ay içinde toplu olarak kullandırılması hâlinde sadece bir hafta tatilinin usûlüne uygun kullandırıldığı kabul edilebilir. Örneğin, yerleşim yeri uzağında olan bir şantiyede çalışan işçiye hafta tatili ayda dört gün toplu olarak kullandırıldığında ilk izin günü, çalışılan son haftanın dinlenme hakkı yerine geçecek, diğer üç gün hafta tatili kullanma anlamında değerlendirilmeyecektir. Usûlüne uygun kullandırılmadığı kabul edilen hafta tatillerinde yapılan çalışma karşılığı ücretin %50 zamlı olarak hesaplanması gerekir. Bununla birlikte, işyerinin konumu ve işçinin isteğiyle gerçekleşen böyle bir uygulamada, hafta tatili olarak değerlendirilmeyen süreler için ödenen ücretin mahsup edilmesi hakkaniyete uygun düşer*".

2. Hafta Tatili Ücreti

İşK.m.46/2 hafta tatili ücretinin bir iş karşılığı olmaksızın ödenmesi gerektiğini belirlemiştir. Buna göre, hafta tatili ücreti, işçinin çalıştığı günlere göre bir güne düşen ücretidir; işçi saat başına çalışıyorsa bu ücretin 7,5 ile çarpımıyla, haftalık ücret alınıyorsa, bu ücretin çalışılan günlere bölünmesi suretiyle belirlenir (İşK.m.49). Parça başına, akort, götürü veya yüzde usûlü ile çalışan işçilerin tatil günü ücreti, ödeme döneminde kazandığı ücretin aynı süre içinde çalıştığı günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır. Yüzde usûlünün uygulandığı işyerlerinde bu ücret, işveren tarafından verilir. Burada işverenin ödeyeceği hafta tatili ücreti, işçinin o hafta içinde elde ettiği yüzde ücretlerinin işyerinde çalışılan günlere bölünmesi ile elde edilen günlük ücret olmalıdır.

Hafta tatili ücreti çıplak ücret üzerinden ödenir. Fazla çalışma karşılığı olarak alınan ücretler, primler, işyerinin temelli işçisi olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler ve sosyal yardımlar, ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretlerin tespitinde hesaba katılmaz (İşK.m.50).

Maktu aylıklı işçilerin (mazeretli olunan günlerde dahi, ücrette bir indirim söz konusu olmaksızın ücret alan işçilerin) ücretlerinin içerisinde hafta tatili ücreti de bulunduğu için, bunlara ayrıca hafta tatili ücreti verilmez.

Belirtelim ki, İşK.m.48 gereğince, işçilere geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi gerektiği zamanlarda geçici iş göremezlik süresine rastlayan ulusal bayram, genel tatil ve hafta tatilleri, ödeme yapılan kurum veya sandıklar tarafından geçici iş göremezlik ölçüsü üzerinden ödenir. Hastalık nedeni ile çalışılmayan günlerde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneği aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edilir. Böylelikle, maktu aylıklı işçiler için Kurumun sağlamış olduğu, geçici iş göremezlik ödeneği işçinin ücretinden mahsup edilir, geriye kalan kısım işveren tarafından ödenir. İş Kanunu, söz konusu hükmü ile çifte ödemeyi engellemektedir. Buna karşılık taraflar sözleşmelere koyacakları hükümlerle, işçinin hem geçici iş göremezlik ödeneğini hem de işverenden aylığını almasını da öngörebilirler.

İşçinin hafta tatilinde dinlenmeyip çalışması durumunda bu çalışma, fazla çalışma olarak nitelendirilmelidir. Hemen belirtelim ki, işçinin hafta tatilinde fazla çalışmaya zorlanması mümkün değildir. Hafta tatilinde tatil yapmayarak işyerine gelerek çalışan işçi, normal çalışma ücretinin iki buçuk katını alır (Yarg. 9.HD. 28.10.2020, E.2017/17370 K.2020/13839). Şöyle ki, bu ücretin içerisinde haftanın altı iş günü çalıştığı için pazar günü hafta tatili olması nedeniyle, hafta tatili ücreti, tatil yapmayarak çalıştığı için bu çalışmanın karşılığı ücret, nihayet yasal çalışma süresi olan kırk beş saat aşıldığı için çalışılan süreye ait ücretin %50 artırılması söz konusudur.

Maktu aylıklı bir işçinin ise hafta tatilinde çalışması hâlinde, ücretinin içerisinde hafta tatili ücreti bulunduğu için çalıştığı süreye ait ücret %50 artırılarak kendisine ödenir.

İş sözleşmesine hafta tatili ücretinin de işçinin temel ücretine dahil olduğu şeklinde ibareler eklenmesi geçerli değildir. *"Dava dilekçesi ekindeki liste buna göre değerlendirildiğinde davacının haftada 7 gün çalıştığının kabul edilmesi için birbirini takip eden cumartesi ve pazar günlerinde çalıştığının saptanması gerekir. Örneklemek gerekir ise davacı 18/08/2007 tarihinde 6. gün olan cumartesi, 19/08/2007 tarihinde 7. gün olan pazar günü çalışmıştır. Ayrıca bu listede ulusal bayram genel tatil günlerine denk gelen günler de tek tek belirtilmiştir. Diğer yandan şunu da belirtmek gerekir ki; Anayasal dinlenme hakkı kapsamında olan ve bu nedenle yasak çalışma kapsamına giren hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil çalışmalarının aylık ücrete dahil olduğu hakkındaki sözleşme hükmü geçersizdir. Mahkeme tarafından yapılacak iş, dava dilekçesi ekindeki listenin yukardaki örneklemeye göre denetlenerek, hafta tatili çalışması ile ulusal bayram genel tatil çalışması yapılan günler saptanarak hafta tatili çalışması ile ulusal bayram genel tatil çalışması ücretlerini hüküm altına almaktır"* (Yarg. 9.HD. 29.03.2018, E.2018/2411 K.2018/6965).

Hafta tatili ücretinin tanıkla ispat edilmesi durumunda hâkim tarafından bir indirim yapılabilmektedir. "*Nitekim fazla çalışma iddiasının takdiri delil ile kanıtlanması durumunda indirim yapılması gerekeceği hususu Hukuk Genel Kurulunun…kararlarında da aynen benimsenmiştir. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut uyuşmazlık incelendiğinde, hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacı tanıklarının beyanlarına göre yurt içi tanker şoförü olarak çalışan davacının hafta tatili kullanmadığı, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde de çalışma yaptığı kabul edilerek hesaplama yapıldığı, mahkemece hesaplanan bu miktarlar üzerinden 1/2 oranında indirim yapılarak anılı alacakların hüküm altına alındığı anlaşılmıştır. Tatil günlerinde çalışma olgusu yazılı belge ile değil tanık beyanları ile kanıtlandığından indirim yapılmasında bir yanlışlık yoktur. Ancak indirim oranının 1/2 olarak belirlenmesi Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması ile bağdaşmadığı gibi davacının hakkına ulaşmasına engel teşkil edecek nitelikte fazla olduğundan isabetsizdir*" (YHGK 07.02.2018, E.2015/9-3555 K.2018/184).

D. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri

1. Genel Olarak

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun ulusal bayram ve genel tatil günlerini belirlemiştir. 2429 sayılı Kanun m.1'e göre, Cumhuriyet'in ilan edildiği 29 Ekim günü ulusal bayramdır ve 28 Ekim günü saat 13'ten itibaren başlar ve 29 Ekim günü devam eder. Kanun'da genel tatil günleri de belirlenmiştir. Buna göre, 23 Nisan günü (Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı), 19 Mayıs günü (Atatürk'ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı), 30 Ağustos günü (Zafer Bayramı) resmî bayram günleridir. Dinî bayramlar da Ramazan Bayramı (Arife günü saat 13.00'ten itibaren 3,5 gün) ve Kurban Bayramı'dır (Arife günü saat 13.00'ten itibaren 4,5 gün). Nihayet yılbaşı günü (1 Ocak), Emek ve dayanışma günü (1 Mayıs) ve 15 Temmuz (Demokrasi ve Milli Birlik Günü) da genel tatil günlerinden sayılır (m.2).

Kamu kuruluşları, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde tatil edilir (UBGTHK.m.2/3). Özel işyerlerinde ise, yalnızca 29 Ekim günü kural olarak çalışmak yasaktır (UBGTHK.m.2/son). Bunun dışındaki tatil günlerinde çalışma yükümlülüğü sözleşme ile kararlaştırılabilir.

Ancak İş Kanunu'nun düzenlemesi karşısında özel işyerlerinde sözleşme ile kararlaştırma yapmak durumunda 29 Ekim günü de çalışma yapılabilir. Dolayısıyla 29 Ekim'de özel işyerlerinin kapatılmasına ilişkin düzenlemenin İş Kanunu kapsamında yer almayan işyerleri için söz konusu olabileceğini belirtelim. Gerçekten, İş Kanunu'nun *"Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır. Sözleşmelerde hüküm bulunmaması hâlinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gereklidir"* (m.44), düzenlemesinde ulusal bayram ve genel tatil günleri arasında bir ayrım yapılmamıştır. Bununla birlikte ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma yapılabilmesi için işçinin muvafakati gereklidir. Muvafakati olmayan işçinin çalıştırılabilmesi ise mümkün değildir.

2. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti

Ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde işçiler çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa, ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir

(İşK.m.47/1). Yüzde usûlünün uygulandığı işyerlerinde işçilerin ulusal bayram ve genel tatil ücretleri tıpkı hafta tatilinde olduğu gibi, burada da işverenleri tarafından ödenir (İşK.m.44/2, m.47). Miktar yine haftanın diğer günlerinde çalışılarak toplanan miktarın çalışılan güne bölünmesi suretiyle bulunur. Belirtilmesi gereken bir durum da hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatillerin çakışması durumunda işçi tek bir ücrete hak kazanır. Bayram günlerinde çalıştığının ispat yükü işçidedir. Bununla birlikte bu çalışmanın karşılığı olan ücretin ödendiğinin ispat yükü de işverendedir.

Ücret çıplak ücret üzerinden hesaplanır (İşK.m.50). Maktu aylıklı ücretle çalışan işçi, ücretinin içerisinde ulusal bayram ve genel tatil günü ücreti bulunduğu için, ayrıca bir ücret talep edemez (İşK.m.49/son). Bayram ve genel tatil ücretleri, ait olduğu dönem ücreti üzerinden hesaplanır.

Bayram ve genel tatil ücretlerinin işçinin temel ücretine dahil olduğu yönündeki sözleşme kayıtları geçersizdir. Zira belirtilen tatiller işçilerin Anayasal dinlenme hakkının bir sonucudur. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.

İmzalı bordrolarda tahakkuk bulunması hâlinde işçi daha fazla bayram ve genel tatil ücreti alacağını iddia ediyorsa, bunu yazılı delil ile ispatlamak zorundadır.

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin aldığı ilke kararına göre; "Ç*alışma sürelerinin ispatı noktasında işverene karşı dava açan tanıkların beyanlarına ihtiyatla yaklaşılması gerekir. Fazla çalışma, hafta ve genel tatili alacaklarının ispatında salt husumetli tanık beyanlarıyla sonuca gidilemez. Bununla birlikte yan delil ya da olgularla desteklenen husumetli tanık beyanlarına itibar edilmelidir. Bu çerçevede; işin ve işyerinin özellikleri, davalı tanıklarının anlatımları, iş müfettişinin düzenlediği tutanak veya raporlar ve aynı çalışma dönemi ile ilgili olarak söz konusu alacakların varlığına ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararları gibi hususlar yan delil ya da olgular olarak değerlendirilebilir*".

Yabancılık unsurlu sözleşmelerde işçiye tatil ücretinin ödenip ödenmeyeceği hususunda Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin aldığı ilke kararına göre; "*Yurt dışında Türk firmasına ait işyerinde çalışan Türk işçisi ile işvereni arasındaki uyuşmazlıklarda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku*

Hakkında Kanunu'nun 27.maddesi uyarınca milli hukukun uygulanması söz konusu olduğunda yabancı ülke mevzuatına göre milli ve dini tatil günleri için çalışma karşılığı olmaksızın ücret ödenen işçiye ayrıca Türk mevzuatı uyarınca milli ve dini bayram ücretinin ödenmesi mükerrer yararlanmaya yol açar. Bu nedenle, yabancı ülke mevzuatı uyarınca ödenmiş olan tatil ücretleri, Türk mevzuatının öngördüğü ulusal bayram ve genel tatil günlerindeki çalışma karşılığı olarak hesaplanan ücretten mahsup edilmelidir".

Fazla çalışma, hafta tatili ücretinde olduğu gibi, bayram ve genel tatil ücretlerinde de indirim söz konusu olduğundan, hâkimin ne oranda indirim yapacağını bilemeyecek olan işçi belirsiz alacak davası yoluna başvurabilir. Yargıtay'a göre; "*Fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil alacakları yönünden, davacı haftada kaç saat fazla çalışma yaptığını ve genel tatillerde çalıştığını belirleyebilmekte ise de hâkimin hesaplanan miktardan hangi oranda takdiri indirim yapacağını bilebilecek durumda değildir. Bu sebeple fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil alacakları belirsiz alacak ve tespit davasına konu edinebilir*". (Yarg. 22.HD. 22.10.2018, E.2018/10720 K.2018/22792).

Yabancılık unsurlu iş sözleşmelerinde; tatiller ve tatil ücretlerine, yıllık izin ücretlerine ilişkin hükümler doğrudan uygulanan kural niteliği taşır mı?

Tatiller ve tatil ücretlerine ilişkin düzenlemeler, işverenin işçiyi koruma borcunun bir uzantısı niteliğindedir. İşçinin sağlıklı koşullarla çalışabilmesi ve daha verimli olabilmesi için dinlenme hakkını kullanabilmesi gerekir. Zikredilen günlerde çalışması gerektiğinde ise, bunun karşılığında kendisine ilâve bir ücret ödenmesi gerekir. **Ancak tatiller ve tatil ücretleri ile yıllık ücretli izine ilişkin düzenlemelerde, işçinin bireysel menfaatini korunması yanında ekonomik ve sosyal bir menfaatin de yer aldığını belirtmek hatalı olmaz. Bu nedenle tatiller ve tatillerde çalışma sebebiyle ödenecek ilâve ücrete ilişkin düzenlemeler, esasen doğrudan uygulanan kural niteliğindedir.**

Ancak, söz konusu kuralların amacı, diğer bir anlatımla düzenlemeyi hedeflediği alan ülkenin coğrafî sınırlarıdır. Yukarıda kavramsal açıklamalar yapılırken de vurgulandığı üzere, bir kuralın niteliği tespit edilirken amacına

bakılır ve zikredilen amaç aynı zamanda normun uygulama alanını belirler. Tatillere ilişkin bu tür hükümler, sonuçlarını ancak düzenlendikleri ülkede doğurur. **Kurallara ilişkin belirtilen ülkesellik gereğince, her ne kadar bu hükümler doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilse dahi, işin görüldüğü yerin bir başka ülke olması hâlinde uygulanamaz.** Diğer bir ifadeyle, tatil zamanlarına ilişkin söz konusu hükümlerin uygulama alanı, ancak ilgili ülkenin coğrafî sınırlarıdır.

Örneğin, *yabancı bir kimsenin* Türkiye'de işçi olarak çalışması hâlinde, 29 Ekim gününde çalıştırılması sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıkta, yabancılık unsuru içerse ve esasa yabancı bir hukuk uygulansa dahi, tatil zamanlarına ve ücretlerine ilişkin hükümler açısından Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'a bakılmaksızın Türk hukukunun ilgili düzenlemeleri doğrudan uygulanır. Ancak bir Türk işçi, dava Türkiye'de görülse bile, yabancı bir ülkede 29 Ekim gününde çalıştırıldığı gerekçesiyle Türk hukukundaki tatil düzenlemelerine istinaden bir talepte bulunamaz.

E. Yıllık Ücretli İzin

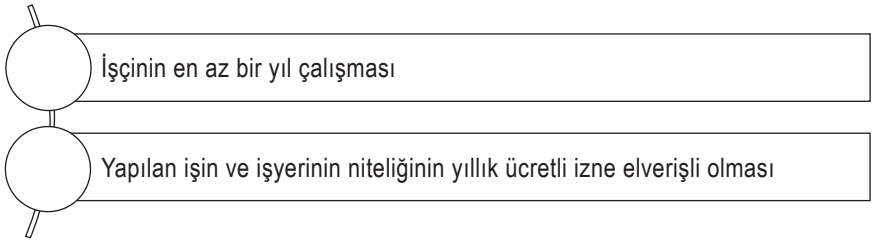
1. Genel Olarak

Yıllık ücretli izin, Anayasa tarafından teminat altına alınmış dinlenme hakkının bir görünümüdür. Gerçekten bir yıl boyunca çalışan işçiye işyerinden uzakta dinlenme hakkı verilmesi sosyal amaçlarla olduğu kadar, işçinin sağlığı açısından da önemlidir. Bu nedenle yıllık ücretli izin hakkı çalışma ilişkisi devam ederken ücrete dönüşmez ve bu haktan feragat edilemez. Eğer iş ilişkisi devam ederken işçiye yıllık ücretli izin yerine ücret ödeniyorsa bu, avans niteliğinde kabul edilmelidir.

> *"Yıllık izin hakkı anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez. İşçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında kullanmadığı yıllık izinlere ait ücreti istemesi mümkün değildir. Bu nedenle, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında izin hakkının bulunduğunun tespitini istemesinde hukukî menfaati vardır"* (YHGK 06.06.2018, E.2015/22-1769 K.2018/1182).

İşK.m.57 yıllık ücretli izne çıkan işçiye işveren tarafından söz konusu sürelere ilişkin ücretinin peşin olarak verileceğini belirtmiştir. Kısmî süreli veya çağrı üzerine çalışan işçilerin de yıllık ücretli izne hakları vardır. Bunlar, yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tâbi tutulamazlar. Bunlar için, yıllık izin süreleri ve izin ücretleri konusunda ayrım da yapılamaz. Yine bunlar, iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinlerini, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmî süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanırlar (YİY.m.13).

2. Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanma Şartları



a. İşçinin En Az Bir Yıl Çalışması

aa. Bekleme Süresi

İş Kanunu yılık ücretli izin hakkını işyerinde en az bir yıl çalışmış olanlara tanımıştır (m.53/1). Bu açıdan geçmesi gereken süreye, bekleme süresi denir. Bekleme süresi, işçinin fiilen işe başlama tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bu anlamda deneme süresi de hesaplamaya katılır. Bunun dışında sözleşme ilişkisinin belirli süreli olmasının da herhangi bir önemi yoktur. Yalnız belirtelim ki, işçi tam bir yıl çalıştıktan sonra bu hakkı kazanır. Bunun dışında bir yılı dolmayan süre için orantılı bir biçimde izin kullanılamaz. Zaten İşK.m.54/3'te işçinin gelecek izin hakkı için geçmesi gereken bir yıllık hizmet süresinin, bir önceki izin hakkının doğduğu günden başlayarak gelecek hizmet yılına doğru hesaplanacağı ifade edilmiştir.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından ihbar önellerine ait ücret peşin verilmek suretiyle sona erdirilmesi durumunda, sözleşme ihbar sürelerinin sonunda ortadan kalkacağından söz konusu süreler de bir yıla dahildir.

Ayrıca işe iade davasının kazanılmasından sonra işçinin işe başlatılmaması durumunda, boşta geçen süre (en fazla dört ay) yıllık izin süresinde dikkate alınır.

Nitelikleri itibariyle bir yıldan az süren mevsimlik işlerde veya kampanya işlerinde yıllık ücretli izin hakkı gündeme gelmez. Ancak Yargıtay, on bir aydan fazla süren mevsimlik işlerde yıllık ücretli izin hakkının olduğuna karar vermiştir (Yarg. 22.HD. 04.07.2017, E.2015/15590 K.2017/16095).

bb. Bekleme Süresinin Hesaplanması

Bekleme süresinin nasıl hesaplanacağı Kanun'da öngörülmüştür. Buna göre, yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır. Hesaplamada işçinin aynı işveren nezdinde İş Kanunu kapsamı dışında yapmış olduğu çalışmalar da birleştirilir (İşK.m.54/1). Örneğin, tarım işinde altı ay çalıştıktan sonra, aynı işverene ait bu sefer 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki alışveriş merkezinde çalışan işçi, ikinci altı ayı doldurduktan sonra yıllık izne hak kazanır. İki çalışma süresi birleştirilir. Yine, farklı kamu kurum ve kuruluşları içinde geçen iş süreleri de birleştirilir. Buradaki birleştirmenin amacı, işverenin nihayetinde Devlet olmasıdır. Gerçekten, aynı bakanlığa bağlı işyerleri ile aynı bakanlığa bağlı tüzel kişilerin işyerlerinde geçen süreler ve kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar veya bunlara bağlı işyerlerinde geçen süreler, işçinin yıllık ücretli izin hakkının hesaplanmasında göz önünde bulundurulur (İşK.m.54/son).

İşçinin bekleme süresi olan bir yıl içerisinde kesintili bir çalışma söz konusu ise, bu boşlukları karşılayacak kadar hizmet süresi eklenir ve bu suretle işçinin izin hakkını elde etmesi için gereken bir yıllık hizmet süresinin bitiş tarihi gelecek hizmet yılına aktarılır. İşçinin gelecek izin hakları için geçmesi gereken bir yıllık hizmet süresi, bir önceki izin hakkının doğduğu günden başlayarak gelecek hizmet yılına doğru hesaplanır. İşçi her hizmet yılına karşılık, yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanır (İşK.m.54/3-4).

İşyerinin el değiştirmesi veya başkasına devri gibi durumlarda mevcut iş sözleşmeleri bundan etkilenmediği için bekleme süresi bir bütün hâlinde

dikkate alınır (İşK.m.6). İş Kanunu'nda fiilen çalışılmasa da bazı süreler çalışılmış gibi kabul etmiştir (İşK.m.55). Bunlar arasında; işçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler (ancak işçinin kıdemine bağlı ihbar süresine altı hafta eklenecek süre aşılamaz), kadın işçilerin doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler, hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil günleri, işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süreleri gibi süreler yer almaktadır. İşçinin m.55 dışındaki bir sebeple, yani bekleme süresi içinde çalışılmış olarak kabul edilmeyen bir sebeple işe devam edememesi durumunda, söz konusu süreler bekleme süresinden düşülür, bu kadar süre daha çalışmak gerekir (İşK.m.54/2). Kanun'da açıkça belirtilmese de işçilerin cumartesi günü çalışmayıp hafta içinde çalışmaları hâlinde, iş hukukunda kural olarak cumartesi günü de iş günü sayıldığından bekleme süresine bu süre de dahildir.

b. Yapılan İşin ve İşyerinin Niteliğinin Yıllık Ücretli İzne Elverişli Olması

Yıllık ücretli izin öncelikli olarak İş Kanunu kapsamı içerisinde yer alan işyerleri ve işçiler için söz konusudur. Bu nedenle, süreksiz işlerde çalışan işçiler ücretli izin hakkından yararlanamazlar (İşK.m.10/2). Yine işin niteliği gereği mevsim ve kampanya işlerindeki çalışmalarda da yıllık izin söz konusu olmaz (İşK.m.53/3). Ancak mevsim ve kampanya işlerinin yürütüldüğü işyerlerinde sürekli (devamlı) işlerde çalışanlar izin hakkından doğal olarak yararlanırlar (YİY.m.12).

3. Yıllık Ücretli İznin Hükümleri

a. İzin Süreleri

İzin süreleri işçilerin işyerindeki kıdemine göre asgarî biçimde Kanun'da belirlenmiştir.

Hizmet süresi, Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara	yılda ***14 gün***
Beş yıldan fazla ve on beş yıldan az olanlara	yılda ***20 gün***
On beş yıl ve daha fazla olanlara	yılda ***26 gün*** izin verilir.
18 ve daha küçük yaştaki işçiler ile elli yaşından büyük işçilere	yıllık ücretli izin ***20 günden az*** olamaz (İşK.m.53).

Kanun'da belirtilen bu süreler asgarî nitelikte olduğundan sözleşmeler ile artırılabilir. Ayrıca yer altı işlerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin süreleri dörder gün arttırılarak uygulanır.

Yıllık izin süresi belirlenirken, işçinin yıllık ücretli izne hak kazandığı tarihteki kıdemi esas alınır. Bir başka ifade ile, işçinin Kanun'da öngörülen yıllık ücretli izin sürelerinin hangisinden yararlanması gerektiği, işçinin yıllık ücretli izni kullandığı tarihteki değil, yıllık ücretli izne hak kazandığı tarihteki kıdemi esas alınarak belirlenir.

Kanun'da bazı sürelerin yıllık izinden mahsup edilemeyeceği de belirtilmiştir. Buna göre, işveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinler veya dinlenme ve hastalık izinleri yıllık izne mahsup edilemez. Yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz. Bunların ayrıca tatil olarak değerlendirilmesi gerekir (İşK.m.52/4 ve 5). Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşme ile tarafların tatil olarak kararlaştırdıkları süreler ile, çalışılmayan cumartesi günü yıllık ücretli izin süresinden sayılır. Bununla birlikte, taraflar aralarında tatil olarak kararlaştırdıkları sürelerin (örneğin işletmenin kuruluş gününün sözleşme ile tatil günü kabul edilmesi veya çalışılmayan cumartesi günü) de yıllık ücretli izin dışında tutulmasını öngörebilirler.

Yine belirtelim ki, işveren tarafından iş sözleşmesinin bildirimli feshinde söz konusu bildirim süreleri ile işçiye verilmesi zorunlu yeni iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez (İşK.m.59/2). Bir başka ifadeyle, sözleşmenin bildirimli feshi hâlinde, bildirim süreleri yıllık izinden sonra işlemeye başlayacaktır.

Yıllık ücretli izin süreleri, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere bölümler hâlinde kullanılabilir (İşK.m.56/1-3). Kanun koyucu işçilerin bulundukları yerlerden başka yerlerde izinlerini geçirmeleri durumunda gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren tarafından toplam dört güne kadar ücretsiz izin verme zorunluluğu öngörmüştür (İşK.m.56/6).

Kanun koyucu alt işveren işçilerinin yıllık ücretli izin haklarını kullanılabilmesi için asıl işverene de yükümlülük yüklemiştir. Buna göre, alt

işveren işçilerinden, alt işvereni değiştiği hâlde aynı işyerinde çalışmaya devam edenlerin yıllık ücretli izin süresi, aynı işyerinde çalıştıkları süreler dikkate alınarak hesaplanır. Asıl işveren, alt işveren tarafından çalıştırılan işçilerin hak kazandıkları yıllık ücretli izin sürelerinin kullanılıp kullanılmadığını kontrol etmek ve ilgili yıl içinde kullanılmasını sağlamakla, alt işveren ise altıncı fıkraya göre tutmak zorunda olduğu izin kayıt belgesinin bir örneğini asıl işverene vermekle yükümlüdür (İşK.m.56/son).

b. İznin Uygulanması

aa. Genel Olarak

İşçi, her hizmet yılına karşılık, hak ettiği yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanır (İşK.m.54/4). Kural bu olmakla birlikte, işçinin iznini o yıl içinde kullanmaması veya kullanamaması durumunda izin hakkı ortadan kalkmaz, işçi daha sonraki yıl da iznini kullanabilir. Aynı zamanda yıllık izin hakkından feragat de mümkün değildir (İşK.m.53/2). Yine, işçinin izin hakkının, izin kullanmaksızın paraya çevrilmesi de mümkün değildir. Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar da izinlerini, bir sonraki yıl çalışmaları gereken sürelerde kullanırlar.

Yıllık iznin kullanılma tarihini belirleme yetkisi, yönetim hakkı çerçevesinde işverene aittir. Dolayısıyla işçi kendi belirlediği tarihte yıllık izin hakkını kullandığını iddia ederek işyerinden ayrılamaz. İşçinin bu şekilde işyerinden ayrılmasının hukukî sonucuna ilişkin Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin verdiği bir karara göre, olay işçinin eylemli ve haksız feshi olarak kabul edilmiştir (Yarg. 9.HD. 28.01.2016, E.2014/27000 K.2016/2328). Bu tür bir durumun varlığı hâlinde işveren devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinde izin talebinin nasıl yapılacağına dair bir prosedür belirlenmiştir. Buna göre, işçi hak ettiği yıllık iznini kullanmadan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirecek, işveren de bu talebi izin kuruluna veya bunların yerine geçenlere iletecektir (YİY.m.7). İzin kurulu, işçi sayısı 100'den fazla olan işyerlerinde işveren veya işveren vekilinin atayacağı bir kişinin başkanlığında iki işçi temsilcisinden, işçi sayısı 100'den az olan işyerlerinde ise, işveren veya işveren vekili veya bir kişi ile işçilerin kendi aralarında toplanarak açık oyla seçecekleri bir temsilciden oluşur (YİY.m.15,

18). Bu kurul veya onun yerine geçenler, istekleri de dikkate alarak işçilerin yıllık izinleri kullanma tarihlerini gösterir bir çizelge hazırlar ve onayı için işverene sunarlar. İşveren bu çizelgeyle bağlı olmamakla birlikte, imkânlar ölçüsünde işçilerin isteklerini dikkate almak durumundadır.

Bu arada işyerinde nisan ayı başı ile ekim ayı sonu arasındaki süre içinde, işçilerin tümünü veya bir kısmını kapsayan toplu izin uygulaması mümkündür. Bu uygulamaya gidildiğinde, izin kurulu izin çizelgelerini düzenler ve ilan eder (YİY.m.10).

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin aldığı ilke kararına göre; *"4857 sayılı İş Kanunu'nun 46 ve 63. maddelerine göre hafta tatili haftalık 45 saatlik çalışmadan sonraki 24 saatlik bir gündür. Bu nedenle kural olarak Cumartesi işgünüdür. Akdi tatil günü olarak Cumartesi günleri yıllık izin süresine eklenmez. Başka bir anlatımla, Cumartesi günleri akdi tatil günü olarak işçi çalışmadığı takdirde yıllık ücretli izin süresine ilişkin hesapta hafta tatili olarak değerlendirilemez. Cumartesi günü hafta tatili olarak da kararlaştırılabilir. Bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle Cumartesi ve Pazar günleri hafta tatili günü olarak belirlenmişse, İş Kanunu'nun 56/5. maddesi gereği her iki gün yıllık izin sürelerinden sayılmaz. Başka bir anlatımla yıllık izin kullanma dönemi içindeki Cumartesi ve Pazar günleri kullanılan izin süresinden düşülür. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesinde hafta tatiline eklenen bu Cumartesi gününün yıllık izin hesabında iş günü olarak sayılacağı veya izin süresinden düşülmeyeceği şeklinde açık bir kural mevcutsa, bu hüküm geçerli sayılmalı ve İş Kanunu'nun 56/5. maddesi gereği sadece yıllık izne rastlayan Pazar günleri izin süresinden düşülmelidir".*

bb. Yıllık İzin Ücreti ve Zamanaşımı

Yıllık izin ücreti işveren tarafından izne çıkmadan önce peşin olarak veya avans biçiminde verilir. Yıllık izin ücreti çıplak ücret üzerinden hesaplanır (İşK.m.57/2, m.46).

İşçinin biriken yıllık izin hakkının toplu kullandırılması hâlinde, somut olaya göre işçinin ücretinin tamamen ya da kısım kısım ödenmesi mümkündür. Örneğin, toplamda altı ay izne çıkarılacak işçinin altı aylık izin ücretinin tamamının başta ödenmesi beklenemeyebilir. Bu durumda ücret kısım kısım ödenebilir.

Yıllık ücretli izin miktarı ücret türlerine göre farklı şekilde belirlenir. Eğer saat ücreti söz konusu ise, saat ücreti 7,5 ile çarpılmak suretiyle bulunur. Bunun dışındaki ücret türlerinde ise Kanun m.57 tespit yöntemini ortaya koymuştur. Bu arada, günlük, haftalık veya aylık olarak belirli bir ücrete dayanmayıp da akort, komisyon ücreti, kâra katılma ve yüzde usûlü ücret gibi belirli olmayan süre ve tutar üzerinden ücret alan işçinin izin süresi için verilecek ücret, son bir yıllık süre içinde kazandığı ücretin fiilî olarak çalıştığı günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama üzerinden hesaplanır. Ancak, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, izin ücreti işçinin izine çıktığı ayın başı ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır. Yüzde usûlünün uygulandığı yerlerde bu ücret, yüzdelerden toplanan para dışında işveren tarafından ödenir. Yıllık ücretli izin süresine rastlayan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri ayrıca ödenir (İşK.m.57/1).

Kısmî süreli ve çağrı üzerine çalışanlara; izin dönemine rastlayan çalışması gereken sürelere ilişkin ücretleri, yıllık izin ücreti olarak ödenir (YİY.m.21/son).

Belirtmek gerekir ki, işveren değişikliklerinde izin ücreti yeni işveren tarafından ödenir. Buna aykırı sözleşmeler, işçiyi bağlamaz (İşK.m.6).

İşçinin sözleşmesinin feshi hâlinde, hak edip de henüz kullanmadığı yıllık izinleri sözleşmenin sona erdiği tarihteki son ücret üzerinden hesaplanarak kendisine veya hak sahiplerine ödenir (İşK.m.59/1). Yıllık izin ücretinin ait olduğu döneme göre hesaplanması mümkün değildir.

> *"İş sözleşmesinin feshi hâlinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret, işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Böylece, iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı, izin alacağına dönüşür. Bu nedenle zamanaşımı da iş sözleşmesinin feshinden itibaren işlemeye başlar"* (YHGK 06.06.2018, E.2015/22-1769 K.2018/1182).

Yıllık izin ücretinde indirim yapılamaz. *"Dava dilekçesinde genel tatil ile yıllık izin ücreti birlikte talep edilmiş, her iki alacak için 200,00 TL talepte bulunulmuştur. Mahkemece alacak taleplerinin ayrıştırılması istenmemiş ve her iki alacak yönünden hesaplanan toplam tutardan %50 oranında indirim*

yapılmak sureti ile yıllık izin ücreti de indirime tabi tutulmuştur. Dairemiz uygulamasına göre yıllık izin ücretinden takdiri indirim yapılması hatalı olup davacının her iki alacak talebi ayrıştırılmak sureti ile sadece genel tatil ücretinden indirime gidilmeli ve yapılacak indirim oranı hakkın özüne aykırılık oluşturmayacak şekilde belirlenmelidir" (Yarg. 9.HD. 07.12.2020, E.2016/34564 K.2020/17283).

Yıllık izin ücreti iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte muaccel olur. Ancak ücrete faiz işletilebilmesi için işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. İşveren öncesinden temerrüde düşürülmezse, dava tarihinden itibaren faiz işletilir. Yıllık izin ücretine işletilecek faiz, yasal faizdir.

Yıllık ücretli izin hakkı beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir (İşK.m.32/son ve TBK.m.147). Bu ücrete ilişkin zamanaşımı, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar (İşK.m.59/1).

Yıllık izin ücretinin zamanaşımına ilişkin daha önce Yargıtay daireleri farklı yönde kararlar vermekteydi. Ancak Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi ile 9'uncu Hukuk Dairesi'nin birleşmesinden sonra alınan ilke kararına göre; *"4857 sayılı İş Kanunu'nun "Sözleşmenin sona ermesinde izin ücreti" başlığını taşıyan 59. maddesine göre, "iş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi hâlinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar". Belirtilen düzenlemede iş sözleşmesinin sona ermesi hâlinde kullandırılmamış olan yıllık izin sürelerine ait ücretin "ücret" niteliği özellikle vurgulanmıştır. İş Kanunu'nun 32. maddesinin 6. fıkrasına göre iş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur. Aynı maddenin 8. fıkrasına göre ise, ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 126.maddesinin 3.bendine göre, başkalarının maiyetinde çalışan veya müstahdemi olan kimselerin, hizmetçilerin, yevmiyecilerin ve işçilerin ücretleri hakkındaki davaların beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu belirtilmişti. Yargıtay da anılan düzenleme uyarınca yıllık izin ücretinin beş yıllık zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmekteydi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra anılan Kanunda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 126/3 hükmüne yer verilmediği gerekçesiyle yıllık izin ücretinin Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde düzenlenen on yıllık genel*

zamanaşımına tabi olacağı ileri sürülmüştür. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesinin gerekçesinde hizmet sözleşmesi hükümlerine göre çalışanların "dönemsel edimler" niteliğindeki ücret alacaklarının aynı maddenin 1. bendi kapsamına girmesi nedeniyle 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 126. maddesinin 3. bendindeki hükmün ayrıca düzenlenmesine gerek görülmediği belirtilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 147.maddesinin 1.bendine göre, "Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler" beş yıllık zamanaşımına tabidir. Yıllık ücretli izin dönemsel edim niteliğinde olup, buna ait ücret hakkında da anılan hüküm uygulanmalıdır. Nitekim 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15. maddesi ile İş Kanunu'na eklenen ek 3. maddede de yıllık izin ücretinin beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Buna göre Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih ile İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih arasındaki dönemde de yıllık izin ücretinin tabi olduğu zamanaşımı süresi beş yıldır".

cc. Yıllık İzinde Çalışma Yasağı

Yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin, izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığı anlaşılırsa, bu izin süresi içinde kendisine ödenen ücret, işveren tarafından geri alınabilir (İşK.m.55).

İşçinin yıllık izinde ücret karşılığı çalışması TMK.m.2'de yer alan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bunun için İş Kanunu, işverenin ödediği ücreti geri almasına imkân tanımıştır.

dd. Yıllık İzinde İspat

Yıllık izinde ispat yükü işverendedir. İşveren işçiye yıllık izin kullandırdığını, işçinin imzasını taşıyan izne ayrılma belgesi, işyerine giriş-çıkışın takip edildiği elektronik kayıtlarla ispatlayabilir.

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi ile 9'uncu Hukuk Dairesi'nin birleşmesinden sonra alınan ilke kararına göre; *"İşçinin uzun süre yıllık izin kullandırılmadığı iddiaları karşısında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31.maddesinde öngörülen davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde hâkimin davacı işçiyi bizzat dinleyerek çalışma ve dinlenme süreleri konusunu açıklığa kavuşturması gerekir. Dairemizce uzun süre kavramı beş yıl ve daha fazla süre olarak değerlendirilmiş olup, kullandırılmadığı iddia edilen izin süresinin toplamda beş yıllık veya daha fazla olması hâlinde anılan hüküm çerçevesinde uygulama yapılmalıdır".*

Buna göre, işçi beş yıl ya da daha fazla süre hiç yıllık ücretli izin hakkını kullanmadığını iddia ediyorsa, bunun hayatın olağan akışına aykırı olmasından dolayı, hâkimin davayı aydınlatma ödevi gündeme gelecektir. Hâkim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, davacı asili dinleyip ona göre karar vermelidir (Yarg. 9.HD. 24.11.2020, E.2016/31866 K.2020/16570).

Yıllık izin kullandırıldığına dair belgenin yargılamanın hangi aşamasında sunulması gerektiğine ilişkin farklı kararlar bulunmaktaydı. Ancak Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin almış olduğu ilke kararına göre,

"Ödeme itirazı mahiyetindeki makbuz ve benzeri miktar içeren belge sunumu -istinaf aşaması hariç- yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. İbraname veya yıllık izin belgesi gibi borcu sona erdirebilecek belgeler de temyiz aşamasında dahi ileri sürülebilir". Buna göre, yıllık izin kullanıldığına dair belge, temyiz aşaması da dahil yargılama sırasında sunulabilir.

! Pandemi Döneminde Tedbir Olarak İşçinin Ücretli İzne Ayrılması

İşçinin yıllık ücretli izni, Anayasa m.50'de güvence altına alınmış bir haktır. İşverenin bu hakkı kullandırmama bakımından bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Ancak Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği m.8/2'ye göre işveren, işçinin izin kullanmayı istediği tarihle bağlı değildir. Buna göre işveren iznin ne zaman kullanılacağını kendisi belirleyebilir. Yargıtay da bir kararında işverenin yönetim hakkı kapsamında, öngöreceği bir zamanda işçiye yıllık ücretli izin kullandırabileceğini belirtmiştir (Yarg. 22.HD 17.12.2018, E.2017/26210 K.2018/27449).

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği m.10'da ise işçilere toplu izin uygulanması düzenlenmiştir. Buna göre işveren veya işveren vekili tarafından nisan ayı başı ile ekim ayı sonu arasındaki sürede, işçilerin tümünü ya da bir kısmını kapsayan toplu izin uygulanabilir. Bu izin bakımından henüz yıllık ücretli izin hakkını kazanmayan işçilerin de toplu izine çıkarılması mümkündür. Koronavirüs salgını sebebiyle işyerinde işçi yoğunluğunun azaltılması gerektiğinde işveren, yönetim hakkı kapsamında belirlediği zamanda yıllık ücretli izin uygulaması yapabilir. Buna göre işçilerin bazıları bireysel olarak izne ayrılabileceği gibi, işyerinde toplu izin uygulaması da yapılabilir.

İşçinin nakdî ücret desteğinden yararlanabilmesi için işveren tarafından ücretsiz izin uygulaması SGK'ya bildirilmelidir. Ücret desteği, İŞKUR tarafından doğrudan işçiye ödenecektir. Bunun yanında işçinin kendisi ve bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri genel sağlık sigortasından yararlanacak, primleri İŞKUR tarafından ödenecektir. Ücretsiz izin uygulamasına dair bildirim yapılıp aslında ücretsiz izin uygulanmadığı, işyerinde çalışmaya devam edildiği tespit edildiği durumda ödenen tutar işverenden ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanunî faizi ile birlikte tahsil edilecektir.

Belirtilmelidir ki, ücretsiz izin uygulamasında geçen süreler kıdem ve ihbar tazminatına esas hizmet süresinden sayılmaz.

Üçüncü Bölüm

İŞ YARGILAMASI

10. İŞ YARGILAMASI

I. GENEL OLARAK

Yargı, genel olarak soyut hukuk kurallarının bağımsız ve tarafsız hâkimlerce belirli bir olaya yargısal usûllere uygun biçimde tatbik edilmesi olarak tanımlanabilir[1]. Anayasa'nın 9'uncu maddesine göre yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Türk yargı sistemi soyut hukuk kurallarının koruduğu menfaatler dikkate alınarak farklı yargı kollarına ayrılmış; böylelikle söz konusu korumanın farklı yargılama usûlleri ile etkinliğinin artırılması sağlanmıştır[2]. Türk hukukunda, anayasa yargısı, adlî yargı, idarî yargı, hesap yargısı, seçim yargısı ve uyuşmazlık yargısı olmak üzere altı farklı yargı sistemi kabul edilmektedir. Diğer yargı kollarının hiçbirisinin görev alanına girmeyen uyuşmazlıklar adlî yargıda görülür[3]. İlk derece mahkemelerinin verdiği kararlara karşı başvurulan ikinci derece yargı mercii bölge adliye mahkemeleri; üst derece mahkemesi ise Anayasa'nın 154'üncü maddesi gereğince Yargıtay'dır.

Adlî yargıda yer alan ilk derece mahkemeleri hukuk ve ceza mahkemeleri olarak iki alt kola ayrılır (5235 s. K. m. 2). Adlî yargı alanında, sulh ceza hâkimlikleri, asliye ceza mahkemeleri ve ağır ceza mahkemeleri ile çocuk mahkemeleri, fikrî ve sınaî haklar ceza mahkemeleri ve icra ceza mahkemeleri ilk derece ceza mahkemelerini oluştururken; ilk derece hukuk mahkemeleri ise sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri ile tüketici mahkemeleri, iş mahkemeleri, asliye ticaret mahkemeleri, aile mahkemeleri, icra mahkemeleri, kadastro mahkemeleri ve fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemelerinden oluşmaktadır.

İlk olarak 1950 tarihli 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu[4] ile iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm merci olarak kurulan iş mahkemeleri adlî yargı ilk derece mahkemesi olarak görev yapan hukuk mahkemeleri arasında yer almaktadır. 5521 sayılı Kanun 25.10.2017

1 **Kuru**, Baki, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. I, s. 37; **Atalı**, Murat/**Ermenek**, İbrahim/ **Erdoğan**, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, 2020, s. 30.

2 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 31.

3 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 36.

4 RG, 04.02.1950, S. 7424.

tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu[5] ile yürürlükten kaldırılmış; bu tarihten itibaren iş mahkemelerinin görev, yetki ve yargılama usûlüne ilişkin olarak 7036 sayılı Kanun'un hükümleri uygulanmaya başlanmıştır. Bu bağlamda diğer kanunlarda 5521 sayılı Kanun'a yapılan atıflar 7036 sayılı Kanun'a yapılmış sayılır (İşM. K. m. 10/2). Yine 5521 sayılı Kanun'a dayanılarak kurulan iş mahkemeleri, 7036 sayılı Kanun uyarınca kurulmuş iş mahkemeleri olarak kabul edilir. (İşM. K. Geçici m. 1)

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, iş yargılamasının düzenlemesinin yanında, en önemli yeniliğini arabuluculuk müessesesine ilişkin getirmiştir. Kanun'un 3'üncü maddesi ile bazı iş uyuşmazlıkları açısından dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, işbu çalışmada, iş yargılamasına ilişkin hususlara değinilmeden önce, öğreti ve uygulamada oldukça tartışmalara yol açan iş uyuşmazlıklarında dava şartı (zorunlu) arabuluculuk müessesini inceleyerek başlamaktayız.

II. DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

1. Genel Olarak

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda arabuluculuk, "*sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*" şeklinde tanımlanmıştır. 6325 sayılı Kanun ile genel olarak arabuluculuk süreci ve arabulucuların eğitimi ve sicili düzenleme altına alınmıştır. Bu Kanun'un 2012 yılında yürürlüğe girmesi ile birlikte Türk hukuk sisteminde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından mahkeme yargılamasına alternatif bir yol olarak ihtiyarî arabuluculuk yolu kabul edilmiştir[6]. Arabuluculuk yöntemi, tarafların

5 RG, 25.10.2017, S. 30221.

6 Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve arabuluculuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural,** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, 2019, s. 2 vd.; **Eminoğlu, Cafer/Erdoğan, Ersin,** Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, 2020, s. 29 vd.

kendi başlarına sağlayamadıkları sağlıklı iletişim ortamına tarafsız üçüncü kişi olan arabulucu yardımı ile ulaşmalarını hedefleyen bir vasıtadır. Bu sebeple, arabulucunun görevi taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek değil, tarafların bizatihi çözmelerine yardımcı olmaktır[7]. Arabulucu görevini yerine getirirken taraflara eşit şekilde davranmak ve bu faaliyet neticesinde edindiği bilgi ve belgeleri, kural olarak, gizli tutmakla yükümlüdür (HUAK m.3-4). Bu çerçevede arabuluculuk, bir uyuşmazlığın taraflarının, söz konusu uyuşmazlığı, yine kendilerinin belirleyeceği tarafsız ve güvenilen arabulucu/lar önünde müzakere etmek suretiyle çözmelerini amaçlayan, iradîliğin ve gizliliğin esas olduğu bir dostane uyuşmazlık çözüm yöntemidir[8].

6325 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği dönemde arabuluculuğun tamamen iradî bir süreci düzenlediği hem arabuluculuk sürecinin başlamasında hem de devamı ve sona erdirilmesinde taraf iradesinin bulunması gerektiği kabul edilmekteydi. Ancak zaman içerisinde bazı uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk yoluna başvuru dava şartı hâline getirilmiş, bu yolun mahkemeye başvurudan önce tüketilmesi zorunlu kılınmıştır[9]. Bu bağlamda arabuluculuk ilk kez 25.10.2017 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile dava şartı olarak düzenlenmiştir. 2018 yılında ise 6325 sayılı Kanun'a eklenen 18/A maddesi ile genel olarak dava şartı arabuluculuk ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi ile de bazı ticarî uyuşmazlıklar açısından dava şartı arabuluculuk düzenleme altına alınmıştır. Nihayet 2020 yılında da 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen 73/A maddesi ile bazı tüketici uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmiştir. Esasen bu durumda da sürece devam etmek yahut sonlandırmak veya müzakereler sonucunda anlaşıp anlaşmamak tamamen tarafların iradesine bağlı olduğundan arabuluculuk süreci mevcut düzenlemeler çerçevesinde de alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi vasfını haizdir. Ancak, arabuluculuğun dava şartı hâline getirilmesinin hem 6325 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi ile açıkça düzenlenen ve arabuluculuğun

7 **Tanrıver, Süha,** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi", Makalelerim II, 2011, s. 184.

8 **Erdoğan, Ersin/Erzurumlu Nurbanu,** İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler, Legal İSGHD, 52/2016, s. 1867.

9 Bu düzenlemenin gerekleri ve belirli bir süre ile sınırlandırılması yönünde bkz. **Erdoğan/Erzurumlu,** İş Mahkemeleri, s. 1868 vd.

temel ilkelerinden biri olan iradîlik ile hem de arabuluculuk kurumunun ruhu ile çeliştiği, bu hâli ile arabuluculuğun alternatif bir yargı yoluna dönüşme tehlikesini barındırdığı da öğretide dile getirilmekte ve düzenleme bu yönüyle eleştirilmektedir[10].

DİKKAT: 7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği, bu düzenleme ile özellikle zayıf konumda bulunan işçi bakımından daha dezavantajlı bir durumun yaratıldığı, işçinin işveren ile anlaşmaya zorlandığı, mahkemelerin iş yükü sebebiyle ile işçilerin mahkemeye erişim hakkının ve hak arama özgürlüğünün sınırlandırıldığı gerekçeleri ile Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi, arabuluculuk müessesesinin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu ve 7036 sayılı Kanun ile yalnızca arabuluculuğa başvuru bakımından bir zorunluluk getirildiğini, buna karşın arabuluculuk sürecine devam edilmesi ya da bu sürecin sonlandırılması bakımından taraf iradesinin egemen olduğunu, arabuluculuk sürecinde taraf menfaatlerinin eşit şekilde korunduğunu ve bu süreçte uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözümlenmesinin tarafların lehine olduğunu ifade etmiş, ayrıca her uyuşmazlığın çözümünün mahkemelerden beklenemeyeceğini ileri sürerek bahsi geçen düzenlemenin iptaline gerek bulunmadığına karar vermiştir[11].

İş mahkemelerinin görevine giren ve dava şartı arabuluculuğa tâbi olan uyuşmazlıklar açısından dava açılmadan önce tüketilmesi gereken arabuluculuk süreci İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile ayrıntılı biçimde düzenlenmiş; düzenleme bulunmayan hâllerde ise 6325 sayılı Kanun'un hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.

7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*". 7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında "*İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.*" hükmüne yer verilmiştir.

10 **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 30, 137 vd.

11 AYM, 11.07.2018 T., 2017/178 E., 2018/82 K., RG, 11.12.2018, S. 30622.

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'da düzenlenen *gazeteci* ile 20/4/1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda düzenlenen *gemi adamı* bu madde kapsamında işçi sayılır (İşM. K. m. 3/20).

7036 sayılı Kanun çerçevesinde dava şartı arabuluculuğun kapsamının belirlenmesinde Kanun'un 3'üncü maddesinde çizilen çerçevenin yanı sıra 6325 sayılı Kanun'un hükümleri de dikkate alınmalıdır. Özel hukuktan kaynaklanıp da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği iş ve işlemlere karşı arabuluculuk yoluna başvurulabilir (HUAK m. 1/2).

6325 sayılı Kanun ile 7036 sayılı Kanun'un hükümleri dikkate alındığında,

- İşçinin ücret alacağı,
- 4857 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinden kaynaklanan ayrımcılık tazminatı ile 6325 sayılı Kanun'un 25'inci maddesi gereğince sendikal ayrımcılık yapılmasından kaynaklanan sendikal tazminat talepler
- İş sözleşmesinin sona ermesi nedeni ile kanun ya da sözleşme gereğince hak kazanılan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ölüm tazminatı[12] gibi tazminat alacakları,
- Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi hâlinde ödenmesi kararlaştırılan cezaî şart,
- İşçiye sunulan belirli bir eğitim karşılığında öngörülen zorunlu hizmetin yerine getirilmemesi hâlinde ödenmesi gereken bedel,
- İş mahkemelerinin görevli olduğu rekabet yasağına aykırılıktan kaynaklanan cezaî şart talepleri,
- Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar,
- İşçi-işveren arasında haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da sözleşmeye aykırılık nedeniyle ortaya çıkan talepler,
- Türk Borçlar Kanunu'na tâbi işçilerin alacak ve tazminat talepleri,
- İşe iade talepleri,

12 Türk Borçlar Kanunu'nun 440'ıncı maddesi gereğince işçinin ölümü nedeni ile sağ kalan eşe ve ergin olmayan çocuklara ve işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödenmesi gerektiği düzenlenen ölüm tazminatının dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığı hususu, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinde işçi-işveren arasındaki uyuşmazlıklardan bahsedilmesi nedeni ile tereddüt yaratabilir. Oysa bu durumda da hakkın dayanağının iş sözleşmesi olduğu ve bu nedenle ölüm tazminatının dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alması gerektiği yönünde bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 210.

dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almaktadır[13]. Buna karşın, Sosyal Güvenlik Kurumunun taraf olduğu uyuşmazlıklar kamu düzenini ilgilendirdiğinden tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıkların dışında yer alır. Bu uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilemez. Ayrıca özel kanunlarla öngörülen yasakların da bu aşamada dikkate alınması gerekir. Örneğin, Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 30'uncu maddesinde MİT'in taraf olduğu hukuk uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk da dahil olmak üzere arabuluculuk usûlünün uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Davanın esastan incelenerek karara bağlanabilmesi için varlığı veya yokluğu dava sürecinin tamamında mutlaka gerekli olan ve eksikliği hâkim tarafından re'sen gözetilen usûlî şartlar, dava şartı olarak tanımlanır. 7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde arabuluculuğa başvuru bir dava şartı olarak kabul edildiğinden, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddî ve manevî tazminat davaları ile bunlara ilişkin tespit, itiraz ve rücu davaları dışında, işçi ve işveren alacağına ya da tazminatına ilişkin uyuşmazlıklar ile işe iade talebi ile açılan davalarda arabulucuya başvurulmadan dava açılması hâlinde davanın incelenmesi mümkün değildir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115'inci maddesinde dava şartlarının eksikliği hâlinde nasıl bir usûlün izleneceği düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, mahkeme dava şartlarının mevcut olup olmadığını yargılamanın her aşamasında re'sen inceleyebileceği gibi taraflar da hüküm kesinleşinceye kadar her zaman dava şartı noksanlığını ileri sürebilir. Şayet söz konusu eksiklik giderilebilir bir dava şartına ilişkin değilse bu durumda mahkemece davanın usûlden reddine karar verilir. Dava şartı noksanlığının giderilebilir olduğu durumlarda da verilecek kesin süre içinde bu noksanlığın giderilmemesi hâlinde davanın usûlden reddine karar verilir (HMK m. 115/2). Dava şartı eksikliğinin esasa girilmeden önce fark edilmemesi hâlinde ise şayet söz konusu eksiklik hüküm anında tamamlanmış ise başlangıçtaki eksiklik nedeni ile davanın usûlden reddine karar verilmez (HMK m. 115/3). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dava şartlarının ön inceleme aşamasında inceleneceği düzenleme altına alınmıştır (HMK m. 137 vd.). Diğer bir deyişle dava şartları ancak dilekçeler teatisinin tamamlanmasının ardından görevli ve yetkili mahkemece incelenebilir.

13 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 203 vd.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasında "*Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise* ***dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın*** *davanın usulden reddine karar verilir.* ***Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir***." hükmüne yer verilmiş ve dava şartı olarak kabul edilen arabuluculuk sürecine başvurulmaması yahut başvurulup da ilgili tutanağın dava dilekçesine eklenmemesi hâlinde izlenecek süreç düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme dikkate alındığında, arabuluculuğun dava şartı olduğu hâllerde davacının arabuluculuğa başvurmamış olması durumunda mahkemece başka herhangi bir işlem yapılmadan ve dava dilekçesi karşı tarafa da tebliğ edilmeksizin davanın usûlden reddine karar verilir[14].

DİKKAT: Dava açılmadan arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu hâllerde, dava şartı kavramının kullanılması usûlî açıdan isabetli değildir[15]. İş Mahkemeleri Kanunu'nun öngördüğü prosedür dikkate alındığında, arabuluculuk yolunun tüketildiğine, buna karşın herhangi bir anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanak mahkemeye sunulmadıkça dava açılabilmesi ve davanın diğer dava şartları açısından dahi incelenebilmesi mümkün değildir. Bu durumda bir *dava engelinin* bulunduğunu kabul etmek daha yerindedir[16]. Ancak bu değerlendirme teorik çerçevede önem taşımakta olup Kanun'un açık ifadesi nedeni ile halihazırda arabulucuya başvuru zorunluluğunun dava şartı olarak kabulü ve bu şekliyle değerlendirilmesi gerekir[17].

14 Bu hususun hukukî dinlenilme hakkına aykırı olduğu yönünde bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 156.

15 **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 153-154; **Eminoğlu/Erdoğan,** s. 126.

16 **Eminoğlu/Erdoğan,** s. 126. Bu durumda ilk itiraz benzeri bir usûlî kurumdan bahsedilebileceği yönünde bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 154.

17 **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 153-154.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile dava şartı olarak kabul edilen arabuluculuğa başvurunun hangi aşamada denetleneceği, kanun koyucu tarafından özel olarak düzenleme altına alınmıştır.

Buna karşın Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi arabuluculuğa başvurunun dava şartı olmasından hareketle ancak görevli ve yetkili mahkeme tarafından incelenebileceğine karar vermiştir:

> "*Dava yetkisiz Mahkeme tarafından arabuluculuğa başvurulmadan açıldığından, başka bir deyişle dava şartı gerçekleşmediğinden usûlden reddedilmiş ise de bir mahkemenin açılan davada yargılama yapıp, dava şartlarını inceleyebilmesi için öncelikle görevli olması, görevli ise yetkili olması gerekir. Görevli ve yetkili olmayan bir mahkemenin diğer dava şartlarını usûl ekonomisi ya da başka bir gerekçe ile değerlendirmesine hukuken olanak yoktur. Bu nedenle görevli mahkeme tarafından, öncelikle yetkili olup, olmadığı belirlenip, yetkili ise diğer dava şartlarının değerlendirilmesi gerekirken,* ***yetki hususu ve özellikle davalının yetki itirazı değerlendirilmeden davanın 7036 sayılı Yasada düzenlenmiş bir başka dava şartı olan arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesiyle usûlden reddine karar verilmesi*** *ve istinaf merci olan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 26. Hukuk Dairesi tarafından da davalı tarafın yetki hususundaki istinaf başvurusunun değerlendirilmeden istinaf başvurusunu reddetmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...*"[18].

Öğretide dile getirilen bir görüşe göre de arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu hâllerde bu zorunluluk yerine getirilmeden dava açılması durumunda mahkemece başkaca hiçbir işlem yapılmaksızın usûlden ret kararı verilmesi usûlî açıdan bazı sorunlara yol açar[19]. Bu bağlamda örneğin taraf ehliyeti bulunmayan bir kimse hakkında ya da görevsiz mahkemece verilen bir karar söz konusu olabilir[20]. Mahkemece dava şartı eksikliği nedeni ile verilen bu karar aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulmasının önünde herhangi bir engel bulunmaz[21]. Böyle bir durumda taraf ehliyeti bulunmayan bir kimsenin bu

18 Yarg. 9. HD, 04.03.2019 T., 2019/520 E., 2019/5144 K., www.legalbank,net, s.e.t., 03.06.2021, (Vurgu tarafımıza aittir). Kararın isabetsiz olduğu yönünde bkz. **Eminoğlu/Erdoğan,** s. 126.

19 **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 157.

20 **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 157.

21 **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 158.

karar aleyhine kanun yoluna ne şekilde başvurması gerekeceği ayrı bir sorunu doğuracaktır[22]. Bu nedenle olması gereken hukuk bakımından öncelikle genel dava şartlarının incelenmesi, şayet bunlarda bir eksiklik yok ise özel dava şartı niteliğindeki arabuluculuğa başvuru hususu incelenmelidir[23].

İş Mahkemeleri Kanunu'na göre arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu hâllerde bu yola başvurulmadan açılan davada davacıya kesin süre verilerek bu eksikliğin giderilmesi kabul edilmemiştir. Diğer bir anlatımla arabuluculuğa başvuru zorunluluğu, noksanlığı giderilemeyecek bir dava şartıdır. Kanaatimizce arabuluculuk yoluna başvuru şartının giderilemeyecek bir dava şartı hâlinde düzenlenmesi ise isabetlidir. Zira kurumun getiriliş amacı uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözülmesini sağlamak ve yaygınlaştırmak olduğu için, mahkemeye başvuran taraflardan verilecek kesin süre içinde bu yolu tüketmelerini istemek kurumun getiriliş amacıyla bağdaşmaz.

Arabuluculuk yolunun tüketilip de son tutanağın dava dilekçesine eklenmemiş olduğu hâlde ise tamamlanabilen bir dava şartı eksikliğinin varlığı kabul edilmiştir[24]. Bu durumda mahkemece verilecek bir haftalık kesin süre içinde bu eksikliğin giderilmesi, aksi hâlde davanın usûlden reddi gerekir.

Arabuluculuğun dava şartı olmadığı durumlarda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği konulara ilişkin olarak yargılamadan önce ya da yargılama devam ederken ihtiyarî olarak arabuluculuğa başvurması mümkündür (bkz. HMK m. 137, m. 140). Bu çerçevede, başvurulan bir yargılamanın devamı sırasında taraflarca arabuluculuğa başvurulmuş fakat anlaşma sağlanamaması üzerine yargılamaya devam edilmiş olabilir. Sonraki bir aşamada ise davanın görevsiz mahkemede açıldığı ve esasen görevli mahkemeye başvurulmadan önce dava şartı arabuluculuk kapsamında arabuluculuk yolunun tüketilmesi gerektiği anlaşılırsa, dava şartı arabuluculuğa başvurunun davanın başında başvurulması gereken bir yol olduğu ve bu aşamada başvurunun yapılmadığı gerekçesi ile davanın usûlden reddedilmesi gerektiği kabul edilemez. Böyle bir durumda, her ne kadar başlangıçta dava şartı eksikliği gündeme gelmiş olsa da yargılamanın devamı sırasında bu eksiklik giderildiğinden davanın usûlden reddi, usûl ekonomisine ve düzenlemenin amacına aykırılık teşkil eder.

22 **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 157.
23 **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 157.
24 **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 156.

Yargıtay'ın 17'nci Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir dosyada da benzer şekilde bir sonuca varılmıştır:

> "*Somut olayda davacı vekili tarafından 28.05.2019 tarihinde asliye hukuk mahkemesinde dava açılmış, yargılama devam ederken 12.07.2019 tarihinde arabulucuya başvurulmuş ve tarafların uzlaşmadığına dair 06.08.2019 tarihinde tutanak düzenlenmiştir. .... Asliye Hukuk Mahkemesi 2017/539 Esas sayılı dosyasında ticaret mahkemesinin görevli olduğunu belirterek görevsizlik kararı vermiştir. .... Asliye Ticaret Mahkemesi .... Esas sayılı dosyasında 13.02.2020 tarihinde tensip düzenlemiştir. Eldeki dosyada istisnai olarak görevsiz mahkeme aşamasında bu eksikliğin giderildiği ve görevli mahkeme olan ticaret mahkemesinde davanın esasına girilmeden arabuluculuk işleminin tamamlandığı anlaşıldığından Mahkemece esasa girilerek karar verilmesi gerekirken tekrar davacıdan arabuluculuk Yasası gereklerini "anlaşmazlık tutanağının getirilmesi" istemek Yasanın uygulanmasındaki amacına da uygun düşmeyeceği, somut olayda HMK'nin 115/3. maddesinde gözönüne alındığında dava şartı yokluğundan red kararı verilmesi doğru görülmemiştir.*"[25]

Arabuluculuk başvurusu, karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır (İşM. K. m. 3/5).

Dava şartı arabuluculuk sürecinde görev alacak arabulucunun iş hukukunda uzman bir arabulucu olması gerekir. Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden arabuluculuk bürosu tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilir (İşM. K. 3/6). Esasen arabuluculuk sürecinin başarılı olabilmesi için tarafların arabulucuya güven duyması ve arabulucunun işini de bizzat yapması gerekir. Bu nedenle, tarafların yalnızca listede yer alan arabulucular arasından seçim yapabileceğinin düzenlenmesi yerine iş hukukunda uzmanlığı bulunan arabulucular arasında serbestçe seçim imkânının getirilmesi ve şayet taraflar arabulucunun belirlenmesi hususunda anlaşamamışlarsa ilgili listelerden seçim yapılabileceğinin düzenlenmesi yerinde olurdu[26].

25 Yarg. 17. HD, 04.02.2021 T., 2020/3187 E., 2021/762 K., www.legalbank.net, s.e.t. 03.06.2021.

26 **Erdoğan/Erzurumlu,** İş Mahkemeleri, s. 1875.

Arabuluculuk başvurusu yapılırken başvurucu kendisine ve elinde bulunması hâlinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosu ile paylaşır (İşM. K. m. 3/7). Ayrıca arabuluculuk bürosu da tarafların resmî kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar, büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür. Arabulucunun görevlendirilmesi ile birlikte bu bilgiler arabulucu ile paylaşılır. Arabulucu kendisi ile paylaşılan bilgileri ve gerekli hâllerde yaptığı araştırma üzerine ulaştığı bilgileri de esas alarak taraflarla iletişim kurar ve arabuluculuk sürecinde görevlendirildiği hususunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Bu aşamada arabulucu her türlü iletişim vasıtasını kullanabilir (İşM. K. m. 3/8).

DİKKAT: Arabulucunun tarafları toplantıya davet yazısını göndermesinin borçlu tarafı temerrüde düşürüp düşürmeyeceği mahkeme kararına konu olmuştur. Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi bu konuda verdiği kararda zorunlu arabuluculuğa davet yazısının işverenin temerrüde düşürüldüğü tarih olarak dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir[27].

Önemle belirtilmelidir ki arabulucu büro tarafından görevlendirilmesinin ardından söz konusu süreçte görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olmadığını düşünse de bu konuda kendiliğinden harekete geçemez. Şayet karşı taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz ederse ancak bu hâlde büronun yetkili olup olmadığı incelenir. Öyle bir durumda arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Başvurunun yapıldığı arabuluculuk bürosunun bağlı olduğu sulh hukuk mahkemesince dosya üzerinden yapılan inceleme ile yetkili büro hakkında kesin olarak karar verilir. Yetki itirazının reddi hâlinde aynı arabulucu tekrar görevlendirilir ve arabuluculuk sürecine ilişkin süreler bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Yetki itirazının kabulü durumunda ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu takdirde yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir (İşM. K. m. 3/9).

27 Sakarya BAM 9. HD, 25.12.2018 T., 187/203, **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 235.

Arabuluculuk bürosuna başvurulduğu tarihten son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı süreleri durur, hak düşürücü süreler ise işlemez (İşM. K. m. 3/17)[28].

Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir (İşM. K. 3/10). Ancak kanaatimizce arabuluculuk sürecinin en çok bir ay içinde tamamlanacağının belirtilmesi bazı hâllerde yerinde değildir. Zira üç haftalık sürenin bitmiş olmasına rağmen tarafların sürece devam etmeyi istemesi hâlinde, sürecin uzatılmasını arabulucunun iradesine bırakmak kurumun mantığı ile bağdaşmaz. Sürece başvuru zorunlu olmakla beraber sürece devam etmek tarafların iradesine tâbidir. Ayrıca süreçten olumlu sonuç alınabileceği kanaati hâkimse sürenin bir haftadan daha uzun bir süreye uzatılmasının sağlanması da arabuluculuk usûlünün başarıya ulaşmasına yardım eder.

Arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat, kanunî temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Avukatın arabuluculuk görüşmelerine katılabilmesi için vekaletnamesinde özel yetkinin bulunması gerekir (HMK m. 74). İşverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir (İşM. K. m. 3/18). İşe iade taleplerini konu alan arabuluculuk görüşmelerinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır (İşM. K. m. 3/15).

Arabuluculuk süreci, taraflara ulaşılamaması, tarafların toplantılara katılmaması nedeni ile görüşme yapılamaması yahut yapılan görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılması veya varılmaması hâlinde sona erer (İşM. K. m. 3/11). Bunun üzerine arabulucunun son tutanağı düzenleyerek durumu arabuluculuk bürosuna bildirmesi gerekir.

28 Aynı düzenleme 6325 sayılı Kanun'un dava şartı arabuluculuk hususunu düzenleyen 18/A maddesinin on beşinci fıkrasında da yer almaktadır. Buna karşın 6325 sayılı Kanun'un ihtiyarî arabuluculukta sürelere ilişkin hükmü ise farklılık arz etmektedir. 6325 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesine göre, arabuluculuk süreci tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp durumun tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçen süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürenin hesabında dikkate alınmaz. Kanaatimizce, dava şartı arabuluculuğa ilişkin olarak getirilen düzenleme, arabulucudan kaynaklanan nedenlerle tarafların hak kaybına uğramasının önüne geçmesi nedeni ile daha yerindedir.

Dava şartı arabuluculuğa ilişkin olarak getirilen en önemli düzenlemelerden birisi anlaşmama hâlinde dava açılması üzerine, yargılama giderlerinden sorumluluktur. Kanun koyucu tarafların arabulucuya başvurusunu zorunlu hâle getirebilmek için bazı yaptırımlar öngörmüştür. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin on ikinci fıkrasında herhangi bir mazeret bildirmeksizin ilk toplantıya katılmayan tarafın, arabuluculuğa konu uyuşmazlıkta açılan davada kısmen ya da tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olacağı ve bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilemeyeceği düzenlenmiştir. Her iki tarafın toplantıya mazeret şekilde katılmaması hâlinde ise taraflarca yapılan yargılama giderlerinin kendi üzerlerine bırakılacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu düzenleme yerinde olmakla birlikte kanaatimizce bazı problemleri de beraberinde getirecektir. Özellikle geçerli bir mazeretin var olup olmadığını tespit ya da tarafların arabuluculuk görüşmelerine usûlüne uygun şekilde davet edilip edilmediğini ispat hususunda bazı sorunlar meydana gelebilir. Zira arabulucunun tarafları her türlü iletişim vasıtasını kullanarak sürece davet edeceği düzenlendiğinden, arabulucunun tarafları geçerli bir şekilde görüşmeye çağırmış olmasına rağmen geçerli bir mazeret belirtmeksizin taraflardan birinin bu görüşmeye katılmadığının ispatı açısından bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır[29]. Nitekim arabuluculuk sürecinin başarısızlığa uğraması üzerine açılan bir davada, arabulucunun davalı şirketin Ticaret Sicili Gazetesinde yer alan adresine posta yolu ile gönderilen davet mektubunun iade edildiği ve bu nedenle arabuluculuk sürecinin sona erdiğine ilişkin tutanak ilk derece mahkemesince yeterli görülmemiş, arabulucunun usûlüne uygun tebligat yapmadığı gerekçesi ile Kanun'a uygun biçimde yürütülen bir arabuluculuk sürecinden bahsedilemeyeceği gerekçesi ile davanın usûlden reddine karar verilmiştir. Karar aleyhine kanun yolu başvurusu üzerine ise bölge adliye mahkemesince ilk derece mahkemesinin kararının yerinde olmadığına haklı olarak karar verilmiştir:

> "*Mahkemece, her ne kadar davacı tarafça arabulucuya başvurulmuş ise de dosyaya sunulan 02.09.2019 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Son Tutanağı "Adı geçen taraf 1 vekili bizzat M. E. U. Arabuluculuk ofisine geldi.*

29 **Erdoğan/Erzurumlu,** İş Mahkemeleri, s. 1877.

Taraf 2 ye PTT aracılığıyla ve RR06572369118 gönderi numarasıyla toplantı gün ve saatini bildirir davet mektubu gönderilmiştir. Gönderilen adresin ticaret sicili gazetesinde bulunan güncel adresi olmasına rağmen iade edilmiştir.....” şeklinde düzenlenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Böylelikle davalı tarafa usûlüne uygun tebligat yapılmadan veya davalıya arabuluculuk başvurusu denetlenebilir şeffaf bir şekilde bildirilmeden, davalının gıyabında arabuluculuk işleminin yürütüldüğü ve sonuçlandırıldığı belirtilerek usûlüne uygun yürütülmüş arabuluculuk faaliyeti bulunmadığından dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmiş ise de, somut uyuşmazlıkta davacı tarafça dava açılmadan önce arabulucuya başvurulduğu ve dava dilekçesine ekli arabuluculuk son tutanak içeriğine göre, davalı tarafa toplantı gün ve saatini bildirir davet mektubunun gönderildiği, gönderilen adresin ticaret sicil gazetesinde bulunan güncel adresi olmasına rağmen iade edildiğinin belirtildiği, tutanak başlığında davalı B. U. Nakliyat Kuyumculuk Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi’nin adresinin ... Mahallesi …... üzeri No:……. Silopi Şırnak olarak belirtildiği ve Yargılama esnasında, söz konusu adrese yerel mahkemece çıkartılan tebligatların iade edildiği ve Yerel Mahkemece söz konusu adres itibari ile davalı şirkete gerekçeli kararın TK 35. Maddesine göre tebliğ edildiği anlaşılmıştır. Son tutanak içeriğine göre arabulucu tarafından yapılan tebligatın davalının ticaret sicildeki güncel adresi olduğunun belirtilmesi nedeni ile, yapılan işlemin yönetmeliğin 25/3-8 maddelerine uygun olduğu, yargılama aşamasında da mahkemece davalının adresinin tespit edilememesi nedeni ile söz konusu adrese TK 35. Maddeye göre tebligatın yapılarak taraf teşkili sağlandığı anlaşıldığından bu itibarla mahkemece davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi yerinde görülmemiştir.”[30]

6325 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, arabulucu faaliyeti karşılığında ücrete hak kazanır. Tarafların arabuluculuk yoluna başvururken ücret hususunda bir anlaşmaya varmış olmaları hâlinde,

30 Gaziantep BAM 17. HD, 10.03.2021 T., 2021/267 E., 2021/331 K., www.legalbank.net, s.e.t. 03.06.2021.

ücretin ödenmesi konusunda öncelikle bu anlaşma dikkate alınacaktır. Bunun yanı sıra arabulucunun ücretinin ödenmesi bakımından dava şartı arabuluculukta özel hükümler sevk edilmiştir. Arabuluculuk sürecinin sonucunda anlaşmanın sağlanması durumunda, arabuluculuk ücreti aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde ödenir. Taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde ise iki saatlik ücret tutarının Adalet Bakanlığı'nın bütçesinden, iki saati aşan kısmın ise aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde ödeneceği kabul edilmiştir (İşM. K. m. 3/14). Ayrıca arabuluculuk bürosu tarafından yapılan masraflar da tarafların anlaşamaması hâlinde daha sonra haksız çıkan taraftan alınmak üzere Adalet Bakanlığı'nın bütçesinden karşılanır (İşM. K. m. 3/16). Zorunlu olarak başvurulması gereken bu yolun tarafları en azından maliyet açısından mağdur etmemesi bakımından iki saatlik ücretin Bakanlık bütçesinden ödenmesi yerindedir. Ancak 7036 sayılı Kanun'a göre, Bakanlık bütçesinden ve taraflarca ödenen arabuluculuk ücreti yargılama giderlerindendir. Bu ücretin bir yargılama gideri olarak kabul edilmesi ve arabulucunun bu hakkının güvence altına alınması bu yönüyle isabetlidir. Buna karşılık arabuluculuk sürecinde olmasa da yargılamanın sona ermesi üzerine arabuluculuk ücreti yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilen taraf üzerine bırakılmaktadır. Bu ise mahkemeye erişim hakkı bakımından taraflara ekstra bir külfet yükletilmesi anlamını taşır. Ayrıca, iki saatlik ücretin Bakanlık bütçesinden ödenmesinin ardından söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak dava açılmaması hâlinde iki saatlik ücretin karşılanamama tehlikesi de bulunmaktadır. Özellikle her iki tarafın avukatla temsil edildiği uyuşmazlıklarda, arabuluculuk ücretini ödemekten kaçınmak isteyen tarafların Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi kapsamında anlaşmaları mümkündür. Bu hâlde, arabuluculuk süreci anlaşmama nedeni ile sona erdiğinden iki saatlik arabuluculuk ücreti Adalet Bakanlığı'nın bütçesinden ödenmek zorunda kalır; ancak taraflar Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi çerçevesinden anlaşmaya vardıklarından uyuşmazlıkla ilgili olarak dava da açılmayacağından ödenen arabuluculuk ücretinin taraflardan alınması mümkün değildir. Ortaya çıkan bu problemlerin yapılacak bir kanun değişikliği ile giderilmesi yerinde olur.

2. İş Yargılamasında Dava Şartı Arabuluculuğa İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar

- **Arabuluculuk başvurusunda bütün taleplerin açıkça gösterilmesi gerekir mi?**

İşçilik alacaklarının tamamı hakkında dava açmayı düşünen işçinin arabuluculuk sürecine başvururken dava konusu kılmak istediği tüm talepleri açıkça belirtmek zorunda bulunup bulunmadığı yargı kararlarına konu olmuştur. Bu hususta bölge adliye mahkemelerince arabuluculukta müzakere konusu edilmeyen alacakların daha sonra dava konusu edilmeyeceği; ancak arabuluculuk son tutanağında alacak kalemlerinin tek tek yazılmaması nedeni ile davanın usûlden reddinin de usûl ekonomisine ve Anayasa'nın 36'ncı maddesine aykırılık teşkil edeceği kabul edilmiştir:

> "*...arabuluculuk kurumunun amacı gözetildiğinde dava açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olması yeterlidir. Önemli olan husus, dava açılmadan önce dava şartının yerine getirilmesi yani usûlünce arabulucuya başvurulması olduğundan, dava dilekçesi ile talep edilen alacak kalemlerinin arabuluculuk tutanağında hiç yazılmamış (örneğin düzenlenen arabuluculuk tutanağında sadece işçi-işveren uyuşmazlığı denilmesi ile yetinilmişse) olması veya kısmen yazılmış (örneğin düzenlenen arabuluculuk tutanağında kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin alacağından söz edilmesi, dava dilekçesinde ise bunlardan başka fazla çalışma ücreti, genel tatil ücreti gibi bir veya birden fazla talebin de yer alması) olması hâllerinde, ilk örnekte davaya konu edilen tüm alacak kalemleri, ikinci örnekte tutanakta yazılı olmayan alacak kalemleri yönünden dava şartının yerine getirilmediğinden söz edilemez ve davanın usulden reddi gerekmez.*"[31]

Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi tarafından bu hususta verilen kararda ise herhangi bir tereddüte yer verilmemesi için tarafların anlaştığı ve anlaşamadığı hususların son tutanakta tek tek yazılması gerektiği, bunun arabulucunun

31 Bursa BAM 9. HD, 27.12.2018 T., 2018/3520 E., 2018/2265 K., www.legalbank.net, s.e.t. 04.06.2021. Ayı yönde bkz. Bursa BAM 9. HD, 19.03.2019 T., 2019/842 E., 2019/668 K., www.legalbank.net, s.e.t. 04.06.2021.

görevi olduğu, ancak buna aykırı şekilde düzenlenen tutanaklar nedeni ile uyuşmazlık taraflarının mağdur edilmemesi nedeni ile başvuru formunun getirtilerek incelenmesi ve başvuru formunda yer almasına karşın son tutanakta müzakere edilip edilmediği belirlenemeyen alacakların müzakere edildiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak bu kabulün Arabuluculuk Yönetmeliği'nden 02.06.2018 tarihinde yapılan değişiklikten önceki uygulamalar bakımından geçerli olması gerektiği kabul edilmiştir:

"*Taraflar arasında "Hukuk Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Son Tutanak" 13.04.2018 tarihinde düzenlenmiş ve uyuşmazlık konusu "işçi-işveren uyuşmazlığı" olarak açıklanmıştır. Aynı tarihli uzlaşamama tutanağında ise tarafların anlaşmaya varamadıkları belirtilmiştir.*

Arabuluculuk Kanun'da arabuluculuk "Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi" olarak tanımlanmıştır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/1.maddesinde "kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebi ile açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır' şeklinde düzenlemeye yer verilerek dava şartı olarak arabuluculuk öngörülmüştür. Aynı Kanunun 3/21. maddesi uyarınca uygulanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15/3.maddesinde ise 'Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığı hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür' denilmek sureti ile arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sürdürüleceği belirlenmiştir.

Arabuluculuk ile ilgili gerek 7036 sayılı Kanun gerekse de 6325 sayılı Kanunda başvurunun kapsamı ve başvurunun şekline dair bir

düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple başvuru esnasında dile getirilmeyen bir alacak kaleminin görüşmeler kapsamında talebe konu edilmesi her zaman mümkün olduğu gibi müphem durumlar olması hâlinde ise uyuşmazlığın kapsamı arabulucu tarafından belirlenir. Zira arabuluculuk faaliyeti bir yargılama faaliyeti olmadığından görüşmeler sırasında talepler artırılabilir, değiştirilebilir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17/2. maddesinde "Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanakla belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır" şeklinde düzenlemeye yer verilerek son tutanağın arabulucu tarafından düzenleneceği açıkça kurala bağlanmıştır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 23/3.maddesinde, başvurunun dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılabileceği belirtilmiştir. Yönetmelik 02.06.2018 tarihinde yürürlüğü girmişse de yürürlük öncesinde de arabuluculuk bürolarında benzer şekilde form üzerinde işaretleme uygulamasının başladığı bilinmektedir. Nitekim davacı işçi 04.04.2018 tarihinde yaptığı başvurusunda davaya konu alacak kalemlerinin belirtildiğini açıklamıştır.

Yönetmeliğin 20.maddesinde arabuluculuğun sona ermesi düzenlenmiş olup bu maddenin (3).bendinde arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanağa faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına tarafların karar vereceği ancak arabulucunun bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapacağı belirtilmiştir. Şu hale göre son tutanağın tarafların beyanına göre oluşturulması asıl ise de arabulucunun görevleri arasında tutanağın içeriği ve düzenleme şekli konusunda tarafları bilgilendirmesi de gerekir.

Somut uyuşmazlıkta arabulucunun, tutanak içeriğinin dava şartını karşılayıp karşılamadığı noktasında bilgilendirme yaptığı da anlaşılamamaktadır.

İş Hukukunun ortaya çıkışının temel sebebi; esasen eşit olmayan işçi ve işveren arasındaki hukukî ilişkileri düzenlemesidir. 7036 sayılı

İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde, "dava şartı olarak arabulucuğa ilişkin madde ile diğer düzenlemelerde iş yargısının temeli çabukluk, basitlik, emredicilik, zayıfın korunması ve ucuzluk ilkelerinin dikkate alındığı açıklanmıştır. İşçinin, hak ve alacaklarını en kısa sürede ve en basit yoldan almasını sağlamaya yönelik getirildiği anlaşılan bir kurumun, işçinin aleyhine yorumlanması doğru olmaz. Aksine Yasa'nın gerekçesinde belirtildiği gibi zayıf konumda olan işçinin korunması esastır.

Kaldı ki, arabuluculuğa başvurma işçi açısından olduğu gibi işveren açısından da zorunluluktur. Bu tür uygulama hataları işveren açısından da gündeme gelebilmektedir.

Anlaşmazlık tutanağından her bir tazminat ve alacak kaleminin açıkça gösterilmemesinin arabulucunun hatasından kaynaklandığı kabul edilmelidir. Bu eksikliğin de dava şartının sağlanmadığı şeklinde yorumlanması, hak arama özgürlüğünü aşırı şekilde zorlaştıran bir hal olarak değerlendirilmelidir.

Zira, Anayasa Mahkemesi, dava şartı olarak arabuluculuğa dair yasal düzenlemenin iptali isteğiyle ilgili olarak verdiği kararında (AYM 11.07.2018 gün 2017/178 E,2018/82 K.), düzenlemenin hak arama hürriyeti ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına getirilen bir sınırlama niteliğinde olduğunu kabul etmiş ancak "Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkansız hale getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez" şeklinde gerekçeyle bir çeşit sınır tayin etmiştir.

Dava şartı olarak arabuluculuğun ağır koşullara bağlanması ve birkaç defa bu yola başvurulmasının gerekliliğine dair uygulama, işe iade davalarında hak düşürücü süre sorunlarının yaşanmasına, tazminat ve alacaklar yönünden alacağın kısmen zamanaşımına uğramasına, birden fazla arabuluculuk ücretlerinin yargılama giderlerine eklenmesiyle bu yöndeki sorumluluğun taraflara paylaştırılmasında tereddütlere ve en nihayet arabulucunun sorumluluğuna neden olabilecektir.

Bu tür anlaşmazlıklara ve tereddütlere meydan verilmemesi için arabuluculuk tutanağında tarafların anlaştıkları ya da anlaşamadıkları alacak kalemleri tek tek belirtilmelidir.

Dava şartı olan zorunlu arabuluculuk uygulamalarında başlangıçta hem talepte bulunanlar hem de arabulucular tarafından yapılan bu tür hatalar tarafların mağduriyetlerine sebebiyet verdiği gibi arabuluculuk uygulamasının amaçlandığı gibi uygulanmasına engel olduğundan, arabuluculuk kanununa dayanılarak çıkartılan ve 02.06.2018 tarihinde yürürlüğü giren yönetmeliğin ve aksaklıkları gidermek amacı ile uygulamaya sokulan arabuluculuğa hangi konularda başvurulduğuna ilişkin "başvuru formu" uygulamasının başladığı 02.08.2018 tarihine kadar arabuluculuk anlaşamama tutanağında arabuluculuğa konu alacaklar tek tek belirtilmeden "işçilik alacakları" "işçi-işveren uyuşmazlığı" gibi soyut ifadeler kullanılmış ise, başvuru formu getirtilip, talepler açık açık belirtilmiş ise talep formunda belirtilen alacakların görüşmelere konu edildiği açıkça belirtilmemiş ise taraflar arasındaki işçilik alacaklarının tamamının arabuluculuğa konu edildiği kabul edilmelidir.

Başka bir deyişle "başvuru formu" uygulamasının başladığı 02.08.2018 tarihi milat kabul edilerek taraflardan kaynaklanmayan bu tür uygulama hataları aşılarak arabuluculuk müessesinin amaca uygun yürütülmesi sağlanmalıdır.

Başvuru formu uygulamasının başladığı 02.08.2018 tarihinden sonraki başvurularda ise başvuran ve özellikle başvuru arabuluculuk ile görevli mahkemenin memuruna yapılmış ise görevli memur başvuru formundaki bu tür eksiklikleri giderecek uyarılarda bulunmalı, 02.08.2018 tarihinden sonraki başvurularda başvuru formu içeriğine itibar edilerek sonuca gidilmelidir.

Bu nedenlerle, somut uyuşmazlıkta, davacı arabuluculuğa başvururken taleplerini başvuru sırasında belirttiğini iddia ettiğinden, Mahkemece, arabulucuya başvuru evrakının arabulucu onaylı sureti getirtilmeli, davaya konu tazminat ve alacak kalemlerinin belirtilmesi veya işaretlendiğinin tespiti hâlinde dava şartının ikmal edildiği kabul edilerek işin esasına girilmeli ve yargılamaya devam olunmalıdır. Başvurunun "işçilik alacakları, işçi-işveren ilişkisi" şeklinde genel bir içerik taşıması durumunda ise başvuru tarihinin yönetmelikten öncesine ait oluşu nedeni ile dava şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir."[32]

32 Yarg. 9. HD, 11.02.2019 T., 2019/510 E., 2019/3277 K., www.legalbank.net, s.e.t. 04.06.2021.

Kanaatimizce, arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlendiği ilişkiler açısından, her bir usûlî talebin tamamı açısından dava şartının gerçekleştiğinin son tutanak ile ortaya konulması gerekir. Soyut ifadeler ile dava şartının gerçekleştiğinin kabulü mümkün olmamalıdır. Nitekim Yargıtay'ın söz konusu kararı incelendiğinde, esasen dava şartı arabuluculuğa ilişkin uygulama bilgisi yetersizliğinin yaratacağı olumsuzluğu gidermek maksadıyla bu yönde bir değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Üstelik söz konusu kararda, 02.06.2018 tarihine atıf yapılarak, ancak bu tarihten önce düzenlenen arabuluculuk son tutanakları açısından bu yönde bir kabulün bulunduğu anlaşılmaktadır. Kararın gerekçesinde zikredilen hak kayıplarına ilişkin değerlendirmelerden hareketle, böyle bir kabul ise hukuk devleti ile bağdaşmaz. Şayet arabulucunun veya taraf vekilinin yahut gerekli düzenlemeleri yapması gereken otoritenin kusuru sebebiyle bir zarar ortaya çıkmışsa, bireyin bu yöndeki zararının "sorumluya" müracaatla giderilmesi gerekir.

Netice olarak, mahkemeye yöneltilecek her bir talep açısından, dava şartı olarak arabuluculuğun gereğinin yerine getirildiğinin son tutanakta gösterilmiş olması icap eder. Aksi takdirde, açıkça belirtilmeyen talepler açısından davanın dava şartı eksikliği sebebiyle usûlden reddedilmesi, belirtilenler için davaya devam edilmesi gerekir.

- **Kısmî dava açılmasının ardından bakiye talep için ek dava açılması hâlinde dava şartı arabuluculuğa başvuru gerekir mi?**

Talep konusunun bölünebilir olduğu hâllerde davacının şimdilik talebinin bir kısmını dava konusu kılması mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109'uncu maddesi ile düzenleme altına alınan kısmî davada, dava konusu edilemeyen talep miktarından açıkça feragat edilmedikçe bu kısmın daha sonra talep edilebilmesi mümkündür. Davacının alacağının bir kısmı için dava açması hâlinde bakiye kısmın tahkikatın sonuna kadar ıslah yolu ile talep edilebileceği gibi ayrı bir davaya (ek dava) konu da kılınabilir. Söz konusu uyuşmazlığın iş mahkemelerinin görev alanına giren ve dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan bir uyuşmazlık olması hâlinde davacının ilk davayı açmadan önce dava şartı arabuluculuk yolunu tüketmiş olması hâlinde ek dava bakımından arabuluculuğa başvurunun gerekip gerekmediği akla gelebilir.

Kanaatimizce, kısmî davanın açıldığı hâllerde bakiye alacak için ek dava açılması durumunda ikinci kez dava şartı arabuluculuğa başvuru gerekmez[33]. Zira her ne kadar kısmî davaya konu edilmiş olsa da dava açılmadan önce yürütülen arabuluculuk sürecinde alacağın tamamı müzakere edilmiş ve anlaşma sağlanamamış olduğundan ek davada aynı sürecin tekrar yürütülmesi gerektiğini kabul etmek usûl ekonomisine aykırılık teşkil edeceği gibi mahkemeye erişim hakkının da ölçüsüz şekilde sınırlandırılması anlamını taşır. Kaldı ki ıslah ile talep sonucunun artırılması hâlinde dava şartı arabuluculuğa gerek duyulmazken aynı talebin ek davaya konu edilmesi hâlinde arabuluculuk yolunun tüketilmediğinden bahisle usûlden ret kararı verilmesi eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil eder. Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi de bu hususta verdiği kararda benzer bir sonuca varmıştır:

"*Dava fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmak suretiyle Keban Asliye Hukuk Mahkemesinde (İş Mahkemesi Sıfatıyla) 2015/315 E - 2018/5 K ile karar çıkan davada ıslah edilemeyen bakiye 7.733,19 TL kıdem tazminatı alacağının tahsiline ilişkin ek dava mahiyetinde olduğu görülmüştür.*

Keban Asliye Hukuk Mahkemesinin 2015/315 Esas ve 2018/5 Karar sayılı dava dosyası ile davanın kısmen kabulüne kısmen reddine karar verilerek 1.000.00 TL kıdem tazminatının akdin feshi tarihi olan 20/04/2010 tarihinden itibaren bankalara uygulanan en yüksek mevduat faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine kesin nitelikte olmak üzere karar verildiği, karara dayanak bilirkişi raporunda 8.733,19 TL kıdem tazminatı alacağı belirlendiği görülmüştür.

Öncelikle üzerinde tartışılması gereken husus Keban Asliye Hukuk Mahkemesinin (İş Mahkemesi Sıfatıyla) 2015/315 Esas ve 2018/5 sayılı kararının kesin olup olmadığıdır. Her ne kadar kararın kesin olduğu gösterilmiş ise de anılan ilam talebe ilişkin 1000,00-TL yönünden eda davası fakat aynı zamanda bilirkişi raporunda yapılan hesaplama tutarı olan 8.733,19-TL içinde bir tespit davası niteliğinde olup karar tarihinde tutar itibariyle İstinaf yasa yoluna tabidir. Bu

33 Bu yönde bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 188; **Eminoğlu/Erdoğan,** s. 174, 189.

sebeple gerekçeli kararda kararın kesin olduğuna işaret edilmesinin de bir geçerliliği bulunmamakta olup ilk derece mahkemesinin aynı doğrultudaki tespitinde bir isabetsizlik yoktur.

Öte yandan eldeki dava ise Keban Asliye Hukuk Mahkemesinde (İş Mahkemesi Sıfatıyla) 2015/315 E - 2018/5 K dosyasında yapılan tespite konu tutarın dava konusu yapılmayan kısmının, edasına ilişkin eda davasıdır. Yani dava konulan ortak değildir. Bu sebeple derdest olduğu değerlendirmesi yapılamaz ancak önceki davanın tespit hükmü iş bu eldeki dava için ön sorun oluşturduğundan bekletici mesele yapılması gerekir. Bu sebeple mahkemece derdesttik yönünden yapılan değerlendirme isabetli olmamıştır.

Bütün bu açıklamalardan ayrı olarak Keban Asliye Hukuk Mahkemesinde (İş Mahkemesi Sıfatıyla) 2015/315 E - 2018/5 K dosyanın dava tarihi 04.12.2015 olmakla birlikte elde ki davanın tarihi 24.01.2019 'dir. 01.01.2018 tarihinden sonraki uyuşmazlıklar yönünden ise arabuluculuk süreci zorunlu hale getirilmiş ve dava şartı sayılmıştır.

Arabuluculuk Kanunu'nda arabuluculuk "Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi" olarak tanımlanmıştır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/1.maddesinde "kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebi ile açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır" şeklinde düzenlemeye yer verilerek dava şartı olarak arabuluculuk öngörülmüştür. Aynı Kanun'un 3/21. maddesi uyarınca uygulanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15/3.maddesinde ise "Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken

usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür" denilmek sureti ile arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sürdürüleceği belirlenmiştir.

İş Hukukunun ortaya çıkışının temel sebebi; esasen eşit olmayan işçi ve işveren arasındaki hukukî ilişkileri düzenlemesidir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde, «dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin madde ile diğer düzenlemelerde iş yargısının temeli olan çabukluk, basitlik, emredicilik, zayıfın korunması ve ucuzluk ilkelerinin dikkate alındığı açıklanmıştır. İşçinin, hak ve alacaklarını en kısa sürede ve en basit yoldan almasını sağlamaya yönelik getirildiği anlaşılan bir kurumun, işçinin aleyhine yorumlanması doğru olmaz. Aksine Yasa'nın gerekçesinde belirtildiği gibi zayıf konumda olan işçinin korunması esastır.

Kaldı ki, arabuluculuğa başvurma işçi açısından olduğu gibi işveren açısından da zorunluluktur. Şu hâlde eldeki dava yönünden bir ek dava olması, ilk davanın tespit hükmü içermesi ek davadaki talebi asıl davada davacının ıslah yapması durumunda aranmayacak olan arabuluculuğa başvuru sürecinin bu haliyle ek davada aranmasının da İş Hukukunun genel ilkelerinden olan işçi lehine yorum ilkesi ile bağdaşmayacağı somut dosyada dava şartı olan arabuluculuk sürecinin istenemeyeceği değerlendirilmekle mahkemece, ilk davanın kesinleşmesi beklenerek ilk dava bekletici mesele yapılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğinden mahkeme kararının kaldırılarak gönderilmesine karar verilmiştir."[34].

- **Arabuluculuk görüşmelerinin telekonferans ile yapılması hâlinde son tutanak ne zaman hazırlanmış sayılır?**

Ne 6325 sayılı Kanun'da yahut Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde ne de İş Mahkemeleri Kanunu'nda arabuluculuk görüşmelerinin telekonferans veya sair online iletişim yolları ile gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği konusunda açık bir hüküm bulunmaktadır. Bu nedenle, bölge adliye mahkemeleri de farklı kararlar vermektedir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi;

34 Gaziantep BAM, 9. HD, 27.06.2019 T., 2019/871 E., 2019/1300 K., www.legalbank.net, s.e.t. 30.05.2021.

"*Kanunda tarafların telefonla arabuluculuk toplantısına katılabileceklerine dair bir düzenleme bulunmamaktadır.* ***Aksine düzenlemelerden yüz yüze katılıma göre hükümlerin konulduğu anlaşılmaktadır.*** *Burada her şeyden önce* ***telefonla katılan kişinin ehil ve yetkili olup olmadığı*** *ve bunun tespiti problemdir. Somut olayda yasal olarak tanımlanan ve hukuken geçerli olan bir ses tanıma sisteminin bulunmadığı da dikkate alındığında konuşulan kişinin kim olduğunun yasal olarak tespitinde problem bulunduğu açıktır.*" [35]

Ancak arabuluculuğun dava şartı hâline getirilmesi ve tarafların farklı şehirlerde bulunması ve özellikle COVID-19 salgını nedeni ile uygulamada telekonferans aracılığı ile arabuluculuk görüşmesi yapılması giderek yaygınlaşmıştır. Bu hâlde tarafların ya da vekillerinin elektronik imza sahibi olmaması durumunda son tutanağın posta yolu ile gönderilerek taraflarca/vekillerince imzalanması ve arabuluculuk sürecinin bu şekilde tamamlanması da uygulama tarafından bulunan bir çözümdür. Ancak son tutanak arabuluculuk görüşmelerinin sona erdiğini belgeler ve son tutanağın düzenlenmesinin ardından arabuluculuk süreci sebebiyle duran süreler işlemeye başlar (İşM. K. m.3/17). Bu nedenle son tutanağın hangi tarihte düzenlendiğinin tespiti önem arz eder.

Son tutanak 6325 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır.* ***Belge taraflar, kanunî temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır***.". Dava şartı olarak arabuluculuk görüşmelerinde de tarafların son tutanağı imzalamasına ilişkin farklı bir zorunluluk getirilmemiştir. Dava şartı arabuluculukta taraflara getirilen yük, ilk toplantıya katılmaktır ki bu tarafın imzasını taşımayan arabuluculuk son tutanağı ile de belgelenebilir. Şu hâlde, son tutanak açısından asıl olan, arabulucunun imzasıdır. Bu çerçevede, telekonferans yöntemiyle gerçekleştirilecek arabuluculuk görüşmelerinde, arabulucunun imzası ile süreç tamamlanmalı, ayrıca posta yoluyla taraflara imzaya gönderilmemelidir.

35 Ankara BAM 8. HD, 07.11.2019 T., 1684/2619, (Vurgular tarafımıza aittir).

Kaldı ki posta yolu ile son tutanakların imzalanması hâlinde arabulucunun tutanak altındaki imzanın gerçekte kim olduğunu tespit edebilmesi mümkün değildir. Ayrıca posta ile gönderilen evrakın ulaşmaması veya özellikle kötü niyetli karşı taraf sebebiyle geri gönderilmemesi yahut çok geç gönderilmesi tehlikesi vardır. Bu nedenlerle posta yolu ile imzaların tamamlanması yargılama aşamasında başka sorunlara yol açabilir.

Bursa Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararda son tutanağın düzenlenme tarihinin esas alınması gerektiği kabul edilmiştir:

> "*Önemli olan yön, son tutanakta belirtilen tarihte görüşmelerin anlaşmazlıkla sonuçlanması olduğundan ve taraflar bu tarihte arabuluculuk görüşmelerinin anlaşmazlıkla sonuçlandığını bildiklerinden, düzenlenen son tutanağın ayrıca tebliğine gerek yoktur… Açıklanan nedenlerle davanın, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren yasada öngörülen süre içerisinde açılması gerekir.*"[36]

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin 8'inci Hukuk Dairesi ise;

> "*Hak düşürücü sürelerin tereddüt olması durumunda aleyhine bu süre konulan kişi lehine yorumlanması gerektiği dikkate alındığında tutanağın düzenlenme tarihinin davacı vekili olduğunu iddia eden* ***avukatın imza tarihi olarak kabul edilmesi*** *gerektiği*"[37]

şeklinde karar vermiş ve tutanağın davacı vekili tarafından imzalandığı tarihin esas alınması gerektiğini kabul etmiştir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5'inci Hukuk Dairesi de davacının istinaf talebi üzerine,

> *"Arabulucu tarafından 8.1.2018 tarihinde son görüşme tutanağı tutulduğu görülmüştür. Davacı vekilince davalı taraf tutanağı imzalamamakla arabulucu tarafından 17.1.2018 tarihinde evrakın kargo ile kendilerine gönderildiğini ve 22.1.2018 tarihinde ise kendilerine ulaşması akabinde işe iade davasını yasal süre içerisinde açtıklarını ileri sürmektedir. Dosya içerisinde yer alan ve arabulucu tarafından 18.1.2019 tarihli tutanak içeriği de davacı taraf iddiasını doğrulamaktadır. Tüm tespitler karşısında 7036 sayılı kanunun 3.*

36 Bursa BAM 9. HD, 18.12.2019 T., 2151/3061.

37 Ankara BAM 8. HD, 07.11.2019 T., 1684/2619.

maddesine göre davacı tarafın dilekçesine eklemek zorunda olduğu 8.1.2018 tarihinde tarafların imzalarını taşıyan, usûlünce düzenlenmiş ve uzlaşmaya varılamadığına dair bir tutanaktan bahsedilemez."

gerekçesiyle, tutanağın düzenlendiği tarihin değil, davacıya ulaştığı tarihin esas alınması gerektiğine karar vermiştir[38].

- **Anlaşma belgesinde lehine herhangi bir edim bulunmayan taraf icra edilebilirlik şerhi talep edebilir mi?**

6325 sayılı Kanun'un 18'inci maddesi çerçevesinde, arabuluculuk görüşmelerine, her iki taraf ve vekilleri birlikte katılmış ise, taraflar, vekilleri ve arabulucunun imzasını taşıyan anlaşma belgesi, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın ilâm niteliğini taşır ve bir eda içermesi kaydıyla ilâmlı icranın konusu olabilir (HUAK m. 18/5). Tarafın veya vekilinin bulunmaması hâlinde hazırlanan anlaşma belgelerinin, icrası ise ancak mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınması ile mümkündür (HUAK m. 18/2).

Arabuluculuk anlaşma belgesinin, içerik itibariyle mutlaka her iki taraf açısından karşılıklı edimleri içermesi zorunlu değildir. Bu çerçevede, yalnızca bir tarafın bir edimi üstlenmiş olduğu arabuluculuk anlaşma belgesinin, taraflar veya vekilleri katılmadığı için ilam niteliğinde belge sayılabilmesi için şerh alınmasının gerekmesi hâlinde, edim yükümlülüğü altında bulunan tarafın bu şerhi isteyip isteyemeyeceği belirlenmelidir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, önüne gelen bir olayda, ilk derece mahkemesi tarafından, anlaşma belgesi gereğince edim yükümlülüğü altına girmiş olan işverenin icra edilebilirlik şerhi alınmasını istemekte hukukî yarar bulunmadığı yönündeki kararını şu gerekçe ile kaldırmıştı:

"Yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların bir anlaşmaya varması hâlinde, söz konusu anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhinin her iki tarafça da talep edilebileceği açıktır. ... İlk derece mahkemesince işveren tarafın hukukî yararı bulunmadığı gerekçesiyle icra edilebilirlik şerhi talebinin reddine karar verilmesi hatalı olmuştur." [39]

38 Ankara BAM 5. HD, 17.10.2019 T., 2537/2413.

39 İstanbul BAM 32. HD, 21.02.2019 T., 288/339.

- **İtirazın iptali davaları dava şartı arabuluculuk kapsamına dahil midir?**

İtirazın iptali davası, İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesinde düzenlenmiş, takip içerisindeki itirazın bertaraf edilmesine yönelik bir davadır. İtirazın iptali davası açısından, takibe konu alacağın dava şartı olarak arabuluculuk kapsamındaki bir uyuşmazlıktan kaynaklanması hâlinde, dava açmadan önce arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak kabul edilip edilmeyeceği, ancak bu davanın hukukî niteliğinin ortaya konulması suretiyle mümkün olur. İtirazın iptali davasının hukukî niteliği hususunda Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır. Ancak yakın tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında itirazın iptali davasının bir eda davası olduğu kabul edilmiştir[40].

Kanaatimizce, itirazın iptali davası, icra hukukuna özgü koşulları ve sonuçları bulunan ayrıksı bir dava türüdür. Şöyle ki; itirazın iptali davasının amacı, itiraz ile duran takibe devam edilmesini sağlamaktır. Bu dava türünde, mahkemeye yöneltilen hukukî himaye (esasen talep sonucu) talebi, eda davalarında olduğu gibi karşı tarafın belli bir miktar parayı ödemeye mahkûm edilmesi değildir. Nitekim bu dava sonunda, karşı tarafın belli bir meblağı ödemesine de karar verilemez. Bu davanın konusunu, esas itibariyle takibe yapılan itirazın haklı olup olmadığı oluşturur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2019 tarihli bir kararında aşağıdaki gerekçe ile itirazın iptali davasının bu amacına işaret edilmiştir:

> "*Yasal dayanağını 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 67. maddesinden alan itirazın iptali davası, alacaklının icra takibine karşı borçlunun yaptığı itirazın iptali ile İİK'nın 66. maddesine* ***göre itiraz üzerine duran takibin devamını sağlamayı amaçlamaktadır. Takip hukukundan doğan bu davada belirlenecek husus, borçlunun icra takibine yapmış olduğu itirazında haklı olup olmadığıdır.***".[41]

İtirazın iptali davasının bu niteliğini ortaya koyan en somut işaret, takibe konu kılınmamış bir alacağın itirazın iptali davasında ileri sürülemeyecek olmasıdır. Şayet bu klasik anlamda bir alacak (eda) davası olarak kabul edilecek olsaydı, alacaklının takipten bağımsız olarak tahsilini talep ettiği miktarı belirtmesine müsaade edilmesi icap ederdi.

40 Yarg. HGK, 13.06.2019 T., 2017/928 E., 2019/658 K., www.legalbank.net, s.e.t. 04.06.2021.
41 Yarg. HGK, 04.07.2019 T., 2017/261 E., 2019/854 K., www.legalbank.net, s.e.t. 04.06.2021.

İtirazın iptali davasının icra hukukuna özgü bir dava olduğu tespitinin ardından bu davanın dayanağı olan takibe konu uyuşmazlığın, dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında yer alması durumunda, dava açmadan önce arabulucuya başvurulmasının zorunlu olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu konuda öğretide bir görüş birliği olduğundan söz edebilmek mümkün değildir. Buna göre bir görüş, itirazın iptali davasının icra hukukuna özgü karakterinden hareket ederek, bu davaların dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında değerlendirilemeyeceği yönündedir.[42] Diğer bir görüş ise itirazın iptali davasının konusunun, takipte gerçekleştirilen "itiraz" olduğunu ve itiraz konusunda tarafların itirazın iptali davası dışında sulh olarak davaya devam edemeyeceklerinden hareket ederek, bu davaların arabuluculuğa elverişli olmadığını belirmektedir.[43] Buna karşılık, bazı yazarlar ise itirazın iptali davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun (uyuşmazlık dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında ise) dava şartı olduğunu savunmaktadır.[44]

Mahkeme kararları açısından da bu hususta bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Bu çerçevede İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 3'üncü Hukuk Dairesi;

> *"Davacı yanca, itirazın iptali davası arabuluculuk kapsamına giren davalardan olmadığını ileri sürmüş ise de itirazın iptali davaları alacak talebi ile dava açılması yerine öncelikle icra takibi başlatılması ve açılan icra takibine itiraz edilmesi üzerine alacağın ve icra takibinin devamının hüküm altına alınmasına yönelik davalar olup, temelde alacak davası niteliğinde davalardır. Yargılamanın usûlü de alacak davaları ile aynı usûl ve esaslara tabidir. Bu nedenle madde içeriğinde yer alan alacak davası tabiri itirazın iptali davalarını da kapsar. (Aksi hâlde, iş mahkemesinde dava açmadan önce icra takibi*

42 **Tanrıver, Süha,** "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", TBBD 2020, C. 147, s. 123; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 196-197; **Pekcanıtez/Atalay/ Sungurtekin-Özkan/Özekes,** s. 108.

43 **Yardım, M. Ertan,** "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru", Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed.: **Süral-Efeçınar, Ceyda/Yardım, M. Ertan**), 2019, s. 103-104.

44 **Kurt-Konca, Nesibe,** "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk", Seta Perspektif 2018, S. 225, s. 5; **Paslı, Ali,** "Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumu", Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed.: **Süral-Efeçınar, Ceyda/Yardım, M. Ertan**), 2019, s. 22; **Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper,** Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, 2019, s. 67.

başlatıp, takibe itiraz üzerine itirazın iptali davası açan her davacı dava şartının bertaraf edilmiş olur. Böyle bir uygulama adliyelerin iş yükünün azaltılması hedefi ile çıkartılan bir yasanın bu hedefine ulaşmasının engellenmesinin yanı sıra, icra dairelerinin iş yükünün de arttırılmasına sebep olacaktır.)"[45]

şeklinde gerekçesi ile itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında yer aldığını kabul etmiştir.

Buna karşılık, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi verdiği bazı kararlarda itirazın iptali davalarının dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında yer almadığı belirtilmektedir:

"*Kaldı ki TTK nun 5/A maddesinin incelenmesinde "bu kanunun 4.maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalarda, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır." bu madde de sadece alacak ve tazminat ödenmesine ilişkin davaların kastedildiği açık olup, itirazın iptali davasının arabuluculuğa baş vurulmadığı gerekçesiyle reddedilmesi de yasal düzenlemeye aykırıdır*."[46]

Kanaatimizce, itirazın iptali davalarını, yukarıda hukukî niteliği değerlendirilirken açıklandığı üzere, ilişkin olduğu takip dosyasından ayrı değerlendirmek mümkün değildir. Bu davaların ne genel bir alacak davası ne de tazminat davası olduğunun kabulü mümkündür. İtirazın iptali davasında, dava sebebi olarak takibe konu alacağın mevcudiyetinin tartışıldığı hususu şüpheden uzaktır. Ancak itirazın iptali davalarında mahkemeye yönelmiş hukukî himaye talebi, karşı tarafın bir şey vermeye, yapmaya veya yapmamaya mahkûm edilmesi değildir. İtirazın iptali davası ile takibe konu itirazın bertaraf edilmesi suretiyle takibin devamı amaçlanmaktadır. Bu nedenle itirazın iptali davalarının, takibe konu alacak iş sözleşmesinden kaynaklı işçi veya işveren alacağı ya da tazminatından kaynaklansa bile, dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

45 İzmir BAM 3. HD, 18.09.2019 T., 1647/1269.

46 İstanbul BAM 19. HD, 11.04.2019 T., 1075/939. Aynı yönde bkz. İstanbul BAM 19. HD, 11.04.2019 T., 1062/937; İstanbul BAM 19. HD, 08.04.2019 T., 956/925.

- **Menfî tespit davaları dava şartı arabuluculuğun kapsamına dahil midir?**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 106'ncı maddesine göre, tespit davası yoluyla mahkemeden bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi talep edilir. Şayet hakkın/hukukî ilişkinin mevcut olmadığının tespiti istenmekteyse menfî tespit davası söz konusu olur. Taraflar tespit davası sonunda verilecek hükmü ilâmlı icraya konu kılamaz.

İş sözleşmesinden kaynaklı bir işçilik alacağının/tazminatının mevcut olmadığına ilişkin olarak açılan bir tespit davasında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu olup olmadığının tespiti gerekir.

Menfî tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alıp almadığı hususunda bölge adliye mahkemelerinin farklı yöndeki kararları nedeni ile Yargıtay'ın 19'uncu Hukuk Dairesince 5235 sayılı Kanun'un 35'inci maddesine dayanılarak verilen ve çelişkinin giderilmesi amacıyla bir karar vermiştir. Söz konusu karar ticarî uyuşmazlıklarda menfî tespit davasının dav şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin olmakla birlikte gerekçesi itibari ile iş yargılaması bakımından da önem arz eder:

> "*HMK'nın 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfî tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez. Bu dava sonucunda, borçlunun borçlu olmadığının anlaşılması hâlinde borçlu olunmayan kısım belirtilmek suretiyle olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Menfî tespit davasının istirdat davasına dönüştüğü hâllerde dahi olumsuz tespit hükmü kurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, menfî tespit davasının niteliği gereği verilen kararlarda, yalnızca davacının borçlu olup olmadığı belirlenmekte, borçlu olmadığı kısma ilişkin olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Bu hüküm, herhangi bir alacağın tahsilini gerektirir nitelikte bir ilam olmadığından esasa yönelik olarak İİK m. 32 uyarınca doğrudan ilamların icrası yolu ile takibe konulamaz. Oysa arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi menfî tespit davaları sonucunda*

verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, ticari davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucu'nun bilinçli olarak menfî tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır."[47]

Yargıtay 19'uncu Hukuk Dairesi bu kararı ile menfî tespit davalarının alacak ya da tazminat davası olmadığına karar vermiştir. Bu karar her ne kadar bölge adliye mahkemeleri bakımından 5235 sayılı Kanun'un 35'inci maddesi gereğince bağlayıcı olsa da Yargıtay dairelerini bağlamaz. Nitekim Yargıtay'ın 11'inci Hukuk Dairesi yine ticarî uyuşmazlıklar bakımından menfî tespit davasında arabuluculuğa başvurunun zorunlu olup olmadığı hususunda 19'uncu Hukuk Dairesi'nden farklı şekilde bir karar vermiştir:

"*Davada diğer talep olan davacının çek nedeniyle davalıya borçlu olmadığının tespiti talebinin yani menfî tespit davasının arabuluculuk dava şartına tabi olup olmadığı hususuna gelince, menfî tespit davasında davacı, davalıya borçlu olmadığının tespitini istemekte, buna karşın davalı taraf davacının borçlu olduğunu savunmaktadır. Netice itibarıyla mahkeme menfî tespit davasında davacının borçlu olup olmadığının tespiti ile birlikte davalının da alacaklı olup olmadığının tespitini yapacaktır. Şu hâlde menfî tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağa ilişkin olduğu açık olup 7155 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile TTK'nin 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında menfî tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartı ise de…*"[48]

İş uyuşmazlıkları bakımından yakın tarihte önemli bir karar ise Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi tarafından verilmiştir. 9'uncu Hukuk Dairesi menfî tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almadığını şu gerekçe ile kabul etmiştir:

"*Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfî tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez. Bu dava sonucunda, borçlunun borçlu olmadığının*

47 Yarg. 19. HD, 13.02.2020 T., 2020/85 E., 2020/454 K., www.legalbank.net, s.e.t. 04.06.2021.

48 Yarg. 11. HD, 10.02.2020 T., 2019/3048 E., 2020/1093 K., www.legalbank.net, s.e.t. 04.06.2021.

anlaşılması hâlinde borçlu olunmayan kısım belirtilmek suretiyle olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Menfî tespit davasının istirdat davasına dönüştüğü hâllerde dahi olumsuz tespit hükmü kurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, menfî tespit davasının niteliği gereği verilen kararlarda, yalnızca davacının borçlu olup olmadığı belirlenmekte, borçlu olmadığı kısma ilişkin olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Bu hüküm, herhangi bir alacağın tahsilini gerektirir nitelikte bir ilam olmadığından esasa yönelik olarak İİK m. 32 uyarınca doğrudan ilamların icrası yolu ile takibe konulamaz. Oysa arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi menfî tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, işçilik alacaklarına ilişkin davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucu'nun bilinçli olarak menfî tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır.

Kanun maddesinin metni ve gerekçesi bu kadar açık ve net olup zorlamayla da olsa genişletici bir yorum yapılmasına elverişli değildir. Zaten ileri ve özgürlükçü hukuk düzenlerinde zorunlu ve emredici kuralların dar yorumlanması esastır. İcra İflas Kanunun 72. maddesinde düzenlenen menfî tespit davası, parasal bir mahkumiyeti içeren eda davası niteliğinde alacak ya da tazminatı konu almadığından dava şartı arabuluculuğun uygulama alanı dışında kalır. (TANRIVER,Süha Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2020, Yıl: 32, Sayı: 147, s. 111-141; EKMEKÇİ, Ömer/ ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat / SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Oniki Levha Yayınları, 2. Baskı, ..., Kasım 2019, s. 189-191.)"[49]

Kanaatimizce menfî tespit davasının kabulü hâlinde verilen hüküm, dava yoluyla ileri sürülmüş bulunan hakkın mevcut bulunmadığını; reddi hâlinde verilen hüküm ise söz konusu hakkın mevcut olduğunu tespit eder. Ancak her iki durumda da bu hükmün, ilgili hak açısından ilâmlı icranın (İİK m. 24 vd.) konusunu oluşturması mümkün değildir. Zira hüküm bir eda emri

49 Yarg. 9. HD, 18.03.2021 T., 2021/2740 E., 2021/6513 K., www.legalbank.net, s.e.t. 04.06.2021.

içermemektedir. Keza tespit davalarında, eda veya inşaî davalardan farklı olarak, maddî hukuka ait bir talep hakkının dava yoluyla kullanılması söz konusu değildir.[50] Şu hâlde, niteliği icabı, davanın kabulü veya reddi hâlinde yalnızca hak veya hukukî ilişkinin mevcudiyetine ilişkin bir sonuca varılacak tespit davalarının, teknik anlamda bir "alacak" veya "tazminat" davası olarak nitelendirilemeyeceği şüpheden uzaktır. Bu kapsamda, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin lafzı gereğince menfî tespit davalarının dava şartı arabuluculuğun kapsamında yer almadığı kabul edilmelidir[51]. Zira, dava şartı arabuluculuğun söz konusu olabilmesi için iş sözleşmesinden kaynaklı bir "alacak" ya da "tazminat"ın mevcut olması gerekir. Menfî tespit davaları, niteliği itibariyle bir hak yahut hukukî ilişkinin mevcut bulunmadığını konu alan davalardır. Bu anlamda, bir alacak veya tazminat davası şeklinde nitelendirilmesi mümkün değildir.

Türk kanun koyucusunun genel iradesinin son dönemde özellikle arabuluculuğu yaygınlaştırmak olduğu hususu şüpheden uzaktır. Ancak, arabuluculuğu dava şartı kılan söz konusu düzenleme, niteliği gereği istisnaî karakter taşır. Zira arabuluculukta asıl olan iradîliktir. Ayrıca dava şartı arabuluculuk düzenlemesi, kanaatimizce Anayasa'ya aykırı olmasa da[52] hiç şüphesiz Anayasa'nın 36'ncı maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen mahkemeye erişim hakkının bir sınırlamasıdır. Temel hakkı sınırlayan söz konusu hükmün, salt bu nedenle dar yorumlanması, kapsamına ilişkin tereddüt hâlinde, dava şartı arabuluculuğun uygulanmayacağının belirtilmesi uygun olur. Hakkı sınırlayan bir normun kapsamı, amaçsal yorumla genişletilemez. Dolayısıyla İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin kapsamı, kanun koyucunun arabuluculuğu yaygınlaştırmayı amaçladığı gerekçesi ile genişletilemez.

Nihayet İcra ve İflâs Kanunu'nun 72'nci maddesi çerçevesinde açılan menfî tespit davasının ileride istirdat davasına dönüşme ihtimali sebebiyle, menfî tespit davalarının İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesi kapsamında olduğunu ifade etmek de kanaatimizce yerinde değildir. Bir davanın ileride maddî hukukta meydana gelecek değişmelere bağlı olarak

50 **Kuru, Baki/Budak, Ali Cem,** Tespit Davaları, 2010, s. 68.

51 Bu yönde ayrıca bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 191.

52 **Erdoğan, Ersin,** "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", İSGHD, C. 14, S. 55, s. 1211-1242.

türünün değişmesi ihtimâline dayalı olarak, başlangıçta olmadığı bir dava türüne ilişkin sınırlamaya tâbi tutulması düşünülemez.

Bu kapsamda üzerinde durulması gereken bir diğer dava ise İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesine dayanan menfî tespit davalarıdır. İcra ve İflas Kanunu'nun 89'uncu maddesine göre, gönderilen haciz ihbarnamelerine itiraz etmeyen üçüncü kişinin, üçüncü ihbarname üzerine, takip alacaklısına karşı açtığı icra hukukuna özgü ve özel bir davadır. Bu davaların genel olarak "alacak" veya "tazminat" davası olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. Kaldı ki İş Mahkemeleri Kanunu'nun dava şartı arabuluculuğu düzenleyen hükmü dikkate alındığında üçüncü kişinin işçi-işveren ilişkisinin tarafı olması söz konusu değildir. Bu nedenle söz konusu davalar bakımından da dava şartı arabuluculuk geçerli değildir.

- **Davaların yığılmasına konu taleplerden bazılarının dava şartı arabuluculuk kapsamında bulunmaması hâlinde ne şekilde hareket edilmelidir?**

Dava yığılması şeklinde ileri sürülen birden fazla talebin, her birinin alacak veya tazminat davası olarak dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında bulunması durumunda, mahkemece davanın usûlden reddedileceği konusunda bir tereddüt yoktur. Buna karşılık, taleplerden bir kısmının dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında bulunmaması veya arabuluculuğa dahi elverişli olmaması hâlinde, mahkemece nasıl hareket edileceğinin belirlenmesi gerekir.

Yargıtay'ın 11'inci Hukuk Dairesi bu hususta verdiği bir kararda taleplerden bazılarının dava şartı kapsamında kalıp bazılarınınsa dava şartı kapsamında yer almadığı durumlarda taleplerin tümü açısından arabuluculuğa başvurulmadan dava açılabileceğini kabul etmiştir:

> "*Somut olayda, 6100 sayılı HMK'nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan 'davaların yığılması' durumu söz konusu olup ... uyuşmazlık, verilen paranın tahsili ve ortak olmadığının tespiti olmak üzere iki ayrı dava içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arabuluculuğa tabi ise de geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespitine ilişkin dava, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından*

arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir."[53]

Kanaatimizce, arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlendiği ilişkiler açısından, her bir usûlî talebin ayrı ayrı değerlendirilmesi ve tamamı açısından dava şartının gerçekleştiğinin son tutanak ile ortaya konulması gerekir. Dava yığılmasında, gerçekte birden fazla dava yalnızca aynı dava dosyası üzerinden görülmektedir. Ancak usûlî talepler ve bunların akıbeti birbirinden bağımsızdır. Dolayısıyla, böyle bir durumda, dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına girmeyen talepler açısından yargılama devam ederken, bu kapsamdakiler açısından davanın reddi gerekir[54].

- **Terditli davada yalnızca fer'î talebin dava şartı arabuluculuk kapsamında bulunması hâlinde ne şekilde hareket edilir?**

Davacının, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslîlik-fer'îlik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi hâlinde terditli davadan söz edilir. Yalnızca fer'î talebin dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında bulunması fakat aslî talep bakımından arabuluculuğa başvurunun zorunlu olmaması hâlinde ne şekilde hareket edileceği açıklanmalıdır. Burada aslî talep açısından dava şartlarında bir eksiklik bulunmaması ve fer'î talebin henüz esasının incelenmeyecek olması sebebiyle, dava şartı olarak arabuluculuğa başvuru zorunluluğu konusunda tereddüt edilebilir. Terditli davanın söz konusu olduğu durumlarda hem aslî hem de fer'î talep açısından dava derdesttir. Fer'î talep açısından ertelenen yalnızca tahkikattır. Dolayısıyla, yalnızca fer'î talebin dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında bulunması hâlinde, bu talep açısından da dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulmuş olması düşünülebilir. Ancak bu kabul, bu şekilde bir terditli dava imkânını dolaylı olarak ortadan kaldırmaktadır. Dava açmak isteyen, ilk olarak fer'î talebin konusunu talep etmemektedir. Dolayısıyla, arabuluculuk görüşmesini fer'î talep üzerinden yapması düşünülemez. Böyle bir durumda, dava şartı

53 Yarg. 11. HD, 17.02.2020 T., 2020/197 E., 2020/1578 K. www.legalbank.net, s.e.t. 04.06.2021. Aynı yönde bkz. Yarg 11.HD, 10.06.2020 T., 2019/4851 E., 2020/2732 K., www.legalbank.net, s.e.t. 04.06.2021.

54 **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 192-193; **Tanrıver,** Dava Şartı, s. 136; **Koçyiğit/Bulur,** s. 69.

olarak arabuluculuğa başvurulmasının zorlanması hâlinde, kişi yalnızca aslî talebini içeren bir dava açacaktır. Ancak bu davanın reddedilmesi hâlinde, fer'î talebi istemeye karar vermesi hâlinde süreleri kaçırmış olabilir. Kanaatimizce, yalnızca fer'î talebin dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında yer alması hâlinde, kişinin dava açmadan önce arabuluculuğa başvurması zorunluluğu aranmaksızın terditli olarak dava açabilmesi kabul edilmelidir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi tarafından ticarî uyuşmazlık bakımından verilen karar da bu yöndedir:

"*Dava, hukukî niteliği itibariyle, davacıya ait olup, davalı şirketi, şirket tarafından da diğer davalıya satılan taşınmazların tapusunun iptali ile davacı adına tescili, olmadığı takdirde taşınmazların bedelinin davalılardan tahsili istemine ilişkindir. İlk derece mahkemesince arabuluculuğa başvuru dava şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın, dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmiştir. 6100 sayılı HMK'nın 114/1 maddesinin birinci fıkrasında, tüm davalar bakımından geçerlilik taşıyan dava şartlarının neler olduğu hususu açıkça hükme bağlanmış, HMK 114/2.maddesinde ise diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. 7155 sayılı Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen ve 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren 5/A maddesi ile getirilen "Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır." hükmü uyarınca konusu bir miktar para alacağı olan talepler hakkındaki ticari davalarda dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu hale getirilmiş, yani arabuluculuğa başvurmak dava şartı haline getirilmiş bulunmaktadır. Somut olayda ise uyuşmazlık, davacı şirkete ait taşınmazları hile ve muvazaa nedeniyle devri iddiasına dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkin olup, asıl talebin herhangi bir nedenle yerine getirilmesi imkânsız olduğu hâlde terditli olarak taşınmaz bedelinin davalılardan tahsili talep edilmiştir. Tazminat talebi, tapu iptali ve tescil talebinin herhangi bir nedenle imkânsız olmasına bağlıdır ve terditli bir talep olarak ileri sürülmektedir.* ***HMK'nın 111/2.maddesi gereğince, mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar***

verilmedikçe, fer'i talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz. Davadaki asli talebin, zorunlu arabuluculuğu tabi olmadığı sabit olup, mahkemece davanın esası ile ilgili karar verilmesi gerekirken fer'i talep nedeniyle usulden ret kararı verilmesi yerinde değildir*. O hâlde ilk derece mahkemesince davacının asıl talebi olan tapu iptali ve tescil talebinin 6102 sayılı TTK 5/A. maddesi gereğince arabuluculuk dava şartına tabi olmadığı dikkate alınarak işin esasına girilip bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.*"[55]

- **Karşı davaya konu talebin dava şartı arabuluculuğa tâbi olması hâlinde ne şekilde hareket edilmelidir?**

Derdest bir davanın davalısının, kanunda öngörülen süre içerisinde, davacıya yönelttiği ve bu davada ayrıca hüküm altına alınmasını istediği usûlî talebini konu alan dava karşı dava olarak tanımlanabilir. Karşı dava açılabilmesi için, ilk olarak açılmış ve hâlen görülmekte bulunan bir dava olması gerekir. Ayrıca karşı davaya konu talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında ya takas-mahsup ilişkisinin bulunması veya bağlantı bulunması şarttır. Karşı davaya konu talep açısından başka bir yer mahkemesinin kesin yetkili olmaması gerekir. Karşı davanın asıl davadan ayrı bir dava niteliğinde olması sebebiyle, dava açılmasına ve yürütülmesine ilişkin diğer koşullar aynen karşı davada da geçerlidir (HMK m. 135). Bu kapsamda, dava şartlarının ayrıca incelenmesi gerekir. Karşı davaya konu talep açısından dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunmaktaysa, bu başvuru yapılmadan açılan davanın dava şartı eksikliği dolayısıyla mahkemece usûlden reddedilmesi gerekmektedir. Ancak iş uyuşmazlıkları bakımından dava şartı arabuluculuk sürecinin üç (gerekli hâllerde dört) hafta içinde tamamlanacağı dikkate alındığında, dava dilekçesine cevap süresi içinde dava şartı arabuluculuk kapsamında kalan bir talebi konu alan karşı davanın açılması fiilen mümkün değildir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesi ve İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin on yedinci fıkrasında arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı sürelerin duracağı, hak düşürücü sürelerin işlemeyeceği düzenlenmiş olmasına karşın bu hükümlerde usûl hukukuna ilişkin süreler

55 İstanbul BAM 14. HD, 19.11.2020 T., 2020/627 E., 2020/1236 K., www.legalbank.net, s.e.t. 04.06.2021.

bakımından herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bahsi geçen süreler maddî hukuka ilişkindir. Dolayısıyla karşı davanın usûlden reddi üzerine arabuluculuk bürosuna başvurulduğundan davaya cevap süresinin duracağını iddia etmek[56] de mümkün değildir. Bu durumda kişinin söz konusu talebi açısından öncesinde arabuluculuğa başvurması ve neticede anlaşma sağlanmazsa ayrı bir dava açması gerekir. Bu hâlde kişilerin sahip olduğu hukukî bir imkândan mahrum bırakılması ve böylelikle hak arama özgürlüğünün sınırlanması gibi bir sonucun ortaya çıktığı öğretide dile getirilmiştir[56].

Karşı davanın konusunun dava şartı arabuluculuk kapsamında kalması durumunda asıl davanın davalısının bu talep bakımından arabuluculuk yoluna başvurması ve asıl davada bu durumu bekletici mesele yapması bir çözüm yolu olarak düşünülebilir[57].

- **Islahla talep sonucunun değiştirilmesinde dava şartı arabuluculuk gündeme gelir mi?**

Islah, iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamına giren ve karşı tarafın açıkça muvafakat etmediği için yargılamaya dahil edilemeyen hususların ileri sürülmesini sağlayan bir usûl hukuku kurumudur. Islah ile talep sonucunun değiştirilmesi ve genişletilmesi mümkündür. Talep sonucunun değiştirilmesini ya da genişletilmesini konu alan bir ıslah talebinde ıslaha konu talebin dava şartı arabuluculuk kapsamında olması hâlinde ne şekilde hareket edileceğinin açıklanması gerekir.

Şayet davacı, kısmî dava açmış ve talep sonucunu artırmak için ıslaha başvurmak istemekteyse, söz konusu usûlî talep açısından dava şartı olarak arabuluculuk gerçekleştiği için, artırılan miktar için yeniden arabuluculuğa başvurmaya gerek yoktur. Buna karşılık, davacı ıslah ile yeni bir talepte bulunmak istemekteyse, yeni talebin dava şartı olarak arabuluculuğun kapsamında bulunması hâlinde, arabuluculuğa başvurulması aranmalıdır. Örneğin, işçi yalnızca kıdem tazminatı talebi ile açtığı davaya ıslah ile yıllık ücretli izin alacağını da dahil etmek isterse bu durumda yıllık ücretli izin alacağı bakımından dava şartı arabuluculuk yolunun tüketilmesi gerekir.

56 **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 191.
57 **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven,** s. 192.

III. GÖREV (MADDE İTİBARİYLE YETKİ)

1. Genel Olarak

Yargılama hukuku bakımından görev, o yargı koluna giren bir uyuşmazlığın konusu ve/veya taraflarına göre, bu yargı kolunda kurulmuş olan ilk derece mahkemelerinden hangisi tarafından çözüme kavuşturulacağını ifade eder[58]. Anayasa'nın 142'nci maddesinde mahkemelerinin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usûllerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörülmüştür. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1'inci maddesi ile de mahkemelerin görevinin ancak kanunla düzenleneceği ve göreve ilişkin kuralların kamu düzeninden olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır.

5235 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi ile hukuk mahkemelerinin sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemeleri olduğu belirtildikten sonra aynı Kanun'un hukuk mahkemelerinin görevini düzenleyen 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında da özel kanunlarla kurulan mahkemelerin görevleri saklı tutulmuştur. Bir uyuşmazlıkla ilgili olarak görevli mahkemenin tespitinde öncelikle göreve ilişkin özel bir düzenlemenin mevcut olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu çerçevede, 7036 sayılı İş Mahkemeler Kanunu ile genel olarak iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiştir (İşM. K. m. 5).

2. İş Mahkemelerinin Görevi

12.10.2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usûllerinin düzenlenmesi amaçlanmıştır. 7036 sayılı Kanun'un 2'nci maddesine göre Adalet Bakanlığı tarafından Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde iş mahkemeleri kurulabilir. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde iş mahkemelerinin birden fazla dairesi de oluşturulabilir (İşM. K. m. 2/2). Ayrı bir iş mahkemesi kurulan yerlerde iş mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ya da diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisidir. İş mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk

58 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 139.

mahkemesince, 7036 sayılı Kanun'daki usûl ve esaslara göre bakılır (İşM. K. m. 2/3)[59].

Birden fazla iş mahkemesinin bulunduğu yerlerde, ihtisaslaşmanın sağlanması amacı ile gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, daireler arasındaki iş dağılımı Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenebilir (İşM. K. m. 2/2).

7036 sayılı Kanun'un 5'inci maddesine göre iş mahkemeleri,

a. 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'a tâbi gazeteciler arasındaki uyuşmazlıklara

b. 854 sayılı Deniz İş Kanunu hükümlerine göre gemi adamları ile işveren ve işveren vekilleri arasında iş ilişkisi nedeni ile kanundan ya da sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara,

c. 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre işçi ve işveren veya işveren vekili sayılanlar arasında iş ilişkisi nedeni ile kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara,

d. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre hizmet sözleşmesine tâbi işçi ve işveren veya işveren vekili sayılanlar arasında iş ilişkisi sebebiyle kanundan ya da sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara,

e. İş hukukundan kaynaklanan idarî para cezalarına yönelik itirazlara,

f. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Hakkında Kanunu'nun geçici 4'üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara,

g. Diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklara,

ilişkin dava ve işlere bakmakla görevlidir.

59 Ayrı bir iş mahkemesi kurulmayan yerlerde o yerde tek asliye hukuk mahkemesi varsa bu mahkeme; birden fazla asliye hukuk mahkemesi varsa bir numaralı asliye hukuk mahkemesi iş uyuşmazlıkları bakımından görevli kabul edilir. Bkz. HSK'nın 26.03.2014 günlü ve 141 sayılı kararı, https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/20294aa1-1572-442c-846c-08596a5eb73f.pdf, s.e.t. 02.40.2021.

3. İş Yargılamasında Göreve İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar

- **7036 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce açılan ve bu Kanun yürürlüğe girdiğinde henüz derdest olan davalarda görevli mahkeme hangi hükümlere göre tespit edilir?**

7036 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan işçiler ile işverenler ya da işveren vekilleri arasındaki iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, bu uyuşmazlık iş sözleşmesinden kaynaklanmış olsa dahi, iş mahkemelerinin görevli olmadığı kabul edilmekte idi. 7036 sayılı Kanun, bu anlamda önemli bir değişiklik getirerek İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalsa da işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olduğunu düzenlemiştir. Ancak, 7036 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrası ile bu Kanun'un yürürlüğe girdiği 25.10.2017 tarihinden önce açılmış davaların açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam edecekleri; üçüncü fıkrası ile de başka mahkemelerin görev alanına girmekte iken 7036 sayılı Kanun ile iş mahkemelerinin görev alanına dahil edilen dava ve işlerin, iş mahkemelerine devredilmeyeceği; kesinleşinceye kadar ilgili mahkemeler tarafından görülmeye devam edeceği kabul edilmiştir. Bu nedenle, 25.10.2017 tarihinden önce İş Kanunu'nun kapsamı dışında kaldığı için asliye hukuk mahkemesinde açılan bir dava, 7036 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra da asliye hukuk mahkemesinde görülmeye devam eder.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu konuda 2018 yılında söz konusu düzenlemeye uygun bir karar vermiştir:

> "*Bu kapsamda eldeki davanın açıldığı tarih itibariyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uygulanmakta olup, anılan Kanun uyarınca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasında İş Kanunu kapsamı dışında olduğu belirtilen işlerde çalışanlar ile bunları çalıştıranlar arasındaki uyuşmazlıklarda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanacağından iş mahkemelerinin değil, genel mahkemelerin görevli olacağı açıktır. Buna karşılık 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile bu tür uyuşmazlıkların da iş mahkemelerinin görev alanına dâhil edildiği görülmektedir. Dolayısıyla gerek davanın açıldığı tarih gerekse*

sonradan yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun "Geçiş hükümleri"ni düzenleyen Geçici 1'inci maddesinde davanın görevsiz mahkemede açılması sonrasında yapılan bir kanun değişikliği ile görevsiz mahkemenin o dava için görevli hâle gelmesi durumunda o davaya bakmaya devam edeceğine ilişkin açık bir düzenlemenin yer almaması ve görevin kamu düzenine ilişkin olup resen dikkate alınacağı hususları birlikte değerlendirildiğinde eldeki davada 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır. Bir başka deyişle eldeki davada görev hususu 5521 sayılı mülga İş mahkemeleri Kanunu hükümleri dikkate alınarak belirlenmelidir."[60]

Buna karşılık 18.12.2013 tarihinde açılan ve Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesince görev yönünden bozulan bir davada ilk derece mahkemesinin direnme kararı üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu defa aksi yönde sonuca varmıştır. Hukuk Genel Kurulu, uyuşmazlığın davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 4857 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin ı bendi kapsamında kaldığını ve bu nedenle İş Kanunu'na değil, Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerine tâbi olduğunu kabul etmesine rağmen bu tip uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli kabul edilmesinin geçiş hükümlerini ihlâl etmeyeceğine şu gerekçe ve oy çokluğu ile kabul etmiştir:

"*…görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan görev konusunda taraflar için bir müktesep hak doğmayacağı, bu nedenle yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının geçmişe de etkili olacağı tartışmasızdır. Davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerektiği ancak yeni yasadaki görev kuralının değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair intikal hükümlerinin varlığı hâlinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır. Ayrıca bir dava görevsiz mahkemede açılmış ve bu sırada yapılan bir yasa değişikliği ile görevsiz mahkeme o dava için görevli hale gelmiş ise mahkeme artık görevsizlik kararı vermeyip davaya bakması gerekir. Dolayısıyla eldeki dava 5521 sayılı Kanun döneminde açılmış ise*

60 Yarg. HGK, 18.10.2018 T., 2017/1557 E., 2018/1457 K., www.legalbank.net, s.e.t. 01.04.2021.

de sonradan yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 6098 sayılı TBK'nun hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar da İş Mahkemesinin görev alanına dahil edildiğinden, görevli hâle gelen mahkemece görevsizlik kararı verilmesi olanaklı değildir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun "Geçiş hükümleri"ni düzenleyen maddeleri incelendiğinde de bu kuralın bertaraf edilmediği görülmektedir"[61].

Kural olarak usûl kuralları tamamlanmamış işleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır. Ancak kanun koyucu geçiş hükümleri öngördüğünde öncelikli olarak bu kuralların dikkate alınması gerekir. Esasen usûl hukukunda görevli ve yetkili mahkemenin davanın açıldığı ana göre belirlenmesi asıldır

61 Yarg. HGK, 21.10.2020 T., 2016/1349 E., 2020/801 K., www.legalbank.net, s.e.t. 01.04.2021. Bu kararın usûl ekonomisine uygun olduğu yönünde bkz. **Kar, Bektaş,** İş Yargılaması Usûlü, 3. Baskı, 2021, s. 186. Bu yönde ayrıca bkz. *"Yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile İş Mahkemelerinin görev alanı genişletilmiş 6098 sayılı Borçlar Kanunun ikinci kısmının altıncı bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya vekilleri arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına İş Mahkemelerinde bakılacağı düzenlenmiştir.* ***Usul kurallarının derhal yürürlüğe gireceği değerlendirildiğinde davanın 7036 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılıp açılmadığının da bir önemi bulunmamaktadır.*** *Somut uyuşmazlıkta dava açıldığı tarih itibariyle İlk Derece Mahkemesi davaya bakmaya görevli değil genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ise de dava açıldıktan sonra ve yargılama devam ederken açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte değerlendirildiğinde yapılan kanun değişikliği ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıkların İş Mahkemesinde görülmesi zorunlu hale gelmiş olmakla İlk Derece Mahkemesince yargılamaya devam ile esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken dava dilekçesinin görev yönünden reddi ile görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan…"*, İstanbul BAM 30.HD, 13.11.2018 T., 2018/3023 E., 2018/1748 K., www.legalbank.net, s.e.t. 01.04.2021. (Vurgu tarafımızca yapılmıştır). Aksi yönde bkz. "Yarg. 9.HD, 27.01.2021 T., 2019/6512 E., 2021/2448 K., www.legalbank.net, s.e.t. 01.04.2021; *"Görev hususu kamu düzeni ile ilgili olup taraflarca ileri sürülmese dahi mahkemece re'sen gözetilmesi gerekmektedir. 7036 sayılı Kanun ile, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlükten kaldırılarak aynı Kanun'un görev başlığını taşıyan 5. maddesinin (a) bendinde "5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında,* ***iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıkları yönünden iş mahkemelerinin görevli olduğu" düzenlenmiş ise de, geçici 1. maddedeki geçiş hükümleri sebebiyle, önceki yasal düzenlemenin uygulanmasına devam edilmektedir. Bu itibarla, davacı iddiası davalı savunması, toplanan deliller tüm dosya kapsamı ve yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda davacının yapmış olduğu işin tarım işi olduğu, maddede sayılan istisnalar içerisinde yer almadığı anlaşılmaktadır. Bunun yanısıra davalı iş yerinde 50'nin altında işçi çalıştığı dosya kapsamında sabittir. Bu durumda dava konusu olan uyuşmazlık iş kanununa tabi olmamakla beraber 7036 sayılı Kanun'un 5/1-a ve Geçici 1/1. maddeleri gereğince davaya iş mahkemesinde (eldeki dosyada iş mahkemesi sıfatı ile Asliye Hukuk Mahkemesinde) görülmesine devam edilmesi uyuşmazlığın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na çözülmesi gerekirken İş kanunu hükümlerinin uygulanması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."***, Yarg. 22.HD, 03.02.2020 T., 2017/26914 E., 2020/1472 K., www.legalbank.net, s.e.t. 01.04.2021, (Vurgu tarafımızca yapılmıştır). Ayrıca bu yönde bkz. Yarg. 22.HD, 30.09.2019 T., 2017/22408 E., 2019/17716 K, www.legalbank.net, s.e.t. 01.04.2021.

(*perpetuatio fori* ilkesi)[62]. Bu çerçevede, 7036 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesi ile düzenleme altına alınan husus bu ilkeye de uygun düşmektedir. Bu ilke, usûlüne uygun olarak görevli mahkemede açılan bir davanın, daha sonra yürürlüğe giren yeni kanun nedeni ile görev yönünden reddine engel olmakta ve böylelikle usûl ekonomisine de hizmet etmektedir[63]. Söz konusu karar ise hem Kanun'un açık hükmüne hem de görevin davanın açıldığı ana göre belirleneceğine ilişkin ilkeye aykırılık teşkil etmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararına rağmen Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi ise sonraki tarihli bir kararda,

> "*Görev hususu kamu düzeni ile ilgili olup taraflarca ileri sürülmese dahi mahkemece re'sen gözetilmesi gerekmektedir. 7036 sayılı Kanun ile, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlükten kaldırılarak aynı Kanun'un görev başlığını taşıyan 5. maddesinin (a) bendinde "5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıkları yönünden iş mahkemelerinin görevli olduğu" düzenlenmiş ise de, geçici 1. maddedeki geçiş hükümleri sebebiyle, önceki yasal düzenlemenin uygulanmasına devam edilmektedir. Somut uyuşmazlıkta, tüm dosya kapsamı ve davacı tanığı beyanından davalıya ait takside davacıyla birlikte iki çalışan olduğu ve davalının da çalıştığı anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, davacının yapmış olduğu işin İş Kanununa tabi olmadığı ancak 7036 sayılı Kanun'un 5/1-a ve Geçici 1/1. maddeleri gereğince davaya iş mahkemesinde görülmesine devam edilmesi ve uyuşmazlığın davacının davalı işyerinde çalıştığı dönemler de gözetilerek 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre çözülmesi gerekirken İş kanunu hükümlerinin uygulanması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*."

62 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanıtez, Hakan,** Medenî Usûl Hukukunda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması, GÜHFD, Y. 2005, S. 2, s. 178 vd.; **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 381.

63 **Pekcanıtez,** Zaman Bakımından, s. 178.

gerekçesi ile aksi yönde ve kanımızca isabetli bir sonuca varmıştır[64].

- **Ayrı bir iş mahkemesi kurulmayan yerlerde görevli mahkemenin tayini ne şekilde gerçekleştir? Davanın iş mahkemesi sıfatıyla açılması veya açılmamasının hukukî sonucu nedir?**

Ayrı bir iş mahkemesi kurulmayan yerlerde, o yerdeki asliye hukuk mahkemesi iş uyuşmazlıklarına iş mahkemesi sıfatıyla bakar.

Davanın iş mahkemesi sıfatıyla açılmamış olmaması hâlinde asliye hukuk mahkemesince görevsizlik kararı verilemeyeceği; verilecek bir ara kararla davaya iş mahkemesi sıfatıyla bakıldığı belirtilerek yargılamaya devam edilmesi gerektiği kabul edilmektedir[65].

Yargıtay 10'uncu Hukuk Dairesi bu hususta verdiği bir kararda benzer şekilde sonuca varmıştır:

> "*Ayrı iş mahkemesi olmayan yerlerde yalnızca bir asliye hukuk mahkemesi varsa ve dava bu mahkemede* ***iş mahkemesi sıfatıyla açılmamışsa mahkemece eldeki davaya iş mahkemesi sıfatıyla bakılmalıdır. Birden fazla asliye hukuk mahkemesinin olduğu yerlerde ise hangi mahkeme iş davalarına bakmak üzere görevlendirilmişse davaya onun tarafından bakılması gerekir.***

64 Yarg. 9.HD, 27.01.2021 T., 2019/6512 E., 2021/2448 K., www.legalbank.net, s.e.t. 01.04.2021. Aynı yönde bkz. *"Görev hususu kamu düzeni ile ilgili olup taraflarca ileri sürülmese dahi mahkemece re'sen gözetilmesi gerekmektedir. 7036 sayılı Kanun ile, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlükten kaldırılarak aynı Kanun'un görev başlığını taşıyan 5. maddesinin (a) bendinde "5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında,* ***iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıkları yönünden iş mahkemelerinin görevli olduğu" düzenlenmiş ise de, geçici 1. maddedeki geçiş hükümleri sebebiyle, önceki yasal düzenlemenin uygulanmasına devam edilmektedir. Bu itibarla, davacı iddiası davalı savunması, toplanan deliller tüm dosya kapsamı ve yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda davacının yapmış olduğu işin tarım işi olduğu, maddede sayılan istisnalar içerisinde yer almadığı anlaşılmaktadır. Bunun yanısıra davalı iş yerinde 50'nin altında işçi çalıştığı dosya kapsamında sabittir. Bu durumda dava konusu olan uyuşmazlık iş kanununa tabi olmamakla beraber 7036 sayılı Kanun'un 5/1-a ve Geçici 1/1. maddeleri gereğince davaya iş mahkemesinde (eldeki dosyada iş mahkemesi sıfatı ile Asliye Hukuk Mahkemesinde) görülmesine devam edilmesi uyuşmazlığın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na çözülmesi gerekirken İş kanunu hükümlerinin uygulanması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."***, Yarg. 22.HD, 03.02.2020 T., 2017/26914 E., 2020/1472 K., www.legalbank.net, s.e.t. 01.04.2021, (Vurgu tarafımızca yapılmıştır). Ayrıca bu yönde bkz. Yarg. 22.HD, 30.09.2019 T., 2017/22408 E., 2019/17716 K., www.legalbank.net, s.e.t. 01.04.2021.

65 **Kuru, Baki,** Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. II, s. 1722.

Davanın tarafları bu iş dağılımına itiraz edemezler. Aynı şekilde Asliye Hukuk Mahkemesinden iş mahkemesi sıfatıyla verilen kararın aslen iş mahkemesi sıfatıyla verilmemesi gerektiği ortaya çıktığında da mahkemenin HMK'nun 20 vd. maddeleri kapsamında görevsizlik kararı veremeyip, davaya genel mahkeme sıfatıyla baktığını belirtmesi yeterlidir. Somut olayda Yerel Mahkemece; bulunan mahâlde müstemir yetkili bir iş mahkemesi kurulması ve mahkemeler arasındaki iş bölümü nedeniyle eldeki dosyada ... 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin iş mahkemesi sıfatıyla görevsizliğine, karar kesinleştikten sonra talep hâlinde dosyanın yetkili ve görevli ... İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmişse de yukarıdaki açıklamalar kapsamında böylesi bir kararın hatalı olduğu açıktır. Zira somut olayda ilgili mahkemeler arasında görev değil iş bölümü ilişkisi mevcuttur. Esasa ilişkin karar bakımından damahkemece verilecek karar görevsizlik değil, mahkemeler arası devir ilişkine dayanan gönderme kararıdır."[66]

Benzer şekilde, ayrı bir iş mahkemesi kurulmayan yerlerde dava iş mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesinde açılmış; ancak mahkemece davanın asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği sonuca varılmış ise bu hâlde de görevsizlik kararı verilmez. Mahkemece bir ara karar verilerek davaya asliye hukuk mahkemesi sıfatıyla bakılacağı belirtilerek yargılamaya devam olunur[67].

Yargıtay da benzer şekilde karar vermektedir:

"*...**Asliye Hukuk Mahkemesinden iş mahkemesi sıfatıyla verilen kararın aslen iş mahkemesi sıfatıyla verilmemesi gerektiği ortaya çıktığında da mahkemenin HMK'nın 20 vd. maddeleri kapsamında görevsizlik kararı veremeyip, davaya genel mahkeme sıfatıyla baktığını belirtmesi yeterlidir.** Somut olayda da ... Asliye Hukuk Mahkemesince genel görevli mahkeme olarak bakılması gereken davaya iş mahkemesi sıfatıyla bakılarak hüküm kurulmuş, hüküm bu yönden Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin 05/05/2014 gün ve 2014/9051-9900 E.K sayılı kararıyla bozulmuştur. **Mahkemece yapılması gereken bozma ilamına uyulduktan sonra görevsizlik kararı verilmesi değil,***

66 Yarg. 10.HD, 10.10.2016 T., 2016/11758 E., 2016/12211 K., www.legalbank.net, s.e.t. 03.04.2021, (Vurgu tarafımızca yapılmıştır).

67 **Kuru,** C. II, s. 1722.

iş mahkemesi sıfatının kaldırılarak, davaya genel mahkeme sıfatıyla devam edilmesidir. *Bu durumda uyuşmazlığın ...Asliye Hukuk Mahkemesince genel mahkeme sıfatıyla görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.*"[68]

- **İşçinin rekabet etmeme borcundan kaynaklı davalarda görevli mahkeme neresidir?**

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5'inci maddesinde yer verilen "Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tâbi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasındaki her türlü hukukî uyuşmazlıkta" iş mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin düzenleme ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının c bendinde yer alan "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447 maddelerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır" şeklindeki düzenleme dikkate alındığında iş sözleşmesinden kaynaklanan rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin belirlenmesi gerekir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce de söz konusu husus Yargıtay kararlarına konu olmuş ve Hukuk Genel Kurulu başlangıçta iş sözleşmesinden kaynaklanan rekabet yasağına yönelik uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olduğuna hükmetmiştir:

"*Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde; "...Tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın:...3. Borçlar Kanununun, ... rekabet memnuiyetine dair 348 ve 352,...maddelerinde;...tanzim olunan hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır." hükmü bulunmaktadır. Aynı Kanunun 5. maddesi uyarınca, ticari davalara bakma görevi ticaret mahkemelerine aittir.*

Öte yandan; 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 1. maddesi uyarınca; İş Kanununa göre işçi sayılan kişilerle işverenler arasında iş akdinden yada İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk davalarına iş mahkemelerinde bakılır.

68 Yarg. 20.HD, 07.02.20217 T., 2016/14345 E., 2017/884 K., www.legalbank.net, s.e.t. 03.04.2021, (Vurgu tarafımızca yapılmıştır).

Anılan Kanun hükümleri gözetildiğinde Borçlar Kanununun 348 ve devamı maddelerinden kaynaklanan davalarda görevli mahkemenin belirlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Türk hukukunda iş ve çalışma hayatı ilk olarak 1924 yılında yürürlüğe giren ve hafta tatiline ilişkin Kanun ile düzenlenmiş, bu Kanun sonrasında ise 1926 yılında yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar Kanunu ile ayrıntılı düzenleme getirilmiştir. Çalışma hayatında meydana gelen değişiklikler ve işçilerin özel ihtiyaçları nedeniyle, Anayasa'nın sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, kanun koyucunun gittikçe artan oranda bu alana düzenleyici olarak müdahalesi gereğinin doğması ile birlikte 1967 yılında 931 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiş, bu Kanunun Anayasa Mahkemesince iptali üzerine çıkarılan 1475 sayılı Kanun 1971 yılında ve son olarak 4857 sayılı İş Kanunu ise 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Özel nitelikteki bu Kanunların hiçbiri Borçlar Kanununun iş ve çalışma hayatına ilişkin hükümlerini yürürlükten kaldırmamış, aksine İş Kanunu hükümlerine aykırı olmamak üzere iş akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ve İş Kanunları kapsamı dışında kalan hizmet akitlerine uygulanacağı hususu kanun koyucu tarafından açıkça vurgulanmıştır.

İş akdinin kurulması ile doğan sadakat borcu, işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcudur. Rekabet etmeme borcu ise, iş akdinin sonuçlarından olan; işçinin, işverene sadakat borcunun olumsuz yönünü ifade eder.

İş akdinin devamı süresince işçinin işverenle rekabet etmemesi sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Buna karşılık, taraflar iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş akdine konulmasını veya bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılmasını kararlaştırabilirler. İş akdi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet etmeme borcu ancak böyle bir yükümlülük sözleşme ile kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olmaktadır. (Prof. Dr. S. Süzek, İş Hukuku, Beta Yayınları, 2005, S:277). Hizmet sözleşmesinde işçi, diğer tarafa (iş sahibine) nazaran zayıf durumda bulunduğu için, kanun, iş sahibinin haksız menfaatler sağlayarak işçiyi ezmesini önlemek amacıyla hizmet sözleşmesine eklenecek rekabet yasağı

hakkındaki hükümleri özel bir şekilde düzenleme gereğini duymuştur. Borçlar Kanunu 348-352 düzenlemesinin getirdiği hükümler, sadece hizmet sözleşmesi zımnında yapılan rekabet yapmama sözleşmelerine uygulanabilirler. (Prof. Dr. C. Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, Beta Yayınları, 2006, S:276). İşçiyi korumaya yönelik olan bu maddede yazılı olan sınırlamalar, bu durumda öteki sözleşmelere uygulanamazlar. (Ord. Prof. Dr. H. V. Velidedeoğlu, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, 1987, S:561). Her hizmet sözleşmesinin mutlaka bir ticari işletmeyi ilgilendireceğini kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla esnaf düzeyindeki kişinin yaptığı hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ihlalinden doğan davanın da bu hüküm gereğince mutlak ticari dava sayılması anlamsızdır. Bu tür bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık "öz ticaret hayatına" ilişkin olmadığı gibi çözümü de ayrı bir uzmanlığı gerektirmez (S. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005, S:94-95).

Borçlar Kanununun 348. maddesinde düzenlenen rekabet yasağı asli yükümlülük doğuran bir sözleşme değildir, iş akdine bağlı olarak fer'i nitelikte bir yükümlülük doğurmaktadır. İş ilişkilerinden doğan rekabet yasağının düzenlenmesinin dayanağı iş ilişkisidir.

Devletin, iş ilişkilerini düzenlerken nasıl işçiyi koruma amacıyla özel mahiyette maddi hukuk kuralları vazetmesi gerekiyorsa, bir hukuk uyuşmazlığı olarak iş uyuşmazlıklarının çözümünü de genel yargıdan ayırmış, İş Hukukuna has yani bu hukukun amacına hizmet edecek şekilde kolay, hızlı ve ekonomik usul kurallarıyla yargılayan uzman özel (spesifik) bir yargıya bırakması gerekmektedir. İşte bu gerek, çoğu ülkede olduğu gibi Türkiye'de de iş davalarının, bu alanda uzman, özel mahkemelerde; iş mahkemelerinde ve genel yargılama usullerinden farklı bir usule göre görülmesini, yani bir iş yargısının varlığını, zorunluluğunu ifade eder (Prof. Dr. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Yayınları, 2004, S:103). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 29.06.1960 gün, 1960/13 ve 1960/15 sayılı kararına göre; "...İş mahkemeleri iş akdinden doğan münasebetlerden çıkan davaların bu konularda özel bilgiye sahip mahkemelerde görülmesi amacıyla..." kurulmuştur, işçi sayılan kimselerle (Kanunla değiştirilen 2. maddesinin C, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar

hariç) işveren arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukukî uyuşmazlıkların bu mahkemelerde çözümleneceği karara bağlanmıştır. Bu kapsamda çıkarılan ve 1950 yılında yürürlüğe giren 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca; bir uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülebilmesi için işçi sayılan kişilerle işveren arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukukî uyuşmazlığın bulunması gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 05.02.2003 gün, 2003/82-65 sayılı kararı).

Bu bağlamda, dava konusu rekabet yasağının dayanağı, işçinin hizmet akdinden kaynaklanan sadakat borcundan kaynaklanmakta olup, hizmet akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme iş mahkemesidir.

Öte yandan; iş uyuşmazlıkları, özel nitelikte hukuk uyuşmazlıklarıdır. 5521 sayılı Kanunun 1. maddesinde iş mahkemelerinin görev alanına giren hukuk uyuşmazlıkları olarak iş uyuşmazlıkları, "İş kanununa göre işçi sayılan kimselerle…işveren veya vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları…" olarak belirtilmektedir. Şu hâlde iş mahkemelerinin görev alanına giren hukuk uyuşmazlıkları olarak iş uyuşmazlıkları, tarafları ve konusu kanunla belirlenmiş; yani belirli nitelikte uyuşmazlıklar olup, görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğunda, içeriği keyfi surette doldurulamayacak uyuşmazlıklardır. Bu nedenle bir hukuk mahkemesi olarak iş mahkemeleri, iş sözleşmesi veya İş Kanunundan doğmuş olsa dahi idari ve cezai uyuşmazlıklara doğal olarak bakamayacağı gibi İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçilerle onları çalıştıran işverenler arasındaki uyuşmazlıklara da, iş sözleşmesinden kaynaklanmış olsalar dahi, bakamayacaktır. Bu sonuncu türden uyuşmazlıklar, tarafları işçi ve işveren, kaynağı iş sözleşmesi olduğu hâlde iş uyuşmazlığı olarak nitelenemez ve bu itibarla da bu uyuşmazlıkları konu edinen davalar iş davası olarak değerlendirilemez; genel olarak hukuk uyuşmazlıkları ve hukuk davaları içinde yer alırlar (Prof. Dr. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Yayınları, 2004, S:104-105).

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 3008 sayılı İş Kanunu yürürlükteyken çıkarılmış olduğundan 1. maddesinde "(O kanunun

değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) olmak üzere işçi sayılan kimseler işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan uyuşmazlıkların çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur" hükmü bugün 4857 sayılı İş Kanununa göre tanımlanan ve 4. maddede sayılanlar dışında kalan işçiler olarak anlaşılmalıdır. 5521 sayılı Kanunda yer alan "işçi sayılan" ifadesi İş Kanunu kapsamında bulunan işçi olarak yorumlanmalıdır. Bu durumda, 4857 sayılı İş Kanununun İstisnalar başlıklı 4. maddesinde sayılan kişiler ile belirtilen işlerde çalışanlar tarafından açılacak davalarda iş mahkemeleri değil, genel mahkemeler görevlidir.

Yukarıdaki açıklamalar uyarınca; Borçlar kanununun 348 ve devamı maddelerine dayalı olarak iş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilerek ön sorun oyçokluğu ile aşıldıktan sonra işin esasının incelenmesine geçilmiştir."[69]

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2012 yılında rekabet yasağına ilişkin olarak görevli mahkemenin tespiti hususunda görüş değiştirmiş ve iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönemde rekabet yasağının ihlâl edilmesi nedeni ile açılan davalarda Ticaret Kanunu'ndaki düzenleme nedeni ile asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmiştir:

"*…Kanun koyucu bu kuralı rekabet yasağı sözleşmesinin ticari işletmeyi ilgilendirmesi nedeniyle getirmiş olup; öğretide rekabet yasağı sözleşmesi ile hizmet akdi arasındaki yakın ilişki nedeniyle iş mahkemelerinin görevli olması gerektiği her hizmet sözleşmesinin mutlaka bir ticari işletmeyi ilgilendireceğini kabul etmenin mümkün olmadığı, dolayısıyla esnaf düzeyindeki kişinin yaptığı hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ihlalinden doğan davanın da bu hüküm gereğince mutlak ticari dava sayılmasının anlamsız olduğu, bu tür bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık "öz ticaret hayatına" ilişkin*

69 Yarg. HGK, 22.09.2008 T., 2008/517 E., 2008/566 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 21.09.2011 T., 2011/508 E., 2011/545 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021.

olmadığı gibi çözümünün de ayrı bir uzmanlığı gerektirmeyeceği görüşü de savunulmaktadır (Soyer Polat a.g.e.,s:25; Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Onuncu Bası, s. 96). Yukarıdaki ayrıntılı açıklamalar göstermektedir ki, iş akdinin devamı sırasında işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme yasağına aykırılık hâlinde, bu tür davalara bakmakla görevli mahkeme iş mahkemesidir. İş akdinin sona ermesinden sonra rekabet yasağına aykırı hareket edilmesi hâlinde ise, buna dayalı olarak açılacak dava niteliği itibariyle 818 sayılı BK'nun 348. maddesi kapsamına girmekle ve bu kapsamdaki davalar TTK.nun 4/1-3 maddesinin açık hükmü karşısında tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticari davalardan olmakla, bu tür davaların ticaret mahkemesinde incelenip karara bağlanması gerekir.

...Davaya dayanak alınan taahhüdün işçi ile işveren arasında düzenlenmiş olması, bu taahhüt nedeniyle çıkan uyuşmazlığın iş hukuku kapsamında kaldığını kabule yeterli değildir. Zira, bu taahhüt iş akdinin sona ermesi hâlinde yapılmaması gereken bir hususa ilişkin olmakla, iş hukukunun düzenleme alanı dışında kalmaktadır. ...Bu kapsamda yer alan uyuşmazlıklara ilişkin davaların ise, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1-3.maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliği taşıdığında duraksama bulunmamaktadır. Mutlak ticari davaların görülme yeri ise, açık biçimde ticaret mahkemeleridir. O hâlde, mutlak ticari dava niteliğindeki eldeki davaya bakma görevi de ticaret mahkemesine ait olup; yerel mahkemenin, iş mahkemesinin davaya bakmakla görevli olduğundan bahisle, verdiği görevsizlik kararı usul ve yasaya aykırıdır..."[70]

Yine 2013 yılında da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra rekabet yasağının ihlâli nedeni ile ortaya çıkan uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna hükmetmiştir. İlgili kararda, yapılan müzakereler esnasında Türk Ticaret Kanunu'nun 5'inci maddesinde yer alan "***Aksine hüküm bulunmadıkça**, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir*" ifadesi nedeni ile rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklarda İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki düzenlemenin "aksine hüküm" niteliğini haiz olduğunu ve iş

70 Yarg. HGK, 29.02.2012 T., 2011/781 E., 2012/109 K., www.legalbank.net, s.e.t. 22.05.2021.

mahkemelerinin görevli sayılması gerektiğinin bazı üyelerce savunulduğu ancak kurul çoğunluğunun asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna karar verdiği belirtilmiştir:

"*Yukarıdaki ayrıntılı açıklamalar göstermektedir ki,* ***iş akdinin devamı sırasında işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme yasağına aykırılık hâlinde, bu tür davalara bakmakla görevli mahkeme iş mahkemesidir. İş akdinin sona ermesinden sonra rekabet yasağına aykırı hareket edilmesi hâlinde ise, buna dayalı olarak açılacak dava niteliği itibariyle 818 sayılı BK'nun 348. maddesi kapsamına girmekle ve bu kapsamdaki davalar TTK. nun 4/1-3 maddesinin açık hükmü karşısında tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticari davalardan olmakla, bu tür davaların ticaret mahkemesinde incelenip karara bağlanması gerekir.*** *(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.02.2012 gün ve 2011/11-781 E., 2012/109 K.) sayılı kararlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir……*

....Bu konuda, ***Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerde azınlıkta kalan görüş sahipleri; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 5/1. ((mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/1.) maddesinde "Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir" hükmü nedeniyle, özel düzenleme bulunan, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5.maddesine göre, rekabet yasağının ihlaline ilişkin uyuşmazlığın iş mahkemesince ve iş hukuku kurallarına göre çözülmesi gerektiği, Hukuk Genel Kurulu'nun 21.09.2011 gün ve 2011/9-508 E., 2011/545 K. sayılı kararının da aynı yönde olduğu savunulmuşsa da, bu görüş kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.***"[71]

Esasen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2012 tarihli kararının ardından Yargıtay dairelerinin de aynı yönde kararlar verdiği ve iş sözleşmesinin sona ermesi hâlinde işçinin işverenle rekabet etmesine ilişkin yasağın ihlâlini konu alan uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğunun genel olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır[72].

71 Yarg. HGK, 25.12.2013 T., 2013/412 E., 2013/1708 K., www.legalbank.net, s.e.t. 22.05.2021, (Vurgular tarafımıza aittir.).

72 Bkz. Yarg. 7. HD, 30.04.2015 T., 2015/2971 E., 2015/7786 K.; Yarg. 9. HD; 07.02.2019 T., 2015/33389 E., 2019/2979 K.; Yarg. 20. HD, 23.10.2015 T., 2015/11988 E., 2015/10043 K.; Yarg. 22. HD, 13.12.2017 T., 2017/41731 E., 2017/2540 K., www.legalbank.net, s.e.t. 22.05.2021.

Yargıtay'ın 13'üncü Hukuk Dairesi ise 2017 yılında verdiği bir kararda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2008 tarihli kararını gerekçe göstererek gerek iş sözleşmesinin devamı sırasında gerekse iş sözleşmesinin bitiminin ardından rekabet yasağına aykırılık nedeni ile açılan davaların iş mahkemelerinde görülmesi gerektiğine; bu davalarda uyuşmazlığın iş sözleşmesinden kaynaklandığına hükmetmiştir:

> "*Davacı, davalının kendi işyerinden ayrıldıktan sonra verdiği taahhüde aykırı davranarak rekabet yasağı sözleşmesini ihlal ettiğini ileri sürerek cezai şart tazminatı ödetilmesi için eldeki davayı açmıştır. Borçlar Kanununun 348. maddesinde düzenlenen rekabet yasağı, asli yükümlülük doğuran bir sözleşme değildir. İş akdine bağlı olarak fer'i nitelikte bir yükümlülük doğurmaktadır. Bu bağlamda, dava konusu rekabet yasağının dayanağını, İş Kanunu kapsamında işçi sayılan davalının hizmet akdinden kaynaklanan sadakat borcu oluşturmaktadır. 4857 ve 5521 sayılı Kanunların 1.maddeleri hükmü ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.09.2008 tarih, 2008/9-517 Esas ve 2008/566 Karar sayılı içtihadı gereğince, hizmet sözleşmelerinden doğan bu gibi uyuşmazlıklara ilişkin davalara bakmaya iş mahkemeleri görevlidir. Bu nedenle mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, bu husus gözardı edilerek, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir*."[73]

Ancak Yargıtay'ın 13'üncü Hukuk Dairesi'nin 2018 tarihinde verdiği karar da Hukuk Genel Kurulu'nun 2012 tarihli görüşüne uygundur:

> "*Davacı, davalının şirkete ait işyerinden ayrıldıktan sonra verdiği taahhüde aykırı davranarak Türk Borçlar Kanunu'nun 444 ve devamı maddelerinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesini ihlal ettiğini ileri sürerek cezai şart tazminatı ödetilmesi için eldeki davayı açmıştır. Mahkemece, İş Mahkemesi'ne görevsizlik kararı verilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olup, görevli mahkeme Ticaret Mahkemesi'dir. O hâlde, mahkemece işin esasına girilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken değinilen bu yön gözardı edilerek yazılı şekilde İş Mahkemesi'ne görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir*."[74]

73 Yarg. 13. HD, 12.12.2017 T., 2015/41922 E., 2017/12383 K., www.legalbank.net, s.e.t. 22.05.2021.

74 Yarg. 13. HD, 29.03.2018 T., 2016/18081 E., 2018/3841 K., www.legalbank.net, s.e.t. 22.05.2021

Buna karşılık Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi 2021 yılı içerisinde vermiş olduğu bir kararda,

"Gerek mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, gerekse 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, Türk Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağına ilişkin hükümlerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava olduğu belirtilmiş ise de, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan: "Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir" hükmü, bu konuda ayrı bir düzenleme bulunup bulunmadığının göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir.

İşçinin haklarını adalet mercilerinde çabuk, kolay ve ucuz bir surette almasını temin etmek amacıyla özel İş Mahkemeleri Kanunu çıkarılmıştır. Ayrı bir iş yargılaması ve bu yargılamayı uygulayan özel mahkemelerin kuruluşu, esasen iş hukukunun işçiyi koruma hukukî niteliğinden kaynaklanmaktadır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5.maddesi, "a) 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına, b) İdari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara, c) Diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklara, ilişkin dava ve işlere bakar." şeklinde düzenlenmiştir.

Şu hâlde, İş Mahkemeleri Kanunu ile işçi ve işveren arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları çözme görevinin iş mahkemesine verilmiş olması, Türk Ticaret Kanunu'nun 5.maddesinde yer alan "aksine hüküm bulunmadıkça" ibaresinin karşılığıdır. Başka bir anlatımla, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5.maddesi, Türk Ticaret

Kanununun 4.maddesinde belirtilen ticari davalara bakma görevinin ticaret mahkemelerine ait olduğunu belirten 5.maddedeki 'aksine hükmü' öngören bir düzenlemedir.

Benzer bir durum, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76. maddesinde 03.03.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanunun 30. maddesi ile yapılan değişikliğin sonucu olarak kurulan Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri için söz konusudur. Türk Ticaret Kanunu'nun 4.maddesinde fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan davalar da ticari dava sayılmasına rağmen 5846 sayılı Kanun uyarınca kurulan Fikri ve Sınai Haklar Mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin düzenlemenin Türk Ticaret Kanunu'nun 5.maddesinde belirtilen aksine hükmü karşıladığı kabul edilmektedir. Aksi hâlde tüm fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklarda ticaret mahkemelerinin görevli olması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

Rekabet yasağına ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444-447.maddeleri hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler içinde düzenlenmiştir. Her iki kanunda da rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin kurulması ve sınırları özellikle işçinin korunması ilkesi dikkate alınarak düzenlenmiştir. Gerçekten, işçinin çalışma hakkı, rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin yer, süre ve konu itibariyle sınırlandırılmasını gerektirmektedir.

İşçi ile işveren arasında sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönem için rekabet yasağına ilişkin bir anlaşma olmadıkça, Borçlar Kanunu'ndaki hükümler tek başına işverene talep hakkı vermez. Başka bir anlatımla, taraflarca rekabet yasağı konusunda anlaşma yapılmışsa işveren, sözleşmeye aykırı davranıldığını ileri sürerek cezai şart ya da tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu nedenle, burada borcun kaynağı kanun değil, iş sözleşmesidir.

İş sözleşmesi devam ederken işçinin sadakat borcu gereği zaten rekabet yasağı bulunduğundan bu konuda ayrı bir anlaşmanın varlığına gerek yoktur. Rekabet yasağının ihlali halinde işveren, iş sözleşmesine aykırı davranıştan ötürü sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceği gibi, varsa zararının tazminini de isteyebilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağının sona ermesini düzenleyen 447.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından

haksız olarak ya da işçi tarafından haklı nedenle feshedilmiş olması halinde rekabet yasağının sona ereceği düzenlenmiş olup, haklı fesih müessesesinin iş hukuku ilkeleri çerçevesinde ticaret mahkemesince değerlendirilmesinin güçlüğü ortadadır.

Uyuşmazlığın kaynağı iş sözleşmesi olduğundan Türk Borçlar Kanununun 444 ve devamı maddelerine dayalı olarak İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemeleri görevlidir. Dairemizin önceki kararlarında işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonrası dönem bakımından rekabet yasağına ilişkin olarak cezai şart ve tazminat davaları bakımından ticari dava olduğu belirtilmiş ise de; konunun yeniden değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmakla,yukarıda belirtilen açıklamalar uyarınca görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu belirlendiğinden bu karardan dönülmesi gerektiği anlaşılmıştır."

gerekçesiyle, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra dahi, rekabet yasağının ihlalinden kaynaklanan davaların iş mahkemelerinde görüleceğini belirtmiştir. Kanaatimizce bu değerlendirme isabetlidir. Şöyle ki;

Türk Borçlar Kanunu'nun 444'üncü maddesine dayanan ve iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin rekabet etmeme yasağının ihlâline ilişkin uyuşmazlıklar Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesi gereğince ticarî dava niteliğini haizdir. Ancak bir davanın ticarî dava olması her zaman asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği şeklinde yorumlanamaz. Türk Ticaret Kanunu'nun 5'inci maddesinde "*aksine düzenleme bulunmadıkça*" ticarî davaların asliye ticaret mahkemelerinde görüleceğine ilişkin düzenleme de bunu doğrulamaktadır. Başka bir anlatımla, diğer kanunlarda göreve ilişkin farklı hükümlerin yer alması hâlinde o hükümlerin uygulanarak ticarî davaların farklı mahkemelerde görülmesi mümkündür. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5'inci maddesinde mülga Kanun'dan farklı olarak hem kişi hem de konu bakımından daha kapsamlı bir düzenleme öngörülmüş ve Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen hizmet sözleşmesine tâbi işçi ve işveren ilişkisinden kaynaklı her türlü hukukî uyuşmazlığın iş mahkemelerin görev alanına girdiği belirlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 444'üncü maddesinde düzenlenen rekabet yasağının konusu işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisidir. İşçi, iş ilişkisinin sona ermesinin ardından

işverenle rekabet oluşturabilecek bir hususta faaliyet göstermeyeceğine yönelik olarak taahhütte bulunmuş olabilir. İşin niteliği gereği, rekabet yasağının ihlâli iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra gündeme gelecektir. Oysa, rekabet yasağının dayanağı rekabet yasağına ilişkin sözleşmeyi ihlâl ettiği iddia edilen kişinin bir zamanlar işverenin yanında işçi olarak çalışıyor olmasıdır. Dolayısıyla her ne kadar uyuşmazlığın meydana geldiği anda işçi-işveren ilişkisi sona ermiş olsa da rekabet yasağına ilişkin sözleşme iş ilişkisinin mevcut olduğu dönemde ve bu ilişki nedeni ile imzalanmış olduğundan iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar arasında kabul edilmesi gerekir. Bu nedenlerle, söz konusu uyuşmazlıklardan doğan davaların mutlak ticarî dava olduğu ancak görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğunun kabulü daha isabetlidir[75].

- **Vakıf üniversitesinde çalışan öğretim görevlilerinin açtığı davada görevli yargı yeri neresidir?**

Anayasa'nın 131'inci maddesine göre, vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının malî ve idarî konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tâbi olduğu kabul edilmiştir. Bu hükümden hareketle vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim görevlilerinin iş sözleşmelerinin feshinden sonra açılan davalarda hangi mahkemenin görevli olduğunun tespiti önem arz eder. Esasen bu husus dar anlamda görev kuralları ile ilişkili olmayıp; idarî yargının mı yoksa adlî yargının mı görevli olduğunun belirlenmesine ilişkin olduğundan yargı yoluna ilişkindir. Ancak bu konuda yapılan tespitte adlî yargının görevli olduğu sonucuna varılmasından sonra adlî yargı mahkemeleri içinde iş mahkemelerinin görevli olduğu söylenebilir[76].

Uygulamada gerek Yargıtay'ın gerek Danıştay'ın gerekse de Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararları da söz konusu uyuşmazlık bakımından yargı yolu tespitine ilişkindir.

75 Aynı yönde bkz. **Şahlanan, Fevzi,** Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkeme, Tekstil İşveren Hukuk, S. 418, Ocak-Şubat 2016, s. 3-4.

76 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Göktaş, Seracettin,** Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki Hukukî İlişkinin Niteliği, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S.1, Y. 2021, s. 581 vd.; **Çelik, Nuri,** Vakıf Üniversitesi Öğretim Üyeleri ile Yapılan Sözleşmelerin Hukukî Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, Y. 2014, s. 3 vd.

Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi söz konusu uyuşmazlık bakımından daha önce verdiği kararlarda adlî yargının görevli olduğunu kabul etmekteydi:

> "*....belirtilen normatif düzenlemelere göre kamu hizmeti kamu görevlisi sayılan işçilerle de yürütülebilir. Vakıf Üniversitelerine Devlet Üniversiteleri gibi ayrıcalıklar tanınması ve kamu hizmetini yapmalarının sağlanması, kamu hizmetini sağlamak için çalıştırdığı öğretim görevlilerini statü hukukuna tabi kılmaz. Normatif düzenlemelerde belirtildiği gibi mali ve idari konularda Vakıf Üniversiteleri Devlet Üniversitelerinden ayrılmış ve yönetmelik hükümleri ile açıkça öğretim elemanlarının aylık ve özlük hakları konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olacakları belirtilmiştir.*
>
> *Somut uyuşmazlıkta taraflar arasında imzalanan "tam gün görevli akademik personel sözleşmesi"ye göre, davalı ile davacı arasındaki ilişki; özel hukuk kurallarına göre belirlenen özel hukuk ilişkisidir. Davalı vakıf Üniversitesinin, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tabi olması, davacının iş sözleşmesi ile çalışma olgusunu ve buna bağlı olarak İş Mahkemesinin görevini ortadan kaldırmaz. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca uyuşmazlık adli yargı yolunda ve iş mahkemesinde çözülmelidir.*"[77]

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi yeni tarihli kararlarında ise uyuşmazlıklarda idarî yargı mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmiştir:

> "*Anayasa'nın 31. maddesi düzenlemesi ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu hükümleri ve özellikle kadroların akademik yönden belirlenmesi, sözleşmelerin onaya tabi tutulması dikkate alındığında, vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının idari sözleşmelerle çalıştığının kabulü gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında hareketle 2013 yılında, Vakıf Üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir(Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 09.12.2013 gün ve 2013/34603 E, 2013/28476 K).*

77 Yarg. 9. HD, 12.01.2016 T., 2015/35581 E., 2016/298 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021.

Somut uyuşmazlıkta, Vakıf Üniversitesinde öğretim görevlisi olarak çalışan davacının Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi idari sözleşme ile çalıştığı, uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğu anlaşıldığından, 6100 sayılı HMK.un 114 ve 115. maddeleri uyarınca yargı yolunun caiz olmaması nedeni ile davanın usulden reddi yerine esastan karar verilmesi hatalıdır."[78]

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi'nin ilgili uyuşmazlıkların adlî yargının görev alanına girdiği ve iş mahkemelerinin görevli olduğu yönünde kararları bulunmaktadır:

"*Dosya içereğine göre davacı, davalı vakıf üniversitesi bünyesinden 17.02.2012 tarihinden itibaren 4857 Sayılı İş Kanunu kapsamında sözleşme imzalayarak Yardımcı Doçent ünvanı ile çalışmıştır. Dairemizin daha önceki kararlarında, vakıf üniversitelerinde görev yapan öğretim görevlilerinin statü hukukuna tabi olduğu görüşü benimsenmiştir. Ancak, konu ile ilgili, iş hukuku daireleri arasında görüş ayrılıklarının giderilmesi ve içtihatların birleştirilmesi amacıyla yapılan toplantıda; vakıf üniversitesi öğretim görevlilerinin istihdam şekillerinde, idari işlemlerin ayırt edici unsuru olan kamu gücünün baskın ve belirleyici olmaması; çalışma şartları, hak ve borçları ile ücretlerinin Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 23. maddesine istinaden ve bu maddenin verdiği yetkiye dayanılarak tarafların serbest iradeleri ile yaptıkları iş sözleşmesi ile şekillenmesi sebebi ile anılan konudaki uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu görüş Dairemizcede benimsenmiştir. Hal böyle olunca, mahkemece işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın çözümünde idari yargının görevli olduğu gerekçesi ile yargı yolu caiz olmadığından davanın usulden reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*"[79]

22'nci Hukuk Dairesi'nin daha eski tarihli kararlarında ise söz konusu uyuşmazlıkların idarî yargının görev alanına girdiği kabul edilmiştir:

"*Somut olay ve mevzuat hükümleri ile Uyuşmazlık Mahkemesinin 05/11/2012 tarih ve 189 esas, 234 karar sayılı kararı birlikte*

78 Yarg. 9. HD, 03.02.2020 T., 2018/2613 E., 2020/1118 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021.

79 Yarg. 22. HD, 30.05.2016 T., 2016/12877 E., 2016/15414 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021. Aksi yönde bkz. Yarg. 22. HD, 05.12.2019 T., 2019/8416 E., 2019/22463 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021.

irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, idare hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bu açıdan taraflar arasındaki kıdem tazminatı ve yıllık izin alacağına ilişkin tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yeri görevlidir. Görev hususu dava şartlarından olup, yargılamanın her aşamasında mahkemece resen dikkate alınmalıdır. Bu durumda, yargı yolu sebebi ile görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir."[80]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre ise söz konusu uyuşmazlıklar iş ilişkisinden kaynaklanmakta olup iş mahkemelerinin görev alanına dahildir:

"*....davacı ile davalı Üniversite arasında bağıtlanan sözleşmenin bireysel iş sözleşmesi olduğu, dolayısıyla bu iş ilişkisinin özel hukuk kurallarına göre belirlenen özel hukuk ilişkisi olduğu açıktır. Davalı Vakıf Üniversitesinin, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tabi olması, davacının iş sözleşmesi ile çalışma olgusunu ve buna bağlı olarak İş Mahkemesinin görevini ortadan kaldırmaz. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi uyarınca uyuşmazlık, adli yargı yolunda ve iş mahkemesinde çözülmelidir.*"[81]

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi'nin kapatılması üzerine 9'uncu Hukuk Dairesi'nin 2020 yılının Eylül ayında gerçekleştirilen toplantıda söz konusu uyuşmazlık da gündeme getirilmiş; ilgili hususta içtihadı birleştirme kararı verilmesi için başvuru yapıldığı, bu kararın sonucunun beklenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Söz konusu uyuşmazlık yargı yoluna ilişkin olduğundan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararları da önem arz etmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanları da sürekli ve düzenli nitelikte kamu hizmetinin yürütülmesi faaliyetinde rol almaktadır ve bu kişiler statü, göreve alınma, hak ve yetkiler dikkate alındığında kamu personeli vasfını haizdir. Bu nedenle uyuşmazlık idarî yargının görev alanına dahildir:

80 Yarg. 22. HD, 01.03.2013 T., 2012/15013 E., 2013/4250 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021.
81 Yarg. HGK, 22.03.2017 T., 2015/1738 E., 2017/523 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021.

"*Somut olay ve mevzuat hükümleri birlikte irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı davacının, statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır.*

Bununla birlikte, davacının sözleşmesinin feshinden sonra ücret alacaklarının ve tazminatlarının ödenmemesi yolunda tesis edilen davalı idare işleminin idare hukuku anlamında bir idari işlem olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte, bu idari işlemden kaynaklanan tazmin isteminin 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2, Maddesinin b fıkrasında belirtilen; "İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları" kapsamında idari yargı yerinde görülmesi gerekmektedir."[82]

IV. YETKİ (YER İTİBARİYLE YETKİ)

1. Genel Olarak

Medenî yargıya dahil bir uyuşmazlığın neredeki görevli ilk derece mahkemesinde çözümleneceğini belirleyen kurallar (yer itibariyle) yetki kuralları olarak anılır. Bir davanın neredeki (hangi yargı çevresindeki) ilk derece mahkemesinde görüleceği belirlenirken bazı ölçütler kullanılır. Bu ölçütlerden bir kısmı uyuşmazlığın taraflarını, bir kısmı ise uyuşmazlığın konusunu esas alır. Bazı ölçütler, aksine bir düzenleme olmadıkça bütün davalar bakımından yetkiyi tesis ederken, bazı ölçütler ise sadece belli davalar bakımından yetkili mahkemenin belirlenmesinde kullanılır. Aksine bir düzenleme olmadıkça bütün davaların görüleceği yer mahkemesi genel yetkili mahkeme, bu mahkemeyi belirleyen kural ise genel yetki kuralı olarak adlandırılır. Genel yetki kuralı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, her dava, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, davalının davanın açıldığı tarihte yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür.

82 UM, 24.10.2016 T., 2016/544 E., 2016/522 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021.

İş yargılaması bakımından ise 7036 sayılı Kanun ile özel yetki kuralı öngörülmüştür. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 6'ncı maddesine göre,

> "*İş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir.*
>
> *Davalı birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.*
>
> *İş kazasından doğan tazminat davalarında, iş kazasının veya zararın meydana geldiği yer ile zarar gören işçinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.*"

Söz konusu düzenleme ile kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel yetki kuralına paralel şekilde davalının yerleşim yerinin yetkisini kabul etmesinin ardından buna ilave olarak *işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesinin* de yetkili olduğunu düzenlemektedir. İşin yapıldığı yer İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde yer alan işyeri tanımından hareketle belirlenebilir.

DİKKAT: İşçinin resmiyetteki işyeri fiilî çalışma yerinden farklı ise fiilî çalışma yerinin dikkate alınması gerektiği Yargıtay kararları ile kabul edilmektedir:

"*Somut uyuşmazlıkta; davalı şirketin organizasyon yapısının merkez ve merkeze bağlı bölge müdürlüklerinden oluştuğu, davacının da bu bölge müdürlüklerinden birisi olan "Karadeniz Bölge İrtibat Bürosu" kadrosunda olduğu, bu işyerinin adresinin de Samsun olduğu dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden anlaşılmakta ise de, davacı davalı şirketin Samsun Bölge Müdürlüğü'ne bağlı olarak Çorum merkez ve ilçelerinde çalıştığını ileri sürmüştür. Davacının bağlı bulunduğu bölge müdürlüğünün bulunduğu yer mahkemesi yetkili olmayıp, işin fiilen yaptığı yer mahkemesi yetkilidir. Mahkemece davacının işini fiilen yaptığı yer konusunda gerekli araştırma yapılmalı, taraf delilleri toplanmak suretiyle sonucuna göre yetki konusunda bir karar verilmelidir. Yetki konusunda eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmiş olması hatalı olmuştur, eksik inceleme ile karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.*"[83]

7036 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında ise iş kazalarından doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun haksız fiilden kaynaklanan davalarda yetkiyi düzenleyen 16'ncı maddesine paralel olarak kaleme alınmıştır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 6'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında diğer kanunlarda yer alan iş mahkemelerinin yetkisine ilişkin hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 79'uncu maddesi ile yetkili mahkeme bakımından iş mahkemelerinin yetkisine ilişkin genel kuralın uygulanacağı kabul edildikten sonra bazı uyuşmazlıklar bakımından özel yetki kuralı öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre, "*Bu Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar iş davalarına bakmakla görevli ve yetkili mahkemelerde görülür. Ancak yedinci ila on birinci bölümlerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar için, görevli makamın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir*." Görevli makam, 6356 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin birinci fıkrasının c bendinde açıklanmaktadır. İlgili hükme göre görevli makam, "*işyeri toplu iş sözleşmesi için işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi için işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, aynı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerleri için yapılacak grup toplu iş sözleşmelerinde bu işyerlerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsayacak grup toplu iş sözleşmesi için ise Bakanlığı*" ifade eder. 6356 sayılı Kanun'un 7 ilâ 11'inci bölümlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme buna göre belirlenir.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 46'ncı maddesinde de yetkili mahkemeye ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu hükmün birinci fıkrasında Deniz İş Kanunu'ndan doğan davalarda İş Mahkemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. İkinci fıkrasında ise yetkili mahkemeye ilişkin olarak ayrıca bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: "*Hizmet aktinde ayrıca bir hüküm yoksa dava, geminin bağlama limanında iş davalarını bakmaya yetkili mahkemede görülür.*

83 Yarg. 22. HD, 17.01.2012 T., 2011/4985 E., 2012/106 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021.

2. İş Yargılamasında Yetkiye İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar

- **Ortak yetkili mahkemeye ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 7'nci maddesi hükmü iş yargılamasında uygulanabilir mi?**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 7'nci maddesinde "*Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir.* ***Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır***." hükmüne yer verilmiştir. Esasen söz konusu düzenlemenin birinci cümlesi İş Mahkemeleri Kanunu'nun 6'ncı maddesinin ikinci fıkrası ile benzer olmasına karşın İş Mahkemeleri Kanunu'nun anılan hükmünde ortak yetkili mahkemenin bulunması hâli düzenleme altına alınmamıştır. Bu bağlamda birden fazla iş mahkemesinin somut uyuşmazlıkta yetkili olması ve bu mahkemelerden birinin davalıların tamamı için ortak yetkili olması hâlinde iş uyuşmazlığına ilişkin bu davanın mutlaka ortak yetkili mahkemede açılması gerekip gerekmediğinin belirlenmesi gerekir. İş Mahkemeleri Kanunu'nda ortak yetkiye ilişkin düzenlemenin yer almamasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi mi olduğu yoksa aynı Kanun'un 9'uncu maddesinde yer alan, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerinin uygulanacağını düzenleyen hükümden de hareketle ortak yetkili mahkemenin varlığı hâlinde davanın mutlaka bu yer mahkemesinde açılması gerekeceği sonucuna mı varılacağı tespit edilmelidir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ortak yetkiyi düzenleyen hükmü kesin yetki kuralı olarak kabul edilir[84]

Hukuk Genel Kurulu bu hususta verdiği kararda iş mahkemeleri kanunundaki düzenlemenin özel nitelikte bir hüküm olduğunu ve ortak yetkiye ilişkin hükmün bu hâlde uygulanmayacağını kabul etmiştir:

> "*6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun 7. maddesinde davalının birden fazla olması hâlinde yetkili mahkemenin düzenlendiği, buna göre de dava sebebine göre kanunda davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan mahkemenin belirtilmesi hâlinde*

84 **Akkan,** Pekcanıtez Usûl, C. I, s. 277; **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 180.

davaya o yer mahkemesinde bakılacağı belirtilmiştir. Ancak söz konusu ortak yetkili mahkemenin iş mahkemesinin yetkisinin tespitinde uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Çünkü 5521 sayılı Kanunun 5. maddesinde düzenlenen yetki kuralları ile işçiye davasını açacağı yetkili mahkeme konusunda seçimlik hak tanınmış olup davacı işçinin bu hakkını davalıların davanın açıldığı tarihteki ikametgah adresinin bağlı bulunduğu İstanbul Anadolu İş Mahkemesinde dava açmakla kullandığı anlaşılmıştır. Kaldı ki 5521 sayılı Kanunun 5. maddesi ile düzenlenen yetki kurallarının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yetki kurallarına göre özel nitelikte hükümler olduğu da açıktır.

Hal böyle olunca iş mahkemesinin yetkisi belirlenirken 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 7. maddesinin uygulanması mümkün olmayıp yerel mahkemece aksine gerekçelerle direnme kararı verilmesi isabetsizdir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında 5521 sayılı Kanunun 5. maddesinde birden fazla davalının bulunması hâlinde yetkili mahkemenin düzenlenmediğini, aynı Kanunun 15. maddesi gereği bu Kanunda açıklama bulunmayan hâllerde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu) hükümlerinin uygulanacağının düzenlendiği, ayrıca davalı işverenlerin adreslerinin İstanbul olduğu, bu hali ile birden fazla davalının bulunduğu somut olayda davalılar yönünden ortak yetkili mahkemenin İstanbul Anadolu İş Mahkemesi olduğu, dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanununun 7. maddesinin somut olayda uygulanıp direnme kararının bu değişik gerekçe ile bozulması gerektiği görüşü belirtilmiş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir."[85]

• İş Mahkemelerinin yetkisi kesin yetki midir?

Kanun koyucunun ilgili uyuşmazlığın görüleceği yer mahkemesine ilişkin öngördüğü kuralı kamu düzeni ile ilişkilendirdiği ve davanın bu yer mahkemesinden başka bir yerde açılmasına imkân tanımadığı hâllerde

85 Yarg. HGK, 29.03.2017 T., 2014/2163 E., 2017/555 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD, 23.06.2020 T., 2017/30528 E., 2020/7528 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021. Ayrıca bkz. **Kuru,** C. II, s. 1728.

söz konusu olmaktadır. Esasen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetkiye ilişkin hükümleri dikkate alındığında kanun koyucunun kesin yetki hâllerini açıkça düzenlediği fark edilir. Kesin yetki hâli dava şartıdır (HMK m. 114) ve yargılamanın her aşamasında mahkemenin yetkisizliği taraflarca ileri sürülebileceği gibi mahkemece re'sen de incelenebilir (HMK m. 115). Ayrıca yetkinin kesin olduğu durumlarda tarafların yetki sözleşmesi yapması mümkün değildir (HMK m. 18).

7036 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin son fıkrasında da bu madde hükümlerine aykırı yetki sözleşmelerinin geçersiz olduğunu düzenlemektedir. Buradan hareketle iş mahkemelerinin yetkisine ilişkin düzenlemenin bir kesin yetki hâli öngörüp öngörmediği tartışılmaktadır.

Yargıtay kararlarında iş mahkemelerinin yetkisinin kamu düzeninden olduğu ve mahkemenin yetkisiz olması hâlinde her ne kadar bu durum taraflarca ileri sürülmemiş de olsa mahkemece re'sen dikkate alınarak yetkisizlik kararı verilmesi gerektiği kabul edilmektedir:

> "*İş mahkemesinin yetkisi kamu düzeni ile ilgili olduğundan, davalı tarafça süresinde yetki itirazı yapılmamış olsa bile, mahkeme tarafından bu husus kendiliğinden göz önünde bulundurmalıdır. Bir başka anlatımla hâkim, davanın her aşamasında yetki itirazını dikkate alabileceği gibi, kendisi de resen yetkisizlik kararı verebilir (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2008/20378 Esas, 2008/12778 Karar sayılı ilamı).*"[86]

Kanaatimizce, iş mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükmün amacı da dikkate alındığında, söz konusu yetki kuralının bir kesin yetki hâlini düzenlediğinin kabulü isabetli olur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17'nci maddesi kapsamında zaten yetki sözleşmesi yapması mümkün olmayan işçi açısından, İş Mahkemeleri Kanunu ile bir defa daha yetki sözleşmesi yapılmayacağının düzenlenmesi, ancak kanun koyucunun zikredilen hükümle bir kesin yetki kuralı getirme iradesi olarak yorumlanabilir.

86 Yarg. 9. HD, 18.06.2020 T., 2016/19151 E., 2020/6004 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 2.03.2016 T., 2016/5854 E., 2016/6873; Yarg. 22. HD, 17.01.2012 T., 2011/4985 E., 2012/106 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021.

• İş Mahkemelerinde yetkisizlik itirazı özellik arz eder mi?

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 19'uncu maddesi yetki itirazına ilişkindir. Yetkinin kesin olduğu hâllerde yargılamanın sonuna kadar mahkemenin yetkili olup olmadığını araştırabileceği, tarafların da yargılamanın sonuna kadar her aşamada yetkisizlik itirazında bulunabileceği kabul edilmiştir. Yetkinin kesin olmadığı hâllerde ise yetki itirazının bir ilk itiraz olduğu ve ancak cevap dilekçesi ile birlikte esasa cevap süresi içinde ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Kesin olmayan yetki hâllerinde ayrıca yetki itirazında bulunan tarafın yetkili mahkemeyi de göstermesi gerektiği, aksi hâlde yetki itirazının dikkate alınmayacağı açıkça belirtilmiştir (HMK m. 19/2). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun düzenlemeleri dikkate alındığında yetkinin kesin olduğu hâllerde yetkisizlik itirazında bulunan taraf yetkili mahkemeyi göstermemiş olsa dahi söz konusu itirazın dikkate alınması gerektiği anlaşılabilir. Zira bu hâlde mahkemenin yetkisi bir dava şartı olduğundan mahkemece re'sen araştırılmalıdır. Mahkeme yetkisizlik kararında yetkili mahkemeyi de gösterir (HMK m. 19/3). Diğer bir anlatımla yetkinin kesin olduğu hâllerde gerek taraflarca yetki itirazı yapılırken yetkili mahkeme gösterilmiş olsun gerekse bu yer mahkemesi gösterilmemiş olsun mahkeme yetkili mahkemeyi de kararında belirtmelidir.

İş mahkemelerine ilişkin olarak Yargıtay kararlarında dikkat çeken husus ise iş mahkemelerinin yetkisini belirleme hakkının işçiye ait olduğudur. İş Mahkemeleri Kanunu'nun yetkiye ilişkin 6'ncı maddesinde, birden fazla yer mahkemesinin yetkili mahkeme olarak kabul edildiği, hükmün işçiyi korumak maksadıyla getirildiği ve bu yer mahkemelerinden hangisinde davanın açılacağını belirleme yetkisinin işçiye ait olduğu ifade edilmektedir. Bunun sonucunda ise işverenin yetki itirazında bulunması hâlinde dilekçesinde Kanun'daki yetkili yer mahkemelerinden birinde davanın görülmesi gerektiği yönündeki beyanın dikkate alınmayacağı, bu konuda seçim hakkının işçiye tanınması ve bu sonuca göre karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir:

> "*...İş mahkemelerindeki yetki kuralı işçiyi korumak amacıyla düzenlendiğine ve mahkemece bu husus kendiliğinden gözetilmek zorunda olduğuna göre yetkili yer mahkemesini seçme hakkı her zaman işçiye ait olmalıdır. Bu nedenle davanın yetkisiz mahkemede*

açıldığından söz edilerek yetkili mahkemeyi seçme hakkının davalı işverene geçmesi kanunun kamu düzenine ilişkin emredici hükmü karşısında mümkün değildir.

Hal böyle olunca, mahkemece yetkisizlik kararı verilmesi isabetli ise de, davacı vekilinin dosyanın yetkili Bursa İş Mahkemesine gönderilmesini talep etmek suretiyle seçim hakkını kullandığı göz önünde bulundurularak dosyanın Bursa İş Mahkemesine gönderilmesi yerine seçim hakkının davalıya geçtiği gerekçesi ile dosyanın davalı vekilinin talebi doğrultusunda Kadıköy İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."[87]

Kanaatimizce bu tür bir değerlendirme isabetli değildir. Zira yetkili mahkemeyi seçme hakkını kanuna aykırı olarak kullandığı tespit edilen tarafın, daha sonra mahkemece verilecek yetkisizlik kararı üzerine ayrıca -açık kanun hükmüne de aykırı olarak- iradesine öncelik tanınması isabetsizdir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, tarafların maddî hukuk açısından konumlarından bağımsız olarak yetki itirazı hâlinde davalıyı esas alarak düzenlemiştir.

V. DAVA TÜRLERİ

1. Genel Olarak

Dava, bir hakkı ihlâl veya inkâr edilen ya da tehlikeye düşürülen yahut kendisinden haksız bir talepte bulunulan veyahut da belirli bir sonucun yaratılması için mahkemeye başvurması gereken kişinin, bu şekilde ortaya çıkan uyuşmazlığı gidermek üzere mahkemeye yönelik kesin hukukî himaye talebi ile başlayan ve hükmün kesinleşmesiyle sona eren süreci ifade eden bir kavramdır[88].

Medenî usûl hukuku açısından davalar talep sonucunun niceliği ve mahkemeden istenen hukukî korumanın niteliği dikkate alınarak çeşitli sınıflara ayrılabilir. Nitekim kanun koyucu da bu ölçütlerden hareketle belli başlı davaları Hukuk Muhakemeleri Kanunu bünyesinde düzenlemiştir.

Mahkemeden istenen hukukî korumanın niteliğine göre davalar eda (edim) davası, tespit davası, belirsiz alacak davası ve inşaî dava olarak sıralanabilir.

87 Yarg. 22. HD, 02.02.2012 T., 2011/1421 E., 2012/1048 K., www.legalbank.net, s.e.t. 23.05.2021.

88 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 315.

Talep sonucunun niteliğine göre ise kısmî dava, objektif dava birleşmesi, terditli dava, seçimlik dava ve topluluk davası olarak sayılabilir.

2. Eda Davası

Eda davası, davacının, yönelttiği talebiyle, mahkemeden, davalının bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesini istediği durumlarda söz konusu olur (HMK m. 105). Eda davasının söz konusu olduğu hâllerde, hem hak ve hakkın kendisinden kaynaklandığı hukukî ilişkinin tespiti hem de davalı tarafın bir edaya (vermeye-yapmaya-yapmamaya) mahkûm edilmesi istenir. Bu nedenle eda davasının esastan reddine dair verilen hüküm, söz konusu dava yoluyla ileri sürülen hakkın mevcut olmadığını veya talep edilemeyeceğini tespit eder.

Eda davasının açıldığı durumlarda kural olarak davacının hukukî yararının olduğu kabul edilir. Ayrıca eda davasının kabulü hâlinde verilen eda emrinin gereğinin davalının (borçlunun) kendi rızasıyla yerine getirilmemesi hâlinde, hüküm, lehine olan tarafın talebiyle, zorla (cebrî icra yoluyla) yerine getirilir (İİK m. 24 vd.).

İş yargılamasına konu uyuşmazlıkların önemli bir kısmının işçilik alacaklarının ifasına yönelik olduğu düşünüldüğünde, daha ziyade eda davası ile karşılaşıldığını ifade etmek mümkündür.

3. Tespit Davası

a. Genel Olarak

Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir (HMK m. 106). Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnaî durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır (HMK m. 106, II). Karşı tarafın bir edaya mahkûm edilmemesi ve yeni bir durum da yaratılmaması sebebiyle, tespit davaları açısından özellikle bu yola başvurmanın yeterli olup olmadığının incelenmesi gerekir.

DİKKAT: Tespit davasının açılmasında hukukî yararın bulunup bulunmadığı Yargıtay kararlarında da ayrıca incelenmekte ve hukukî yararın bulunmadığının tespiti hâlinde dava, dava şartı yokluğu nedeni ile usûlden reddedilmektedir:

"...davacının bir hakkı veya hukukî durumu güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; bu tehdit nedeniyle, davacının hukukî durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı; yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup, cebri icraya yetki vermeyen tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır. ***Davacının tespit davası ile istediği hukukî koruma diğer dava çeşitlerinden birisi ile sağlanabiliyorsa, o zaman davacının tespit davası açmakta hukukî yararı yoktur. Bu şartların bulunmaması hâlinde tespit davası dinlenmez, davanın usulden (dava şartı yokluğundan) reddi gerekir.***

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.05.2013 gün ve 2013/22-561 E., 2013/733 K. ile 12.06.2013 gün ve 2013/8-1013 E., 2013/816 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir.

Dava açılmasında hukukî yarar, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. bir dava şartı olarak düzenlenmiştir.

Somut olayda, davacının Belediye İş Sendikası ile ... Belediye Başkanlığı arasında bağıtlanan ve 01.03.2011-28.02.2013 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesinin 40. Maddesinde bahsi geçen Kıdem Zammı düzenlemesinden 04.11.2011-01.07.2012 tarihler ile sınırlı olmak kaydı ile yararlandırılması gerektiğinin tespitine ilişkin talebinin eda davasına konu edilebileceği, eda davası açılmadan sadece tespit istenmesinde güncel ve hukukî bir yararın bulunmadığı anlaşılmakla davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."[89]

Tespit davasının kabulü hâlinde verilen hüküm, dava yoluyla ileri sürülmüş bulunan hakkın mevcut olduğunu; reddi hâlinde verilen hüküm ise söz konusu hakkın mevcut olmadığını tespit eder. Her iki durumda da bu hükmün, ilgili hak açısından ilâmlı icranın (İİK m. 24 vd.) konusunu oluşturması mümkün değildir. Bununla birlikte, müspet tespit davasının bir para (veya teminat) alacağına ilişkin olması hâlinde, davanın kabulü üzerine verilen hükmü

ihtiva eden ilâm, İcra ve İflâs Kanunu'nun 68'inci maddesi anlamında belge sayılacağından, söz konusu ilâma dayanılarak, borçluya karşı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 42 ve devamı maddeleri hükümleri çerçevesinde ilâmsız icra yoluna gidilebilir.

b. İş Yargılamasında Tespit Davasına İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar

- ***İş sözleşmesinde yapılan değişikliğin esaslı bir değişiklik teşkil edip etmediğinin tespiti talebiyle dava açılmasında hukukî yarar var mıdır?***

Yukarıda da açıklandığı gibi davacının tespit davası açmakta hukuken korunan güncel bir menfaatinin bulunması gerekir. İş hukukuna ilişkin bazı konularda tespit davası açılmasında hukukî yararın bulunup bulunmadığı uyuşmazlık konusu edilmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22'nci maddesi ile düzenlenen ve iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yapılmasını düzenleyen hüküm de bu konulardan birini oluşturmaktadır. İş Kanunu'nun 22'nci maddesine göre, "*İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.*"

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi eski tarihli bir kararında iş sözleşmesinde esaslı değişiklik bulunup bulunmadığının tespiti talebiyle açılan bir davada;

> "*Mahkemece, davacının davalı TİAŞ Genel Müdürlüğünün 16. İletim Tesis ve işletme grup müdürlüğüne bağlı Diyarbakır işletme müdürlüğü bünyesindeki TM-2 Trafo merkezinde trafo uzman teknisyeni ünvanı ile tablocu olarak görev yaptığı, davalı kurum teftiş kurulu başkanlığının 28/11/2011 tarih ve 2011/5 sayılı teftiş raporunda trafo merkezlerinde*

89 Yarg. 22. HD, 12.12.2019 T., 2019/8767 E., 2019/23285 K., www.legalbank.net, s.e.t. 14.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

çalışan personel sayısının fazla olduğunun tespit edildiği ve bu rapora istinaden davacının kadrosunun teknik büro teknisyeni olarak değiştirildiği ve teknik büroda çalıştırılmaya başlandığı, davacının rızasının alınmadığı, çalıştığı trafo merkezlerinden 154 kv trafo merkezlerinde 4 teknisyen 380 kv trafo merkezlerinde 8 duruma göre 9 teknisyen çalıştığı, davacı ile aynı pozisyonda olan başka çalışanların da olduğu ancak davalı tarafından davacının hangi gerekçelerle norm fazlası olarak tespit edildiğinin açıklanmadığı, davacının ünvan ve görev değişikliğinin iş şartlarının esaslı tarzda değiştirilmesi niteliğinde bulunduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı, süresi içinde davalı temyiz etmiştir. ***Usul Hukukuna göre eda davası açılmasının mümkün olduğu durumlarda tespit davası açılamaz. Somut olayda, işverenin nakil ile ilgili işlemlerine karşı iptal veya tespit davası açılamayacağı, şayet bu nakil durumu işçiye eda davasına konu edilebilecek bir hak veriyorsa, o konuda eda davası açılabileceği, çünkü eda davası açılabilecek hâllerde tespit davasının dinlenemeyeceği düşünülmeden, mahkemece tespit niteliğinde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup*** *bozmayı gerektirir.*"[90]

şeklinde gerekçe ile açılan tespit davasının usûlden reddine karar verilmiştir.

Buna karşın, Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi iş sözleşmesinde yapılan değişikliğin esaslı bir değişiklik olup olmadığının tespiti amacı ile dava açabilmesi gerektiği; bu durumda hukukî yararın bulunduğu benimsenmiştir:

"*İşçi iş sözleşmesinde yapılan değişikliğin esaslı değişiklik niteliğinde olup olmadığı dolayısıyla bu işlemin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca bağlayıp bağlamayacağı konusunda tereddüt duyabilir. Yapılan işlem esaslı değişiklik niteliğindeyse ve işçinin yazılı kabulü yoksa işçiyi bağlamayacağı hususu Kanun tarafından işçiye tanınmış bir haktır. Bu hakkın olup olmadığı da 6100 sayılı Kanun m.106/1 uyarınca belirlenmesi talep edilebilir. İşçinin kanunun verdiği haklardan yararlanabilmek için tespit davası açmasında hukukî yararının bulunduğunun kabulü gerektiği açık olduğu gibi işçi yapılan değişikliğin esaslı değişiklik olduğu konusunda alacağı ilamı işverene ibraz ettiğinde, işveren yaptığı işlemin hukuka aykırı olduğunu, işçinin çalışma şartlarında esaslı değişiklik yaptığını görerek yaptığı işlemi*

90 Yarg. 22. HD, 10.05.2013 T., 2013/7370 E., 2013/10393 K., www.legalbank.net, s.e.t. 14.04.2021.

geri alma durumu doğabilecektir. İşçiyi yapılan işlemin esaslı değişiklik niteliğinde olup olmadığı konusunda tereddüt duyduğu bir işleme karşı doğrudan iş sözleşmesini işçi feshetsin ya da bu işleme uymasın iş sözleşmesini işveren feshetsin ondan sonra ona göre işçi eda davası açsın demek işçiyi koruma ilkesiyle de bağdaşmayacaktır. Çünkü yapılan işlem esaslı değişiklik niteliğinde değilse yukarıda da bahsedildiği üzere işçi iş sözleşmesini feshettiğinde kıdem tazminatına hak kazanamayacak, işveren feshi ise haklı fesih niteliğinde olabilecektir. Bu açıdan davacı işçinin 6100 sayılı Kanun m.106/2 anlamında korunmaya değer güncel bir yararı da bulunmaktadır. Dolayısıyla davacı işçinin iş sözleşmesinde yapılan değişikliğin esaslı değişiklik olup olmadığını saptamakta hukukî yararının bulunduğu kabul edilmelidir. Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi'nin kararı hatalı olup bozulması gerekmiştir."[91].

- ***İş müfettişlerinin raporlarına karşı tespit davası açılabilir mi?***

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi bu konuda ikili bir ayrım yapılması gerektiğini belirterek, işveren tarafından yapılan tespitin hatalı olduğuna ilişkin olarak açılan davaların tespit davası niteliğini haiz olduğunu kabul etmiştir:

"*4857 sayılı Kanun'un 92. maddesinin 3. fıkrasına göre iş müfettişi raporlarına karşı açılan davalar, işçilerin bireysel başvuruları üzerine iş müfettişi tarafından işçi alacaklarına ilişkin yapılan tespitlere karşıdır. Bu tespite işçi tarafından yapılan tespitin eksik olduğu ve daha fazla alacağın bulunduğu gerekçesiyle itiraz ediliyorsa dava, eda davası niteliğindedir. Söz konusu tespite,* ***işveren tarafından yapılan tespitin hatalı olduğu ve tamamen ya da kısmen borçlu olunmadığı gerekçesiyle itiraz ediliyorsa dava, menfi tespit davası niteliğindedir. Bu son hâlde, kanunda özel olarak düzenlenmiş olması sebebiyle, davacı işverenin bu davayı açmakta, kanunun ifadesiyle "hukuken korunmaya değer güncel bir yararı" bulunduğu kabul edilmelidir.*** *Başka bir ifadeyle tespit davaları için ayrıca araştırılan hukukun korunmaya değer güncel bir yarar şartının bu dava açısından mevcut olduğu değerlendirilmelidir.*"[92]

91 Yarg. 9. HD, 22.02.2018 T., 2018/1821 E., 2018/3798 K., www.legalbank.net, s.e.t. 14.04.2021.

92 Yarg. 22. HD, 06.07.2020 T., 2017/44814 E., 2020/8773 K., www.legalbank.net, s.e.t. 16.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

4. İnşaî Dava

Yeni bir hukukî durum yaratılmasına, mevcut bir hukukî durumun içeriğinin değiştirilmesine yahut onun ortadan kaldırılmasına yönelik yenilik doğurucu (inşaî) hakkın yalnızca dava yoluyla kullanılmasının öngörüldüğü hâllerde, bu nitelikteki bir taleple açılacak olan dava, inşaî dava olarak isimlendirilir (HMK m. 108).

İnşaî dava ve inşaî hüküm, hâlihazırda mevcut olmayan ve hüküm olmaksızın yaratılamayacak olan bir hukukî durumun kurulmasını/değiştirilmesini/ ortadan kaldırılmasını konu alır.

İnşaî davanın reddi hâlinde verilen hüküm, inşaî hakkın mevcut olmadığı veya ileri sürülme şartlarının gerçekleşemediğine yönelik bir tespit hükmüdür. İnşaî davanın kabulü hâlinde verilen hüküm, "inşaî *hüküm*" şeklinde isimlendirilir.

Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşaî hükümler, geçmişe etkili değildir (HMK m. 108/3). İstisnaî hâllerde, inşaî etkinin geçmişe etkili olması kabul edilmektedir. Örneğin, baba tarafından açılan soybağının reddi davasının kabulü hâlinde, babalık ilişkisi bütün bir geçmiş için ortadan kaldırılmış olur.

İnşaî etki, maddî anlamda kesin hüküm etkisini kapsamakla birlikte, ondan daha geniştir. Zira maddî anlamda kesin hüküm etkisi yalnızca taraflar açısından geçerli iken, inşaî etki, kanunda aksi düzenlenmedikçe, muhatabı olan herkes tarafından/herkese karşı ileri sürülebilir. inşaî hüküm cebrî icraya elverişli olmadığı gibi buna ihtiyaç da göstermez. Zira inşaî hükmün kesinleşmesi ile, yeni durum kendiliğinden ortaya çıkar.

5. Belirsiz Alacak Davası

a. Genel Olarak

Belirsiz alacak davası, dava açarken alacağının miktar veya değerini tam olarak belirlemeyen davacıya, şimdilik tespit edebildiği miktar üzerinden dava açarak, yargılama giderleri ve zamanaşımı konularında daha güvenli bir hukukî yol sunmaktadır[93].

93 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 331.

Davacıya davalı karşısında tanıdığı imkânlar dikkate alındığında ve silahların eşitliği ilkesi göz önünde bulundurulduğunda, belirsiz alacak davasına ancak sınırlı ve bunun zarurî olduğu durumlarda izin verilmeli; şartlarının mevcut olup olmadığı re'sen gözetilmelidir[94]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesinde de "davanın açıldığı tarihte alacağın miktar ya da değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin davacıdan beklenemediği yahut bunun imkânsız olduğu durumlarda" belirsiz alacak davası aşılabileceği açıkça düzenlenmiştir.

Belirsiz alacak davasında davacı taraf, davanın açıldığı sırada belirleyebildiği miktar üzerinden yargılama giderlerini ödeyeceğinden, bir yandan alacağından fazla bir miktarı belirtmek zorunda kalmadığından talebinin muhtemelen reddolunacak kısmı üzerinden yatırmak zorunda kalacağı miktara katlanmaktan kurtulmakla kalmamakta diğer yandan talebin gerçek miktarının dava esnasında (tahkikat sırasında) belirlenmesine kadar, bu miktar için yatıracağı giderleri de ertelemiş olmaktadır.

Belirsiz alacak davasının söz konusu olduğu hâllerde, ayrıca, davacı talebin dava sırasında belirlenen miktara göre arttırılması konusunda, karşı tarafın rızasına yahut ıslaha gerek duymaz.

Belirsiz alacak davası açılması hâlinde zamanaşımı, yalnızca dava dilekçesinde zikredilen miktar için değil, alacağın kendisinden kaynaklandığı hukukî ilişki çerçevesinde talep edilebilecek alacak miktarının tamamı için, davanın açıldığı tarihte kesilmektedir. Keza, alacak için temerrüt faizi talep edilebilen hâllerde, alacağın tamamı bakımından davanın açıldığı tarih esas alınır.

Belirsiz alacak davası açılabilmesinin *birinci koşulu*, davanın açıldığı tarihte, dava konusu kılınmak istenen alacağın miktar veya değerinin tam olarak belirlenmesinin alacaklıdan beklenemeyecek olması yahut bunun tamamen imkânsız bulunmasıdır. Şu hâlde, alacak miktarının tam olarak belirlenememesi iki şekilde tezahür edebilir. İlk olarak, aslında objektif olarak belli olmasına rağmen, davanın açıldığı tarihte davacının alacağın miktarını tam olarak belirleyemeyeceği hâllerde (subjektif imkânsızlık) belirsiz alacak davası açılabilir. Yukarıdaki birinci örnekte, aslında şirketin cirosu bellidir, ancak davacı bunu bilebilecek durumda değildir. Dolayısıyla ücret alacağının belirsiz alacak davası şeklinde

94 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 331-332.

talep edilmesi mümkündür. İkinci olarak, alacak miktarının belirlenmesi, davanın açıldığı tarihte objektif olarak herkes için imkânsız olabilir. Yukarıdaki ikinci örnekte, (B)'nin elde etmeyi ihmâl ettiği menfaatlerin ne kadar olduğu, ancak dava sırasında (B)'nin işletmesine dair belgelere ulaştıktan sonra, uzmanından alınacak bir raporla belirli hâle gelecektir. Şu hâlde, bu davanın da belirsiz alacak davası olarak açılması caizdir.

Belirsiz alacak davasının ikinci koşulu, belirsiz alacak davası açmak isteyen kişinin, talebin dayanağı olan hukukî ilişkiyi dava dilekçesinde göstermesi ve alacağın miktarının neden tam olarak belirlenemediğini ortaya koymasıdır.

Belirsiz alacak davasının *üçüncü koşulu,* belirsiz alacak davası açmak isteyen kişinin, dava açarken tespit edebildiği asgarî miktarı dava dilekçesinde göstermesidir.

7251 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde yapılan değişiklik ile, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın (HMK m. 141) talebini tam ve kesin olarak belirleyebileceği, aksi takdirde davanın, talep sonucunda belirtilen miktar veya değer üzerinden görülüp karara bağlanacağı düzenlenmiştir. (HMK m.107, II). Örneğin, dava sırasında, işverenin ibraz ettiği belgelerden hareketle onun yıllık cirosunu öğrenen (A), talep ettiği ücret miktarını karşı tarafın iznine veya ıslah yoluna ihtiyaç duymadan artırabilir. Söz konusu değişiklikten önce, talep sonucunun belirli hâle getirilmesi açısından mahkemece bir süre verilmesi mümkün değildi. Yapılan düzenleme ile tahkikat tamamlanmadan önce mahkemeye bu yönde bir ödev getirilmiştir. Ayrıca talebin belirli hâle getirilmemesi üzerine, başlangıçta belirtilen "geçici" talep sonucu dikkate alınarak davanın sonuçlandırılacağı düzenlenmiştir.

Getirilen yeni düzenlemenin hem usûl hukuku ilkeleri hem de maddî hukuk açısından birtakım sakıncaları bulunduğu öğretide ifade edilmiştir. Bu görüşe[95] göre; "*usûl hukuku açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabul ettiği temel ilke, tasarruf ilkesidir. Buna göre kimse kendi lehine dahi olsa dava açmaya zorlanamaz. Bu kapsamda, talep sonucunu belirleme hakkı ve görevi vardır. Oysa yeni düzenleme ile mahkemeye talep sonucunu belirlenmesi*

95 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 335-336.

konusunda tarafa hatırlatmada bulunması gibi bir görev yüklenmektedir. Bu ayrıca yargılama sırasında taraflar arasındaki usûlî eşitlik ilkesi açısından da sorunlu görünmektedir. Ayrıca, tarafın talebini belirli hale getirmemesi üzerine geçici talep sonucu üzerinden davaya devam edilmesinin, maddi hukuk açısından sakıncası olacaktır. Örneğin, belirsiz alacak davası açılması hâlinde zamanaşımı, geçici talep sonucu değil, bütün alacak miktarı için davanın en başında kesilmektedir. Mahkemece verilen süre üzerine talebin belirli miktara yükseltilmemesi hâlinde, geçici talep sonucu üzerinden davaya devam edilmesi (kısmî dava olarak) hâlinde, zamanaşımının ne olacağı sorusu hala yanıtsız kalmaktadır."

b. İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davasına İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar

- ***Belirsiz alacak davasının dava çeşitleri içindeki yeri nedir?***

Mahkemeden istenen hukukî koruma dikkate alındığında belirsiz alacak davasının eda davasının bir türü olduğu anlaşılır[96]. Kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesi ile davacının davayı açarken alacağını tam olarak belirleyemediği durumlarda o ana kadar belirleyebildiği miktarı belirterek dava açabilmesine ve alacağın belirlenebilir olduğu anda, yargılama sırasında belirlenen alacak miktarı üzerinde davalının bu miktarı ödemesine mahkûm edilmesine imkân tanıyan bir dava çeşidi öngörmüştür. Dolayısıyla bu dava türünde de davacı mahkemeden davalının bir şeyi yapmaya mahkûm edilmesini talep etmektedir. Yine bu dava türünde davacının nihaî amacı, alacağın bir kısmının değil tamamının hüküm altına alınması olduğundan belirsiz alacak davasının kısmî dava olarak nitelendirilmesi söz konusu değildir[97]. Bu çerçevede kısmî dava ile belirsiz alacak davası zamanaşımı ve faiz bakımından farklı sonuçlara yol açmaktadır. Davacı belirsiz alacak davası ile alacağın tamamı bakımından hüküm tesis edilmesini talep ettiğinden zamanaşımı alacağın tamamı bakımından davanın açıldığı anda kesilmekte; temerrüt faizi de bütün bir alacak için, başka bir tarih belirtilmemişse, davanın açıldığı tarihte işlemeye başlamaktadır.

96 **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1025.
97 **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1027.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesinin üçüncü fıkrasında *"Kısmî eda davasının açılabildiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukukî yararın var olduğu kabul edilir*" hükmü yer almakta; bu düzenleme Yargıtay dairelerince belirsiz alacak davasının kısmî eda küllî tespit davası şeklinde açılabileceği şeklinde anlaşılmaktaydı. Esasen düzenlemenin gerekçesinde miktarı tam olarak belirlenemeyen alacaklar bakımından zamanaşımının kısa bir sürede dolması gibi bir gerekçe ile kısmî dava açılabileceği gibi kısmî eda, küllî tespit davasının da açılabileceği ya da bütün alacak için eda davası açılabileceği ifade edilmiş; söz konusu hüküm belirsiz alacak davası açmak yerine kısmî eda davası yanında alacağının tamamının da tespiti talebi ile dava açılmasına imkân tanınması için getirilmiştir. Yargıtay uygulamasında ise bu hükmün, belirsiz alacak davasının bir türü olduğu kabul edilmiştir:

"*Belirtmek gerekir ki belirsiz alacak ve tespit davası;*

1. *Eda (tahsil talebi ile) davası niteliğinde belirsiz alacak davası(Fıkra 1),*
2. *Tespit niteliğinde belirsiz alacağı tespit davası (Fıkra 3),*
3. *Kısmi eda ve külli tespit davası(maddenin gerekçesinde) olmak üzere üç türlü açılabilir…… Belirsiz alacak ve tespit davası, sadece para alacakları için söz konusu olur. Konusu para olmayan eda davaları için belirsiz alacak ve tespit davası açılamaz."*[98]

Öğretide, 107'nci maddenin üçüncü fıkrasının kısmî eda ve belirsiz tespit davası olarak anlaşılması gerektiği vurgulanmış; küllî tespit ifadesinin hatalı olduğu ifade edilmiştir[99]. Zira kısmî dava açıldığı hâllerde de esasen mahkemece alacağın tamamı tespit edilmekte ve sadece talep edilen miktar bakımından eda hükmü verilmektedir. Ancak 107'nci maddenin üçüncü fıkrasında alacağın belirsiz olduğu hâllerde belirlenen miktar bakımından kısmî eda ve davanın açıldığı aşamada belirlenemeyen kısmın ise tespiti talebiyle açılan davayı düzenlemektedir. Davacının, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde, o ana kadar belirleyebildiği miktarı dava dilekçesinde göstermesi gerekir[100].

98 Yarg. 9. HD, 26.11.2014 T., 2014/31734 E., 2014/35646 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 01.03.2018 T., 2015/14940 E., 2018/4740 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021.

99 **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C.II, s. 1070.

100 **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1072 vd.

Öğretide, 107'nci maddenin üçüncü fıkrasına dayanılarak açılan davada da davacının o ana kadar belirleyebildiği asgarî miktarı belirtmesi gerektiği ifade edilmesine karşın Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi, bu durumda belirlenen asgarî tutarının gösterilmesine gerek olmadığını, davacının alacağının istediği bir miktarını talep etmesinin yeterli olduğunu kabul etmiştir:

"*Davacı belirsiz alacak davasını tahsil (eda niteliğinde) talebi ile açmış ise en azından yargılama başında belirlenebilecek miktar üzerinden dava açmalıdır. Tahsil amaçlı belirsiz alacak davası açılması hâlinde alacaklı, tüm miktarı belirtmese dahi, davanın başında hukukî ilişkiyi somut olarak belirtmek ve tespit edebildiği ölçüde de asgarî miktarı göstermek durumundadır. Bu dava eda davası olmakla birlikte yargılama sırasında belirlenecek kalan miktar için tespit niteliğindedir. Yargılama sırasında davacı belirlenen bakiye miktarı davanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tabi olmadan harcını tamamlayarak hüküm altına alınmasını talep edebilecektir. Bu durumda alacağın tamamı hüküm altına alınacağından ilama dayalı icra takibi yapılabilecektir.*

Kısmi eda ve külli tespit davası olarak açıldığında, davacının başlangıçta belirleyebildiği miktarı dava dilekçesinde belirtmesine gerek yoktur. Kısmi davada olduğu gibi istediği miktarda açabilir ve alacağın belirleyemediği kalan kısmının tespitini isteyebilir. *Bu durumda mahkeme kısmi olarak talep edileni tahsil, kalan kısmı ise tespit hükmü olarak hüküm altına alacaktır. Davacı tahsil amaçlı eda niteliğinde belirsiz alacak davası açıp, belirleyebileceği azami miktarı belirtmeden kısmi olarak talepte bulunduğunda, tahsil amaçlı belirsiz alacak davası olarak devam etmesi için süre verilmeli, süre içinde azami miktarı belirtmediği takdirde, açılan davaya belirsiz alacak davasının bir türü olan kısmi eda külli tespit davası olarak devam edilmelidir. Kısaca belirsiz alacağın kısmi olarak belirsiz alacak davasına konu olması hâlinde, bu dava kısmi eda külli tespit davası olarak kabul edilmelidir.*"[101]

Bu davanın sağladığı en önemli yarar, alacağın tamamı bakımından davanın açıldığı anda zamanaşımının kesiliyor olmasıdır[102]. Ancak belirsiz

101 Yarg. 9. HD, 01.03.2018 T., 2015/14940 E., 2018/4740 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

102 **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C.II, s. 1069.

alacak davasından farklı olarak bu davada, alacağın miktarının tam olarak belirlenmesinin ardından davacının bakiye alacak miktarının edasını ancak ıslah ya da karşı tarafın muvafakati ile ileri sürebileceği kabul edilmekte; davanın başında yalnızca bir kısım alacak için eda talebinde bulunulduğundan bakiye alacağın edasının iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamında kaldığı ifade edilmektedir[103].

Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesince verilen kararlarda, öğretideki görüşlerle uyumlu olarak, kısmî eda küllî tespit davası açılması hâlinde alacağın tamamı bakımından zamanaşımının davanın açıldığı tarihte kesildiği sonucuna varılmıştır. Yine bu kararlarda faiz bakımından ise aynı sonuca varılamadığı, bakiye alacak miktarı için faizin talep tarihinden itibaren işleyeceği vurgulanmıştır:

> "*Kısmi eda külli tespit davasının açıldığı anda alacağın tamamı için zamanaşımı kesilir. Yargılama sırasındaki işleminden veya hâkimin her kararından sonra yeniden işlemeye başlayacağından yargılama sırasında alacağın zamanaşımına uğradığından söz edilemez. Bu nedenle yargılama sırasında arttırılan taleplere karşı yapılan zamanaşımı defi sonuca etkili değildir.* ***Ancak faiz başlangıcı açısından tahsil amaçlı belirsiz alacak davasından farklı bir durum vardır. Davaya konu edilen miktar bakımından faiz başlangıcı olarak dava tarihi kabul edilmelidir. Alacağın kalan kısmın sadece tespiti istenmiş olmakla, belirlenen bakiye alacak miktarının ilerde talep edildiği tarihten itibaren faize karar verilmelidir***."[104]

7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesinin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. 28.07.2020 tarihinden sonra kısmî eda küllî tespit davası ya da belirsiz tespit davası şeklinde bir dava açılabilmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca, Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi'nin kapatılması ve dosyaların 9'uncu Hukuk Dairesi'ne devredilmesini ardından içtihat farklılıklarının giderilmesi amacı ile Eylül ayında yapılan toplantıda dava türünün ıslah ile değiştirilemeyeceği kabul edildiğinden bu şekilde bir dava açıldığı hâllerde dahi tespit edilen alacağın tahsilinin ıslah ile istenebilmesi mümkün olmayacaktır.

103 **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C.II, s. 1069.

104 Yarg. 9. HD, 31.10.2016 T., 2016/22556 E., 2016/18866 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir). Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 26.11.2020 T., 2020/18928 E., 2020/17107 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021.

• ***Belirsiz alacak davası hangi hâllerde açılabilir?***

Belirsiz alacak davası açılabilmesi, davanın açıldığı tarihte, dava konusu kılınmak istenen alacağın miktar veya değerinin tam olarak belirlenmesinin alacaklıdan beklenemeyecek olması yahut bunun tamamen imkânsız bulunmasına bağlıdır. Taraflar arasında alacak miktarının ihtilaflı olması, belirsizlik koşulu açısından yeterli değildir[105]. Keza yargılama sırasında bilirkişiye müracaat edilmesi ihtiyacı da tek başına alacağın belirsiz olduğu anlamına gelmez[106].

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi de bu yönde karar vermiştir:

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu konuda verdiği kararda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesinin gerekçesinden hareketle alacağın belirlenebilir olup olmadığına ilişkin olarak bazı kıstasların getirilebileceğini ifade etmiştir:

"*Bu kıstaslar, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin;*

1- Davacının kendisinden beklenememesi,
2- Bunun olanaksız olması,
3- Açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması olarak belirtilmektedir."[107]

Esasen işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olmayacağı Yargıtay'ın daireleri arasında çelişkili kararların verilmesine sebep olmuştur:

Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi verdiği kararlarda alacağın belirlenebilir olup olmadığı hususunda birtakım ölçütlere dayanmakta; genellikle alacağın likit olmaması ya da belirlenebilmesi için karşı tarafın sunacağı bilgi ya da belgelere ihtiyaç duyulması yahut alacak miktarının ancak yargılama ile tespit edilebilmesi gibi gerekçelerle işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu edilebileceğini kabul etmektedir:

105 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 333.
106 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 333.
107 Yarg. HGK, 04.02.2020 T., 2018/414 E., 2020/66 K., www.legalbank.net, s.e.t. 17.04.2021.

"Bir alacağın davanın açıldığı anda belirli mi belirsiz mi? tartışmalı mı tartışmasız mı? olduğu konusunda yukarda belirtilen hükümlerden hareketle uygulamada bazı ölçütler getirilmiştir.

Bunların başında gelen en önemli kriter ***alacağın likit olup olmadığı ölçütüdür****. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu likit alacak kavramını açıklamıştır. Yargıtay'a göre; "Likit bir alacaktan söz edilebilmesi için ise; ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez(HGK. 14.07.2010 gün ve 2010/19-376 E, 2010/397 K, HGK)".*

Görüldüğü gibi ***likit olma ölçütünde Yargıtay; Alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olmasını ya da belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olmasını aramaktadır.*** *Kısaca davacının yalnız başına ne kadar alacaklı olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez.*

Diğer taraftan ***yargılama (tahkikat) sırasında hesap raporu alınmasını gerektiren her alacak belirsiz kabul edilmelidir.*** *Davacının talep ettiği dava konusu alacağın miktarı veya değeri belirli ise hesap raporu alınmasına da gerek yoktur. Zira bu durumda hak kazanma veya ispat olgusu ayrık olmak üzere tartışmalı bir alacaktan söz edilemez. Zaten Kanunun 107/2 maddesinde bu olgu "tahkikat sonucu belirlenme" olarak vurgulanmıştır****. İş uyuşmazlıklarında genel olarak alacağın kesin ve net tutarı, ancak bir yargılama sürecinden ve hesap raporu sonrasında tam olarak tespit edilebilmektedir. Bu anlamda kıdem, ihbar ve kötü niyet tazminatı giydirilmiş ücretten hesaplanır. Giydirilmiş ücrete işçinin çıplak ücreti yanında, ücret eklentileri ve sosyal yardımlar dahil edilir. (Y.HGK. 17.10.2012 gün ve 2012/9-838 E, 2012/715 K). Ayrıca belirtmek gerekir ki davacıdan davanın açılmasından önce ücretini ödeyerek talep konusunun miktarını belirlemesi için ekspertizden rapor ve mütalaa alma, delil***

tespiti gibi yollara başvurması istenemez. Davacının alacağının miktar olarak tespiti, mahkeme tarafından yapılacak delil tespitine veya hesap verme ve bilgi vermeye yönelik müstakil bir davanın açılmasına gerek olduğu durumlarda, HMK. m. 107 anlamında "Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği" bir durum söz konusudur.

Keza, ***dava konusu alacak miktarının veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun (ki bu işçilik alacakların çalışma olgusu, tazminat ve alacaklara esas süre ve ücret yönünden kendini gösterir) tespitini gerektirdiği durumlarda alacak belirsiz ve tartışmalı kabul edilmelidir.*** *Zira alacakların belirlenmesine esas süre ve ücret özü itibari ile tespit içermekte ve başlı başına tespit davasının konusu olup, alacak ve tazminatın belirlenmesinin önemli unsurlarıdır. Alacağın belirlenebilmesi için de süre ve ücretin tam olarak bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması gerekir. Bu unsurlar tartışmalı ise ve davacı tarafından HMK'nın 107. maddesindeki gerekçede belirtildiği gibi tam ve kesin olarak belirlenemiyor ise alacak belirsizdir ve bu alacak kısmi dava veya belirsiz alacak davasına konu edilebilecektir.*

Hakimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak alacak miktarı veya değerinin belirlenmesi hâlinde alacak belirsizdir (*Dairemizin 27.02.2012 gün ve 2012/1757 Esas 2012/5742 Karar sayılı kararı).*

Dava konusu alacak karşı tarafın vereceği bilgi veya belgelerle belirlenecekse, alacak belirsiz kabul edilmelidir*. Karşılaştırmalı hukukta geçerli olan bu kriter 107. maddenin 2. fıkrasının başlangıcında "karşı tarafın vereceği bilgi sonucu" yargılama sırasında belirlenme olarak kabul edilmiştir.* ***Yıllık ücretli izin alacağı, izin defterinin; fazla mesai ve tatil çalışmaları kayda dayandığında puantaj (işe devam çizelgeleri) kayıtlarının işveren tarafından sunulması ile belirlenebilecektir. İş Hukukunda maddi hukuk kuralları içinde işverene kayıt tutma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu belgelerle ilgili yükümlülükleri yerine getirmeyen işverenin açılacak davada alacağın belirlenebilir olduğu savunması yerinde olmayacaktır.***

İşçinin alacağının belirlenmesi kayda dayandığında, kayıtlı belgeleri sunmayan veya işçiye vermeyen işveren, belirsiz alacak davası açılmasının sonuçlarına katlanmak zorundadır."[108]

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi ise bu hususta verdiği kararda alacağın belirlenebilir olup olmaması hususunun her somut olayın özelliğine göre ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini, alacağın taraflar arasında çekişmeli olmasının belirsiz alacak davası açılması için tek başına yeterli olmadığını, davacının dava açarken alacağını tespit edebilmesinin objektif şekilde mümkün olmaması gerektiğini, bunun ise karşı tarafın sunacağı bilgi ve belgelere dayanılarak alacak miktarının tespit edilebileceği gibi durumlarda söz konusu olabileceğini kabul etmiştir:

"*Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hali, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen miktar veya değerin belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkansızlığa dayanmalıdır. Madde gerekçesinde "Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkansız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılamaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmi davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez" şeklindeki açıklamayla, alacağın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması durumunda, belirsiz alacak davası açılarak bu davanın sağladığı imkanlardan yararlanmanın mümkün olmadığına işaret edilmiştir.*

6100 sayılı Kanun'un 107/2. maddesinde, sorunun çözümünde yol gösterici mahiyette kriterlere yer verilmiştir. Anılan madde

108 Yarg. 9. HD, 26.11.2014 T., 2014/31734 E., 2014/35646 K., www.legalbank.net, s.e.t. 17.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

fıkrasında, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabileceği hüküm altına alınmış, madde gerekçesinde de "karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin bilirkişi ya da keşif incelemesi sonucu)" belirlenebilme hâli açıklanmıştır.

Davacının alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi için elinde bulunması gerekli bilgi ve belgelere sahip olmaması, bu belgelere dava açma hazırlığı döneminde ulaşmasının da (gerçekten) mümkün olmaması ve dolayısıyla alacağın miktarının belirlenmesinin karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hâle geleceği durumlarda alacak belirsiz kabul edilmelidir.

Sırf taraflar arasında alacak miktarı bakımından uyuşmazlık bulunması, talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olması anlamına gelmez. Önemli olan objektif olarak talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olmasıdır *(H. Pekcanıtez, Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, s. 45; H. Pekcanıtez/O. Atalay/M. Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 448).* ***Sadece alacak miktarında taraflar arasında uyuşmazlık bulunması ya da miktarın tartışmalı olmasının belirsiz alacak davası açılması için yeterli sayılması hâlinde, neredeyse tüm davaların belirsiz alacak davası olarak kabulü gerekir ki, bu da kanunun amacına aykırıdır. Çünkü, zaten uyuşmazlık bulunduğu için dava açılmakta ve uyuşmazlık mahkeme önüne gelmektedir. Önemli olan davacının talebini belirli kılacak imkâna sahip olup olmadığıdır. Burada, alacağın belirlenebilir olması ile ispat edilebilirliğinin de ayrıca değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Davacının talep ettiği alacağı belirlemesi objektif olarak mümkün, ancak belirleyebildiği alacağını ispat etmesi, kanunun öngördüğü şekilde (elindeki delillerle) mümkün değilse, burada da belirsiz alacak davası açılacağından söz edilemez.*** *Çünkü, bir alacağın belirlenmesi ile onun ispatı ayrı şeylerdir. Davacı, talep konusu yaptığı alacağını çok net şekilde belirleyebilir, ancak her*

zaman onu ispat edecek durumda olmayabilir. Aksinin kabulü, her ispat güçlüğü olan alacağı belirsiz alacağa dönüştürmek gibi, hem kanunun amacına hem de genel ilkelere aykırı bir durumu ortaya çıkartabilir".

Alacağın miktarının belirlenebilmesinin, tahkikat aşamasında yapılacak delillerin incelenmesi, bilirkişi incelemesi veya keşif gibi sair işlemlerin yapılmasına bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davası açılabileceği kabul edilmelidir. Ne var ki, bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Bir davada bilirkişiye başvurulmasına rağmen davacı dava açarken alacak miktarını belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açılamaz *(C. Simil, Belirsiz Alacak Davası, I. Bası, İstanbul 2013, s. 225).*

Kategorik olarak, belirli bir tür davanın veya belirli kişilerin açtığı davaların baştan belirlenebilir veya belirsiz alacak davası olduğundan da söz edilemez. Her bir davaya konu alacak bakımından, belirsiz alacak davasına ilişkin ölçütlerin somut olaya uygulanarak, belirleme yapılması gereklidir."[109]

Hukuk Genel Kurulu 2012 yılında verdiği bir kararda da işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu edilmesi bakımından kesin bir belirleme yapmanın mümkün olmadığına, her somut olayın ayrıca değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir:

"*...işçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, bu alacaklarda, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulü de doğru değildir. Bu nedenle, talep konusu işçilik alacakları belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesi daha doğru olacaktır.*"[110]

Nihayet bu konu içtihatların birleştirilmesi talebi ile Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun önüne geldiğinde;

109 Yarg. 22. HD, 18.04.2016 T., 2016/9252 E., 2016/11130 K., www.legalbank.net, s.e.t. 17.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

110 Yarg. HGK, 17.10.2012 T., 2012/838 E., 2012/715 K., www.legalbank.net, s.e.t. 17.04.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 17.06.2015 T., 2015/1156 E., 2015/1598 K.; Yarg. HGK, 22.06.2016 T., 2016/874 E., 2016/824 K.; Yarg. HGK, 17.01.2018 T., 2016/2181 E., 2018/24 K.; Yarg. HGK, 05.03.2020 T., 2019/12 E., 2020/249 K., www.legalbank.net, s.e.t. 17.04.2021.

"İşçilik alacaklarının çok çeşitli tür, nitelik ve kapsamda olması, somut olayın özelliklerine göre oldukça değişkenlik göstermesi, hatta aynı tür işçilik alacaklarında dahi somut olayın özellikleri itibariyle işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı konusunda soyut ve genel nitelikte, her bir olayda geçerli olacak ölçüde bir karar alınamayacağından içtihadı birleştirmeye gerek olup olmadığı ön sorun olarak tartışılmış ve sonuç olarak içtihadı birleştirmeye gerek olmadığı…"[111]

şeklinde karar verilmiştir.

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi yeni tarihli kararlarında özellikle kıdem ve ihbar tazminatı ya da yıllık izin ücreti alacağı gibi işçilik alacaklarında işçinin son ücretini, kıdem süresini ve kanunen kullanması gereken izin süresini belirleyebilecek durumda olduğundan bunların belirsiz alacak davasına konu edilememesi gerektiği; ancak bu hesapta dikkate alınacak aynî yardımlar gibi bazı unsurların işveren tarafından sunulacak belgelerle tespit edileceğinin açık olduğu hâllerde kıdem ve ihbar tazminatının da belirsiz alacak davasına konu edilebileceği sonucuna varmaktadır:

"*Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ve ücret alacakları işçi tarafından bilinmekle kural olarak belirsiz alacak davasına konu edilmez. Ancak hesabın unsurları olan sosyal hakların (ayni olarak sağlanan yemek yardımı gibi) miktarının belirlenmesi işveren tarafından sunulacak belgelere göre belirlenecek ise, kıdem ve ihbar tazminatı belirsiz alacak davasına konu edilebilir.*"[112]

Esasen bu kararlarda Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin 14.09.2020 tarihli ilke kararının etkisi bulunmaktadır. Zira içtihadı birleştirme kararı ile de kesin bir sonuca bağlanamayan bu sorun Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi'nin kapatılması ve dosyaların 9'uncu Hukuk Dairesi'ne devredilmesinin ardından 9'uncu Hukuk Dairesince verilen ilke kararı ile sonuca bağlanmış gözükmektedir:

"*Davanın belirsiz alacak davası şeklinde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi*

111 YİBBGK, 15.12.2017 T., 2016/6 E., 2017/5 K., RG, 29.06.2018, S. 30463.

112 Yarg. 9. HD, 09.11.2020 T., 2020/7585 E., 2020/15213 K., www.legalbank.net, s.e.t. 17.04.2021.

gereklidir. Belirleyememe hali, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen miktar veya değerin belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkânsızlığa dayanmalıdır. Davacının alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi için elinde bulunması gerekli bilgi ve belgelere sahip olmaması ve bu belgelere dava açma hazırlığı döneminde ulaşmasının da (gerçekten) mümkün olmaması ve dolayısıyla alacağın miktarının belirlenmesinin karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hale geleceği durumlarda alacak belirsiz kabul edilmelidir. Alacağın miktarının belirlenebilmesinin hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda hukukî imkânsızlık söz konusu olur. Bu durumda davacı alacaklı, hâkimin takdir yetkisini nasıl kullanacağını bilemeyeceği için davanın açıldığı tarihte alacağının miktarını belirleyebilecek durumda değildir.

Sırf taraflar arasında alacak miktarı bakımından uyuşmazlık bulunması, talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olması anlamına gelmez. Önemli olan objektif olarak talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olmasıdır.

Alacağın hangi hâllerde belirsiz, hangi hâllerde belirli veya belirlenebilir olduğu hususunda kesin bir sınıflandırma yapılması mümkün olmayıp, her bir davaya konu alacak bakımından somut olayın özelliklerinin nazara alınarak sonuca gidilmesi gereklidir. İş yargılamasında sıklıkla davaların yığılması söz konusu olmakla alacağın belirsiz olma kriterleri her bir talep için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Diğer yandan, aynı dava dilekçesinde talep yığılması şeklinde bazı alacaklar için belirsiz alacak davası bazıları için kısmi dava açılmasına yasal bir engel bulunmamaktadır.

Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ve ücret alacakları işçi tarafından bilinmekle kural olarak belirsiz alacak davasına konu edilmez. Ancak hesabın unsurları olan sosyal hakların (ayni olarak sağlanan yemek yardımı gibi) miktarının belirlenmesi işveren tarafından sunulacak belgelere veya yargılama ile belirlenecek ise kıdem ve ihbar tazminatı belirsiz alacak davasına konu edilebilir……

Hukukî belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ve sürpriz karar verme yasağı gereği birleşme tarihinden önce yukarıda belirtilen esasları dikkate alan ilk kararın Yargıtay Kararları Dergisi veya başkaca yolla yayını tarihinden sonra açılan davalarda belirtilen ilkeler uygulanacaktır. Başka bir anlatımla açıklanan kararın yayınından önce açılan davalarda her iki Daire görev alanına giren bölgelerde verilen kararlar bakımından Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin önceki uygulamalarına devam edilecektir."[113]

- ***Hâkime takdir yetkisi tanınan hâllerde belirsiz alacak davası açılabilir mi?***

Alacağın miktarının tam olarak belirlenemeyeceği hâllerden birisi de hükmedilecek miktar tespit edilirken hâkime takdir yetkisi tanınan hâllerdir. Ancak bu tür davalarda, alacağın miktarının davacı bakımından belirsiz olma durumu tahkikat süresince de devam etmektedir. Hatta hem davacı hem de davalı, hüküm verilinceye kadar talep edebilecekleri miktarı bilememektedirler. Davacı için yargılama sonucunda hükmolunacak miktar davanın başında ne kadar belirsiz ise tahkikatın sonunda da o kadar belirsizdir. Bu nedenle söz konusu hâllerde, belirsiz alacak davası açılmasına izin verilmesinin dayanağı olan gerekçeler geçerliliğini kaybetmektedir[114]. Öğretideki bir görüşe göre bu durumda, Harçlar Kanunu'nun 28'inci maddesinde sadece cismanî zararlardan dolayı açılacak manevî tazminat davalarında getirilmiş bulunan peşin harç avantajının, genişletilerek tüm manevî tazminat hâllerini ve hâkimin takdirine taalluk eden durumları kapsar şekilde düzenlenmesi, ayrıca bunun genel olarak karar ve ilâm harcından sorumluluk ve karşı taraf vekâlet ücreti için de düşünülmesi en uygun çözüm olur[115]. Hatta harçların ve ücreti vekâletin nispî esasa göre belirlenmesinden tamamen vazgeçilmesi pek çok sorunun çözümüne katkı sağlayacaktır[116].

113 Yarg. 9.HD, 14.09.2020 T., 2016/26476 E., 2020/7547 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

114 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 337.

115 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 337.

116 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 337.

Buna karşın Yargıtay uygulamasında hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu hâllerde belirsiz alacak davası açılabileceği genel olarak kabul edilmektedir:

"*Hâkime alacak miktarının tayin ve tespitinde takdir yetkisi tanındığı hâllerde (Örn: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md 50, 51, 56), hâkimin kullanacağı takdir yetkisi sonucu alacak belirli hâle gelebileceğinden, davacının davanın açıldığı tarih itibariyle alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkânsız olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, iş hukuku uygulamasında, Yargıtayca, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının yazılı belgelere ve işyeri kayıtlarına dayanmayıp, tanık anlatımlarına dayanması hâlinde, hesaba esas alınan süre ve alacağın miktarı nazara alınarak takdir edilecek uygun oranda takdiri indirim yapılması gerekliliği kabul edilmektedir. Bu hâlde, tanık anlatımlarına dayanılarak hesaplanan alacak miktarından hâkimin takdir yetkisine bağlı olarak yapılacak indirim oranı baştan belirli olmadığından, alacak belirsiz kabul edilmelidir.*"[117]

"...alacak miktarı veya değerinin hakimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak belirlendiği durumlarda da alacak belirsizdir. Fazla mesai ve tatil çalışmalarının kayda dayanmadığı durumlarda Dairemiz istikrarlı olarak "hastalık, izin gibi nedenlerle çalışılamayacak günler olduğu düşünülerek'' bu tür alacaklarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğini kabul etmektedir."[118]

- ***Bir davanın belirsiz alacak davası olarak nitelendirilmesi için dava dilekçesinde bu hususun açıkça yazılması gerekli midir?***

Yargıtay kararlarına göre bir davanın belirsiz alacak davası olarak kabul edilebilmesi için yukarıda açıklanmaya çalışılan şartların varlığı tek başına yeterli değildir. Bunun yanı sıra davacının dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olduğunu yahut Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesine dayanarak dava açtığını belirtmesi gerekir:

"*Davacı, dava dilekçesinde açıkça belirsiz alacak davası açtığını belirtmeden fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmak suretiyle kısmi*

117 Yarg. 22. HD, 18.04.2016 T., 2016/9252 E., 2016/11130 K., www.legalbank.net, s.e.t. 17.04.2021.
118 Yarg. 9. HD, 27.02.2012 T., 2012/1757 E., 2012/5742 K., www.legalbank.net, s.e.t. 17.04.2021.

olarak bildirdiği alacakların tahsilini talep etmiştir. Sonrasında da tam ıslah yapılarak usûlüne uygun bir şekilde dava belirsiz alacak davasına dönüştürülmemiştir. Mahkemece, davanın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesine göre belirsiz alacak davası olduğu belirtilerek hüküm kurulmuştur. Davanın belirsiz alacak davası olarak açılmadığı açıktır. Hal böyle olunca, Mahkemece davanın kısmi dava olduğu dikkate alınarak, kısmi davaya ilişkin kurallara göre görülüp sonuçlandırılması gerektiğinin gözetilmemesi hatalı olmuştur."[119]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da alacağın objektif olarak belirlenemiyor olmasının yanı sıra dava dilekçesinde de davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığının açıkça gösterilmesi gerektiğini; bu noktada hâkimin davanın türünü belirleme yetkisinin bulunmadığını kabul etmiştir:

"*...iddianın ileri sürülüş biçimi açısından somut olay değerlendirildiğinde, davacı vekili tarafından dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak alacağın belirsiz olduğu belirtilmekle birlikte davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı ileri sürülmemiştir. Nitekim davacı vekili 26.12.2012 tarihli dilekçesinde de, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak davanın kısmi dava olarak açıldığını açıklamıştır. Bununla birlikte, davacı vekili bilirkişi raporundan sonra sunduğu dilekçesinde de davayı "ıslah ettiklerini" ifade etmiştir. Bu itibarla, davacı vekilince davanın kısmi dava olarak açılmasına karşın belirsiz alacak davası olarak kabul edilmesinin taleple bağlılık ilkesine aykırılık teşkil edeceği açıktır.*"[120]

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin 15.10.2020 tarihli ilke kararında da aynı yönde sonuca ulaşılmış; dava dilekçesinde açıkça belirsiz alacak davası olduğu belirtilmeyen davalara kısmî dava olarak devam edilmesi gerektiği kabul edilmiştir:

"*Belirsiz alacak davası alacaklıya zamanaşımı ve faiz başlangıcı noktasında imkanlar sağlayan istisnai bir dava türü olup, dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığının açıkça yazılı olması veya HMK 107. Maddesine dayanıldığının belirtilmesi*

119 Yarg. 22. HD, 06.02.2020 T., 2017/27204 E., 2020/1882 K., www.legalbank.net, s.e.t. 17.04.2021.
120 Yarg. HGK, 21.01.2020 T., 2016/1550 E., 2020/42 K., www.legalbank.net, s.e.t. 17.04.2021.

gerekir. Alacağın belirsiz olduğunun dava dilekçesinde açıklanması bu noktada önemsizdir. Zira alacak belirsiz ise alacaklının kısmi dava veya belirsiz alacak davası açma hakkı vardır. Dava dilekçesinde "belirsiz alacak davası" açıldığı yazılı değilse veya HMK'nın 107. Maddesine dayanılmamışsa, dava konusu miktarların 50-100-1000 TL gibi gösterilmesi hâlinde davanın kısmi dava olarak açıldığı kabul edilmelidir. Sonradan alacaklı tarafın davayı belirsiz alacak davası olarak nitelemesi sonuca etkili değildir."

Kanaatimizce dava türünün tespiti, mahkemeye yöneltilen hukukî himaye talebinin içeriğinin değerlendirilmesi suretiyle varılabilecek ve hukukî nitelendirme ile ilgili bir sorundur. Şayet davacı açıkça 107'nci maddeye atıf yapmamış olsa veya belirsiz alacak davası ibaresine yer vermemiş olsa bile, hâkim dava dilekçesinde mahkemeye yöneltilen talebin bu nitelikte olduğunu tespit ederse, hukukî nitelendirmeyi re'sen yapabilir.

- ***Şartları bulunmadan açılan belirsiz alacak davasında mahkeme nasıl karar verir?***

Şartları oluşmadan açılan belirsiz alacak davası hakkında ne şekilde karar verileceği hususunda kanunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretide ve mahkeme kararlarında ise bu hususta yeknesak bir görüşün olduğunu söylemek mümkün değildir.

Bu hususta öğretide dile getirilen bir görüşe göre belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılması hâlinde davanın hukukî yarar yokluğundan usûlden reddi gerekir[121]. Diğer bir görüşe göre ise hâkimin hukukî nitelemeyle bağlı olmadığından hareket etmekte, şayet örtülü bir kısmî dava olduğundan bahsedilemiyorsa mahkemece verilecek bir ara kararla dava tam eda davası olarak incelenerek sonuca varılmalıdır[122]. Öğretideki diğer bir görüş ise, hukukî nitelendirmenin hâkime ait olduğundan hareketle belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılması hâlinde mahkemece verilecek ara kararı ile davaya kısmî dava olarak devam edilmesi gerektiğini savunmaktadır[123].

121 **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1054; **Özekes, Muhammet,** Anayasa Mahkemesi'nin Kararı Karşısında Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.II, Ankara 2014, s.1603; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 294, 295; **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 338.

122 **Tanrıver,** C.I, s. 603-604.

123 **Kuru,** C. I, s. 438.

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi'nin istikrar kazanmış görüşü de böyle bir hâlde davanın hukukî yarar eksikliği nedeni ile usûlden reddi gerektiği yönündedir. Örneğin 2016 tarihli bir kararında;

> "*....şartları bulunmadığı hâlde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukukî yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü, alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukukî yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir. Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir. Aslında açılmaması gerektiği hâlde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukukî yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukukî yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukukî yarar değildir. Çünkü, dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukukî yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukukî yarar değildir. Aksinin kabulü, aslında açık olan talep sonucunun süre verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukukî yararın sağlanması için davacıya ek imkân sağlanması anlamına gelecektir ki, buna usûl bakımından imkân yoktur. Böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır (H. Pekcanıtez/O. Atalay/M. Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 454).*"[124]

şeklinde karar vermiştir.

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi ise alacağın belirli olduğuna kanaat getirdiği başvurular bakımından hukukî yarar eksikliğinin bulunduğunu, bunun ise tamamlanabilir dava şartı eksikliği olduğunu kabul etmekteydi:

> "*6100 sayılı HMK.'un 114. Maddesinde davacının dava açmakta hukukî yararının bulunması, dava şartı olarak belirtilmiştir. Belirsiz alacak ve tespit davasında, kanun açıkça alacak miktarının veya değerinin belirlenememesi veya olanaksız olması hâlinde, davacının belirsiz alacak davası açmasında hukukî yararının varsayılacağını öngörmüştür. Kısaca dava açıldığında alacak belirli değil veya*

124 Yarg. 22. HD, 18.04.2016 T., 2016/9252 E., 2016/11130 K., www.legalbank.net, s.e.t. 17.04.2021.

tartışmalı ise, belirsiz alacak ve tespit davası açılması için hukukî yarar vardır. Takip eden 115/2 maddedeki kurala göre ise "Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder". Düzenleme gereğince, eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise, hakim tarafından eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir. Dairemiz kararlılıkla hukukî yarar şartının tamamlanabilir dava şartı olduğunu kabul etmektedir (27.12.2012 gün ve 2012/1756 E., 2012/5741 K). Bu nedenle ***belirsiz alacak davası veya kısmi dava açıldığında, dava konusu edilen alacak açık ve tam olarak belirli ise davacıya tam eda davası açması, tamamlanabilir hukukî yarar şartını yerine getirmesi için öncelikle süre verilmeli, süre sonunda yerine getirmediği takdirde davanın hukukî yarar şartı yokluğu nedeni ile usulden reddine karar verilmelidir****."*[125]

Ancak öğretide, davacının dava açmakta hukukî yararının bulunup bulunmadığının kural olarak davanın açıldığı ana göre tespit edileceği, hukukî yarar eksikliğinin süre verilerek giderilebilecek bir eksiklik olmadığı savunulmaktadır[126].

Esasen Yargıtay daireleri arasındaki bu farklılık nedeni ile içtihatların birleştirilmesi de talep edilmişti[127]. Ancak İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu her somut olay bakımından ayrı değerlendirmenin yapılması gereken böyle bir durumda, bağlayıcı biçimde içtihadı birleştirme kararı verilemeyeceğini kabul etmişti.

Bütün bu tartışmaların üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 2019 yılında;

"***Alacak belirli olmasına rağmen belirsiz alacak davasına konu edilmesi durumunda ne yapılması gerektiği konusuna dönecek***

125 Yarg. 9.HD, 26.11.2014 T., 2014/31737 E., 2014/35649 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021.

126 **Hanağası, Emel,** Davada Menfaat, 2009, s. 322-323.

127 Bkz. YİBBGK, 15.12.2017 T., 2016/6 E., 2017/5 K., RG, 29.06.2018, S. 30463.

olursak; şartları bulunmamasına başka bir anlatımla talep edilecek alacak miktarının davanın açıldığı anda tam ve kesin bir biçimde belirlenmesinin mümkün olmasına rağmen belirsiz alacak davası şeklinde açılan dava, hukukî yarar, yani dava şartı yokluğu nedeni ile usulden hemen reddedilmemelidir*. Zira bir miktar belirtilmek sureti ile açılan belirsiz alacak davası da alacak ister belirli ister belirsiz olsun bir eda davasıdır ve eda davalarında hukukî yarar var kabul edilir. Öte yandan davacının dava açmaktan başka bir yolla alacağına kavuşması mümkün olmayıp bir mahkeme kararına muhtaç ise dava açmakta hukukî yararının bulunduğu tartışmasızdır.*

Başka bir anlatımla alacağın belirli veya belirsiz olması başlangıçta var olan hukukî yararı ortadan kaldırmaz.

Bu durumda dava dilekçesinde talep edilen asgari tutar somut olayın özelliklerine göre talep edilebilecek alacak tutarı konumunda olup kısmi davanın koşulları yoksa davacının tam eda davası açtığı kabul edilmelidir.

Ancak dava dilekçesinde talep edilen asgari tutar somut olayın özelliklerine göre talep edilebilecek toplam alacak miktarı kadar değilse ve kısmî davanın koşulları da bulunmuyorsa, bu durumda mahkemece alacak miktarını netleştirmesi ve bildireceği dava değerine göre eksik harcı tamamlaması için davacıya HMK'nın 119'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bir haftalık kesin süre verilmeli ve verilen kesin süre içinde belirtilen eksikliğin tamamlanması hâlinde davaya tam eda davası olarak devam edilmeli, aksi durumda ise davanın usulden reddine karar verilmelidir.

Buna karşılık, dava dilekçesinde asgari bir tutar gösterilmiş olup bunun, alacağın belirli bir kesimi olduğu anlaşılmakla birlikte, açılan davanın belirsiz alacak davası mı; yoksa kısmi dava mı olduğu hususunda açıklık bulunmuyorsa hâkim, taleple bağlı olduğu için (6100 sayılı HMK m. 26) öncelikle, HMK'nın 119'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, davacı tarafa bir haftalık kesin bir süre vermeli ve onun beyanı doğrultusunda açılmış olan davanın belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunu belirlemelidir. Bu da esasen hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamındadır. Davacı verilen bir haftalık kesin süre içinde davanın belirsiz alacak

davası olduğunu beyan etmiş ve belirsiz alacak davası açılabilmesi için gerekli koşullar mevcut ise, dava belirsiz alacak davası olarak görülüp sonuçlandırılmalıdır. Belirsiz alacak davası açılabilmesi için gerekli şartlar bulunmakla birlikte davacı açmış olduğu davanın kısmi dava olduğunu belirtmiş ise, bu hâlde mahkeme davayı, kısmi dava olarak kabul edip yargılamayı sürdürmelidir. Üçüncü bir ihtimal olarak davacı davasının belirsiz alacak davası olduğunu mahkemeye bildirmiş olmakla birlikte belirsiz alacak davasının koşulları bulunmuyor ve fakat kısmi dava açılabilmesi mümkün ise, bu durumda, mahkemece, açılmış olan dava, doğrudan bir ara kararıyla bir kısmi dava olarak nitelendirilmek suretiyle görülüp karara bağlanmalıdır.

Bu açıklamalar kapsamında somut olaya bakıldığında; davacı vekili müvekkilinin iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ancak alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmak sureti ile 1.000,00TL kıdem tazminatı, 500,00TL ihbar tazminatı talep etmiş olup davasını açıkça belirsiz alacak davası olarak nitelendirmiştir. ***Davanın belirsiz alacak davası olarak açılmasına rağmen alacakların belirli olduğu sonucuna ulaşıldığından somut olayda belirsiz alacak davasının koşulları bulunmamakta ise de, alacaklarının ödenmediğini iddia eden davacının, mevcut yasal düzenlemeler karşısında dava açmaktan başka bir yolla alacağına kavuşma imkânı olmayıp, bir mahkeme kararına ihtiyaç bulunması karşısında eldeki davayı açmakta hukukî yararının bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Başka bir anlatımla alacağı olduğunu iddia eden davacının alacağının tahsili amacı ile ister kısmi, ister tam eda veya belirsiz alacak davası açmasında her zaman hukukî yararı vardır. Zira davacı davalıdan olan alacağını istemektedir.***

Öyle ise, alacağın tartışmasız veya belirli olması hâlinde kısmi dava açılamayacağına ilişkin 6100 sayılı HMK'nın 109'uncu maddesinin ikinci fıkrasının yürürlükten kaldırılmış olmasından dolayı belirli alacaklar için de artık kısmi dava açılması mümkün hâle geldiğine ve davacının alacaklarının bir kısmını dava ettiğinin dava dilekçesi içeriğinden anlaşılmasına başka bir anlatımla davanın kısmi dava olarak görülmesi için gerekli koşulların somut olayda bulunmasına göre, mahkemece dava hukukî yarar

yokluğundan reddedilmeyerek bir ara kararı ile kısmi dava olarak görülüp sonuçlandırılmalıdır.

Bu yöndeki kabulün Anayasa'nın 141'inci ve 6100 sayılı HMK'nın 30'uncu maddelerinde düzenlenen davaların en az giderle ve mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılmasını öngören "usul ekonomisi" ilkesine de uygun olacağı, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan hak arama özgürlüğüne ve mahkemeye erişim hakkına da hizmet edeceği açıktır."[128]

şeklindeki kararı ile belirli alacaklar için belirsiz alacak davası açılması hâlinde davanın hukukî yarar yokluğundan reddine karar verilemeyeceğini; şartları varsa verilecek bir ara kararla davaya kısmî dava olarak devam edilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

2020 yılında Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesince alınan ilke karar ise Hukuk Genel Kurulu kararından da farklı yöndedir. Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi'nin kapatılarak bu Daire'nin görev alanına giren uyuşmazlıkların 9'uncu Hukuk Dairesi'ne devri, işçilik alacakları bakımından belirsiz alacak davaları konusunda 9'uncu Hukuk Dairesi'ni tek başına yetkili hâle getirmektedir. Ancak hukukî öngörülebilirliğin zedelenmemesi ve sürpriz karar verme yasağının ihlâl edilmemesi için Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi verdiği yeni bir kararla, işçilik alacakları açısından belirsiz alacak davasına yönelik kendi içtihadını da değiştirdiğini açıklamakta, söz konusu içtihadın da bu kararın yayımından itibaren açılan davalar bakımından uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla 14.09.2020 tarihinde verilen kararın Yargıtay Kararları Dergisi ya da diğer şekillerde yayımından sonra açılan belirsiz alacak davaları bakımından 9'uncu Hukuk Dairesi, önceki içtihatlarından farklı şekilde alacağın objektif açıdan belirlenememesini arayacak ve bunu her somut olay açısından ayrıca değerlendirecektir. Şayet alacağın belirlenebilir olmasına karşın belirsiz alacak davası açıldığı tespit edilirse bu hâlde de yine önceki kararlardan farklı şekilde davanın hukukî yarar yokluğu nedeni ile usûlden reddine karar verilecektir. Ancak sürpriz karar yasağı ve hukukî öngörülebilirlik açısından 9'uncu Hukuk Dairesi'nin önceki kararının da bir süre daha uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.

128 Yarg. HGK, 16.05.2019 T., 2016/1166 E., 2019/576 K., www.legalbank.net, s.e.t. 21.04.2021 (Vurgular tarafımıza aittir).

Söz konusu karar önceki mahkeme kararlarına güvenerek işlem yapan kişilerin haklarını korumak bakımından oldukça önemlidir[129]:

"*Madde gerekçesinde "Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır.* ***Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılamaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez." şeklindeki açıklamayla, alacağın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması durumunda, belirsiz alacak davası açılarak bu davanın sağladığı imkânlardan yararlanmanın mümkün olmadığına işaret edilmiştir. Şu hâlde davanın açıldığı tarihte alacağın miktarı yahut değeri belirlenebilir durumda ise, dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmelidir. Burada hukukî yarar eksikliğinin tamamlanabilir dava şartı olmadığı sonucuna varılmıştır. 7251 sayılı Kanun ile 107. maddede yapılan değişiklikler şartları olmadığı hâlde açılan belirsiz alacak davasında davacıya süre verilerek hukukî yarar eksikliğini tamamlama imkânı tanımamaktadır.*** *Dairemizce sözü edilen düzenleme, şartları mevcut olan belirsiz alacak davasında yapılan yargılama ile alacağın belirli hale gelmesi durumunda hâkimin geçici talep sonucunu kesin talep sonucuna dönüştürmesi için alacaklıya süre vermesi gerektiği yönünde değerlendirilmiştir.*

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi tarafından daha önce verilen kararlarda hukukî yarar yokluğu sebebiyle dava şartı yokluğuna bağlı davanın reddi kararları verilmediğinden aynı Dairenin görev alanındaki bölgelerden gelen dosyalarda birleşme öncesi uygulamalarına güven duyularak açılan davalarda aynı Dairenin önceki uygulamalarına devam edilecektir.

129 Kararın ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. **Özekes, Muhammet,** Gerçek Bir İçtihat: 9'uncu Hukuk Dairesi'nin Belirsiz Alacak ve Sürpriz Karar Yasağıyla İlgili Emsal Kararı, https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-belirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-ilgili-emsal-karari/, s.e.t. 06.10.2020.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi tarafından daha önce verilen kararlarda hukukî yarar yokluğu sebebiyle dava şartı yokluğuna bağlı davanın reddi kararları verilmediğinden aynı Dairenin görev alanındaki bölgelerden gelen dosyalarda birleşme öncesi uygulamalarına güven duyularak açılan davalarda aynı Dairenin önceki uygulamalarına devam edilecektir.

Hukukî belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ve sürpriz karar verme yasağı gereği birleşme tarihinden önce yukarıda belirtilen esasları dikkate alan ilk kararın Yargıtay Kararları Dergisi veya başkaca yolla yayını tarihinden sonra açılan davalarda belirtilen ilkeler uygulanacaktır. Başka bir anlatımla açıklanan kararın yayınından önce açılan davalarda her iki Daire görev alanına giren bölgelerde verilen kararlar bakımından Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin önceki uygulamalarına devam edilecektir."[130]

- ***Alacak belirlenebilir hâle gelmesine rağmen kesin talep sonucunun belirlenmemesi hâlinde ne şekilde karar verilir?***

Başlangıçta şartları taşıması nedeni ile belirsiz alacak davası olarak açılan bir davada alacağın belirlenebilir hâle gelmesinin ardından davacının talep miktarını arttırması ve kesin talep sonucunu mahkemeye bildirmesi gerekir. Alacağın belirlenebilir hâle gelmesine rağmen davacı kesin talep sonucunu belirtmediğinde ise mahkemece ne şekilde karar verileceği de hem öğretide hem de yargı kararlarında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Uygulamada ortaya çıkan sorunlar dikkate alınarak 7251 sayılı Kanun ile 107'nci maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiş ve tahkikat neticesinde alacağın tam ve kesin olarak belirlenebildiği aşamada mahkemece kesin talep miktarını belirtmesi için davacı tarafa iki haftalık kesin süre verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna rağmen davanın kesin talep sonucunu belirtmemesi hâlinde ise davanın başlangıçta talep sonucunda belirtilen miktar ve değer üzerinden görülüp karara bağlanacağı da yine ikinci fıkranın son cümlesi ile belirtilmiştir. Buna karşın öğretide bu hususta görüş birliği sağlanmış değildir. Bu hususta ileri sürülen ilk görüş, başlangıçta belirlenen asgarî miktar üzerinden yargılamaya kısmî dava olarak devam edilmesi

130 Yarg. 9.HD, 14.09.2020 T., 2016/26476 E., 2020/7547 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

gerektiği yönündedir[131]. Bu görüşe göre mahkemece verilecek bir ara kararıyla davaya kısmî dava olarak devam edilmeli; talep sonucu sonradan arttırılmak istenirse bunun ıslah ya da karşı tarafın açık rızası ile mümkün olduğu kabul edilmelidir[132]. 7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesinde yapılan değişikliğin de bu görüşe uygun olduğu ifade edilmektedir[133]. Öğretide dile getirilen diğer görüş ise özellikle 7251 sayılı Kanun ile getirilen değişikliğin ardından mahkemece verilen iki haftalık kesin süre içerisinde talebin artırılmaması ve kesin talep sonucunun belirlenmemesi hâlinde başlangıçta belirtilen asgarî miktar üzerinden kesin talep sonucu olarak kabul edilerek yargılamaya devam edilmeli ve bu miktar üzerinde karar verilmelidir[134].

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi'nin kapanmasının ardından 9'uncu Hukuk Dairesince bu hususta verilen kararda ise süresi içinde talep sonucunun belirlenmemesi hâlinde davanın kısmî davaya dönüşmeyeceği, aksine başlangıçta gösterilen geçici talep sonucunun kesin talep sonucuna dönüşeceği kabul edilmiştir[135].

- ***Kesin talep sonucu ne zamana kadar artırılabilir?***

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise kesin talep sonucunun ne zamana kadar belirlenebilecek olduğudur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesinin ikinci fıkrası 7251 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, "*Karşı tarafın verdiği bilgi ve tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.*" şeklinde bir düzenleme içermekteydi. Esasen belirsiz alacak davasının amacı da dikkate alındığında, bu düzenlemenin ilk derece yargılamasında tahkikat aşaması tamamlanıncaya kadar talep sonucunun artırılmış olması gerektiği şeklinde anlaşılması gerekirdi. Zira mahkemece hüküm verilebilmesi için kesin talep sonucunun hükmün açıklanmasından önceki bir aşamada ileri sürülmüş olması gerekirdi. Ancak Yargıtay verdiği bazı kararlarda bozmadan sonraki

131 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 338-339.
132 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 339.
133 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 339.
134 **Tanrıver,** C. I., s. 606.
135 **Kar,** s. 632.

tahkikat aşamasında davacı yanca talep sonucunun artırılmasının ıslah olarak değerlendirilemeyeceğini, bunun belirsiz alacak davası kapsamında talep sonucunun artırılması olarak kabul edilmesi gerektiğini kabul etmiştir:

> "*...dava belirsiz alacak davası türünde açılmış, Bozma kararından sonra davacı tarafından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107 nci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince verilen talep artırım dilekçesi ile talep sonucu artırılmıştır. Mahkeme kararının gerekçesinde belirtildiğinin aksine, somut uyuşmazlıkta bozmadan sonra yapılan bir ıslah işlemi söz konusu olmayıp, davacı tarafından talep artırım hakkı kullanılmıştır. Hukukî nitelik itibariyle talep artırım işlemi ıslah olmadığından, bozmadan sonra yapılan bir ıslah da söz konusu değildir.Açıklanan bu hususlar sebebiyle, Mahkemece talep artırım dilekçesi dikkate alınarak hüküm kurulması gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.*"[136]

7521 sayılı Kanun ile 107'nci maddenin ikinci fıkrası, "*Karşı tarafın verdiği bilgi ve tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğunda, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleyebilir*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren belirsiz alacak davasını görmekte olan hâkimlerin kesin talep sonucunun belirlenmesi için davacı tarafa iki haftalık kesin süre vereceği öngörüldüğünden bozmadan sonraki tahkikat aşamasında talep sonucunun artırılabileceğine ilişkin bir tartışmanın gündeme gelememesi gerekir.

- ***Davaların yığılması hâlinde belirsiz alacak davası nasıl tespit edilir?***

Davacının, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla aslî talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi hâlinde davaların yığılmasından (objektif dava birleşmesi) söz edilir[137]. Davacının davalıya karşı birden fazla

136 Yarg. 22. HD, 25.11.2019 T., 2019/6528 E., 2019/21446 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD, 05.11.2019 T., 2019/4837 E., 2019/20287 K.; Yarg. 22. HD, 05.11.2019 T., 2019/5946 E., 2019/20277 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021.

137 **Kuru,** C. I, s.421; **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 345; **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1092; **Tanrıver,** s. 626.

işçilik alacağını aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi ise sık rastlanılan bir durumdur. Bu hâlde dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerden bazısının belirsiz olduğu durumlarda hâkimin davada ne şekilde hareket etmesi gerektiği de Yargıtay kararları arasında farklılığa yol açmıştır.

Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi, davaların yığılmasında her bir talebin ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini, taleplerden bazısının belirsiz alacak davasına konu olamayacağının anlaşıldığı hâllerde hâkimin alacağın belirlenmesi için süre vermesi gerektiğine karar vermiştir:

> "*Aynı dava dilekçesinde birden fazla işçilik alacaklarının talep edildiği durumlarda davaların yığılmasından söz edilir ki, alacağın belirli olup olmadığı her bir alacak kalemi bakımından somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.10.2012 gün, 2012/ 9-838 E, 2012/ 715 K sayılı kararı da bu yöndedir.*
>
> *Davaya konu işçilik alacaklarının bir kısmının ya da bazılarının belirsiz alacak davasına konu olamayacağı belirlendiği taktirde, hakim hemen davayı reddetmemeli, HMK.'nun 115/2 maddesi uyarınca eksikliği tamamlaması yani alacağını belirleyerek buna göre talepte bulunması için davacıya kesin süre vermeli, gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde dava şartı eksikliğinden dava reddedilmelidir. Dairemiz kararları ile Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin kararları bu yöndedir(Yargıtay 9.HD. 26.01.2014 gün, 2014/1962 E, 2014/6034 K. ; Yargıtay 9.HD. 27.02.2012 gün ve 2012/1757 E, 2012/5742 K. ; Yargıtay 19. HD. 16.01.2014 gün, 2013/ 17491 E, 2014/ 1332 K. Yargıtay 19. HD, 16.01.2014 gün, 2013/ 17366 E, 2014/ 1329 K.).*"[138]

Ancak daha önce de belirtildiği gibi Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi 14.09.2020 tarihli kararı ile belirsiz alacak davasının şartlarının bulunmaması hâlinde hukukî yarar eksikliğinin giderilmesi için davacıya süre verilmesi gerektiği yönündeki uygulamasını terk etmiş; bu hâllerde davanın usûlden reddi gerektiğini kabul etmiştir[139]. Bu tarihten sonraki kararlarında ise 9'uncu Hukuk Dairesi bu görüşü ile uyumlu şekilde sonuca varmıştır:

> "*İş yargılamasında sıklıkla davaların yığılması söz konusu olmakla alacağın belirsiz olma kriterleri her bir talep için ayrı ayrı*

138 Yarg. 9. HD, 28.02.2019 T., 2019/1208 E., 2019/5111 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021.
139 Bkz. Yarg. 9.HD, 14.09.2020 T., 2016/26476 E., 2020/7547 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021

değerlendirilmelidir. Diğer yandan, aynı dava dilekçesinde talep yığılması şeklinde bazı alacaklar için belirsiz alacak davası bazıları için kısmi dava açılmasına yasal bir engel bulunmamaktadır. Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ve ücret alacakları işçi tarafından bilinmekle kural olarak belirsiz alacak davasına konu edilmez. Ancak hesabın unsurları olan sosyal hakların (ayni olarak sağlanan yemek yardımı gibi) miktarının belirlenmesi işveren tarafından sunulacak belgelere göre belirlenecek ise, kıdem ve ihbar tazminatı belirsiz alacak davasına konu edilebilir. Madde gerekçesinde «Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılamaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez." şeklindeki açıklamayla, alacağın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması durumunda, belirsiz alacak davası açılarak bu davanın sağladığı imkânlardan yararlanmanın mümkün olmadığına işaret edilmiştir. Şu hâlde davanın açıldığı tarihte alacağın miktarı yahut değeri belirlenebilir durumda ise, dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmelidir. Burada hukukî yarar eksikliğinin tamamlanabilir dava şartı olmadığı sonucuna varılmıştır. 7251 sayılı Kanun ile 107. maddede yapılan değişiklikler şartları olmadığı hâlde açılan belirsiz alacak davasında davacıya süre verilerek hukukî yarar eksikliğini tamamlama imkânı tanımamaktadır."[140]

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi, davaların yığılması hâlinde talep sayısınca dava bulunduğundan hareketle her bir talep için ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiğine karar vermiştir:

"*6100 sayılı Kanun'un 110. maddesinde düzenlenen, davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanan davaların yığılması*

140 Yarg. 9. HD, 21.01.2021 T., 2018/10941 E., 2021/1851 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021.

(objektif dava birleşmesi) hâlinde, talep sayısı kadar dava bulunduğu kabul edildiğinden ve aynı Kanun'un 297/2. maddesi uyarınca da her bir talep bakımından ayrı ayrı hüküm verilmesi gerektiğinden, bu durumda da dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerin belirsiz alacak olup olmadığının her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir."[141]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise aksi yönde görüş belirtmiş; talep konusu alacaklardan bir ya da birkaçının belirsiz olması hâline diğer talepler bakımından da davaya belirsiz alacak davası olarak devam edilmesi gerektiğini kabul etmiştir:

"*Yeri gelmişken davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) şeklinde açılan işçilik alacakları istemli davalarda, davanın belirsiz alacak davası olup olmadığı belirlenirken her bir alacak yönünden ayrı ayrı mı yoksa alacaklardan birinin belirsiz olması hâlinde talep konusu diğer alacakların da belirsiz alacak olarak kabul edilip edilmeyeceği üzerinde de durulması gerekmektedir….. İşçilik alacakları genellikle davaların yığılması şeklinde açılmaktadır. Başka bir deyişle aynı dava dilekçesinde aynı davalıya karşı birden fazla işçilik alacağı talep edilmekte, böylece söz konusu talepler yönünden delillerin ikamesi ve tahkikat aşaması ortak yürütülmektedir. Davaların yığılması ile amaçlanan, yargılamanın en kısa ve ucuz şekilde yapılması (usul ekonomisi) yanında çelişkili karar verilmesinin de önlenmesidir.*

Davaların yığılmasından söz edilebilmesi için, birlikte ileri sürülen talepler arasında hukukî veya ekonomik bir bağın bulunması da şart değildir (Pekcanıtez, H.: Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, C. II, İstanbul 2017, s. 1094). Bununla birlikte davaların yığılması şeklinde açılan işçilik alacaklarının birbiri ile bağlantılı alacaklar olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Başka bir deyişle talep konusu her alacağın hesaplanıp hüküm altına alınabilmesi için ortak hesaplama aracı olarak işçinin çalışma süresi ile ücret seviyesinin bilinmesi gerekmektedir.

Eldeki davanın açılış tarihi dikkate alındığında, 6100 sayılı HMK'nın geçici 3. maddesi ile bölge adliye mahkemelerinin göreve

141 Yarg. 22. HD, 24.06.2015 T., 2014/26997 E., 2015/21844 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021.

başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) temyize ilişkin hükümlerinin uygulanacağı, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında da, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26.09.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454. madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı açıktır. Bu bağlamda 1086 sayılı Kanun'un 427. maddesinde mahkemece verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiş, mal ve alacak davalarında hüküm altına alınan miktarın değerine göre temyiz edilip edilemeyeceği düzenlenmiştir. Öte yandan davaların yığılması şeklinde açılan işçilik alacaklarına ilişkin davalarda, temyiz kanun yoluna başvurulması hâlinde, uyuşmazlığın toplam miktarı gözetilmelidir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı vekili, müvekkilinin işe giriş kaydının geç yapıldığını, ücretlerin 2-3 aydır ödenmediğini, aylık net 1.000,00TL ücret ile çalıştığını ancak bu ücretin asgari ücret kısmının bankaya yolu ile kalanının ise elden ödendiğini, elden ödenen kısmın son 11 aylığının halen ödenmediğini, yine son 2 aylık ücretinin tamamının da ödemediğini, gerçek ücretin resmi kayıtlarda düşük gösterildiğini, bir yıl boyunca 15 gün çalışmış gibi gösterilerek bu konuda zorla yazılı belge alındığını, müvekkilinin hem çalışma süreleri konusunda eksik beyanda bulunulduğunu hem de kendilerine ait olan esnek çalışma ödemelerine el konulduğunu, işçilere ait gerçek ve doğru bilgilerin Aksaray İş Mahkemesinin 2010/3 D.İş sayılı tespit dosyası ile kayıt altına alınarak tespit edildiğini belirterek kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin ve ücret alacakları ile bir kısım işçilik alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Görüldüğü üzere davacının çalışma süresi ile ücret hususu taraflar arasında çekişmeli olup mahkemece, davacının çalışma süresi SGK kayıtlarına göre kabul edilmiştir. Ücret yönünden ise ücret bordrolarının ve ücret hesap pusulalarının sunulmaması nedeniyle iddia edilen ücret esas alınmış, giydirilmiş ücretin tespitinde ise yol ve yemek yardımlarının eklenerek kıdem tazminatının belirlendiği anlaşılmıştır.

Ayrıca bir kısım işçi tarafından resmi kurumlara bildirilen kayıtlar ile işveren tarafından tutulan gerçek kayıtlar arasında

farklılıklar olduğu iddiasıyla Aksaray İş Mahkemesine başvurulmuş olup 2010/3 D.İş sayılı tespit dosyası ile iş yerinde inceleme yapıldığı belirtilmiştir. Her ne kadar söz konusu dosya eldeki dava dosyası içerisinde bulunmamakta ise de, işveren tarafından tutulan kayıtların tartışmalı hâle geldiği, bunun da işçinin aleyhine yorumlanamayacağı, davacının çalışma süresinin bu tespitlere göre değil SGK kayıtlarına göre belirlenip sonuca gidildiği görülmüştür.

Uyuşmazlık konusu olan kıdem tazminatının hesabına esas olan ücret, giydirilmiş ücret olup, giydirilmiş ücrete işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dâhil edilmektedir. Bu kapsamda yemek ve yol sosyal yardımının tazminat hesabında göz önünde tutulacağı kuşkusuzdur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/3. maddesinde işveren açıkça işçiye varsa ücret eklerini gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlü tutulmuştur. Bu kapsamda işveren tarafından Kanun'un kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirerek gerekli belgeleri işçiye teslim ettiğine dair dosyaya bir delil sunulmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda işçinin alacağını belirleyecek verilerin elinde bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.

Öyle ise, dava konusu edilen kıdem tazminatının belirlenebilmesi için işverende bulunan bilgi ve belgelere ihtiyaç duyulduğundan, anılan alacağın belirlenebilir olduğundan bahsedilemeyecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.09.2018 tarihli ve 2015/22-856 E., 2018/1350 K.; 07.03.2018 tarihli ve 2015/22-2283 E., 2018/421 K.; 09.05.2018 tarihli ve 2015/22-569 E., 2018/1017 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler kabul edilmiştir.

Yıllık ücretli izin alacağı ve ücret alacakları yönünden ise; davacının çalışma süresi ile ücretinin çekişmeli olduğu ve işveren tarafından tanzim edilen kayıtların doğruluğunun tartışmalı olduğu sabittir. ***Bunun yanında davaların yığılması şeklinde açılan ve malvarlığına ilişkin davalardan olan eldeki işçilik alacakları davasında; alacaklar birbiri ile bağlantılı olduğundan, kanun yoluna başvurulduğunda kesinlik sınırının her bir alacak talebi yönünden ayrı ayrı değil toplam alacak miktarı dikkate alındığından ve talep konusu alacaklardan biri ya da birkaçının belirsiz alacak olduğunun***

tespiti hâlinde talep konusu diğer alacakların da belirsiz alacak olarak kabul edileceğinden yıllık ücretli izin ve ücret alacaklarının da belirsiz alacak olduğu kabul edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; objektif dava birleşmesinde talep konusu alacaklardan birinin ya da birkaçının belirsiz alacak olması hâlinde diğer alacakların da belirsiz alacak olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığı, somut olayda ise davacının gerek dava açmadan önce açtığı tespit davası ile iş yerindeki tüm bilgi, belge ve kayıtları ulaşmış olması, dava konusu alacaklarının hesabına esas unsurları elde etmiş olması nedeniyle davasını belirsiz alacak davası olarak açmasının söz konusu olmayacağı, iş yerinde elde edilen belgelerdeki davacının çalışma süresi, ücret ve sosyal haklarla ilgili bilgilerin davacının iddialarını yansıtmaması ve davacının iddialarının iş yeri kayıtlarından farklı olması durumunda da bu husus ispata ilişkin olup, davacının iddialarını ispatlayıp ispatlayamamasının belirsiz alacak davası açılması için gerekçe olamayacağından davacı, dava konusu taleplerinin belirlenebilir alacak olarak açması gerekirken belirsiz alacak olarak açmasının HMK'nın 107. maddesindeki açık düzenlemeye aykırı olup, mahkemenin direnme kararının bu nedenle bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir."[142]

Davaların yığılmasında dava dilekçesinde ileri sürülen talep sayısınca dava bulunduğu kabul edilmektedir[143]. Bu durumda her bir talep bakımından dava şartlarının ayrı ayrı incelenmesi gerekir[144]. Ayrıca davaların yığılması için ileri sürülen taleplerin mahkemeden istenen hukukî korumaya göre aynı dava türüne ait olması gibi bir şart da bulunmamaktadır[145]. Diğer bir anlatımla, davacı aynı dava dilekçesinde bir yandan bir şeyin verilmesini/yapılmasını ya da yapılmamasını talep ederken diğer yandan bir hakkın/hukukî ilişkinin tespitini ya da inşaî bir hakkın kullanımını isteyebilir[146]. Yargılama sonucunda

142 Yarg. HGK, 12.12.2019 T., 2016/2295 E., 2019/1350 K., www.legalbank.net, s.e.t. 18.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

143 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Bulut, Uğur,** Davaların Yığılması, Ankara 2017.

144 **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1093.

145 **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1094; **Tanrıver,** s. 627.

146 **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1094.

mahkeme her bir talep için ayrı ayrı karar verir. Yine senetle ispat sınırı da her bir alacak için ayrı ayrı belirlenmektedir[147]. Bütün bu açıklamalar dikkate alındığında, işçilik alacakları bakımından birden fazla talebin aynı dava dilekçesi ile birlikte belirsiz alacak davası şeklinde ileri sürüldüğü durumlarda bu taleplerden bazılarının belirsiz alacak davasının şartlarını taşımaması hâlinde bu talepler bakımından hukukî yarar yokluğu nedeni ile usûlden ret kararı verilmesi; diğer talepler bakımından ise belirsiz alacak davasına devam edilmesi kurumun hukukî niteliğine daha uygun görünmektedir. Tek başına belirsiz alacak davasına konu edildiğinde usûlden reddedilecek bir alacağın sırf taleplerin yığılması şeklinde ileri sürüldüğü için dava şartları göz ardı edilerek belirsiz alacak davasına konu kılınması hakkın kötüye kullanımına yol açabilir.

6. Kısmî Dava

a. Genel Olarak

Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, talebin sadece bir kısmının dava yoluyla ileri sürülmesi hâlinde, kısmî dava söz konusu olur. Türk Borçlar Kanunu'nun 84'üncü maddesi gereğince, nasıl ki alacaklı maddî hukuk açısından alacağının bir kısmını talep edebilirse, aynı alacağın dava yoluyla ileri sürülmesi hâlinde de bir kısmı talep edilebilir.

Kısmî dava açılabilmesinin temel koşulu, dava konusu kılınmış talebin bölünebilir nitelikte olmasıdır. Bu davanın açılabilmesinin diğer koşulu ise bölünebilir nitelikteki alacağın aynı hukukî ilişkiden kaynaklanıyor olmasıdır. Dolayısıyla asıl alacağa bağlı fer'î nitelikteki hakların talep edilmemesi kısmî dava açıldığı anlamına gelmez. Nihayet kısmî dava açılmasında da hukukî yararın varlığı aranmaktadır. Dürüstlük kuralına aykırı biçimde ya da hakkın kötüye kullanımına sebebiyet verecek bir şekilde kısmî dava açılması kabul edilemez[148].

Belirtmek gerekir ki, dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmî dava açılması, talep

147 **Kuru,** C. I, s. 424.

148 **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 997-998. Öğretide dile getirilen bir görüşe göre ise 109'uncu maddenin ikinci fıkrasının yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen alacağın belirli olduğu durumlarda kısmî dava açılmasında hukukî yarar bulunmamaktadır. Bkz. **Tanrıver,** C. I, s. 590-591.

konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez (HMK m. 109/3). Talep konusunun geri kalan kısmı aynı yargılamada ıslah yolu ile ileri sürülebilir ya da ek dava şeklinde ayrı bir yargılamaya konu edilebilir. Ek dava açılması hâlinde derdestlik itirazında bulunulamaz[149].

Kısmî davada hukukî ilişkinin mevcudiyetine dair verilen hüküm, daha sonra açılacak ek davaya bakacak olan mahkemeyi bağlar. Başka bir anlatımla, kısmî davada hukukî ilişkinin mevcudiyetine dair verilen hüküm, ek davada kesin delil teşkil eder.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu yönde karar vermiştir:

"Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; kısmi davada alınan rapor ve verilen kararın eldeki ek davaya etkisinin ne olacağı ve buna göre yeniden bilirkişi incelemesi yapılarak rapor alınması gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Hemen burada, kısmi dava ve ek davanın etkisi üzerinde durulmalıdır.

Her dava, kural olarak iki kısımdan; tespit ve eda kısımlarından oluşur. Davanın kısmi nitelikte olması hâlinde önceden açılan davada kesinleşen ilamın tespit kısmı, kalan kısım hakkında açılan ikinci davanın tespit kısmı için kesin hüküm oluşturur ve kuşkusuz bağlayıcıdır.

Öğreti ve yargısal uygulamada; kısmi davanın redle sonuçlanması hâlinde tüm alacak hakkında kesin hüküm oluşacağı kısmi dava kısmen kabul kısmen redle sonuçlanırsa her iki bölüm yönünden de kesin hüküm oluşacağı, kısmi dava tümüyle kabul edilirse de kararın tespit bölümünün açılan ek dava için kesin hüküm oluşturacağı kabul edilmiştir.

Eş söyleyişle; kısmi dava sonunda davalının borcu ödemeye mahkum edilmesi veya kısmi davanın tamamen veya kısmen reddine karar verilmiş olması hâlinde taraflar arasındaki borç ilişkisinin varlığı ya da yokluğu

149 *"Bilindiği üzere, alacağın bir kısmı için dava açılabilir. Fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması koşulu ile de ek dava açılması olanaklıdır. Ek dava ise ya asıl dava kesinleştikten sonra ya da zamanaşımını kesmek gibi amaçlarla asıl dava kesinleşmeden önce açılabilmektedir. Davalı taraf bu ek davada derdestlik itirazında da bulunamaz. Çünkü kısmi dava ile ek davanın ilişkin olduğu alacak kesimleri, yani müddeabihleri farklıdır. Ancak kısmi davada verilen hüküm ek davayı etkileyecektir. (Bkz.Prof. Dr.Baki Kuru Hukuk Muhakemeleri Usûlü, 6.Baskı, cilt 2, 2001, syf 1559)"*, Yarg. HGK, 13.03.2013 T., 2012/811 E., 2013/363 K., www.legalbank.net, s.e.t. 25.04.2021.

da tespit edilmiş olur ki bu tespit zorunlu olarak borç ilişkisinin tümünü kapsar. Bu nedenle kısmi dava sonunda verilen ve kesinleşen kararın tespite ilişkin bölümü sonradan açılan ek dava için kesin hüküm oluşturur.

Kısacası ikinci davaya bakan mahkeme, kısmi davanın davalının sorumluluğuna ilişkin bu tespit bölümüyle bağlıdır. Burada davalının haksızlığı olgusu artık tartışılamaz hale gelmiştir. Zira, kesin hüküm bulunan bir konuda mahkemenin bu yönün doğruluğunu yeniden araştırma ve inceleme konusu yapmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Bu yön kamu düzenine ilişkin olup mahkemeler ve Yargıtayca doğrudan doğruya (resen) göz önünde tutulmalıdır.

Kısmi dava sürerken ek davanın açılmış olması hâlinde davalı ilk itirazda bulunarak birleştirme istememişse kısmi dava ile ek dava birleştirilemez. Ancak, ek davaya bakan mahkeme kısmi davanın sonuçlanmasını bekletici sorun yapmalıdır. Çünkü, kısmi dava tamamen veya kısmen reddedilecek olursa bu karar ek dava için kesin hüküm teşkil edecek, kısmi dava tamamen kabul edilirse de kararın tespite ilişkin bölümü ek dava için kesin hüküm teşkil edecektir."[150]

Mahkemeye yöneltilmiş talebin kısmî davayı konu aldığı dava dilekçesinden anlaşılmalıdır. Bu noktada, davacının kısmî dava açtığına ilişkin iradesini dava dilekçesinde açıkça göstermesi gerekmez; ancak somut olayın koşullarından alacağın şimdilik bir kısmının talep edildiğinin anlaşılıyor olması gereklidir. Aksi hâlde, hükmün kesinleşmesi ile birlikte, kalan kısma ilişkin dava, haktan feragat sebebiyle değil ancak kesin hüküm sebebiyle; dava devam ederken açılırsa da derdestlik sebebiyle ileri sürülemez.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341'inci maddesinin üçüncü fıkrası ile 362'nci maddesinin ikinci fıkrasında açıklandığı üzere alacağın bir kısmının dava edildiği hâllerde istinaf ve temyize ilişkin parasal sınırlar alacağın tamamı dikkate alınarak tespit edilir[151].

150 Yarg. HGK, 13.03.2015 T., 2013/1728 E., 2015/1036 K., www.legalbank.net, s.e.t. 25.04.2021.

151 *"...kısmi olarak açılan davada, kesinlik sınırının belirlenmesinde alacağın tamamının dikkate alınması gerekir. Davacı dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak bir kısım işçilik alacakları yönünden talepte bulunmuş ve bilirkişi tarafından ücret farkı ve ilave tediye alacakları bakımından hesaplama yapılmıştır. Bilirkişi raporunda hesaplanan toplam miktara göre verilen kararın kesinlik sınırının altında kaldığından söz edilemeyeceğinden, davacının temyiz isteminin kesinlik sebebi ile reddine dair karar tesisi hatalı olup, Mahkemece verilen 26.02.2020 tarihli EK KARARIN BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA karar verildi."*, Yarg. 9. HD, 12.01.2021 T., 2020/8465 E., 2021/221 K., www.legalbank.net, s.e.t. 25.04.2021.

b. İş Yargılamasında Kısmî Davaya İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar

- ***Kısmî davada zamanaşımı hangi tarihten itibaren kesilir?***

Öğretide genel olarak kabul edildiği üzere, kısmî davada zamanaşımı dava edilen alacak miktarı bakımından davanın açıldığı anda; dava dışı bırakılan alacak miktarı bakımından ise ancak o miktarın ek dava ya da ıslah aracılığı ile talep edildiği anda kesilir[152].

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararları da bu yöndedir:

"*Kısmi dava ise, alacağın yalnızca bir bölümü için açılan dava olarak tanımlanmaktadır. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukukî ilişkiden doğmuş olması ve alacağın şimdilik belirli bir kesiminin dava edilmesi gerekir. Diğer bir söyleyişle, bir alacak hakkında daha fazla bir miktar için tam dava açma imkânı bulunmasına rağmen alacağın bir kesimi için açılan davaya kısmi dava denir. Kısmi dava açılabilmesi için talep konusunun bölünebilir olması gerekli olup, açılan davanın kısmi dava olduğunun dava dilekçesinde açıkça yazılması gerekmez (Kuru, B.: -İstinaf Sistemine Göre Yazılmış- Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 219). Dava dilekçesindeki açıklamalardan davacının alacağının daha fazla olduğu ve istem bölümünde "fazlaya ilişkin haklarını saklı tutması" ya da "alacağın şimdilik şu kadarını dava ediyorum" demesi, kural olarak yeterlidir (HGK'nın 02.04.2003 tarihli ve 2003/4-260 E., 2003/271 K. sayılı kararı; ayrıca bkz., Pekcanıtez, H./Atalay, M./Özekes, M.: Medeni Usul Hukuku, 12. bası, s. 320; Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku, 22. bası, s. 286).*

21. 1086 sayılı HUMK'da açıkça kısmi dava düzenlenmediği hâlde, söz konusu Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde de kısmi dava açılması mümkün bulunmaktaydı. Çünkü alacak hakkının bir bölümünün dava edilip geriye kalan kısmının ikinci bir dava ile istenmesini engelleyen bir hüküm bulunmamaktaydı. Kısmi dava 6100 sayılı HMK'da ise ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (m. 109). Anılan maddenin birinci fıkrasında; talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmının da dava yoluyla ileri sürülebileceği; ikinci fıkrasında ise talep konusunun miktarı,

152 **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1008; **Tanrıver,** C. I, s. 594.

taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte ikinci fıkra 01.04.2015 tarihli ve 6644 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile yürürlükten kaldırılarak alacağın taraflar arasında tartışmasız ve belirli olup olmadığına bakılmaksızın kısmi dava açılması olanağı sağlanmıştır.

22. Yukarıda da izah edildiği üzere, belirsiz alacak davasında zamanaşımı, davanın açılmasıyla birlikte alacağın tümü için kesilirken, kısmi davada sadece dava edilen alacak yönünden kesilir."[153]

- ***Kısmî davada temerrüt faizi hangi tarihten itibaren işlemeye başlar?***

Öğretideki genel kabule göre borçlu daha önceki bir tarihte temerrüde düşürülmemişse, kısmî dava ile ileri sürülen alacak miktarı bakımından faiz davanın açıldığı andan itibaren; dava dışı bırakılan alacak miktarı bakımından ise ancak o miktarın ek dava ya da ıslah aracılığı ile talep edildiği andan itibaren işleyeceği kabul edilmektedir[154].

Kısmî davada temerrüt faizine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise kısmî davaya konu alacak miktarı bakımından dava dilekçesi ile temerrüt faizinin talep edilmiş olmasına karşılık yargılamanın devamı sırasında ıslahla artırılan alacak miktarı bakımından faiz talep edilmemesi hâlinde mahkemece ne şekilde karar verilmesi gerektiğidir. Öğretide genel olarak kabul edildiği üzere, böyle bir durumda taleple bağlılık ilkesi gereğince ıslahla artırılan alacak miktarı bakımından faize hükmedilememesi gerekir[155]

Oysa Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nca 2019 yılında verilen karar öğretideki görüşlerden farklı bir sonuca varmıştır. İlgili kararda, kısmî davanın söz konusu olduğu hâllerde davacı dava dilekçesi ile faiz talep etmiş daha sonra ıslah dilekçesi ile alacak miktarını artırmış ancak bu alacak miktarı bakımından faiz talep etmemiş dahi olsa ıslahla artırılan miktar bakımından da faiz talep edilmiş olduğunun kabulü sonucuna varılmıştır:

153 Yarg. HGK, 06.02.2020 T., 2016/!410 E., 2020/93 K., www.legalbank.net, s.e.t. 25.04.2021.

154 **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1014; **Tanrıver,** C. I, s. 594.

155 **Umar,** s. 523; **Yılmaz, Ejder,** Medenî Yargılama Hukukunda Islah, 2013, s. 266; **Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1509. Aksi yönde bkz. **Gündüz, Okan,** Islahla Dava Değerinin Artırılması Sonucunda Ortaya Çıkan Bazı Hukukî Meseleler, YBHD, 2017/3, s. 207.

"HMK m. 179'da (HUMK m. 87) ifade edilen, "ıslah, bunu yapan tarafın teşmil edeceği noktadan itibaren, bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılması sonucunu doğurur" hükmü ile anlaşılması gereken mahkeme usul işlemleridir. Bu amaçla verilen bir ıslah dilekçesi dava dilekçesindeki istemi ve ferilerini ortadan kaldırmayacak, sadece istenilen alacak rakamını değiştirecektir. Hâl böyle olunca, ıslahla artırılan tutar yeni bir dava olmadığından, ilk dava dilekçesinde yer alan bütün unsurlar, faiz istemi de dâhil olmak üzere, ıslahla artırılan kısım için de uygulanabilir olmalıdır. Islah dilekçesinde, dava dilekçesindeki iddia ve istemlerin bu arada faiz talebinin tekrarlanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Dava dilekçesindeki faiz istemi, ıslah dilekçesini de kapsar.

Kısmî olarak açılan davadaki faiz isteminin faiz talebi belirtilmeksizin yapılan kısmî ıslah çerçevesinde arttırılan alacak kesimi için de geçerli olduğuna ilişkin kabulün, belirsiz alacak davası ile kısmî dava arasındaki farkı ortadan kaldırdığı da ileri sürülemez. Zira belirsiz alacak davası ile kısmî davanın açılma ve görülme koşulları birbirinden farklı olup belirsiz alacağın belirsiz alacak ve/veya tespit davası ya da kısmî davaya konu edilmesi mümkün ise de, belirli ya da belirlenebilir alacağın belirsiz alacak ve/veya tespit davasına konu edilmesi mümkün değildir.

Bundan başka, kısmî dava dilekçesinde faiz istemi mevcut ise, kısmî ıslah ile arttırılan alacak miktarı için de dava dilekçesindeki faiz istemi geçerliliğini koruduğundan HMK'nın 26'ncı maddesinde hükme bağlanan "Taleple bağlılık ilkesi"nin ve bu ilkenin bağlantılı olduğu, "Tasarruf ", "Teksif" ve "Taraflarca getirilme" ilkelerinin ihlal edilmesi söz konusu olmayacaktır.

Öte yandan temerrüt ve temerrüdün oluşma koşulları hukukî ilişkinin veya alacağın bağlandığı hukukî durumun mahiyetine göre ayrı ayrı belirleneceğinden kısmî ıslahın temerrütle ilişkilendirilmesi de isabetli bir yaklaşım değildir.

Kısmî dava dilekçesindeki faiz isteminin kısmî ıslah ile arttırılan alacak tutarı için de geçerli olduğunun kabulü aynı zamanda Devletimizin imzaladığı Uluslararası Sözleşmeler ve Anayasa ile güvence altına alınan "hak arama özgürlüğü»nün gerçekleşmesine

hizmet edeceği gibi, yine yargılamaya hakim olan ilkelerden olan aynı zamanda "adil yargılanma hakkı" kapsamındaki "usul ekonomisi" ilkesine de uygun düşecektir.

V. SONUÇ: 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 hükmedileceğine 24.05.2019 tarihinde yapılan üçüncü görüşmede üçte ikiyi aşan çoğunlukla karar verildi."[156]

- ***Manevî tazminat talepleri kısmî davaya konu olabilir mi?***

Yukarıda açıklandığı gibi kısmî davanın açılabilmesinin öncelikli şartı uyuşmazlık konusu alacağın bölünebilir olmasıdır. Manevî tazminat alacaklarına ilişkin olarak kısmî dava açılıp açılamayacağına ilişkin sorunun da alacağın bölünebilir olup olmadığına ilişkin tartışmadan hareketle cevaplandırılması gerekir. Bu çerçevede öğretide dile getirilen bir görüşe göre, manevî tazminat alacakları da esasen para alacağı olduğundan bölünebilir niteliktedir ve kısmî davaya konu edilebilir[157]. Öğretide savunulan diğer görüş ise her ne kadar para alacağına yönelik de olsa manevî tazminatın kişinin duyduğu elem ve üzüntünün karşılığı olduğu ve duyulan acı ve üzüntünün bölünemez olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönündedir[158]. Bu nedenle manevî tazminat alacakları kısmî dava olarak açılamaz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da manevî tazminat alacaklarının bölünebilir olmadığını ve bu nedenle kısmî davaya konu edilemeyeceğini kabul etmektedir:

"*Zarar gören, uğradığı haksız eylemden kaynaklanan maddi tazminatın miktarını tayin ve talep edebilir. Hatta zarar gören, maddi zararını kısmi dava olarak bir defada değil, zamanaşımı süresi içinde birden fazla talepler hâlinde isteyebilir. Oysa manevi zarar, haksız eylem sonucunda uğranılan kişilik değerlerindeki azalmanın karşılığı olduğu ve zarar gören tarafından da takdir ve tayin edilebilir bulunduğu için birden fazla bölümler hâlinde istenemez. Bu tazminat*

156 YİBBGK, 24.05.2019 T., 2017/8 E., 2019/3 K., RG, 27.09.2019, S. 30901.

157 **Nomer,** Halûk Nami, Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Açmak Mümkün müdür?, İÜHFM, 2002/1-2, s. 225 vd.

158 **Tanrıver,** C. I, s. 595-596.

bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığı olduğu için haksız eylemin meydana geldiği anda gerçekleşir. Acı ve elemin bölünerek bir kısmının açılacak kısmi dava ile kalanının açılacak başka bir davada talep edilmesi, manevi tazminatın özüne ve işlevine aykırı düşer.

Ödemenin uzaması, para değerindeki düşüşler, enflasyon nedeniyle alım gücünün azalması gibi nedenlerle hükmedilecek miktarın faizi ile birlikte tahsili zararı karşılamaktan uzak olması, manevi tazminatın bölünerek istenmesini haklı göstermez.

İstemin değiştirilmesi ve artırılması için istekte bulunanın, daha önceki isteminin dışında ve ondan daha fazla alacağının bulunması gerekir. Manevi zararda ise, zarar gören daha önce belirttiği istemi ile zararını açıkladığı ve belirttiği, artık geriye bir alacağı kalmadığı için gerek ayrı bir dava ve gerekse ıslah yoluyla bir istemde bulunamaz. Zira, manevi tazminat bir bütündür. Duyulan acı ve üzüntünün karşılığı dava yolu ile belirlenip, karşı tarafa bildirildikten sonra arttırılması veya yeni bir dava açılarak istenmesi mümkün değildir.

Öğretide ve kararlılık gösteren yargısal kararlarda manevi tazminat davasının kısmi dava olarak açılamayacağı, ıslah yolu ile de istemin arttırılamayacağı benimsenmektedir.

Nitekim; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.11.2001 gün ve 2001/21-993 E., 2001/1019 K. sayılı, 01.03.2006 gün ve 2006/2-14 E., 2006/26 K. sayılı, 25.11.2009 gün ve 2009/21-484 E., 2009/572 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler vurgulanmıştır."[159]

7. Davaların Yığılması[160]

Davacının, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla aslî talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi hâlinde davaların yığılmasından (objektif dava birleşmesi, kümülatif dava birleşmesi) söz edilir.

Kanun, davaların yığılması şeklinde birden fazla talebin birlikte ileri sürülebilmesi için iki koşul düzenlemiştir. Bunlardan birincisi, bütün taleplerin aynı yargı çeşidine dahil olması; ikincisi ise bütün talepler açısından ortak yetkili bir mahkemenin bulunmasıdır (HMK m. 110, c. 2). Hiç şüphesiz,

159 Yarg. HGK, 09.05.2018 T., 2017/1818 E., 2018/1025 K., www.legalbank.net, s.e.t. 24.04.2021.

160 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Bulut, Uğur,** Davaların Yığılması, Ankara 2017.

davaların yığılmasından söz edilebilmesi için, her iki talep açısından tarafların da aynı olması gerekir.

Davaların yığılmasının caiz kabul edilebilmesi için talepler arasında "*bağlantı*" bulunması aranmamıştır. Dolayısıyla, aynı yargılama usûlüne tâbi ve ortak yetkili ve görevli mahkemenin bulunduğu birden fazla talep, farklı hukukî ilişkilerden kaynaklansa dahi, aynı dava dilekçesi ile birlikte ileri sürülebilir. Ancak davaların birlikte görülmesi usûl ekonomisine aykırı sonuçlar doğurmakta ise, mahkemece davaların ayrılmasına karar verilebilmelidir.

İş yargılamasında, özellikle işçilik alacaklarına yönelik açılan davaların çoğunlukla dava yığılması şeklinde tek bir dilekçe ile mahkemeye yöneltildiği (örneğin, fazla çalışma ücreti, kıdem tazminatı, UBGT alacağı gibi) görülmektedir. Taleplerin dava yığılması şeklinde ileri sürülmesinin ortaya çıkardığı münferit sorunlar, ilgili kısımlarda incelendiği için, burada işaret edilmekle yetinilmektedir.

8. Terditli Dava

Davacının, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslîlik-fer'îlik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi hâlinde terditli (kademeli) davadan söz edilir. İkinci talep açısından, dava içerisinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir duruma (şarta) bağlı olarak (mahkemenin ilk talebin reddi gerektiği kanaatine varması) dava açılmaktadır. Mahkemece ikinci talebin dikkate alınmasının koşulu, ilk talebin reddedilmesidir. Terditli davada mahkeme, davacının aslî talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'î talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz (HMK m. 111). Ancak terditli davanın söz konusu olduğu hâllerde, fer'î talep açısından da dava, davanın açıldığı anda derdesttir.

Birden fazla talebin, aralarında terdit ilişkisi kurularak (şarta bağlı şekilde) ileri sürülebilmesi için kanun, bu talepler arasında hukukî veya ekonomik bir bağlantının bulunması koşulunu aramıştır (HMK m. 111, c. 2). Buradaki bağlantı koşulunun şu şekilde anlaşılması gerekir: Fer'î talep, asıl talep ile ya aynı hukukî ilişkiden kaynaklanmalı veya hukukî yahut ekonomik olarak aynı veya benzer bir amaca yönelik olmalıdır.

Kanunda açıkça öngörülmemiş olsa da terditli davada da talepler açısından ortak görevli ve yetkili mahkeme bulunmalı ve talepler aynı yargılama usûlüne tâbi olmalıdır[161].

9. Seçimlik Dava

Seçimlik dava, esasen maddî hukukta düzenlenen seçimlik borcun usûl hukukuna yansımasıdır. Ancak, maddî hukuk açısından seçimlik borcun söz konusu olduğu her durum, seçimlik davaya vücut vermez. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 112'nci maddesine göre, yalnızca seçim hakkı borçluda veya üçüncü bir kişide ise seçimlik dava açılabilir. Buna karşılık, seçimlik borç mevcut olmakla birlikte, seçimlik taleplerden birini borcun konusu kılarak ifa edilecek olan borcu belirleme yetkisi alacaklıya verilmişse, bu durumda alacaklının söz konusu yetkisini kullanarak borcun konusunu kendisinin tespit etmesi gerekir.

Dava sırasında, borçlu veya üçüncü kişi seçim hakkını kullanırsa, artık yargılama ilgili talep açısından devam eder. Buna karşılık, talebin hukuka uygun olmasına rağmen seçim hakkı dava boyunca kullanılmayacak olursa, mahkeme, seçimlik mahkûmiyet hükmü verir.

Seçimlik hükme dayanılarak icra takibi yapılması gereken durumda ise, artık hüküm konusu edimlerden birisi esas alınarak icra takibi başlatılması gerekir. Diğer bir ifadeyle, seçimlik edimleri ihtiva eden hükme dayanarak seçimlik icra takibi başlatılamaz. Bilâkis, seçim hakkının borçluda bulunmasına rağmen, alacaklının seçimine göre, seçimlik edimlerden birisi tercih edilerek takip prosedürü başlatılacaktır. Bununla seçim hakkı alacaklıya geçmiş olmamaktadır. Bilâkis burada amaç, takibin konusuna göre cebrî icra prosedüründe değişiklikler olacağından, takip için gerekli olan belirliliği sağlamaktır. Buna göre, seçimlik mahkûmiyet hükmünü cebrî icraya koyan alacaklı, takibinin konusunu, mahkûmiyet hükmünde yer alan edimlerden birisine hasreder (HMK m. 112/3, c. 1). Ancak, bu durum, borçlunun, diğer edimi ifa etmek suretiyle borcundan kurtulma hakkını ortadan kaldırmaz (HMK m. 112/3, c. 2).

161 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 348.

10. Topluluk Davası

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113'üncü maddesi ile birlikte, topluluk davası ve şartları medenî yargı açısından genel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir (HMK m. 113).

Şu hâlde, topluluk davası açılabilmesi için, öncelikle dava açacak yapının bir tüzel kişi olması gerekir. Tüzel kişiliği olmayan toplulukların, mensupları adına bu tür bir dava açabilmesi mümkün değildir. İkincisi, tüzel kişiler bu davaları ancak statüleri (kurucu belgeleri) çerçevesinde ve orada gösterilen amaç bağlamında açabilir. Başka bir anlatımla, hukukî himaye talebinin, tüzel kişinin temsil ettiği kesimin menfaatlerinin korunmasına yönelik olması gerekir. Örneğin, amacı uçamayan kuşlara yardım olan bir derneğin, tüketicileri korumak için dava açabilmesi mümkün değildir. Üçüncüsü, tüzel kişi temsil ettiği kimselerin menfaatlerinin korunması sadedinde, yalnızca onların haklarının tespitini, hukuka aykırı durumun giderilmesini veya gelecekteki hak ihlâllerinin önüne geçilmesini isteyebilir. Buna karşılık, temsil ettikleri kesimin menfaatleri sebebiyle ve onlar adına doğrudan bir hak talebinde (örneğin, tazminat talebi) bulunamazlar.

VI. ISLAH

1. Genel Olarak

Islah, iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamına giren ve karşı tarafın açıkça muvafakat etmediği için yargılamaya dahil edilemeyen hususların ileri sürülmesini sağlayan bir usûl hukuku kurumudur[162]. Islahın geçerli olarak yapılması durumunda dava artık ıslah ölçüsünde değiştirilmiş olur. Bundan sonra, davaya, yeni yahut değiştirilmiş ve arttırılmış iddia ve savunmalar veyahut bunların dayanağını teşkil eden vakıalar dikkate alınarak devam olunur. Dolayısıyla, değiştirilmeden önceki talep ve vakıalarla ilgili olarak yapılmış bütün usûl işlemleri artık yapılmamış sayılır. Islahın, maddî hukuk işlemleri üzerinde ise herhangi bir etkisi yoktur.

162 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 414-415.

İddia ve savunmanın yargılamanın ancak belirli bir kesitine kadar değiştirilip genişletilebilmesi, davaların gereksiz yere uzamasının önlenmesi ve yargılamaların bir yerde nihayete erdirilebilmesini sağlamaya hizmet eder. Ancak bu, aynı zamanda tarafların hukukî dinlenilme hakkının da sınırlanması anlamını taşımaktadır. Hiç şüphesiz hukukî dinlenilme hakkının da sınırlanabilmesi mümkündür. Ancak bu sınırlamanın *meşrû bir amacı* olmalı, *uygun bir araç* seçilmeli ve *amaç ile araç orantılı* olmalıdır. İşte ıslah kurumu, hukukî dinlenilme hakkına getirilen sınırlamanın ölçülü olmasını sağlanmakta ve taraflara yargılamanın devamı sırasında bir defaya mahsus olmak üzere iddia ve savunmalarını değiştirip genişletebilme imkânı tanımaktadır[163].

Davada, taraflardan her birinin bütün dava süresince sadece bir defa başvurabilecekleri bir imkândır (HMK m. 176) ve ancak tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir (HMK m. 177/1).

Islah, buna yönelik talebin mahkemeye bildirilmesiyle olur. Bu bildirimin duruşma esnasında sözlü veya yazılı olarak, duruşma dışı zamanlarda ise yazılı olarak yapılması mümkündür. Karşı taraf duruşmada hazır değilse veya ıslah talebi duruşma dışında yapılıyorsa, bu yazılı talep veya tutanak örneği, haber vermek amacıyla karşı tarafa bildirilir (HMK m. 177, III):

> "*Dosya içeriğine göre, davacı davasını 06.10.2015 tarihinde harcını yatırarak ıslah etmiştir. Islah dilekçesi davalıya 26.10.2015 tarihinde tebliğ edilmiş olup, Mahkemece 20.10.2015 tarihli duruşmada dosya hakkında karar verilmiştir.* ***Islah dilekçesine karşı beyanda bulunmak için tebliğden itibaren iki hafta süre bulunmaktadır.*** *Ne var ki; ıslah dilekçesi davalıya karardan sonra tebliğ edilmiştir. Mahkemece, ıslah dilekçesinin tebliğ sonucu beklenmeden karar verilmesi hatalı olmuştur.* ***Davalının ıslah dilekçesine karşı beyanları alınarak sonuca gidilmesi gerekirken yukarıda izah edilen hukukî dinlenilme ve savunma hakkı kısıtlanarak karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup*** *bozmayı gerektirmiştir*."[164]

163 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 415.

164 Yarg. 22. HD, 24.12.2019 T., 2017/26209 E., 2019/24302 K., www.legalbank.net, s.e.t. 09.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

Islahın davanın tamamen ıslahı ve kısmen ıslahı şeklinde iki türü bulunmaktadır. Davacının iddiasını (talep sonucunu) veya bunu dayandırdığı vakıaların tamamını değiştirdiği hâllerde davanın tamamen ıslahı, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi yahut genişletilmesi kapsamına giren diğer bütün hâllerde ise davanın kısmen ıslahı söz konusu olur[165]. Davanın tamamen ıslahını sadece davacı taraf, kısmen ıslahını ise hem davacı hem de davalı taraf yapabilir.

Davasını tamamen ıslah ettiğini bildiren davacı, bu bildirimden itibaren bir hafta içinde, yeni bir dava dilekçesi vermek zorundadır. Her ne kadar kanun koyucu "dava dilekçesi" kavramını kullansa da burada maksat, tamamen ıslahın ancak yazılı olarak ve davacı tarafından yapılabileceğidir. Yoksa tamamen ıslah ile yeni bir dava açılmamaktadır. Dolayısıyla, dava dilekçesine ilişkin 119'uncu maddenin bütün unsurlarının burada yer alması gerekmez. Şayet bu süre içerisinde ıslaha konu işlem için gerekli dilekçe verilmezse, ıslah hakkı kullanılmış sayılır ve ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edilir (HMK m. 180).

Kısmen ıslaha başvuran tarafa, ıslah ettiği usûl işlemini yapması için bir haftalık süre verilir. Bu süre içinde ıslah edilen işlem yapılmazsa, ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edilir (HMK m. 181).

Islahın geçerli bir şekilde sonuç doğurabilmesi için ayrıca teminat yatırılması ve ıslah sebebiyle ortaya çıkan (örneğin müddeabihin artırılması sebebiyle) harcın ödenmesi gerekir. Hâkimin takdir edeceği teminatın, bir hafta içinde, mahkeme veznesine yatırılması gerekir. Aksi hâlde, ıslah yapılmamış sayılır (HMK m. 178/1).

Islahın, davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kötüniyetli düşüncelerle yapıldığı deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ıslahı dikkate almadan karar verir. Ayrıca hâkim, kötüniyetle ıslaha başvuranı, karşı tarafın bu yüzden uğradığı bütün zararlarını ödemeye ve beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm eder (HMK m. 182).

165 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 417.

2. İş Yargılamasında Islaha İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar

- **Islahla arttırılan miktar bakımından harcın yatırılmamasının sonucu nedir?**

Islahın geçerli bir şekilde sonuç doğurabilmesi, teminat yatırılması ve ıslah sebebiyle ortaya çıkan harcın ödenmesine bağlıdır. Özellikle nispî karar ve ilâm harcına tâbi davalarda ıslah ile dava değerinin artırılmış olması hâlinde arttırılan miktar için harcın yatırılmış olması önem arz eder. 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 32'nci maddesi gereğince yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlere devam edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2013 yılında verdiği kararda

> "*Harçlar Kanunu'nun 32.maddesi hükmünce, yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılamayacağından, dolayısıyla ıslah edilen miktar yönünden bakiye nispi karar ve ilam harcı ödenmeksizin sonraki işlemlerin yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce, harçtan muaf olan Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı aleyhine açılan dava nisbi harca tabi bir dava olsa dahi, başlangıçta maktu harç alınıp yargılamaya devam edilebilmesi gerektiği, sonuçta davalıdan harç alınma imkanı olmadığından nispi harcın da peşin yatırılmasına gerek olmadığı, aksine bir yaklaşımın hak arama özgürlüğünü kısıtlanması anlamına geleceği ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunlunca kabul edilmemiş ve* ***tamamlama harcı yatırılmadan mahkemece ıslah beyanına değer verilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasının*** *usul ve yasaya aykırı olduğu, kabul edilmiştir.*"[166]

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda, ıslah harcının yatırılmaması hâlinde ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam olunması gerektiği vurgulanmıştır:

> "*Somut olayda dosya içeriğine göre, davacı vekili 28.05.2015 tarihli dilekçe ile dava değerini ıslah ile artırmak istediğini bildirmiştir. Mahkemece, 09.06.2015 tarihli duruşmada, ıslah harcını yatırması için davacı vekiline bir haftalık kesin süre verilmiş ve*

166 Yarg. HGK, 04.12.2013 T., 2013/445 E., 2013/1625 K., www.legalbank.net, s.e.t. 09.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

ıslah harcı yatırılmadığından 6100 sayılı Kanun'un 115/2. maddesi gereğince dava şartı yokluğu sebebi ile davanın usulden reddine karar verilmiştir. Ancak dava şartları 6100 sayılı Kanun'un 114. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. ***Davanın ıslahı dava şartı olmayıp, ıslah harcının yatırılmaması sebebi ile anılan Kanun'un 181. madde gereğince ıslah hiç yapılmamış kabul edilerek yargılamaya devam edilmesi gerekirken*** *yazılı gerekçe ile davanın usulden reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*"[167].

22'nci Hukuk Dairesi'nin sonraki tarihli kararı ise şu yöndedir:

"*Davacı tarafça ıslah dilekçesi sunulmasına rağmen ıslah harcının yatırılmadığı anlaşılmaktadır. Islah harcının yatırılmaması hâlinde 492 sayılı Harçlar Kanununun 30 uncu maddesi gereğince işlem yapılması ve ıslah harcını yatırması için davacı tarafa kesin süre verilmesi gerekirken mahkemece bu hususun gözardı edilerek hüküm kurulması hatalıdır.*"[168]

Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi ise bu hususta verdiği bir kararda ıslah harcının yatırılmaması hâlinde yapılan ıslahın geçersiz olduğunu ve dikkate alınmayacağını kabul etmiştir. Söz konusu kararda bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına yönelik içtihadı birleştirme kararından hareketle kişinin ıslah talebinin sonraki tahkikat aşamasında dahi dikkate alınamayacağına hükmedilmiştir:

"*Talep arttırımına ilişkin ıslah harca tabi olup, harcı yatırılmayan ıslah hukuken geçerli bir ıslah değildir. Bu nedenle mahkemece* ***harcı yatırılmayan ıslaha değer verilmesi hatalıdır***. ***Bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına ilişkin Y.İ.B.K. dikkate alındığında bu aşamadan sonra yatırılacak ıslah harcınında, bozmadan sonra ıslah yapılamayacağından, tamamlatılması yoluna gidilemeyecektir***. *Yapılması gereken sadece dava dilekçesindeki miktarlara itibar edilerek karar vermektir.*"[169]

167 Yarg. 22. HD, 05.10.2015 T., 2015/27345 E., 2015/26514 K., www.legalbank.net, s.e.t. 09.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

168 Yarg. 22. HD, 05.03.2018 T., 2018/2683 E., 2018/5658 K., www.legalbank.net, s.e.t. 09.04.2021.

169 Yarg. 9.HD, 20.02.2019 T., 2019/958 E., 2019/4225 K., www.legalbank.net, s.e.t. 07.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir). Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 20.05.2019 T., 2017/10866 E., 2019/11472 K., www.legalbank.net, s.e.t. 09.04.2021.

Yine davalının harçtan muaf olduğu bir yargılamada işçilik alacakları için kısmî dava açılmasını ve ıslah ile talep sonucunun arttırılmasını konu alan bir yargılamada Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi;

> "*Somut olayda davacı, harçtan muaf olan davalı Bakanlığa karşı açtığı kısmî davada, işçilik alacaklarının ödetilmesini istemiştir. Mahkemece, ıslah doğrultusunda davanın kabulüne karar verilmiştir. Dairemizce, "temyiz incelemesi sırasında dosya içerisinde sadece başvurma harcının bulunup peşin harç ve ıslah harcına dair makbuza rastlanmadığı, kayıtların kontrol edilerek durumun netleştirilmesi" için dosya mahkemesine geri çevrilmiştir. Mahkemece, davacıya süre verilip peşin harç ve ıslah harcı tamamlattırılarak dosya Dairemize tekrar gönderilmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi,* ***peşin harcın sonradan tamamlanması mümkün ise de, ıslah tahkikat bitinceye kadar yapılması gereken bir işlem olmakla hüküm verildikten sonra yatırılan ıslah harcı, yok hükmündeki ıslahı geçerli hâle getiremez. Nitekim Dairemizin 03.02.2014 tarih, 15307/2703 E.K. sayılı ve 13.05.2015 tarih, 11641/17641 E.K. sayılı ilamlarında da aynı sonuca varılmıştır. Davalının harçtan muaf olmasının da sonuca etkisi yoktur. Zira davalının harçtan muafiyeti hususu, hüküm aşamasında ve davanın kabul edilmesi durumunda değerlendirilecek bir konudur. Mahkemece; tamamlama harcı yatırılmayan ve dolayısıyla yok hükmünde olan ıslah beyanına değer verilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, kabule göre de harçtan muaf olan davalı Bakanlığın yargılama giderlerine harç katılmak suretiyle harçtan sorumlu tutulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir***."

şeklinde karar vererek ıslahın geçersiz olduğu sonucuna varmıştır[170].

170 Yarg. 9. HD, 28.09.2015 T., 2015/23690 E., 2015/26336 K., www.legalbank.net, s.e.t. 07.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir). Kararın karşı oy gerekçesi ise şu şekildedir: *"Davacı, harçtan muaf olan davalı bakanlığa karşı işçilik alacaklarının tahsili için kısmi dava açmış ve alacaklar belirlendikten sonra ıslah sureti ile arttırmış, mahkemece ıslah dilekçesindeki artırılmış miktarlar dikkate alınarak hüküm kurulmuştur. Kararın davalı vekili tarafından temyizi üzerine, ıslah işleminde harç yatırıldığına dair makbuzun gönderilmesi için dosya geri çevrilmiş, mahkemece geri çevrilmeden sonra davacı vekiline harcı yatırması için muhtıra çıkarılmış, harç yatırılmış ve dosya temyiz incelemesi için tekrar gönderilmiştir. Çoğunluk görüşü ile "peşin harcın sonradan tamamlanması mümkün ise de, ıslah tahkikat bitinceye kadar yapılması gereken bir işlem olmakla hüküm verildikten sonra yatırılan ıslah harcın, yok hükmündeki ıslahı geçerli hâle getiremeyeceği, nitekim Dairemizin 03.02.2014 tarih, 15307/2703 E.K. sayılı ve 13.05.2015 tarih, 11641/17641 E.K. sayılı ilamlarında da aynı sonuca varıldığı, davalının harçtan muaf olmasının da sonuca etkisinin olmadığı, sira davalının harçtan muafiyeti hususunun, hüküm aşamasında ve davanın kabul edilmesi durumunda değerlendirilecek bir konu olduğu, mahkemece; tamamlama harcı yatırılmayan ve dolayısıyla yok hükmünde olan ıslah beyanına değer verilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasının,*

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi'nin kapanması üzerine Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi tarafından içtihat farklılıklarının giderilmesi amacıyla 2020 yılı Eylül ayında yapılan toplantıda alınan ilke kararı ile,

"*Islah müessesesi bir dava değildir. Açılmış olan bir davaya ilişkin usul işlemlerinin tamamen veya kısmen düzeltilmesine imkân veren bir yoldur. Bu nedenle ıslahta başvurma harcının alınması gerekmez. Islahla talep konusu miktarın artırılması hâlinde nispi harç yatırılmalıdır**. Yatırılmayan ya da eksik ödenmiş olan nispi harcın 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 30.maddesi uyarınca sonradan tamamlattırılması mümkündür***."

denilerek harcın hiç yatırılmadığı ya da eksik yatırıldığı durumlarda ıslahın geçerli olabilmesi için bu eksikliğin verilecek kesin sürede giderilmesi

kabule göre de harçtan muaf olan davalı Bakanlığın yargılama giderlerine harç katılmak suretiyle harçtan sorumlu tutulmasının usul ve yasaya aykırı olduğu "gerekçesi ile karar bozulmuştur. 6100 sayılı HMK.'un 30. Maddesine göre "Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür". Bu ilke usul ekonomisi olarak adlandırılmaktadır. Usul ekonomisi, her davada uygulanma kabiliyeti bulunan önemli bir ilkedir ve emredici niteliktedir. usul ekonomisi ilkesi, basitlik, çabukluk ve ucuzluk olmak üzere üç alt unsurdan oluşur. Yargılamanın etkinliğine hizmet eden usul ekonomisinde, hâkimin yasanın öngördüğü düzen (intizam) çerçevesinde yargılamayı kolaylaştırarak, gereksiz zaman kaybına ve gereksiz masrafa sebebiyet vermeksizin âdil karara varması sağlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, iş yargılaması ilkelerinden biri ucuzluk ilkesidir. 30.01.1950 tarihinde kabul edilen 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunun 11. Maddesi "İş mahkemelerinde açılan davalar tebligat ücretinden, her türlü resim ve harçtan muaftır" hükmünü içermekteydi. Çalışanlar lehine olan bu düzenleme ne yazık ki sonraki yıllarda kanun metninden çıkarılmış, bu alanda dava hakkının kullanılabilmesi harç yatırma koşuluna bağlanmıştır. Ancak 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda aynı paralelde ki düzenleme halen yürürlüktedir. Kanunu'nun 33. Maddesin göre "İş mahkemeleri tarafından işçiler lehine hükme bağlanmış olan hak ve alacakların takibinde işçilerden hiç bir harç alınmadan gerekli işlem yapılır. Bu harçlar işçi haklı çıktığı takdirde takip sonunda hesap edilerek ayrıca bir hükme hacet kalmadan borçludan tahsil olunur". Yine aynı kanunun 15. Maddesine göre "Yargı harçları (1) sayılı tarifede yazılı işlemlerden değer ölçüsüne göre nispi esas üzerinden, işlemin nev'i ve mahiyetine göre maktü esas üzerinden alınır". Davalısı harçtan muaf olan davalarda, davacının davada haklı bulunması hâlinde davalıdan harç tahsil edilemeyeceğinden davacının yatırdığı peşin harç kendisine iade edilecek; davayı kaybetmesi hâlinde ise alınacak harç en fazla maktu harç miktarı kadar olacaktır. Hal böyle olunca dava niteliği gereği nispi harca tabi olsa dahi bu özel durum gereği kararın verilmesi ile doğacak ve alınabilecek olan harç miktarı ancak maktu harç miktarı kadar olabileceği için başta alınacak harç miktarı da maktu harç olmalıdır. Sonuçta, davalısı harçtan muaf olan davalarda hükmedilebilecek nispi karar ve ilam harcı bulunmadığından, peşin karar ve ilam harcının alınmasına da yasal olanak bulunmamaktadır. Böyle bir durumda maktu harç dışında nisbi harç alınması, sonra karar ile ilgilisine iade kararı şeklinde hüküm kurulması, usul ekonomisi ve ucuzluk ilkesi ile Harçlar Kanunu'nun 15. Maddesine aykırı olacaktır. Zira bu davada davalının harçtan muaf olması işlemin nevi ve mahiyeti gereği sadece maktu harç alınmasını gerektirir(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 03.11.2010 tarih, Esas: 2010/10-550, Karar: 2010/561 sayılı kararı). Açılan bu dava kural olarak nispi harca tabi olmakla birlikte davalısı harçtan muaf olduğundan dava sonunda davanın reddi hâlinde dahi alınması gereken harç maktu olup; alınabilecek nispi karar ve ilam harcı bulunmamakta; bu nedenle peşin harcın da 1/4 nispi harç değil sonuçta hükmedilebilecek olan maktu harç olması gerekmektedir. Bu nedenle peşin alınabilecek olan en fazla harç, maktu harç miktarıdır. Bu nedenle bozma gerekçesine katılmadığım gibi geri çevrilme sonrası iadesi gereken harç alınmış ve usul işlemi temyiz aşamasında tamamlanmıştır. Bozma bu yönü ile de usul ekonomisine uygun değildir. Sadece maktu harç yargılama gideri içinde gösterilip davalıdan gider olarak alınması yönü ile kararın düzeltilerek onanması gerekirdi."

gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu durumda ıslah ile talep sonucunun arttırılması hâlinde arttırılan miktar bakımından harcın yatırılmaması ya da eksik yatırılması hâlinde ilk derece mahkemesi ıslah hiç yapılmamış gibi yargılamaya devam edemez, kesin süre vererek bu eksikliğin giderilmesini sağlamalı, bu süre içinde harç ödenmezse o hâlde ıslah hiç yapılmamış gibi yargılamaya devam etmelidir.

DİKKAT: Islah ile talep sonucunun arttırılması hâlinde arttırılan miktar bakımından harcın yatırılmaması ya da eksik yatırılması hâlinde ilk derece mahkemesi ıslah hiç yapılmamış gibi yargılamaya devam edemez, kesin süre vererek bu eksikliğin giderilmesini sağlamalı, bu süre içinde harç ödenmezse o hâlde ıslah hiç yapılmamış gibi yargılamaya devam etmelidir.

- **Islah yapılabilmesi için süre istenmesi mümkün müdür?**

Islah, davada, taraflardan her birinin bütün dava süresince sadece bir defa başvurabilecekleri bir imkândır (HMK m. 176) ve ancak tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir (HMK m. 177, I). Tarafların yeni iddia ve savunmaları, ancak tahkikat aşamasında mahkemece incelenebilecektir. Bu aşamadan sonra mahkeme, yalnızca tarafların tahkikat sonucuna göre hukukî değerlendirmelerini alarak hüküm verecektir. Hiç şüphesiz, ıslah kurumuna başvurulabilecek ilk an ise, yasağın başladığı andır. Yasağın başlangıcından önce ıslah yoluna gidilmesinde hukukî yarar yoktur.

Ancak 22'nci Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda mahkemece ıslah için bir haftalık süre verilmesi, ilgili tarafça verilen süre geçtikten sonra ve fakat tahkikat tamamlanmadan ıslah yapılması hâlinde süre geçtikten sonra yapılan ıslahın dikkate alınmaması gerektiği yönünde karar vermiştir. İlgili karar şu şekildedir:

> *"6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 181. maddesinde "Kısmen ıslaha başvuran tarafa, ıslah ettiği usul işlemini yapması için bir haftalık süre verilir. Bu süre içinde ıslah edilen işlem yapılmazsa, ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edilir." hükmü bulunmaktadır. Somut olayda, davacı vekili, duruşmanın 10/12/2015 tarihli celsesinde,* ***ıslah işlemi için süre verilmesini talep etmiş,*** *Mahkemece de, aynı celse davacıya ıslah için süre verilmiştir. Davacı*

vekili, 28/12/2015 tarihli ıslah dilekçesini sunarak, talep ettiği alacak değerlerini yükseltmiştir. Bahse konu ıslah işleminin kanunun tanıdığı bir haftalık süre içerisinde yapılmadığı sabit olup, ıslah geçersizdir. Mahkemece, ıslahın hiç yapılmamış sayılarak dava dilekçesindeki talep miktarlarıyla bağlı kalınması gerekirken, süresi geçtikten sonra sunulan ıslah dilekçesine geçerlilik tanınması hatalı olmuştur."[171]

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi ise 2015 yılında aksi yönde bir karar vermiştir:

"*Somut uyuşmazlıkta; davacı kök rapordan sonra raporu incelemek ve gerekirse ıslah yapmak için süre istemiştir. Mahkemece aynı celse de kurulan ara karar ile davacıya ıslah dilekçesini sunmak için 1 haftalık kesin süre verilmiştir. Daha sonraki celselerde ise davacı ıslah dilekçesini sunmuş ancak mahkemece süresinde sunulmadığı gerekçesi ile davacıya ıslah harcını yatırması için süre verilmemiştir. Islah HMK'nun 177. maddesi gereğince tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. Devam eden 181. maddedeki bir haftalık süre, ıslaha başvurulması hâlinde ıslah ettiği usul işlemini yapması için verilir. Kısaca bu süre ıslah yapıldığı takdirde, verilen süredir.* ***Davacı taraf ise henüz ıslaha başvurmamış, başvurmak için süre istemiştir.*** *Davacı vekili daha sonra tahkikat bitmeden ıslah dilekçesi verdiğine göre, süresinde yapılan ıslah nedeniyle harcını yatırması için süre verilmesi ve harç yatırıldığı takdirde ıslah dilekçesi de dikkate alınarak karar verilmesi gerekirken, ıslah talebinin reddi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.*"[172]

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 181'inci maddesi ile öngörülen süre davanın kısmen ıslahından sonra düzeltilecek ya da değiştirilecek usûl işleminin yapılabilmesi için öngörülen süredir. Dolayısıyla henüz tarafın ıslah talebinde bulunmadığı, ıslah hakkını kullanabilmek için mahkemeden süre talep ettiği bir durumda mahkemece tarafa ıslah için süre verildiğinden bahisle ıslahı bu süre içinde talep etmesi beklenemez. Ancak davayı uzatmaya yönelik taleplerde hâkim tarafından ıslah hakkının kullanılması için belli bir süre veya kesin süre verilebilir.

171 Yarg. 22.HD, 22.10.2019 T., 2016/20887 E., 2019/19669 K. Aynı yönde bkz. Yarg. 22.HD, 06.07.2017 T., 2015/16593 E., 2017/16240 K., www.legalbank.net, s.e.t. 09.04.2021.

172 Yarg. 9. HD, 01.07.2015 T., 2014/8010 E., 2015/23789 K., www.legalbank.net, s.e.t. 09.04.2021.

2020 yılı Eylül ayında yapılan toplantı sonucunda alınan ilke kararında da,

"*Islah hakkını kullanmak için mahkemeden süre talebinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 181. maddesinin uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Zira aynı Kanun'un 177. maddesine göre ıslah tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilecektir. Ancak davayı uzatmaya yönelik taleplerde hâkim tarafından ıslah hakkının kullanılması için belli bir süre veya kesin süre verilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 181. maddesinde öngörülen kesin süre, duruşmada tutanağa geçirilmek suretiyle yapılan ıslah işleminin tamamlanması (harç vs) için verilmesi gereken bir süredir.* ***Bunun dışında ıslah işleminin yapmak için süre talep edildiği hâller, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 181. maddesinde öngörülen kanuni kesin süreye tabi değildir***."

denilerek kanuna uygun bir sonuca varılmıştır.

Bölge adliye mahkemesi önünde gerçekleştirilen istinaf incelemesi sırasında, esasen tahkikat sınırlı da olsa tekrar başlayacaktır. Ancak kanun koyucu, kabul ettiği sınırlı istinaf sistemi sebebiyle, bu aşamada ıslaha izin vermemiştir (HMK m. 357).

Yargıtay aşamasında ise, temyiz incelemesinin niteliği gereği ıslah mümkün değildir. Yargıtay tarafından verilen bozma kararından sonra, dosyanın tekrar ilk derece mahkemesinin önüne gelmesi üzerine başlayan tahkikat sırasında, ıslaha gidilip gidilemeyeceği meselesi ise uzunca bir süre tartışılmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 04.02.1948 tarihli kararında, ıslahın tahkikatın sonuna kadar yapılabileceği, Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasının ardından ıslahın mümkün olmadığı kabul edilmiştir[173]. Sonraki tarihli bir içtihadı birleştirme kararının gerekçe kısmında ise "*Bir mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uymasıyla dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiş demektir*"[174] ifadeleriyle, bozmadan sonra ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamanın da tahkikat aşamasına dahil olduğu kabul edilmiştir. Bu kararların birbiri ile çeliştiği ve özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ıslahın tahkikatın bitmesine kadar

173 Bkz. YİBHGK, 004.02.1948 T., 1944/10 E., 1948/3 K., www.lexpera.com, s.e.t. 20.06.2019.
174 YİBBGK, 04.02.1959 T., 1957/13 E., 1959/5 K., RG, 28.04.1959 T., S. 10193.

yapılabileceği düzenlendiğinden (HMK m. 177) 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararının artık uygulama alanı kalmadığı ileri sürülmüştür[175]; Yargıtay'ın daireleri arasında ortaya çıkan farklı yöndeki kararlar nedeni ile içtihatların birleştirilmesi talep edilmiş ve 2016 yılında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararından ayrılmayı gerektiren herhangi bir durum olmadığı yönünde karar vermiştir[176].

7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177'nci maddesine eklenen ikinci fıkra ile Yargıtay'ın bozma kararından veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması hâlinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabileceği; ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukukî durumun ortadan kaldırılamayacağı düzenlenmiştir. Ancak, yapılan değişiklikte yer alan "bozmaya uymakla ortaya çıkan hukukî durumun ortadan kaldırılamayacağı" ifadesinin, yaklaşık yetmiş yıldır mevcut bulunan tartışmaların, daha yoğun bir şekilde yaşanmasına sebebiyet vereceği şüpheden uzaktır. Özellikle muhafaza edilmek istenen "*hukukî durum*"dan maksadın ne olduğuna ilişkin belirsizlik, uygulamada kaçınılmaz olarak farklı yönde kararların verilmesine yol açacaktır[177].

• Islah ile yeni bir alacak talep edilebilmesi mümkün müdür?

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 176'ncı maddesinde taraflardan her birinin yapmış olduğu usûl işlemlerini kısmen ya da tamamen ıslah edebileceği; 141'inci maddesinde ise iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi yasağı bakımından ıslah hükümlerinin istisna teşkil ettiği düzenleme altına alınmıştır. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde ıslahın konusunu her türlü usûl işleminin değil, iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamındaki işlemlerin oluşturduğu anlaşılmaktadır[178]. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 179'uncu maddesi gereğince ikrar, tanık ifadeleri, bilirkişi rapor ve beyanları, keşif ve isticvap tutanakları, yerine

175 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdoğan, Ersin/Korkmaz, Cansu,** Yargıtayca Verilen Bozma yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra Islah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu, YBHD, Y. 2016, S. 2, s. 262 vd.

176 YİBHGK, 06.05.2016 T., 2015/1 E., 2016/1 K., RG, 23.03.2017, S. 30016.

177 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 416.

178 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 415.

getirilmiş olan veya henüz yerine getirilmemiş olmakla beraber, karşı tarafa yerine getireceğini ıslahtan önce bildirmiş olması koşulu ile, yeminin teklifi, reddi ve iadesi ıslah ile geçersiz kılınamaz.

Islah ile dava sebebini oluşturan maddî vakıaların genişletilip değiştirilebilmesi, talep sonucunun sayısal olarak arttırılması ya da talep sonucuna yeni kalemler eklenmesi yahut önceki talep sonucundan farklı yeni bir talebin ileri sürülebilmesi mümkündür[179]. Yine cevap dilekçesinde ileri sürülmeyen bir def'inin ya da dava dosyasının kapsamından anlaşılmayan itiraz sebeplerinin ileri sürülebilmesi, cevap dilekçesinde yer almayan yeni vakıaların eklenmesi ya da ileri sürülen vakıaların değiştirilmesi de ıslah ile mümkündür[180].

Islah ile dava dilekçesinde gösterilenin yanına ek olarak yeni talepler ileri sürülebilmesi (örneğin maddî tazminat talep edilmişken ıslah ile manevî tazminatın da talep edilmesi) de mümkündür[181]. Hukuk sistemimiz açısından tarafın talebini değiştirmesini ya da yeni kalemler eklemek yolu ile genişletmesini engelleyecek herhangi bir hüküm yer almamakta; aksine bunun kabulü ek ya da yeni davaların açılmasının önüne geçilmesine ve böylece usûl ekonomisine hizmet etmektedir. Bu çerçevede ıslah bakımından önemli olan husus, hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmemesi ve hukukî yararın bulunmasıdır[182]. Oysa Yargıtay daireleri arasında bu yönde farklı kararlar bulunmaktadır.

Yargıtay'ın 7'nci Hukuk Dairesi

"*Somut olayda davacı vekili dava dilekçesinde talep etmediği ilave tediye alacağını ilk kez ıslah dilekçesi vererek talep etmiştir. Mahkemece istek hüküm altına alınmış ise de, dava tümden ıslah edilmediği gibi ıslah harcı ile birlikte başvuru harcı yatırılmadığından dilekçenin bir ek dava dilekçesi olarak kabulü de mümkün değildir. Bu nedenle bu alacak hakkında dava açma hakkı saklı kalmak kaydıyla ilave tediye alacağına ilişkin ıslah isteminin reddine karar vermek*

179 **Umar,** Şerh, s. 507 vd.; **Tanrıver,** C. I, s. 744; **Özekes,** Pekcanıtez Usûl, C.II, s. 1490 vd.

180 **Umar,** Şerh, s. 507 vd.; **Tanrıver,** C. I, s. 745; **Özekes,** Pekcanıtez Usûl, C.II, s. 1497 vd.

181 **Umar,** Şerh, s. 513; **Özekes,** Pekcanıtez Usûl, C.II, s. 1504. Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Umar,** Şerh, s. 513 vd.

182 **Özekes,** Pekcanıtez Usûl, C.II, s. 1504.

gerekirken bu alacak hakkında hüküm kurularak ıslaha değer verilmiş olması isabetsiz olmuştur."

şeklinde verdiği kararla ıslahla bir alacağın talep edilemeyeceğini kabul etmiştir[183].

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi de bu konuda verdiği bir kararda,

"*Somut olayda, davacı dava dilekçesinde hafta tatili alacağı talep etmemesine rağmen, 21.11.2014 tarihli ıslah dilekçesi 3.319,00 TL hafta tatili alacağı talep ederek, buna ilişkin ıslah harcını yatırmıştır. Oysa dava dilekçesinde talep edilmeyen bir alacağın ıslah ile talep edilmesi mümkün değildir. Davacı tarafça başvuru harcı yatırılmadığından, söz konusu dilekçenin, sadece hafta tatili alacağı talebi yönünden, ek dava olarak kabulü de söz konusu olamaz. Belirtilen nedenlerle, hafta tatili alacağı hakkında ıslah isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, talebin kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir*."[184]

şeklinde benzer bir sonuca varmıştır.

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihadı ise şu şekildedir:

"*Dairemizin yerleşik uygulamasında; usul ekonomisi ilkesi gereği iş sözleşmesinden kaynaklanması nedeni ile dava dilekçesinde talep edilmeyen işçilik ile ilgili bir alacak kaleminin ıslah dilekçesi ile talep edilebileceği kabul edilmektedir. Davacı taraf yargılama sırasında iş sözleşmesinin feshinden dolayı dava dilekçesinde talep etmediği ihbar tazminatını ıslah sureti ile talep etmiştir. Yukarda belirtilen ilke ve aynı ilişkiden doğması nedeni ile davacının ihbar tazminatının esası hakkında karar verilmesi gerekir. Mahkemece ihbar tazminatının dava dilekçesinde talep edilmediği ve ıslah sureti ile de talep edilemeyeceği gerekçesi ile bu istemin reddine karar verilmesi hatalıdır.*"[185]

2020 yılı Eylül ayında yapılan toplantı sonucunda alınan ilke kararı ile,

"*Dava dilekçesinde talep konusu yapılmayan bir işçilik alacağı,* ***dava konusu alacaklarla aynı veya birbirine benzer sebeplerden***

183 Yarg. 7. HD, 10.06.2014 T., 2014/4812 E., 2014/12928 K., www.legalbank.net, s.e.t. 09.04.2021.
184 Yarg. 22. HD, 30.05.2017 T., 2017/8420 E., 2017/12656 K., www.legalbank.net, s.e.t. 09.04.2021.
185 Yarg. 9. HD, 07.03.2016 T., 2014/33001 E., 2016/4881 K., www.legalbank.net, s.e.t. 10.04.2021.

doğmak şartıyla, ayrıca bu alacağa ilişkin peşin harç yatırılmak kaydıyla kısmi ıslahla talep edilebilir. *Davalının bu alacakla ilgili delil sunma, itirazda bulunma ve zamanaşımı defini ileri sürme hakkı vardır. Bu durum usul ekonomisine daha uygundur. Ancak delillerin toplandığı ve karar aşamasına gelindiği bir aşamada salt davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kötüniyetli düşüncelerle ıslah yoluyla ek talepte bulunulması hâlinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu n 182. maddesine göre hâkim ıslahı dikkate almadan karar verebilir.*"

şeklinde karar verilmiştir.

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin yeni tarihli kararı da bu yöndedir:

"*Dava dilekçesinde talep konusu yapılmayan bir işçilik alacağı, dava konusu alacaklarla aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğmak şartıyla, ayrıca bu alacağa ilişkin peşin harç yatırılmak kaydıyla kısmi ıslahla talep edilebilir. Davalının bu alacakla ilgili delil sunma, itirazda bulunma ve zamanaşımı defini ileri sürme hakkı vardır. Bu durum usul ekonomisine daha uygundur. Ancak delillerin toplandığı ve karar aşamasına gelindiği bir aşamada salt davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kötüniyetli düşüncelerle ıslah yoluyla ek talepte bulunulması hâlinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 182. maddesine göre hâkim ıslahı dikkate almadan karar verebilir. Somut uyuşmazlıkta, yıllık izin ücreti, ücret ve ihbar tazminatı alacakları talepleri bakımından; dava dilekçesinde yıllık izin ücreti, ücret ve ihbar tazminatı talepleri açıkça mevcut değildir. Davacı vekili 15/03/2016 tarihli duruşmada, dava dilekçesinde talep edilen 2.000,00 TL miktarın, 500'er TL üzerinden olmak üzere kıdem tazminatı, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti ve ulusal bayram genel tatil ücreti için olduğunu belirtmiştir. Bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, yıllık izin ücreti, ücret ve ihbar tazminatı alacaklarının ilk kez ıslah dilekçesi ile talep edildiği kabul edilmelidir. Yukarıdaki yazılı ilke kararı kapsamında dava dilekçesi ile istenmeyen alacaklar ıslah dilekçesi ile istenebileceğinden, dava dilekçesinde istenmemiş de olsa ilk kez ıslah dilekçesi ile talep edilen yıllık izin ücreti, ücret ve ihbar tazminatı kalemleri hakkında Mahkeme tarafından işin esasına girilerek bir karar verilmelidir.*"[186]

186 Yarg. 9. HD, 11.01.2021 T., 2017/17980 E., 2021/185 K., www.legalbank.net, s.e.t. 10.04.2021.

• Islah ile dava türü değiştirilebilir mi?

Öğretide dava dilekçesinin tamamen ıslahı yolu ile açılmış bulunan davadan tamamen farklı bir davanın açılabileceğine hukuken imkân tanındığı dahi dile getirilmektedir[187]. Yine öğretideki diğer bir görüşe göre[188] de bu hususta kanunda herhangi bir engelleyici hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla boşanma davası ıslah ile alacak davasına dönüştürülebilir; ancak böyle bir ıslah usûlî açıdan herhangi bir yarar sağlamaz. Davanın ıslahla tamamen değiştirilmesi hâllerinde hukukî yarar ve kötüniyetli ıslah hükümlerinin dikkatle incelenerek sonuca varılması gerekir[189]. Dolayısıyla dava dilekçesinin tamamen ıslahı ile dava türünün değiştirilmesi, hukukî yararın varlığı hâlinde mümkündür.

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi'nin yerleşmiş içtihatları da dava dilekçesinin tamamen ıslahı sureti ile dava türünde değişiklik yapılmasının mümkün olduğu yönündedir:

"*Davacı, dava dilekçesinde açıkça belirsiz alacak davası açtığını belirtmeden fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmak suretiyle kısmi olarak bildirdiği alacakların tahsilini talep etmiştir. Sonrasında da tam ıslah yapılarak usûlüne uygun bir şekilde dava belirsiz alacak davasına dönüştürülmemiştir. Mahkemece, açıklama yapmayı gerektirecek bir durum bulunmadığı hâlde davacıya dava türünü açıklaması için verilen süre üzerine davacı tarafça davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı beyan edildikten sonra, mahkemece davanın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesine göre belirsiz alacak davası olduğu belirtilerek hüküm kurulmuştur. Davanın belirsiz alacak davası olarak açılmadığı açıktır. Davacının beyanı ile dava türü değiştirilemez. Hal böyle olunca, Mahkemece davanın kısmi dava olduğu dikkate alınarak, kısmi davaya ilişkin kurallara göre görülüp sonuçlandırılması gerektiğinin gözetilmemesi hatalı olmuştur.*"[190]

"*Somut uyuşmazlıkta, davacı vekili 20.01.2015 tarihli tam ıslah dilekçesini ve ekinde yeni dava dilekçesini sunarak, belirsiz alacak*

187 **Umar,** Şerh, s. 512.

188 **Özekes,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1511-1512.

189 **Özekes,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1512

190 Yarg. 22. HD, 23.12.2019 T., 2016/21943 E., 2019/24020 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.04.2021.

olarak açtığı davasını HMK m.180 doğrultusunda tam belirli eda/alacak davası olarak ıslah ettiğini bildirmiştir. Mahkemece, anılan ıslah işlemi, kısmi ıslah olarak değerlendirilmek suretiyle sonuca gidilmiş ise de, davacının usûlüne uygun olarak yaptığı tamamen ıslah işleminin kısmi ıslah olarak değerlendirilmesi hatalı olmuştur. Dairemiz uygulamasına göre, belirsiz alacak davası olarak açılan davanın türü kısmen ıslah yolu ile değiştirilemez ise de, tamamen ıslah yolu ile tam eda davası olarak değiştirilebilir. Tamamen ıslah yolunda, davanın başından itibaren bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılması söz konusu olduğundan, davacının sunduğu yeni dava dilekçesinin davalıya tebliği sağlanarak, varsa bu yeni dava dilekçesine karşı yasal süresi içinde cevaplarını, ilk itirazlarını ve delillerini sunması sağlanmalıdır. Dosya kapsamına göre davacının tamamen ıslah dilekçesi ve yeni dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmiş olup, davalının sunduğu cevap dilekçesinin Mahkemece dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır. Davalı vekili, 21.04.2015 tarihli duruşmada dilekçe içeriğini tekrarla, tanıklarının dinlenmesini talep etmiş ise de, Mahkemece, kısmi ıslah sonrasında yeniden delil toplanması, tanık dinlenmesi gibi işlemlerin mümkün olmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiştir. Halbuki somut olayda, davanın tamamen ıslahı söz konusu olduğundan, yapılmış olan tüm usul işlemleri baştan itibaren yok sayılır. Bu sebepledir ki, tamamen ıslahta faiz başlangıç tarihi ve zamanaşımı başlangıç tarihleri yönünden tamamen ıslah tarihi dikkate alınır. Kısacası yeni bir dava açıldığında tarafların sahip olacağı tüm haklara, yeniden, bu defa tamamen ıslah yolu ile sahip olacakları gözönüne alınmalıdır. Bu itibarla, davacının tamamen ıslah dilekçesine karşı, davalının sunduğu cevap dilekçesinin dikkate alınmaması ve bildirdiği delillerin toplanmaması, hukukî dinlenilme hakkının ihlali mahiyetindedir. Davacının tamamen ıslah dilekçesine karşı, davalının savunma hakkını kullanmasına imkan tanındıktan, sonra toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, hatalı hukukî değerlendirme ve eksik inceleme ile karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."[191]

191 Yarg. 22. HD, 23.01.2018 T., 2015/23729 E., 2018/1216 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.04.2021.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da belirsiz alacak davası olarak açılan ve sonraki tarihte mahkemeye sunulan dilekçe ile kısmî dava olarak görülmesi talep edilen bir uyuşmazlıkla ilgili olarak yaptığı değerlendirmede mahkemeye sunulan sonraki tarihli dilekçenin dava dilekçesinin tam ıslahı olarak değerlendirilemeyeceğinden bahisle eldeki davanın belirsiz alacak davası olarak incelenerek hüküm verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır:

"…somut olay değerlendirildiğinde, dava dilekçesinde dava değeri kısmında aynen, "Alacak belirlenebilir olmadığından alacak miktarı belirlendikten sonra gerekli harçları tamamlama ve gerekirse ek dava açma hakkımız saklı kalmak üzere harca tabi değer şimdilik 60TL" olarak belirtilmiş, vakıalar kısmında ise hizmet süresi, iş sözleşmesinin feshi süreci ile çalışma şekli ve süresi belirtildikten ve işveren tarafından yemek ve servis hizmeti sağlandığı, net ücretin 1.200,00TL olduğu ifade edildikten sonra, aynı dilekçesinin sonuç ve istem bölümünde aynen "Yukarıda arz ve izah olunan nedenlerle, haklı davanın kabulü ile alacak belirlenebilir olmayıp müvekkilinin tüm kayıtlarının işverence tutulduğundan delillerimiz toplanıp alacak miktarı belirlendikten sonra harcı tamamlama ve gerekirse ek dava açma hakkımız saklı kalmak üzere…" denilerek talep konusu fark kıdem tazminatı, fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ve eksik ödenen ücret alacaklarının tahsili talep edilmiştir. Görüldüğü üzere dava dilekçesinin içeriği ve özellikle de alacağın belirlenebilir olmayıp tüm kayıtların işveren tarafından tutulması nedeniyle deliller toplanıp alacak miktarı belirlendikten sonra harcın tamamlanacağına yönelik açıklamalar karşısında eldeki davanın kısmi dava olarak değil, belirsiz alacak davası olarak açıldığı sonucuna varılmıştır. Davanın belirsiz alacak davası olduğunun tespiti karşısında, bilirkişi raporu uyarınca alacak miktarlarının artırıldığı 08.12.2014 tarihli dilekçesinin kısmi ıslah dilekçesi olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, anılan dilekçesinin belirsiz alacak davasına özgü talep artırım dilekçesi olarak kabulü gerekmektedir. Davacı vekilinin bu dilekçede davanın ıslah edildiğinden söz etmesi ve Mahkemece ıslah harcı alınması sonucu değiştirmemektedir. Bununla birlikte davacı vekili 27.01.2015 havale tarihli dilekçesi ile, kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının belirlenip belirlenemeyeceği hususunda Yargıtay kararlarında farklılık olduğunu, müvekkilinin maddi açıdan zor durumda olması

ve hak kaybına uğramaması açısından davanın "kısmi alacak" davası olarak değerlendirilmesini talep etmiştir. Ne var ki anılan dilekçenin tam ıslah dilekçesi olarak kabulü mümkün olmayıp, Mahkemece verilen ara karar gereğince davayla ilgili beyanları içermektedir. Bu nedenle belirsiz alacak davası olarak açılan eldeki davanın gerek 08.12.2014 tarihli dilekçe gerekse 27.01.2015 tarihli dilekçe ile tam ıslah suretiyle kısmi davaya dönüştürüldüğünden söz etmek mümkün değildir."[192]

Yukarıda yer verilen kararda Hukuk Genel Kurulu'nun tam ıslah yolu ile dava türünün değiştirilebileceğini kabul ettiği, ancak somut olay bakımından sunulan dilekçe tam ıslah dilekçesi olarak değerlendirilemeyeceği için dava türünde değişik yapılmasını onaylamadığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi ise önceki tarihli kararlarında talep sonucu değiştirilmeksizin dava türünün değiştirilemeyeceği yönünde karar vermekte idi:

"*Davacı vekili, dava dilekçesinde açılan davanın belirsiz alacak davası olduğunu belirtmediği gibi talep sonucunda da açıkça kısmi miktarı belirterek talepte bulunmuştur. Bu nedenle davanın kısmi dava olduğu açıktır. Davacı tarafından 24.02.2014 tarihli ıslah dilekçesi ile de dava dilekçesinde istenen alacak miktarları arttırılmış, talep sonucu ise değiştirilmemiştir. Talep sonucu değiştirilmeden davanın türü ıslah sureti ile değiştirilemeyeceğinden davanın belirsiz alacak davası olarak kabulü mümkün değildir*."[193]

Yeni tarihli kararlarında ise 9'uncu Hukuk Dairesi, talep sonucuna veya tam ya da kısmî ıslaha ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmaksızın doğrudan ıslah ile dava türünün değiştirilemeyeceğini kabul etmektedir:

"*Davacı dava dilekçesinde 5.500,00 TL Kıdem Tazminatı, 2.400,00TL İhbar Tazminatı ve 100,00 TL Fazla mesai ücreti talep etmiş davasını kısmi dava olarak açmıştır. Davacı yargılama sırasında mahkemeye verdiği "talep artırım talebi hakkında" konulu ıslah*

192 Yarg. HGK, 04.07.2019 T., 2016/2083 E., 2019/867 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.04.2021.

193 Yarg. 9. HD, 14.12.2015 T., 2014/25974 E., 2015/35305 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.04.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 08.03.2016 T., 2014/30569 E., 2016/5284 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.04.2021.

dilekçesi ile taleplerini arttırmıştır. Mahkemece fazla mesai alacağı yönünden davanın belirsiz alacak davası şeklinde açıldığı kabulü ile karar verilmiştir. ***Öncelikle ıslah ile dava türü değiştirilemez ve Mahkemece ıslaha ancak arttırım yapılan alacak kalemleri açısından değer verilebilir.*** *Mahkemece kısmi dava olarak açılan davanın türünün bu şekilde değiştirilmesi hatalıdır. Davacı ıslah ile talep miktarını arttırdıktan sonra davalı ...Ş. vekilince ıslaha karşı zamanaşımı def'i ileri sürülmüştür. Mahkemece yapılacak iş fazla mesai alacağı yönünden davalı ...Ş. vekili tarafından ıslaha karşı zamanaşımı def'i değerlendirilen 25.02.2016 tarihli ek rapora itibarla bir inceleme yapmak, faiz başlangıcını da dava ve ıslah tarihlerine göre ayrım yapılarak sonuca gitmekten ibarettir.*"[194]

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi'nin kapatılması ve dosyaların 9'uncu Hukuk Dairesi'ne devredilmesinden sonra, Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesince içtihat farklılıklarının giderilmesi amacı ile 2020 yılı Eylül ayında yapılan toplantıda **alınan ilke kararı ile ıslah ile dava türünün değiştirilemeyeceği** belirtilmiştir.

- **Islah ile faizin başladığı tarih değiştirilebilir mi?**

Islah ile talep sonucu değiştirilebileceğinden daha önce talep edilmemiş faiz alacağının ileri sürülebilmesi ya da önceden talep edilen faiz oranı yahut başlangıç tarihi değiştirilerek daha yüksek bir faiz oranı ya da daha eski bir başlangıç tarihi talep edilebilir[195]. Oysa Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunmakta, taleple bağlılık ilkesi gereğince dava dilekçesinde talep edilen miktar bakımından ileri sürülen faiz başlangıç tarihinin ıslah ile değiştirilemeyeceği kabul edilmektedir:

"*Dava dilekçesinde talep edilen işçilik alacakları bakımından dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi talep edilmiş, ıslah dilekçesi verilerek dava konusu miktarların arttırıldığı dilekçede dava dilekçesindeki faiz başlangıcının da düzeltildiği bildirilmiş ve toplu iş sözleşmesinde belirtilen ödeme tarihlerinden itibaren faiz yürütülmesi*

194 Yarg. 9. HD, 16.09.2020 T., 2016/20701 E., 2020/8136 K., www.legalbank.net, s.e.t. 09.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir). Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 04.04.2019 T., 2017/16311 E., 2019/7819 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.04.2021.

195 **Özekes,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1508.

isteğinde bulunulmuştur. Mahkemece hüküm altına alınan bir kısım işçilik alacakları bakımından toplu iş sözleşmesinde belirtilen ödeme tarihlerinden itibaren faize karar verilmiştir. Dava konusu miktarların ıslah yoluyla arttırıldığı dilekçede temerrüt tarihinden itibaren faiz talep edilmişse de, söz konusu istek ıslaha konu olan miktarlar bakımından geçerlidir. Başka bir anlatımla, dava dilekçesinde talep edilen miktarlar bakımından HUMK'nun 74. maddesinde sözü edilen taleple bağlılık kuralına uygun olarak dava tarihinden itibaren faize karar verilmelidir. Islah dilekçesi verilerek dava dilekçesinde sözü edilen faiz başlangıç tarihinin değiştirilmesi mümkün değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 03.07.2002 gün ve 2002/9-564 Esas, 2002/572 Karar sayılı kararı da bu yöndedir. Islahla arttırılan miktar bakımından toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan ödeme tarihinden faiz yürütülmesi yerinde ise de, kısmi davaya konu miktarlar bakımından dava tarihi yerine toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan ödeme tarihlerinden itibaren faize karar verilmesi hatalı olup, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir."[196]

- **Süresi içinde cevap dilekçesi sunulmaması hâlinde ıslah ile zamanaşımı def'i ileri sürülebilir mi?**

Zamanaşımı def'i cevap dilekçesinin ıslahı yolu ile ileri sürülebilir. Süresi içinde cevap dilekçesi verilmemesi durumunda ise ıslahla düzeltilecek bir usûl işlemi bulunmadığından zamanaşımı def'inin de ileri sürülmesinin mümkün olmadığı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir:

"*Bir davada cevap dilekçesinin verilmesi usuli bir işlemdir. Davalı, cevap dilekçesinde ileri sürmediği bir savunmayı özellikle zamanaşımı defini cevap dilekçesini ıslah ederek ıslah edilmiş bu cevap dilekçesiyle ileri sürebilir. Ancak davalının bu nitelikte bir ıslah işlemini yapabilmesi, her şeyden evvel daha önce süresinde verilmiş bir cevap dilekçesinin varlığını gerektirir. Somut olayda, davalı davaya yasal cevap süresi içinde cevap vermemiş, esasen bu dilekçede ileri sürülen zamanaşımı defi de davacının savunmasının genişletilmesi itirazı ile karşılaşmıştır. Davalı ıslah yoluyla süresinde verilmeyen cevap dilekçesini, süresinde verilmiş hale getirmek için*

196 Yarg. 9. HD, 20.01.2009 T., 2007/32356 E., 2009/246 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.04.2021.

ıslah yolunu kullanamayacaktır. Bu durumda mahkemece davalının süresi içinde zamanaşımı definde bulunmadığı gözetilerek işin esasına girilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..."[197].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararına rağmen Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi ise

"*Cevap dilekçesinde zamanaşımı defi ileri sürülmemiş ya da süresi içince cevap dilekçesi verilmemişse ilerleyen aşamalarda 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141/2 maddesi uyarınca zamanaşımı defi davacının açık muvafakati ile yapılabilir*."

şeklinde farklı yönde sonuca varmıştır[198].

Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi'nin kapatılması ve dosyaların 9'uncu Hukuk Dairesi'ne devredilmesinden sonra, Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesince içtihat farklılıklarının giderilmesi amacı ile 2020 yılı Ekim ayında yapılan toplantıda alınan ilke kararı ile;

"Cevap dilekçesi verilmemişse, ***olmayan bir işlemin ıslah yoluyla düzeltilmesi mümkün olmayacağından, cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla zamanaşımı definin ileri sürülemeyeceği*** *oyçokluğu ile kabul edildi. Ancak cevap dilekçesi vermeyen işveren, ıslah yoluyla dava konusu miktarların artırılması üzerine usûlüne uygun olarak artırılan kısım için zamanaşımını defini ileri sürebilir.*"

şeklinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği karara benzer bir sonuca varılmıştır.

Söz konusu husus medenî usûl hukuku öğretisinde de tartışmalıdır. Öğretideki bir görüş[199], süresi içinde cevap dilekçesi sunmayan davalının daha sonra karşı tarafın muvafakati ya da ıslah yolu ile savunma yapabilmesinin mümkün olmadığı yönünde iken diğer bir görüş[200] ise böyle bir hâlde yalnızca karşı tarafın muvafakati ile davalıya savunma hakkı tanınabileceği

197 Yarg. HGK, 07.06.2017 T., 2017/1093 E., 2017/1090 K., www.legalbank.net, s.e.t. 08.04.2021.

198 Yarg. 9. HD, 02.11.2020 T., 2016/30951 E., 2020/14189 K. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 17.12.2020 T., 2016/35777 E., 2020/18939 K; Yarg. 9. HD, 07.01.2019 T., 2015/28161 E., 2019/113 K., www.legalbank.net, s.e.t. 08.04.2021.

199 **Üstündağ, Saim,** Medeni Yargılama Hukuk C. I-II, 2000, s. 511.

200 **Postacıoğlu, İlhan E.,** Medeni Usul Hukuku Dersleri, 1975, s. 419-420.

yönündedir. Öğretide savunulan ve bizim de katıldığımız diğer görüş[201] ise süresi içinde cevap dilekçesi sunup herhangi bir vakıa ileri sürmeyen ve sadece inkâr ile yetinen davalı ile süresi içinde cevap dilekçesi sunmayan davalı arasında herhangi bir fark olmaması gerektiği yönündedir. Zira kanun koyucu, davalının süresi içinde cevap dilekçesi vermemesi hâlinde dava dilekçesinde ileri sürülen tüm vakıaları inkâr etmiş sayılacağını düzenlemiştir (HMK m. 128). Bu durumda, davalı tarafa savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağının istisnalarından yararlanma imkânı sunulmalı ve gerek ıslah gerek ise karşı tarafın muvafakati ile sonradan yeni vakıa ileri sürebilmelidir. Dolayısıyla, her ne kadar süresi içinde cevap dilekçesi verilmemiş olsa da bu husus dava dilekçesinde ileri sürülen iddiaların inkârı anlamını taşıdığından, daha sonra borcun talep edilebilir olmadığı ve eksik borç hâline geldiği yönündeki savunma ıslah suretiyle zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi yoluyla mümkün olmalıdır.

- **Kısmî dava ile işçilik alacakları ve faizi talep edilmiş daha sonra ıslah ile talep sonucu artırılmış fakat artırılan kısım için faiz talep edilmemişse bu kısım için faize hükmedilebilir mi?**

İşçilik alacaklarına ilişkin olarak kısmî dava açılmasına ve dava tarihinden itibaren faiz talep edilmesine rağmen daha sonra ıslah ile artırılan miktar için ayrıca faiz talep edilmemiş ise mahkemece kendiliğinden bu kısım için faize hükmedilememesi gerekir. Zira, medenî yargılama hukukunda hâkim tarafların talepleri ile bağlı olup talepten fazlasına hükmedemez (HMK m. 26). Ancak, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 2019 yılında verilen bir içtihadı birleştirme kararı ile bir miktar para alacağının faizi ile birlikte tahsili istemiyle açılan kısmî davada dava konusunun sonradan ıslahla artırılmasına rağmen, bu artırılan kısım için faiz talep edilmemiş olması durumunda, dava dilekçesindeki faiz talebine bağlı olarak bu miktar için de faize hükmedilmesi gerektiği kabul edilmiştir[202]. Dolayısıyla, artık söz konusu içtihadı birleştirme kararı gereğince ıslahla artırılan miktar bakımından faiz talep edilmiş olsun ya da olmasın mahkemece ıslah edilen miktar bakımından da faize hükmedilmesi gerekir. İçtihadı birleştirme kararından önceki tarihte

201 **Kuru,** C. I, s. 502-503; **Umar, Bilge,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2014, s. 516; **Özekes,** Pekcanıtez Usûl, s. 1534.

202 YİBBGK, 24.05.2019 T., 2017/8 E., 2019/3 K., RG, 01.06.1978, S. 16303.

verilen bir kararda ise Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi asıl borcun kesinleştiği durumda sonradan bu kısım için faiz talep edilebilmesine imkân vermiştir:

> "*Davacı tarafından işçilik alacaklarına dair dava açıldığı, ıslah dilekçesinde faiz talebi bulunmadığından mahkemece dava tarihinden itibaren faize hükmedildiği, ıslah dilekçesinde talep olmadığından ıslahla artırılan miktarlar bakımından faiz işletilmesine yer olmadığına karar verildiği ve bu kararın Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesinin düzelterek onanmasına karar verilerek kesinleştiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar mahkemece işçilik alacaklarına ilişkin dava dosyasının kesin hüküm teşkil ettiği gerekçesi ıslah tarihinden itibaren istenen faiz talebinin reddine karar verilmiş ise de davacının ıslah dilekçesinde faiz talebi olmadığından ıslahla artırılan miktarlar bakımından faiz işletilmesine yer olmadığına karar verildiği, bu nedenle davacının bu davada ıslah ile artırdığı miktarlar bakımından faiz talebinde bulunabileceği gözetilmeden mahkemece yazılı gerekçe ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*."[203].

Öğretide kısmî dava açılmasının ardından ıslahla miktarın artırılması hâlinde davalı tarafın zamanaşımı iddiası bakımından da benzer bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu görüşe göre[204], davalının dava dilekçesinde ileri sürülen miktar bakımından zamanaşımı def'i ileri sürmesi ve daha sonra ıslah ile dava konusunun miktarının artırılması hâlinde artırılan kısım bakımından da başlangıçtaki zamanaşımı def'i dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle ıslahla arttırılan kısım bakımından ayrıca zamanaşımı def'i ileri sürülmesi gerekmez. Zira, bu durumda ıslah ek davadan farklı olarak dava dilekçesinde istenen miktarın düzeltilmesinde rol oynar. Zamanaşımı belirli bir sürenin geçmesi nedeni ile borçluya borcu ifadan kaçınması imkânı tanıyan bir def'idir. Alacağın bir kısmının talep edildiği kısmî davada davalı borçlunun zamanaşımı def'i ileri sürmesi durumunda da esasen bu def'i tek başına dava konusu edilen miktar için değil alacağın tamamına ilişkindir. Davalı borçlu ileri sürdüğü zamanaşımı def'i ile belirli bir sürenin geçmesi nedeni ile alacağın talep edilebilme hakkının sona erdiğini iddia etmektedir. Mahkemece borcun zamanaşımına uğradığı sonucuna varıldığında da verilecek hüküm bütün alacak yönünden bir tespit hükmünü içerecektir. Bu

203 Yarg. 22. HD, 20.04.2016 T., 2015/6189 E., 2016/11719 K., www.legalbank.net, s.e.t. 03.04.2021.
204 **Kar,** s. 1044.

nedenle kısmî davada davalı alacağın zamanaşımına uğradığını iddia etmiş ise bu iddianın yargılamanın devamı sırasında ıslahla artırılan miktar bakımından da geçerli olması gerekir.

- **İşçilik alacaklarının kısmî davaya konu olduğu durumlarda ıslah ile artırılan talep sonucu bakımından zamanaşımı def'i ileri sürülebilir mi?**

İşçilik alacaklarının kısmî davaya konu edilmesi hâlinde cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunulmamış olması hâlinde ise ıslah edilen miktar bakımından davalı tarafın zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkı ortadan kalkmaz. Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesine göre davanın açılması zamanaşımı kesen sebeplerden birisidir. Ancak kısmî davada zamanaşımı yalnızca dava dilekçesinde talep edilen miktar bakımından kesilir[205]. Yargılama devam ederken davanın kısmen ıslahı yolu ile dava konusunun artırılması söz konusu olduğunda davalı taraf ıslahla artırılan miktar için zamanaşımı def'ini ileri sürebilir. Bu bağlamda, davacının kısmî dava açarken fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmuş olmasının önemi yoktur. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir[206]:

> "*…davacının 28.06.2003 tarihinde gerçekleşen haksız eylem nedeniyle davalı aleyhine 09.06.2006 tarihinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak maddi ve manevi tazminat davası açtığı, maluliyet oranının*

205 Bkz. Yarg. HGK, 03.07.2002 T., 2002/564 E., 2002/572 K.; Yarg. HGK, 09.10.2002 T., 2002/809 E., 2002/802 K.; Yarg. HGK, 06.03.2013 T., 2012/824 E., 2013/305 K., www.legalbank.net, s.e.t. 07.04.2021.

206 Her ne kadar Yargıtay'ın 4'üncü Hukuk Dairesi 2013 tarihinde verdiği bir kararda (bkz. Yarg. 4. HD, 19.02.2013 T., 2012/2779 E., 2013/2759 K.) ıslah ile dava konusunun artırılması hâlinde artırılan miktar bakımından zamanaşımının davanın açıldığı tarihte kesildiği yönünde karar vermiş olsa da daha sonra 2016 yılında verdiği kararda bu görüşten vazgeçerek şu şekilde karar vermiştir: *"Kısmi davada ise zamanaşımı yalnızca dava edilen kısım için kesilir. Henüz açılmayan (saklı tutulan) ve daha sonra ıslahla arttırılan bölüm için zamanaşımı işlemeye devam eder…..HGK'nın önceki içtihatları gibi yeni HMK'da da kısmi dava açılması hâlinde sadece dava edilen bölüm için zamanaşımının kesileceği yolundaki istikrarlı uygulamanın devam ettirildiği anlaşılmaktadır. Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, davacının talebi üzerine 21/04/2008 tarihinde tespit yapıldığı ve inşaat mühendisi bilirkişisinin raporunu 30/12/2008 tarihinde dosyaya ibraz ettiği, dolayısı ile davacının 30/12/2008 tarihi itibariyle fiil ve faili öğrendiği, ıslah dilekçesinin verildiği 04/09/2014 tarihinde olay tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan B.K. 60/1 maddesinde öngörülen 1 yıllık zamanaşımı süresinin ıslah edilen miktar yönünden dolduğu anlaşılmaktadır. Belirtilen nedenle ıslah edilen miktar yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir."*, Yarg. 4.HD, 29.03.2016 T., 2015/3617 E., 2016/4118 K., www.legalbank.net, s.e.t. 08.04.2021.

tespitine ilişkin Adli Tıp raporunun 07.05.2009 tarihinde tebliğinden sonra 24.08.2012 tarihinde maddi tazminat yönünden davayı kısmen ıslah ettiği, ıslah talebine karşı davalı vekilinin zamanaşımı def'inde bulunduğu görülmektedir. Dava açılmakla fazlaya ilişkin haklar yönünden zamanaşımı kesilmediğinden kısmi ıslaha karşı zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinde bir usulsüzlük bulunmadığından yerel mahkemenin bu yöne ilişkin direnme gerekçesi isabetlidir."[207].

"*Somut olayda, davacı 17.04.2015 tarihinde davasını ıslah etmiştir. Islah dilekçesi davalıya 13.05.2015 tarihinde tebliğ edilmiş olup, davalı tarafından 20.05.2015 tarihinde ıslaha karşı zamanaşımı savunması ileri sürülmüştür. Davanın kısmi dava olarak görüldüğü sabit olduğundan, ıslaha karşı zamanaşımı savunması nedeniyle dava dilekçesinde talep edilen miktarlar dışında 17.04.2010 öncesine ait fazla çalışma ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağının zamanaşımına uğradığı gözetilmeksizin hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*."[208].

Kısmî ıslahla arttırılan miktar bakımından davalı tarafın ıslah dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içinde zamanaşımı def'ini ileri sürebileceği kabul edilmektedir:

"*Dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması durumunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonraki uygulamada, 317/2 ve 319. maddeler uyarınca ıslah dilekçesinin davalı tarafa tebliği üzerine iki haftalık süre içinde ıslaha konu kısımlar için zamanaşımı definde bulunulabileceği kabul edilmelidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre süre geçtikten sonra yapılan zamanaşımı definin geçerli sayılabilmesi için davacının açıkça muvafakat etmesi gerekir. Süre geçtikten sonra ileri sürülen zamanaşımı define davacı taraf muvafakat etmez ise zamanaşımı defi dikkate alınmaz*."[209]

207 Yarg. HGK, 16.03.2016 T., 2014/896 E., 2016/332 K., www.legalbank.net, s.e.t. 08.04.2021.

208 Yarg. 22. HD, 23.01.2019 T., 2017/19429 E., 2019/1654 K., www.legalbank.net, s.e.t. 08.04.2021.

209 Yarg. 9. HD, 01.12.2020 T., 2020/6923 E., 2020/17211 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.04.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 06.05.2019 T., 2017/10407 E., 2019/9987 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.04.2021.

- **İşçilik alacaklarının kısmî davaya konu olduğu durumlarda ıslah ile artırılan talep sonucu bakımından faiz ne zaman işlemeye başlar?**

Islahla artırılan kısım açısından faiz talep edilmiş ama başlangıç tarihi ayrıca belirtilmemişse, ıslah tarihinden itibaren faiz hesaplanır[210]. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir.

"*Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren dava tarihinden önce temerrüde düşürülmediğinden faiz başlangıç tarihi, kısmi miktarlar için dava, ıslah ile artırılan miktarlar için ise ıslah tarihidir. Mahkemece yukarıda belirtilen tazminat ve alacakların, dava dilekçesiyle talep edilen kısmi miktarları için dava, ıslah ile artırılan kısımları için ise ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken, tümüne dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi hatalı olup bozma sebebi ise de, bu hususun düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3/2. maddesi yollaması ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 438/7. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir*."[211]

"*Dava belirsiz alacağın bir türü olan kısmi eda külli tespit davası olarak açılmış olup, bu dava türünde faiz başlangıcı yönünden Dairemiz uygulaması kısmi dava esaslarıyla aynıdır. Bu itibarla kıdem tazminatı dışındaki alacaklar bakımından dava dilekçesi ile istenen kısma dava, ıslah (talep arttırımı) ile artırılan miktarlar bakımından ise ıslah (talep arttırımı) tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir*."[212]

210 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 421-422.

211 Yarg. 9. HD, 28.10.2020 T., 2017/17852 E., 2020/14020 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.04.2021.

212 Yarg. 9. HD, 30.06.2020 T., 2019/2158 E., 2020/6678 K. www.legalbank.net, s.e.t. 11.04.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 19.02.2020 T., 2016/824 E., 2020/2563 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.04.2021.

VII. İSPAT ve DELİLLER

1. İspat

a. Genel Olarak

Hukukî anlamda ispat ise tarafça ileri sürülen bir talebin dayandığı hukuk kuralının koşul vakıalarının somut olayda iddia edildiği gibi gerçekleştiği hususunda davaya bakan hâkimde deliller üzerinden aktarılan bilgiler aracılığıyla kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma faaliyetidir[213].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre; "*taraflar, kanunda belirtilen süre ve usûle uygun olarak ispat hakkına sahiptir.*". İspat, hukukî dinlenilme hakkının (HMK m. 27, II-b) bir parçasıdır.

İspat ve delillere ilişkin hükümler esas itibariyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. İspat yükünü düzenleyen ve genel kural niteliğindeki hükme hem Türk Medeni Kanunu'nun 6'ncı maddesinde hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190'ıncı maddesinde yer verilmiştir. Ayrıca, ispat ve delillere ilişkin hükümler, özellikle belli somut vakıalar çerçevesinde olmak üzere, birçok kanunda özel olarak yer almaktadır.

Usûl hukukunda hangi vakıaların hangi delillerle ispat edileceğine ilişkin bazı sınırlamalar vardır. Kural olarak deliller davanın taraflarınca gösterilir; hâkim, re'sen delil araştırması yapamaz. Ancak, bazı istisnaî hâllerde, hâkim, re'sen de delil araştırabilir. Özellikle keşif ve bilirkişi delillerine hâkim bütün yargılama usûllerinde ve davanın konusunun kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın, re'sen müracaat edebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 187'nci maddesine göre ispatın konusunu, "*tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir. Herkesçe bilinen vakıalarla, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz.*". Söz konusu düzenleme dikkate alındığında ispatın konusunu, hukuk kuralının öngördüğü sonuca hükmedilebilmesi için varlığı veya yokluğu aranan, yer ve zaman itibariyle somutlaştırılmış, geçmişte gerçekleşen veya hâlâ devam eden dış dünyaya yansımış olaylar veya durumlar ile içsel durumlar oluşturur. Buna karşılık, hukuk kuralları ispatın konusunu oluşturmaz. Çünkü hâkim, Türk hukukunu re'sen uygular (HMK m. 33). Keza, hâkim Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu

213 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 461.

kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir (MÖHUK m. 2), İspatın konusu ön inceleme aşamasında yapılacak inceleme ile belirlenir.

DİKKAT: İspatın konusunu yalnızca,
i. uyuşmazlığın hâlli bakımından önemli olan,
ii. kural olarak taraflarca getirilmiş (HMK m. 25).
iii. çekişmeli vakıalar oluşturur.

Uyuşmazlığın hâlli bakımından önem taşımalarına rağmen bir kısım vakıaların ispatı gerekli değildir. Bu sonucu doğuran en önemli durum, vakıanın taraflar arasında çekişmeli olmamasıdır. Ayrıca çekişmeli sayılmadıklarından, herkesçe bilinen vakıaların da ispatı gerekmez (HMK m. 191). Yine kanunî bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanunî karinenin aksini ispat edebilir (HMK m. 190/2). Taraflar ya da vekilleri tarafından mahkeme önünde ikrar edilen vakıalar da çekişmeli olmaktan çıkacağından ispatı gerekmez (HMK m. 188).

DİKKAT:
i. Tarafların arasında çekişmeli olmayan vakıaların,
ii. herkesçe bilinen vakıaların,
iii. mahkeme huzurunda ikrar edilmiş vakıaların,
iv. kanunî karineye dayanılması durumunda karine sonucunun ispatı gerekmez.

b. İspat Hukukuna İlişkin Yükler

Soyut hukuk kuralının öngördüğü sonucun doğması için mahkemeye başvurulması hâlinde davacının, o kuralın öngördüğü koşul vakıalara karşılık gelen somut vakıaları mahkemeye bildirmesi ve bunları ileri sürmesi; benzer şekilde davalının da ileri sürmüş olduğu savunma sebeplerine dayanak olan vakıaları göstermesi gerekir. Medenî usûl hukuku açısından bu, iddia yükü olarak ifade edilir[214]. İddia yükünün gereğinin yerine getirilmemesi durumunda, tarafın buna zorlanabilmesi mümkün değildir. Hatta hâkimin

214 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 473.

tarafa belli bir vakıayı ileri sürmesini hatırlatacak davranışlarda bulunması da mümkün değildir. İddia yükü taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalar bakımından söz konusudur.

DİKKAT: Dava dilekçesinde iddia yükünü yerine getirmeyen taraf, iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı başlayıncaya kadar bu yükün gereğini yerine getirebilir. Şayet iddia yükü eksik yerine getirilmişse, mahkeme mevcut vakıalara göre davayı esastan reddeder. Buna karşılık, iddia yükünün gereği hiç yerine getirilmemişse, mahkemenin esası hakkında karar verebileceği bir dava konusu mevcut olmadığı için, davanın usûlden reddedilmesi gerekir[215].

İddia ve savunmanın, zaman, yer ve içerik olarak algılanması ve ispata elverişli şekilde ortaya konulması somutlaştırma yükü olarak ifade edilir[216]. Aynı zamanda somutlaştırma yükü, iddia edilen her bir vakıanın hangi delil aracılığı ile ispat edilmek istendiğinin de gösterilmesi yükünü ifade eder (HMK m. 194/1). Somutlaştırma yükü de yalnızca taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalar bakımından geçerlidir.

DİKKAT: İlgili taraf somutlaştırma yükünün gereğini yerine getirmemişse, hâkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31'inci maddesinde düzenlenen davayı aydınlatma yükümlülüğünün gereği olarak, tarafı vakıaları somutlaştırmaya veya hangi vakıayı gösterdiği hangi delille ispat edeceğini açıklamaya davet eder. Buna rağmen taraf somutlaştırma yükünün gereğini yerine getirmezse, ilgili vakıa dikkate alınmaksızın karar verilir[217].

Medenî usûl hukuku bakımından ispat hususunda önemli olan bir diğer mesele ise ispat yüküdür. Yargılamanın sonuna gelinmesine ve bütün deliller değerlendirilmiş olmasına rağmen, iddia edilen vakıanın mevcut olup olmadığı noktasında ortaya çıkan belirsizlik riskini taraflardan hangisinin taşıyacağı ispat yükü ile ilgilidir. İspat yükü, esas itibariyle uyuşmazlığın hâlli bakımından önem taşıyıp taraflar arasında çekişmeli bulunan vakıaların kim tarafından ispatlanacağının belirlenmesini düzenleyen müessesedir[218].

215 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 474.
216 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 474.
217 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 474.
218 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 476.

Yargılama sırasında her ne kadar taraflar ispat yükünün kime ait olduğuna bakmaksızın delil gösterme ve iddia edilen vakıaları ispatlama çabasına girişse de bir vakıanın ispatlanamaması hâlinde ortaya çıkan belirsizliğe rağmen mahkemenin yine de karar vermesi gerekir. Bu hak arama özgürlüğünün bir gereği olduğu gibi hukukî barışın tesisine de hizmet eder.

İspat yükünün kime ait olduğuna ilişkin genel kural Türk Medeni Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 6'ncı maddesine göre, "*kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*" Bu düzenlemedeki "yükümlüdür" kelimesi, ispatın bir "yük" olması karşısında, isabetli değildir. İspat yüküne ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190'ıncı maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme daha isabetlidir. Sözü edilen bu düzenleme şöyledir: "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir."

DİKKAT: İspat bir yük (külfet) olup, asla yükümlülük (mükellefiyet/borç) değildir. Dolayısıyla yerine getirilmemesi, bunun kendisine ait olduğu taraf aleyhine sonuç doğurur; ancak, ispat yükü kendisine düşen tarafın ispat için zorlanması söz konusu değildir.

Bazı hâllerde ise hakkaniyet gereği ya da somut durumdaki ispat zorluğu nedeni ile kanun koyucu, ispat yüküne ait genel kuraldan ayrılarak, ispat yükünün hangi tarafta olduğunu özel olarak düzenler. Örneğin, İş Kanunu'nun 5'inci maddesine göre, kural olarak kendisi ile aynı nitelikte diğer işçilerden farklı bir muameleye tâbi tutulduğunu ispat yükü işçiye aittir. Yine iş güvencesinden yararlanan işçilerde, feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükü, işverene yüklenmiştir (İş K. m. 20).

İspat yüküne ilişkin kurallar hem taraflarca getirilme ilkesinin hem de re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda geçerlidir.

Delil ikame yükü ise tarafları muhatap alarak, yargılamanın başında ve içerisinde, ispatsız kalma sebebiyle davanın kaybedilmesi neticesinden kaçınmak için uyuşmazlık konusu vakıalar hakkında hangi tarafın delil getirebileceğini ve getirmesi gerektiğini gösterir[219]. Her iki taraf da lehine

219 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 478.

hak çıkardığı vakıalara ilişkin delil ikame yükünü taşır. Ancak kanun, bazı hâllerde, delil ikame yükünü karşı tarafa (ispat yükünü taşımayan tarafa) yüklemiştir. Bu noktada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219'uncu ve 220'nci maddeleri önem taşır. İspat yükü kendisinde olan taraf ispata elverişli delilin karşı tarafta olduğunu iddia etmekte ise uyuşmazlığın karşı tarafı delil ikame yükünü taşır. Delil ikame yükü de yalnızca taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda uygulanır.

c. İş Yargılamasında İspata İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar

- ***Çalışma koşullarında değişiklik yapıldığı iddiasını ispat yükü kime aittir?***

İş Kanunu'nun 22'nci maddesine göre işveren işçinin çalışma koşullarında yapacağı esaslı değişiklikleri yazılı olarak bildirmek zorundadır. Yazılı olarak yapılmayan ya da işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı şekilde kabul edilmeyen değişikliklerin işçiyi bağlamayacağı da kanunda açıkça düzenlenmiştir. İşçinin bu değişikliği kabul etmemesi üzerine işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını ya da fesih için başka geçerli bir nedeni yazılı şekilde bildirerek ve sürelere uyarak iş sözleşmesi feshedebilir. Bu hâlde işçinin dava açma hakkı saklıdır. İşte böyle bir durumda işçinin fesih nedeni ile açtığı işe iade ya da alacak davalarında çalışma koşullarında değişiklik yapıldığı, bu değişikliğin işçi aleyhine ve esaslı nitelikte olduğu, ispat yüküne ilişkin kurallar gereğince, işçi tarafından ispatlanmalıdır.

Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir:

> "*Uygulamada, yazılı olarak yapılan iş sözleşmelerinde çoğunlukla işçinin yerine getireceği iş, unvanı, ücret ve ekleri belirtilmekle birlikte, çalışma koşullarının tespitine yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemektedir. Bu noktada çalışma koşullarının tespiti ve değişikliğin yapılıp yapılmadığı konularında ispat sorunlarını beraberine getirmektedir. Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik yapıldığı konusunda ispat yükü işçidedir.*"[220]

220 Yarg. 9. HD, 20.02.2020 T., 2017/14161 E., 2020/2709 K., www.legalbank.net, s.e.t. 30.04.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 7. HD, 30.11.2015 T., 2015/22499 E., 2015/23735 K., www.legalbank.net, s.e.t. 30.04.2021.

• *İş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde ispat yükü kime aittir?*

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesi ile iş sözleşmesinin geçerli nedenle işveren tarafından feshi düzenleme altına alınmıştır. 20'nci madde ile ise feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükünün işverene ait olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Benzer şekilde 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin altıncı fıkrasında da iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği gerekçesi ile açılan davalarda feshin nedenini ispat yükünün işverene ait olduğu düzenlenmiştir.

Ayrıca her iki düzenlemede de işçinin feshin başka bir nedene dayandığını iddia etmesi hâlinde bu iddiayı ispatla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır (İş K. m. 20/2, c. 2; 6356 s. K. m. 25/6 c. 2).

Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir:

> "*İş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.*
>
> *4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (04.04.2008 gün ve 2007/29752 Esas, 2008/7448 Karar sayılı ilamımız).*
>
> *İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2).*"[221]

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 191'inci maddesine göre, diğer taraf ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Esasen ispat yükünü taşıyan tarafın hasmının ispat yükünü taşıyan taraf henüz iddiasını ispatlayamadan onun ispatını mantıksal açıdan imkânsız kılacak yahut ispatını zedeleyecek bir başka vakıayı ispatlaması karşı ispat olarak

221 Yarg. 9. HD, 11.03.2020 T., 2020/1002 E., 2020/4132 K., www.legalbank.net, s.e.t. 01.05.2021.

ifade edilmektedir[222]. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf ispat yükünü üzerine almış sayılmaz. Bu çerçevede, her ne kadar sözleşmenin geçerli nedenle feshedildiğini ispat yükü işverene ait olsa da işçi sözleşmenin başka bir nedene dayandığını ispatlayarak işverenin iddiasını ispatını imkânsız hâle getirebilir. Yargıtay da haklı olarak böyle durumlarda işverenin ispat yükünün ortadan kalkamadığına işaret etmektedir:

> "*İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz. (Dairemizin 01.12.2008 gün ve 2008/6294 Esas, 2008/32601 Karar sayılı ilamı).*"[223]

Maddî bir vakıanın ispatına ilişkin olduğundan söz konusu iddialar her türlü delille ispatlanabilir[224].

• *Sendikal nedenle ayrımcılık iddiasında ispat yükü kime aittir?*

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin altıncı fıkrasında sendikal nedenle fesih iddiasında feshin nedenini ispat yükünün işverene ait olduğu açıkça düzenlenmiştir. Aynı hükmün yedinci fıkrasında ise fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı yönündeki iddialarını işçinin ispatlaması gerektiği kabul edilmiş; işçinin sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması hâlindeyse işverenin davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olduğu düzenleme altına alınmıştır.

Yargıtay sendikal nedenlerle açılan tazminat davalarında sendikal ayrımcılığı ispat yükünü işçinin taşıdığını kabul etmekte ve bu hususta bazı kriterlerin araştırılması ve tek başına tanık beyanlarına itibar edilmeyeceğini kabul etmektedir:

222 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 482.

223 Yarg. 9. HD, 11.03.2020 T., 2020/1002 E., 2020/4132 K., www.legalbank.net, s.e.t. 01.05.2021.

224 Örneğin bkz. Yarg. 9. HD, 11.03.2020 T., 2020/1002 E., 2020/4132 K., www.legalbank.net, s.e.t. 01.05.2021.

"*Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlüdür.*

Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hâllerde, iş yerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, iş yerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, iş yerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağıtlanıp bağıtlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir. Somut olayda, davacı işçiye görevi dışında iş yaptırılmak istendiği sabit olmakla birlikte bunun salt davacı işçinin iş yerinde örgütlü bulunan sendikadan istifa ederek başka sendikaya üye olması ve sendikal faaliyetleri nedeniyle yapıldığını ispata yeterli olmadığı ve tanık anlatımları dışında sendikal nedeni ortaya koyacak bir olgu veya durumun da ortaya konulup ispat edilmediği anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında, sendikal tazminat talebinin reddi yerine yazılı gerekçelerle kabulü hatalıdır."[225]

- ***Eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık iddiası ne şekilde ispatlanabilir?***

Anayasa'nın 10'uncu maddesinin İş Kanunu'ndaki yansıması olan 5'inci maddesine göre işverenin işyerinde çalışan işçilere karşı eşit davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Söz konusu düzenleme, iş sözleşmesinin kurulması da dahil çalışma şartlarında ve ödenecek ücretin tespitinde aynı nitelikteki işçiler arasında haklı bir neden olmadıkça farklı uygulamalara izin vermemektedir.

İş Kanunu'nun 5'inci maddesine göre, kural olarak kendisi ile aynı nitelikte diğer işçilerden farklı bir muameleye tâbi tutulduğunu ispat yükü işçiye aittir. Ancak işçi eşit davranma yükümlülüğünün ihlâl edildiğini güçlü bir şekilde

225 Yarg. 9. HD, 17.12.2020 T., 2016/36143 E., 2020/19005 K., www.legalbank.net, s.e.t. 01.05.2021.

ortaya koyarsa bunun aksini ispat yükünün işverene ait olduğu Kanun'da açıkça düzenlenmiştir.

Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir:

"*Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.*

Somut uyuşmazlıkta; dava dilekçesinde davacının işten haksız olarak çıkarıldığı, feshin gerçek nedeninin davacının hamileliği olduğu ve bu nedenle ayrımcılığa uğradığı iddia edilerek 4857 sayılı Yasanın 5. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırılık tazminatına hükmedilmesi talep edilmiştir.

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 alınamadığı 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. Davalı işveren ise 4857 sayılı Yasanın 5. maddesinin son fıkrasına göre bir ihlalin mevcut olmadığını kanıtlayamamıştır. Mahkemece davacının çalışma süresi de dikkate alınarak, anlan yasanın 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekirken tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır."[226]

Bu konuda önem arz eden bir husus, işçinin kendisi ile aynı nitelikteki diğer işçilerden farklı muameleye tâbi tutulduğu iddiasını ispatlamak bakımından işyerindeki diğer işçilerin özlük dosyalarındaki belge ve kayıtlara dayanmak

226 Yarg. 9. HD, 15.05.2019 T., 2016/1423 E., 2019/11167 K., www.legalbank.net, s.e.t. 07.05.2021.

istemesi hâlinde gündeme gelebilir. Zira bu hâlde işverenin işyerinde çalışan işçilerin kişisel verilerini koruma konusundaki yükümlülüğünün ihlâl edilebileceği düşünülebilir. Bu konudaki bir yargılamada Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi gizlilik ilkesine kıyasla işverenin eşit davranma yükümlülüğüne üstünlük tanınması gerektiğine karar vermiştir:

"*Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve subjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmalıdır. Dolayısı ile aynı yerde çalışan işçilere verilen ücretlerin, yapılan zam oranlarının eşit işlem borcu kapsamında denetlenebilmesi için işçi tarafından bilinmesi gerekir. Eşit işlem ilkesi gizlilik ilkesinden önce gelir. İşçinin aynı işte ve aynı kıdemde iken aldığı ücret ve zam oranının, kriterler belli değil ise diğer işçilere göre farklı olup olmadığını bilmesi gerekir. Bu durumda da işyerinde alınan ücretlerin ve zam oranlarının kötüniyetle kullanılmadığı sürece işçi açısından gizliliğinden sözedilemez.*

Dosya içeriğine göre davacı işçi işyerinde bilgisayar uzmanı olup, teknik destek elemanı olarak bilgisayarları kontrol görevi vardır. Teknik bakım sırasında kontrol ettiği bilgisayarda işyerinde çalışanların ücreti ve yapılacak zam oranlarını öğrenmiş ve bu bilgiyi, kendisi açısından olumsuz olması nedeni ile amiri konumundaki kişi ile paylaşmıştır. Öğrendiği bu belgenin kendisi açısından olumsuz olması ve hak arama kapsamında amirine iletmesi gizliliği ihlal ettiğini göstermez. İşveren davacının bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığını da kanıtlayamamıştır. Bu neden davacının iş akdinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir."[227]

227 Yarg. 9. HD, 05.10.2017 T., 2016/24041 E, 2017/15069 K., www.legalbank.net, s.e.t. 07.05.2021.

2. Deliller

a. Genel Olarak

Bir vakıanın doğruluğu hakkında hâkimde kanaat uyandırmak için kullanılan araçlar delil olarak adlandırılır[228]. Delil, ispat faaliyetinde kullanılan, dava öncesinde ve mahkeme dışında gerçekleşmiş olan bir vakıayı temsil etmeye ve böylece onu mahkemeye yansıtmaya yahut aktarmaya elverişliliği bilimsel açıdan kabul edilmiş her türlü bilgi taşıyıcısıdır[229]. Yargılama esnasında her türlü delil değil yalnızca hukuka uygun şekilde elde edilen deliller dikkate alınır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189'uncu maddesine göre, "*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz*." Hâkim delilin hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olup olmadığını re'sen gözetmelidir.

İspat için kural olarak delile ihtiyaç duyulmakta ise de kimi hâllerde kanun koyucu emarelerle ispatı da kabul etmiştir. İspatı gereken bir vakıaya yabancı olan ancak onun hakkında tecrübe kurallarından hareketle sonuç çıkarmanın mümkün olduğu komşu vakıa emare olarak adlandırılır[230]. Hâkimin bir vakıa hakkında emare ispatıyla yetinebilmesi için bunun Kanun tarafından açıkça öngörülmesi gerekir.

İspat bakımından önemli bir husus ise kanun koyucunun hangi delil sistemini benimsemiş olduğudur. Zira kanun koyucu belli bir vakıanın yalnızca belirli deliller ispatlanabileceğini öngörüyorsa bu hâlde ispat yükünü taşıyan tarafın o delillerden başkasına başvurması mümkün değildir. Bu konuda farklı hukuk sistemlerince farklı delil sistemleri kabul edilmiştir. Türk hukukunda karma delil sistem kabul edilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, kanunî (kesin) delil sistemine gönderme yapılmıştır. Buna göre, "*Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz*". Bu hâlde hâkimin takdir hakkı bulunmaz.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 192'nci ve 198'inci maddelerinde ise serbest delil sistemi düzenlenmiştir. Buna göre, "*Kanunun belirli bir*

228 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 483.
229 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 483.
230 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 485.

delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir" (HMK m. 192). "*Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir*" (HMK m. 198). Türk kanun koyucusunun tercihi olan bu delil sisteminin en önemli sonucu ise deliller bakımından yapılan kesin delil-takdirî delil ayrımıdır.

Kesin deliller, bir vakıaya ilişkin olarak mevcut bulunmaları ve usûlünce mahkemeye sunulmuş olmaları durumunda, hâkimin takdir yetkisini kaldırarak o vakıanın doğru kabul edilmesi sonucunu doğuran delillerdir[231]. Bir delile kesin delil olma vasfı ancak kanunla verilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabul ettiği iki adet kesin delil vardır; bunlar senet ve yemindir. Bunların yanında, kesin hüküm de ayrıca düzenlenmiş olan bağlayıcılığı nedeniyle kesin deliller arasında sayılabilir.

Kesin deliller dışında kalan bütün ispat araçları, 'delil' vasfı taşımak ve bu şekilde nitelendirilebilmek koşuluyla, takdirî delildir[232]. Bunların bir kısmı Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından sayılmıştır. Ancak, adı geçen Kanun'un 192'nci maddesi gereğince, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceği açıkça öngörüldüğünden, takdirî delillerin kanunda açıkça sayılanlardan ibaret olmadığı söylenebilir. Kanunda sayılan takdirî deliller senet ve ilâm hariç olmak üzere belge, tanık, bilirkişi ve keşiftir.

Kanun'un kesin delille ispatını öngördüğü vakıaların takdirî delille ispatlanması mümkün değildir. Kesin delille ispatı öngörülmüş bulunan bir vakıa hakkında takdirî delil sunulması durumunda, hâkim bunun caiz olmadığını re'sen gözetir. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189'uncu maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları gereğince, Kanun'un belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz ve bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200'üncü maddesinin ikinci fıkrasında, senetle ispatı gereken hususlarda buna ilişkin birinci fıkradaki düzenlemenin hatırlatılması ve karşı tarafın açık muvafakatinin bulunması hâlinde takdirî delillerle ispata imkân tanınabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca

231 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 487.
232 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 488.

delil sözleşmesinin varlığı hâlinde de kesin delillerle ispatı gereken bir hususta takdirî delillere başvurulabilir. Taraflarca akdedilmiş bir delil sözleşmesi var ise bu kurala istisna getirilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193'üncü maddesine göre, "*Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler. Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir*".

İspat ve delillere ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise delillerin mahkemeye bildirilmesi ve sunulmasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189'uncu maddesinde "*Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usûle uygun olarak ispat hakkına sahiptir*." şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Delillerin gösterilmesi ve sunulmasına ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde düzenlemeler yer almaktadır. İlk olarak taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda kural, delillerin taraflarca mahkemeye bildirilmesi ve sunulmasıdır (HMK m. 25). Bu kuralın istisnaları, bilirkişi incelemesi ve keşif delilidir. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun somutlaştırma yükünü düzenleyen 194'üncü maddesinde de "*Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdırlar. Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur*." hükmüne yer verilmiştir.

DİKKAT: Basit yargılamaya tâbi dava ve işlerde delillerin gösterilmesi ve sunulmasına ilişkin en önemli düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 318'inci maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, "*Taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır*".

Tanık, bilirkişi ve keşif delillerine dayanılması durumunda, hangi vakıaların bu delillerle ispatlanacağının dilekçede belirtilmesi yeterlidir. Ayrıca davanın

başında hangi tanıkların dinletileceğinin yahut kimin bilirkişi atanmasının isteneceğinin yahut keşfin ne zaman ve nasıl icra edileceğinin mahkemeye bildirilmesine gerek yoktur.

Yemin delili kural olarak kesin delille ispatı gereken bir vakıa hakkında, başkaca bir kesin delilin bulunamaması üzerine son çare olarak başvurulan bir delil olduğundan, buna başvurulması için söz konusu aşamaya gelinmiş olmasının beklenmesi gerekir.

DİKKAT: Yemin deliline başvurulacağının davanın başında mutlaka bildirilmiş olması gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun delillerin gösterilmesine ilişkin düzenlemesinin yanı sıra 2017 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile de bu husus kabul edilmiş; dilekçede yer alan *"sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller*" gibi ifadelerin yemin deliline başvurulmuş sayılması için yeterli olmadığı ifade edilmiştir (YİBHGK, 03.03.2017 T., 2015/2 E., 2017/1 K.).

Kanun'da belirtilen süreden sonra delil ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak sonradan delil gösterilmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyor ve delilin süresi içinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa mahkemece sonradan delil gösterilmesi kabul edilebilir (HMK m. 145).

Kanun'da belirtilen hâller dışında, deliller davaya bakan mahkeme huzurunda, mümkün olduğu kadar birlikte ve aynı duruşmada incelenir. Zorunlu hâllerde, bazı delillerin incelenmesi başka bir duruşmaya bırakılabilir. Başka yerde bulunan ve mahkemeye getirilemeyen deliller, o yerde istinabe yoluyla toplanabilir. Delillerin incelenmesi, bu bağlamda tanık yahut bilirkişi beyanlarının dinlenmesi sırasında taraflar istinabe olunan mahkemede hazır bulunabilir ve delillerle ilgili açıklama haklarını kullanabilirler.

Delil gösteren taraf, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemez (HMK m. 196). Kanunî istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir (HMK m. 198). Mahkeme, taraflarca gösterilmiş olan delillerin incelenmesinden sonra, davanın muhakeme ve hüküm için yeterli derecede aydınlandığını anlarsa, tahkikatın bittiğini kendilerine bildirir (HMK m. 146).

Ancak, hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında delil gösterilmesini isteyebilir (hâkimin davayı aydınlatma ödevi, HMK m. 31).

Tarafların, karşı tarafın davayı kazanması için kendi aleyhine olan hususlarda delil gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak Kanun bu kurala bazı istisnalar getirmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. Elektronik belgeler ise belgenin çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edilirler (HMK m. 219/1). Ticarî defterler gibi devamlı kullanılan belgelerin ise, sadece ilgili kısımlarının onaylı örnekleri mahkemeye ibraz edilir (HMK m. 219/2).

İbrazı istenen belgenin davanın ispatı bakımından gerekli olduğuna mahkemece kanaat getirilirse, karşı taraftan, o belgeyi mahkemeye ibraz etmesi istenir (HMK m. 220/1). Karşı taraf, bu belgenin elinde olduğunu ikrar ederse veya ileri sürülen talep üzerine cevap vermezse, belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşılırsa ya da başka bir belgede ikrar olunursa mahkeme, bu belgenin ibrazı için o kişiye kesin bir süre verir (HMK m. 220/1).

Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmezse ve ibraz etmemesine ilişkin kabul edilebilir bir mazeret göstermezse ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr ederse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını gerçek kabul edebilir. Ancak bunun için, kendisine teklif edilen yemini kabul etmemesi ya da icra etmemesi gerekir (HMK m. 220/3).

b. İş Yargılamasında Delillere İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar

- ***Deliller yargılamanın hangi aşamasına kadar ileri sürülebilir?***

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 316'ncı ve devamı maddelerinde basit yargılama usûlüne ilişkin hükümler yer almaktadır. 318'inci madde, basit yargılama usûlüne tâbi yargılamalarda delillerin dava ve cevap dilekçesi ile birlikte bildirilmesi gerektiği, tarafların ellerinde bulunan delilleri dilekçelerine eklemek zorunda oldukları, başka yerden getirtilecek delillerin bulunabilmesi

için gerekli bilginin de dilekçede yer alması gerektiği düzenlemiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 319'uncu maddesinde ise basit yargılama usûlüne tâbi yargılamalarda iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının davanın açılması ile; savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının ise cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile başlayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bahsi geçen hükümler dikkate alındığında basit yargılama usûlüne tâbi iş yargılamasında deliller ancak dava ve cevap dilekçesi ile birlikte bildirilmeli; mevcut delillerin dilekçeler ile birlikte mahkemeye sunulması gerekmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu'nda bu hususta ayrıca bir hüküm bulunmadığından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bahsi geçen hükümlerinin uygulanmasının önünde herhangi bir engel de bulunmamaktadır. Zaten 7036 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde de bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 142'nci maddesinde de mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkileri ile yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği kabul edilmiştir. Bu çerçevede Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerine rağmen farklı şekilde bir uygulamanın kabulü mümkün değildir. İş mahkemelerinde görülmekte olan davalar bakımından delillerin bildirilmesi ve gösterilmesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 317'nci ve 318'inci maddeleri dikkate alınarak sonuca varılmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 322'nci maddesinde ise basit yargılama usûlüne ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde yazılı yargılama usûlüne ilişkin kuralların uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir. Bu bağlamda sonradan delil gösterilmesini haklı kılan bir mazeretin bulunması durumunda 145'inci maddenin basit yargılama usûlüne tâbi yargılamalarda ve bu kapsamda iş yargılamalarında da uygulanabileceği unutulmamalıdır. 145'inci maddeye göre kanunda öngörülen süreden sonra delil gösterilmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyor ve delilin süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa mahkeme o delilin sonradan ileri sürülmesini kabul edebilir.

Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi'nin ise aksi yönde kararları bulunmaktadır:

> "*Mahkemece delil listesinde belirtilmediği gerekçesiyle sonradan sunulan ödeme makbuzlarının dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.*

Ödeme savunmasının yargılamanın her aşamasında yapılabileceği dikkate alınarak 2014/5,6,7,8. Aylara ait ödeme dekontları davacıya gösterilmeli, içeriği hakkında beyanı alınıp, ödemenin varlığının tespiti hâlinde hesaplanan kıdem tazminatından mahsubu gerekeceğinin düşünülmemesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."[233]

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi'nin verdiği bazı kararlarda Kanun'da yer alan düzenlemelerin aksi yöndedir. Söz konusu kararlarda 22'nci Hukuk Dairesince sonradan gösterilen delillerin 145'inci maddenin şartlarını taşımasa da dikkate alınması gerektiğini kabul edildiği anlaşılmaktadır:

"*Davacı davalı Üniversite bünyesinde alt işveren işçisi olarak yemekhanede aşçı yardımcısı görevinde 04.10.2004 – 30.10.2014 tarihleri arasında çalışmış olup son iki yıl dışında yıllık izinlerinin kullandırılmadığını iddia ederek izin ücreti talebinde bulunmuş, Mahkemece bilirkişi raporu doğrultusunda yıllık izin ücretine taleple bağlı kalarak hükmedilmiştir. Davalı temyiz dilekçesi ekinde davacıya ait bir kısım imzalı yıllık izin kullanım belgelerini sunmuş ve davacının izin kullandığını belirtmiştir. İbraz edilen bu belgeler itiraz mahiyetinde ve hakkı sona erdiren belgeler olup, yargılanmanın her safhasında nazara alınması gerekir. Kaldı ki bu belgeler davalı tarafça düzenlenen belgeler olmayıp alt işverence düzenlenen belgelerdir ve davalı asıl işverenin bu belgeleri alt işverenden sonradan temin ederek dosyaya sunması olağan karşılanmalı ve değerlendirmeye alınması gerekir. Bu nedenle Mahkemece ibraz edilen bu belgeler davacıya gösterilip, diyecekleri sorulup sonucuna göre bir karar verilmelidir.*"[234]

"*Somut olayda, davalı tarafça dosyaya sunulan bir takım imzalı ücret bordrolarında yıllık izin ücreti tahakkuklarının bulunduğu görülmektedir. Ancak bu belgeler, temyiz dilekçesi ekinde dosyaya sunulduğundan Mahkemece dikkate alınamamıştır. Sunulan belgeler borcu sona erdiren nitelikte olup yargılamanın her aşamasında sunulabileceği Dairemizin istikrar kazanmış kararlarıyla kabul edilmektedir.*

Mahkemece, bu ücret bordrolarının davacıya gösterilerek bordrolara karşı beyanının alınıp tüm dosya kapsamındaki bilgi ve

233 Yarg. 9. HD, 06.04.2016 T., 2014/37231 E., 2016/8580 K., www.legalbank.net, s.e.t. 08.05.2021.
234 Yarg. 22. HD, 15.112017 T., 2015/20060 E., 2017/24960 K., www.legalbank.net, 08.05.2021.

belgeler birlikte değerlendirilerek sonucuna göre yıllık izin ücreti alacağı hakkında karar verilmesi gerektiğinden mahkeme kararının bozulması gerekmiştir."[235]

Dairelerin aksine Hukuk Genel Kurulu ise süresi içinde ileri sürülmeyen delillerin 145'inci maddenin şartlarını taşımaması hâlinde dikkate alınamayacağını; bu bağlamda sonradan sunulan delilin ödeme niteliği taşıyıp taşımamasının önem arz etmediğini kabul etmektedir:

"*....somut olay değerlendirildiğinde, temyiz dilekçesi ekinde ibraz edilen yıllık izin belgelerinin, yargılamanın devamı sırasında gerek davacı işçinin beyanlarında gerekse davalı işverenin savunmalarında yer almadığı, mahkemece usûlüne uygun olarak verilen süreye rağmen davalı tarafça ibraz edilmediği, kaldı ki davalı işveren tarafından belgelerin yargılama aşamasında sunulmamasına yönelik bir mazeret de ileri sürülmediği gibi 12.11.2012 havale tarihli temyiz dilekçesine ek olarak verilen 04.12.2012 havale tarihli temyiz dilekçesinde açıkça bahsi geçen belgelerin "sehven" sunulmadığının belirtildiği anlaşılmıştır.*

Diğer taraftan yıllık izinlerin kullanıldığını gösteren belgelerin işçinin imzasını taşıması durumunda bu nitelikteki belgeler ile yıllık izinlerin kullanıldığı ortaya konulacağından, fesih ile birlikte muaccel bir borç hâline gelen yıllık izin ücreti hakkı doğmayacaktır. Bu itibarla, yıllık izinlerin kullanıldığını gösteren belgeler borcu söndüren nitelikte bir belge olmayıp, hakkın doğmadığını kanıtlayan nitelikte belgelerdir.

Buna göre yasal düzenlemeler ve yıllık izin belgelerinin niteliği dikkate alındığında, davalı işverenin, kanuni süresinde sunulmayan hakkın doğmadığını gösteren yıllık izin belgelerine dayanması mümkün değildir.

Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 25.01.2017 gün, 2015/7-1556 E., 2017/129 K. sayılı kararında da aynı sonuca varılmıştır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında ödeme savunması niteliğindeki belgelerin her zaman dosya içerisine sunulabileceği, borcu sonlandıran bir belgenin bulunması durumunda

235 Yarg. 22. HD, 15.01.2018 T., 2017/9646 E., 2018/24 K., www.legalbank.net, 08.05.2021.

bu hususun mahkemece değerlendirileceği, bu nedenle direnme kararının bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir."[236]

Hukuk Genel Kurulu'nun kanaatimizce de doğru ve Kanun'a uygun olan bu kararına rağmen, Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi'nin kapanması ve dosyaların 9'uncu Hukuk Dairesi'ne devredilmesi üzerine 2020 yılı Eylül ayında yapılan toplantıda alınan **ilke kararı** ise şu şekildedir:

"*Ödeme itirazı mahiyetindeki makbuz ve benzeri miktar içeren belge sunumu - istinaf aşaması hariç- yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. İbraname veya yıllık izin belgesi gibi borcu sona erdirebilecek belgeler de temyiz aşamasında dahi ileri sürülebilir*."

Nitekim bu tarihten sonra da Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi, ödeme belgesi mahiyetinde olan belgelerin hakkı ortadan kaldırdığı ve bu nedenle yargılamanın her aşamasında ileri sürülmesinin mümkün olduğu yönünde kararlar vermiştir:

"*Somut uyuşmazlıkta, ıslaha karşı yapılan itirazların değerlendirilmesi için aldırılan 18.05.2016 tarihli ek bilirkişi raporuna karşı davalının itirazlarını sunduğu 08.06.2016 tarihli dilekçede yargılama sırasında sonradan ellerine geçen evrakları ibraz ettiklerini belirterek dosyaya hafta tatili izinlerinin toplu şekilde kullandırıldığına dair davacı imzasını içeren bir kısım belgeler eklediği, 29.06.2016 tarihli son celsede davalı vekilinin hafta tatilinin kullanıldığına ilişkin belgeleri dosyaya ibraz ettiklerini ve bu belgelerin hesaplamada dikkate alınmasını talep ettiği, davacı vekilinin ise dosyanın karar aşamasında olduğu, bu aşamada sunulan belgelerin dikkate alınamayacağını belirttiği görülmüştür.* ***Mahkemece, herhangi bir gerekçe belirtilmeksizin bu belgeler dikkate alınmamış ise de, sunulan belgeler ödeme belgesi mahiyetinde olup, ödeme belgelerinin hakkı ortadan kaldıran özelliği nedeni ile yargılanmanın her safhasında nazara alınması gerektiğinden mahkemece belgelerin dikkate alınmaması doğru olmamıştır***."[237]

236 Yarg. HGK, 09.05.2018 T., 2018/422 E., 2018/1024 K., www.legalbank.net, 08.05.2021.

237 Yarg. 9. HD, 07.12.2020 T., 2016/35100 E., 2020/17280 K., www.legalbank.net, 08.05.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

• ***İşçinin gerçek ücretinin tespitinde hangi deliller kullanılabilir?***

İşçinin ücreti kıdeme, yaptığı işin özelliğine ve niteliğine göre belirlenen ücrettir. Ancak uygulamada sigorta primlerinin yahut verginin daha az ödenmesi ya da başka gerekçelerle işçinin ücretinin bordrolarda gösterilenden farklı olması söz konusu olabilir. Bu ise hem hizmet tespit davaları hem de ücrete bağlı işçilik alacaklarının hesaplanması bakımından sorunlara yol açmaktadır. Söz konusu talepleri konu alan yargılamalarda işçinin gerçek ücret miktarının tespiti ile sonuca varılması gerekmektedir. İşçinin gerçek ücretinin ne şekilde ispat edileceği hususunda ise Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunmaktadır.

Bu hususta Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi'nin kararları ücretin işçi tarafından imzalanan bordrolarda gösterilen ücret miktarından daha fazla olduğunun her türlü delille ispatlanabileceği yönündedir:

> "*Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta pirimi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.*"[238]

9'uncu Hukuk Dairesi'ne benzer şekilde Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi'nin kararlarına göre de imzalı bordroların aksi tanık da dahil her türlü delille ispatlanabilir:

> "*Çalışma hayatında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin*

238 Yarg. 9. HD, 12.11.2018 T., 2015/25596 E., 2018/20300 K., www.legalbank.net, s.e.t. 30.04.2021.

tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek, ilgili işçi ve işveren kuruluşları ile Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı internet sitesinde bulunan "Kazanç bilgisi sorgulama" ekranından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir."[239]

Yargıtay'ın 10'uncu ve 21'inci Hukuk Daireleri ise özellikle hizmet tespit davaları bakımından gerçek ücretin tespitinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun senetle ispata ilişkin kurallarının geçerli olduğunu ve Kanun'da belirtilen parasal sınırların üzerindeki talepler bakımından kesin delille ispat zorunluluğunun olduğunu kabul etmektedir[240].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da ücretin hangi delillerle ispatlanacağı hususunda farklı yönde kararları bulunmaktadır. Bazı kararlarında ücretin bordrolarda gösterilenden farklı olduğuna ilişkin iddianın her türlü delille ispat edilebileceği kabul edilmiştir:

"*İş sözleşmesinin tarafları görünüşte bir ücret belirlemiş olabilirler, ancak bu ücret tarafların aralarında kararlaştırdıkları gerçek ücret olmayabilir. Uygulamada bazen taraflar arasında kararlaştırılmış olan gerçek ücret (örneğin SGK primlerini daha az ödemek amacıyla) bordroya yansıtılmamakta, daha düşük (örneğin asgari ücret) gösterilmektedir. Bu gibi durumlarda hâkim tarafından gerçek ücretin saptanması yoluna gidilmelidir (Süzek S.: İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015, s:394, 395).*

İş sözleşmesinin tarafları arasında ücret miktarı konusunda çıkabilecek ihtilaflarda gerçek ücretin her türlü delille ispatı mümkündür. Aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, tanık beyanları gibi delillerle işçinin imzasını taşıyan ücret bordroları veya hizmet sözleşmesinde yazılı olan ücretin gerçek olmadığı kanıtlanabilir. Ücretin mevcut delillerle şüpheye

239 Yarg. 22. HD, 09.09.2019 T., 2019/5568 E., 2019/15629 K., www.legalbank.net, s.e.t. 30.04.2021.
240 Bkz. Yarg. 21. HD, 09.02.2016 T., 2015/6964 E., 2016/1473 K., www.legalbank.net, s.e.t. 30.04.2021.

yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi mümkün bulunmayan kimi durumlarda, yapılacak iş, hizmet süresi ve diğer belirleyici özellikler göz önünde tutularak ve ayrıca ilgili meslek örgütlerinden sorulmak suretiyle de belirlenebilir. Meslek örgütlerince bildirilen ücret miktarları tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olmayıp, diğer bilgi ve belgelerle de desteklenmelidir."[241]

Diğer bazı kararlarında ise imzalı bordrolarda belirtilen ücretin aksini ispatta senetle ispat kurallarının geçerli olduğu kabul edilmiştir:

"*Davanın niteliği gereği çalışma olgusunun her türlü delille ispatlanabilmesine karşılık, ücretin ispatında bu denli serbestlik söz konusu değildir. Ücretin ispatında Hukuk Genel Kurulunun 2005/21-409 E., 2005/413 K.; 20.10.2010 gün ve 2010/10-480 E. 2010/523 K.; 19.10.2011 gün ve 2011/10-608 E., 2011/649 K.; 19.06.2013 gün ve 2012/10-1617 E. 2013/850 K. ve sayılı kararlarında da belirtildiği üzere, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 288. maddesinde (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 200) yazılı sınırları aşan, ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır.*

Ücret miktarı HUMK'nın 288. (HMK m.200) maddesinde belirtilen sınırları aşıyorsa, tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliğe haiz olarak düzenlenmiş bulunmak kaydıyla, işçinin imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle ispatı mümkündür.

Yazılı delille ispat sınırın altında kalan miktar için veya bu miktar üzerinde olsa bile varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgelerin bulunması hâlinde tanık dinletilmesi mümkündür (1086 sayılı HUMK m. 292 (HMK m. 202)."[242]

Ücrete ilişkin bordrolar iş ilişkisini ispata yarayan belge niteliğindedir. Ücret bordrolarında işçinin haftalık çalışma saat ile bunun karşılığında ödenen ücret miktarı ile iş ilişkisi nedeni ile hak kazandığı diğer işçilik alacakları gösterilmektedir. İşçinin imzasını taşıyan ve aradaki hukukî ilişkiyi ispatlayan

241 Yarg. HGK, 26.04.2017 T., 2015/1060 E., 2017/865 K., www.legalbank.net, s.e.t. 30.04.2021.
242 Yarg. HGK, 25.04.2018 T., 2015/1659 E., 2018/947 K., www.legalbank.net, s.e.t. 30.04.2021.

bu belgeler senet niteliğini haizdir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200'üncü ve devamı hükümlerinde senetle ispat zorunluluğu ile bunun istisnaları düzenlenmiştir. Özellikle 201'inci maddede *senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukukî işlemler ikibinbeşyüz (2021 yılı için 4.880 TL) Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz*" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemenin iş yargılamasında ücretin tespiti bakımından uygulanmasını engelleyen herhangi bir hüküm ise bulunmamaktadır. Bu çerçevede ücretin işçinin imzasını taşıyan bordrolarda gösterilenden farklı olduğu iddiasının ispatında da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 201'inci maddesinin uygulama alanı bulması gerekir. Dolayısıyla ücretin tespitinde 9'uncu ya da 22'nci Hukuk Dairesi kararlarında olduğu gibi tanık dahil her türlü delilin kullanılabileceği iddia edilemeyeceği gibi aksi yöndeki kararlarda ifade edildiği gibi yalnızca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gösterilen parasal sınırların üzerinde kalan alacak talepleri bakımından senetle ispat kuralının geçerli olduğu da söylenemez. Diğer bir anlatımla, 201'inci maddenin düzenlemesi karşısında, işveren tarafından ücretin işçinin imzasını taşıyan bordro ile ispatlanması hâlinde işçinin bunun aksini ispatı ancak senede karşı senetle ispat kuralları çerçevesinde mümkün olabilir. Bu çerçevede yalnızca delil başlangıcının (HMK m. 202) bulunması ya da senetle ispat kuralının istisnalarının (HMK m. 203) söz konusu olması hâlinde tanık dinletilebilir.

Pozitif hukuk bakımından Yargıtay'ın ücretin tespitinde imzalı bordroların aksinin her türlü delille ispatlanabileceğine ilişkin görüşü dayanaktan yoksundur. İş ilişkisinin niteliği dikkate alındığında işçinin daha zayıf konumda bulunması nedeniyle işveren tarafından hazırlanan bordroları fiilen imza mecburiyetinin bulunduğu; bunun aksini ispata yarayan ispat vasıtalarına ise ulaşmasında pek çok güçlük bulunduğu akla gelebilir. Ancak, daha zayıf konumda bulunması nedeni ile işçinin menfaatlerinin korunması amacı ile işçi lehine yorum yapılması iş hukukunun maddî hukuk yönü ile ilgilidir. Buna karşın usûl hukukunu ilgilendiren konularda işçi lehine yorum ilkesi geçerli değildir. İşçinin daha zayıf durumda bulunması usûl hukukunda var olan ve anayasal olarak yalnızca kanunla düzenlenebileceği öngörülen kuralların esnetilmesinin gerekçesi olarak kabul edilemez. İşçi lehine yorum ilkesi

maddî hukuka ilişkin bir ilke niteliğini haizdir ve usûl kurallarının yorumunda dikkate alınmaz. Diğer bir anlatımla, ücretin hesaplanmasında senetle ispat kurallarının esnetilmesi, işçi lehine yorum ilkesi ile izah edilemez. Ayrıca Yargıtay daireleri arasında ücret hesabına ilişkin olarak yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi bir çelişkinin söz konusu olmasının yanı sıra bu kararlar Yargıtay'ın benzer bazı konulardaki başka kararları ile de çelişmektedir. Örneğin fazla çalışma ücretinin tespitinde imzalı bordroların aksinin ancak yazılı delillerle ispatlanabileceği kabul edilmekte iken ücretin tespitinde tanık dinlenebileceği sonuca varılması kanaatimizce çelişkilidir. Uygulamada ortaya çıkan bu çelişkinin içtihatların birleştirilmesi yolu ile hukuka uygun şekilde giderilmesi gerekir.

Nihayet, olması gereken hukuk bakımından iş yargılamasında senede karşı senetle ispat kurallarına işin niteliği ve tarafların durumu dikkate alınarak kanunî bir istisna tanınması uygulamada ortaya çıkan sorunların giderilmesini sağlayacaktır.

- ***Prime esas kazancın tespitinde ücret hangi delillerle ispatlanabilir?***

Yargıtay'ın 10'uncu Hukuk Dairesi, prime esas kazancın tespiti talebi ile açılan davalarda ücretin ispatında senetle ispat kurallarının geçerli olacağına ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen parasal sınırları aşan miktarlar bakımından "yazılı delil" gösterilmesinin zorunluluğuna işaret etmekteydi:

"*Davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Kanunun 80. maddesidir.*

Bu kapsamda davacı işçinin, işin ve işyerinin kapsam ve niteliği dikkate alınarak, ücretinin ve davalı ...'na davalı işveren/işverenler tarafından ödenen ve ödenmesi gereken primlerin miktarının belirlenebilmesi amacıyla, prime esas kazancın tespitinde, gerçek ücretin esas alınması koşuldur.

Gerçek ücret; sigortalının kıdemi, yaptığı işin özelliği ve niteliğine göre ödenmesi gereken ücrettir. Hizmet akdinin tarafları görünüşte bir ücret belirlemiş olabilirler, ancak bu ücret tarafların aralarında kararlaştırdıkları gerçek ücret olmayabilir. Uygulamada bazen taraflar arasında kararlaştırılmış olan gerçek ücret (örneğin SSK primlerini daha az ödemek amacıyla) bordroya yansıtılmamakta, daha düşük

(örneğin asgari ücret) gösterilmektedir. Bu gibi durumlarda yargıç tarafından gerçek ücretin saptanması yoluna gidilmelidir (Prof. Dr. S. Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınları, Sy:287).

Davanın niteliği gereği, çalışma olgusunun her türlü delille ispatlanabilmesine karşılık ücretin ispatında bu denli bir serbestlik söz konusu değildir. Çalışma olgusunun her türlü delille kanıtlanması olanağı bulunmakla birlikte; Hukuk Genel Kurulu'nun 2005/21-409 E., 2005/413 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesindeki yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır.

Ücret miktarı HMK'nun geçici 1. maddesinin ikinci fıkrası delaletiyle HUMK 288. maddesinde belirtilen sınırları aşıyorsa, tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliğe haiz olarak düzenlenmiş bulunmaları kaydıyla, işçinin imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları gibi delillerle sigortalının imzasını taşıyan ücret bordroları veya hizmet sözleşmesinde yazılı olan ücretin gerçek olmadığı kanıtlanabilir.

Yazılı delille ispat sınırın altında kalan miktar için yine HMK'nun geçici 1. maddesinin ikinci fıkrası delaletiyle HUMK'nun 289. maddesi gereğince tanık dinletilebilir. Tespiti istenen miktar sınırı aşıyor olsa bile varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa tanık dinletilmesi mümkündür."[243]

Bir başka kararda da 10'uncu Hukuk Dairesi, ispat araçlarını daha ayrıntılı olarak şu şekilde sıralamıştır:

"*Davanın niteliği gereği çalışma olgusunun her türlü delille ispatlanabilmesine karşılık ücretin ispatında bu denli serbestlik söz konusu değildir. Ücretin ispatında Hukuk Genel Kurulu'nun 2005/409-413, 2010/480-523, 2011/608-649 sayılı kararlarında da belirtildiği üzere, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 200. (1086 sayılı HUMK m. 288) maddesinde yazılı sınırları aşan,*

243 Yarg. 10. HD, 04.11.2019 T., 2017/1178 E., 2019/8016 K., www.legalbank.net, s.e.t. 26.04.2021.

ücret alma iddialarının, yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır. ***Ücret miktarı maddelerde belirtilen sınırları aşıyorsa, tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliğe haiz olarak düzenlenmiş bulunmaları kaydıyla, işçinin imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, usûlüne uygun tutulan ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle ispatı mümkündür****.*

Yazılı delille ispat sınırın altında kalan miktar için veya bu miktar üzerinde olsa bile varlığı iddia edilen çalışma süresine ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgelerin bulunması hâlinde tanık dinletilmesi mümkündür (1086 sayılı HUMK m. 292; HMK m. 202). Eğer ispat sınırının altında kalan ücretler, yine işçinin imzası bulunan belgelere dayanıyorsa yine aksinin yazılı delillerle ispatlanması gerekecektir (HMK m. 201)."[244]

Yargıtay'ın 21'inci Hukuk Dairesi'nin kararı da aynı yöndedir:

"*Hizmet veya ücret tespitine yönelik davalarda, davacının çalışmasının gerçekliği, işin ve işyerinin kapsam ve niteliği dikkate alınarak, ücretinin ve davalı ... Başkanlığına, davalı işveren tarafından ödenen ve ödenmesi gereken primlerin miktarının belirlenebilmesi amacıyla, prime esas kazancın tespitinde, gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Davanın niteliği gereği, çalışma olgusunun her türlü delille ispatlanabilmesine karşılık ücretin ispatında bu denli bir serbestlik söz konusu değildir. Çalışma olgusunun her türlü delille kanıtlanması olanağı bulunmakla birlikte; Hukuk Genel Kurulu'nun 2005/21-409 Esas, 2005/413 Karar sayılı kararında da belirtildiği üzere ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır. HMK 200. maddesi, Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukukî işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar ve değerleri iki bin beş yüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukukî işlemlerin miktar ve değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle iki bin beş yüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz, demekle, Kanunda ispat*

244 Yarg. 10. HD, 21.10.2019 T., 2017/2951 E., 2019/7650 K., www.legalbank.net, s.e.t. 26.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

sınırı olarak gösterilen belli tutarı aşan hukukî işlemler ve senede karşı olan iddialar kural olarak yalnız senetle ispat edilebilir. Bu kaidenin istisnaları bulunmakta olup somut olayda ise bir istisna bulunmamakla birlikte senetle ispat şartı geçerlidir. Bir hukukî işlemin senetle ispatının gerekip gerekmediği o hukukî işlemin tümünün değerine göre belirlenir. ***Buna göre de, Ücret miktarı HMK'nun Geçici 1. maddesinin ikinci fıkrası delaletiyle HUMK 288. maddesinde (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 200.maddesi) belirtilen sınırları aşıyorsa, tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliğe haiz olarak düzenlenmiş bulunmaları kaydıyla, işçinin imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtlar, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle ispatı mümkündür. Yazılı delille ispat sınırın altında kalan miktar içinse tanık dinletilebilir. Tespiti istenen miktar sınırı aşıyor olsa bile varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa da tanık dinletilmesi mümkündür.***"[245]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca 2019 yılında bu hususta verilen bir kararda da prime esas ücretin tespiti bakımından senetle ispat kurallarının geçerli olması gerektiği şu gerekçelerle ortaya konulmuştur:

"*Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, somut olayda, tır şoförü olarak çalışan davacının, 13.10.2008-15.06.2009 tarihleri arasında davalı işverene ait iş yerinde geçen çalışmalarına ilişkin prime esas kazancının tespitine dair talebi yönünden, mahkemece 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesi (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesi) kapsamında inceleme yapılmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.*

Davanın yasal dayanağını, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun (5510 sayılı Kanun) 86. maddesinin sekizinci fıkrası teşkil etmektedir. Anılan maddede "Aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar,

245 Yarg. 21. HD, 05.05.2015 T., 2014/14770 E., 2015/9863 K., www.legalbank.net, s.e.t. 26.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır." hükmüne yer verilmiştir.

Bilindiği üzere, belli bir dönemdeki çalışmaların tespiti istemini içeren hizmet tespiti davası, dava dilekçesinde açıkça belirtilmiş olmasa da, 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin sekizinci fıkrasında da düzenlendiği üzere, özünde prime esas kazançlarının ve prim ödeme gün sayılarının tespiti talebini de içermektedir. Mahkemenin hizmet tespitine ilişkin ilamı ise işverenin Kuruma vermediği bildirgeler yerine geçecek belge niteliğindedir. Bu nedenle mahkeme dava sonunda vereceği kararda tespit edilen dönem için aylar itibariyle prim ödeme gün sayıları ile 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesine göre hesaplanacak olan "o dönemdeki" bir günlük ücreti de belirtecektir.

Mülga 506 sayılı Kanun'un 6. maddesinde ifade edildiği üzere sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez. Anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yaşama geçirilmesindeki etkisi gözetildiğinde, sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin davalar kamu düzenine ilişkin olduğundan, özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi zorunludur.

Sosyal güvenlik hakkı kamu düzenine ilişkin olduğundan bu hakka ilişkin davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalar daha çok tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalardır. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkimin kararını (hükmünü) tarafların bildirmiş oldukları vakıalara dayandırabilmesi için onların varlığına kanaat getirmiş olması gerekir. Taraflar arasında çekişmeli olmayan vakıaları da hâkim kendiliğinden inceleme konusu yapar. Bundan başka hâkim tarafların ileri sürmedikleri vakıaları da kendiliğinden araştırıp kararını bu vakıalara dayandırabilir ve davanın ispatı için bütün delillere kendiliğinden başvurabilir.

Bu bağlamda, hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından

olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için bu tür davalarda tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek görüldüğünde resen araştırma yapılarak kanıt toplanabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Hizmet tespitine yönelik davalarda davacı işçinin çalışmasının gerçekliği, işin ve iş yerinin kapsam ve niteliği dikkate alınarak, ücretinin ve davalı ... Kurumuna (Devredilen SSK) davalı işveren tarafından ödenen ve ödenmesi gereken primlerin miktarının belirlenebilmesi amacıyla prime esas kazancın tespitinde, gerçek ücretin esas alınması koşuldur.

Davanın niteliği gereği çalışma olgusunun her türlü delille ispatlanabilmesine karşılık, ücretin ispatında bu denli serbestlik söz konusu değildir. Ücretin ispatında Hukuk Genel Kurulunun 20.10.2010 tarihli ve 2005/21-409 E., 2005/413 K.; 19.06.2013 tarihli ve 2012/10-1617 E. 2013/850 K. sayılı; 07.02.2018 tarihli ve 2015/10-843 E., 2018/126 K.; 21.05.2019 tarihli ve 2016/10-2554 E., 2019/582 K.; 09.05.2019 tarihli ve 2015/10-3339 E., 2019/542 K. sayılı kararlarında da belirtildiği üzere, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesinde (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 200. maddesi) yazılı sınırları aşan, ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır.

Ücret miktarı HUMK'un 288. (HMK m.200) maddesinde belirtilen sınırları aşıyorsa, tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliğe haiz olarak düzenlenmiş bulunmak kaydıyla, işçinin imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle ispatı mümkündür.

Yazılı delille ispat sınırının altında kalan miktar için veya bu miktar üzerinde olsa bile varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgelerin bulunması hâlinde tanık dinletilmesi mümkündür (1086 sayılı HUMK m. 292 (HMK m. 202).

5510 sayılı Kanun'un 82. maddesinde prime esas günlük kazançların alt ve üst sınırlarının ne olacağı gösterilmiştir. Günlük kazancın alt sınırı HUMK'nın 288'inci (HMK m. 200) maddesinde

belirtilen sınırı aşıyorsa, ücretin yazılı delille saptanması gereğinin pratikte bir önemi kalmayacaktır. Zira 5510 sayılı Kanun'un 82. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "...günlük kazançları alt sınırın altında olan sigortalılar ile ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden" hesaplanacağı düzenlenmiştir. Ücretin alt sınırla tespit edilen miktardan fazla olması hâlinde ise, günlük kazancın hesaplanmasında asgari ücret esas alınır.

Hâl böyle olunca, ücret miktarı HMK'nın geçici 1. maddesinin ikinci fıkrası delaletiyle HUMK'un 288. maddesinde (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesi) belirtilen sınırları aşıyorsa, tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliğe haiz olarak düzenlenmiş bulunmak kaydıyla işçinin imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle ispatı mümkün olduğundan, buna göre araştırma yapılması gerekmektedir.

Diğer taraftan, iş hukukunda işçi lehine yorum yapılabilirse de, bu tür bir yorum sadece maddî hukuk hükümlerinin uygulanması sırasında söz konusu olabilir. Buna karşılık usûl hükümleri işçi, memur veya işadamı hakkında eşit olarak uygulanır. Başka bir ifade ile usûl hukukunda işçi lehine yorum yapılamaz *(Pekcanıtez, H.: Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013 (Basım Yılı:2014), s. 951).* ***Bu itibarla, prime esas kazancın ispatı noktasında yazılı delille ispat yönünden işçi lehine yorum ilkesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır…..***

….*Yukarıda açıklanan bu maddi ve hukukî olgular uyarınca, prime esas kazancın miktarı dikkate alındığında bu konudaki talebin 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. ve 292. (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. ve 202.) maddelerindeki hükümler çerçevesinde ispatının gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Sadece tanık beyanları ile sonuca gidilmesi hukuka uygun olmadığından, davacının iddiasını ancak yazılı belgelerle kanıtlanması gerekmektedir.*

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında ***Anayasa'nın 60. maddesinde herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve Devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağının***

belirtildiği, bu hâliyle Devlet tarafından güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkı ve ona bağlı olan prime esas kazancın tespitinde ispatı zorlaştıracak şekilde yazılı delil aranmasının sosyal güvenlik hakkını zedeleyerek sigortalılar aleyhine bir sonuç doğuracağı, prime esas kazancın tespitinde sigortalı için senetle ispat kuralını aramanın isabetli olmadığı, karşı tarafın düzenlemesine bağlı belgeyi davacı sigortalıdan beklemenin hayatın olağan akışına aykırı olduğu, kamu düzenine ilişkin bu davalarda ispat konusunda serbestlik olması gerektiği, bu nedenle Özel Dairenin bozma kararında belirtildiği şekilde prime esas kazancın tespitinde yazılı delilin aranmasının hukuka uygun olmadığı, somut olayda tır şoförü olan davacının vasıflı işçi olduğu, kesinleşen işçilik alacakları dosyasında kabul edilen ücretin bu dosya yönünden kuvvetli delil oluşturduğu, bu nedenlerle direnme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir."[246]

Buna karşın 2020 yılında ise Hukuk Genel Kurulunca prime esas ücretin tespitine ilişkin davalarda re'sen araştırma ilkesi geçerli bulunduğundan ücretin her türlü delille ispatlanabilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Kararın gerekçesi dikkate alındığında, Hukuk Genel Kurulu'nun Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 04.10.2019 tarihli tır şoförlerine sefere çıkmaları hâlinde ödenen paranın harcırah/yolluk olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ve prime esas ücretin tespitinde dikkate alınıp alınamayacağına ilişkin olarak verdiği içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına ilişkin kararda[247] yer alan;

"*Yeri gelmişken belirtilmelidir ki; işçilik alacaklarına ilişkin yapılan yargılamalarda kural olarak taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (6100 sayılı Kanun/HMK) 25. maddesine göre; kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Ayrıca kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.*

246 Yarg. HGK, 05.11.2019 T., 2015/3509 E., 2019/1127 K., www.legalbank.net, s.e.t. 26.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

247 YİBBGK, 14.10.2019 T., 2018/1 E., 2019/5 K., RG, 08.07.2020, S. 31179.

Ücretin miktarını ispat yükü işçi üzerindedir. Ücret; bireysel ya da toplu iş sözleşmesi, ücret hesap pusulası, ücret bordrosu ve/veya banka kayıtları gibi yazılı delillerle ispat edilebilir. Bununla birlikte kayıtlarda gözüken ücret ile gerçek ücretin uyuşmaması durumunda, meslek kuruluşları ve ilgili sendikalardan emsal ücret araştırması yapılarak, tarafların gösterdiği tanık ve diğer deliller toplanıp birlikte değerlendirilmek suretiyle asıl/geniş anlamda ücret miktarının tespiti mümkündür.

Buna karşılık sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan davalarda ise kural olarak mahkemece kendiliğinden (resen) araştırma ilkesi geçerlidir.

Sosyal güvenlik hukukunun hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında kalan özellikleri dikkate alındığında, özellikle prime esas kazancın tespiti davalarında kendiliğinden araştırma ilkesinin ağır bastığı görülür. Kamu düzenini ilgilendiren bu davalarda, hâkimin özel bir duyarlılık göstererek delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı bu davalarda ispat yükü, bir tarafa yüklenemez. Bu durumda prime esas kazancın tespitinde tarafların ileri sürdüğü ve ibraz ettiği deliller mahkemece yeterli bulunmadığında kendiliğinden başkaca delil araştırması yapılmak suretiyle gerçek ücret seviyesinin belirlenmesi gerekmektedir."

ifadelerinden etkilendiği sonucuna varılmaktadır:

"*Öncelikle belirtilmelidir ki* ***sosyal devlet olmanın bir gereği sosyal güvenlik hakkının tüm bireylere sağlanması ve güvence altına alınmasıdır. Sosyal güvenlik hakkı vazgeçilmez bir anayasal haktır ve kamu düzenindendir. Sosyal güvenlik hakkının bir tezahürü olan hizmet ilişkisinin belirlenmesine yönelik hizmet tespiti davaları ve onun bir yansıması olan prime esas kazancın tespiti davaları kamu düzenini ilgilendirmekte olup, özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi gerekmektedir****. Diğer taraftan bu davalarda işverenin çalışma olgusunu kabulünün ya da reddinin tek başına hukukî bir sonuç doğurmayacağı da göz önünde tutulmalıdır.*

14. ***Kendiliğinden (resen) araştırma ilkesinin uygulandığı prime esas kazancın tespiti davalarında, hâkim resen delil toplayabileceği gibi taraflar da her türlü delil ileri sürebilirler. Bu nedenle ispat yükü bir tarafa yüklenemeyeceği gibi HUMK'nın 288. maddesi (HMK 200) uyarınca senetle ispat zorunluluğu da bulunmamaktadır. Resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu prime esas kazancın tespiti davalarında, iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı uygulanmaz, isticvap hükümleri uygulama alanı bulmaz. Tasarruf ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkim kesin deliller ile bağlı olduğu hâlde, resen araştırma ilkesinin uygulandığı hizmet tespiti ve prime esas kazancın tespiti davalarında hâkim kesin delillerle bağlı değildir.***

15. Prime esas kazancın tespiti davaları her türlü delil ile ispatlanabileceğinden bu tarz uyuşmazlıkların çözümünde işyerinde tutulması gerekli dosyalar ile Kurumdaki belge ve kanıtlardan yararlanılmalı, ücret bordroları getirtilmeli, müfettiş raporlarının olup olmadığı araştırılmalı, mümkün oldukça tespiti istenen dönemde işyerinin yönetici ve görevlileri, işyerinde çalışan öteki kişiler ile o işyerine komşu ve yakın işyerlerinde, tarafları veya işyerini bilen veya bilebilecek durumda olanlar zabıta marifetiyle araştırılarak saptanmalı, alınan ücret konularında beyanlarına başvurularak, tanıkların sözleri değerlendirilirken bunların inandırıcılığı üzerinde durulmalı, verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları, işveren ve işçiyle, işyeriyle ilişkileri, bazen uzun yılları kapsayan bilgilerin insan hafızasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülmeli, sigortalının yaptığı işin özellikleri (vasıflı olup olmadığı), işyerindeki veya meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, işyerinin özellikleri, emsal işçilere o işyerinde veya başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler araştırılmalı, kayıtlarda görünen ücretle çalışmasının hayatın olağan akışına uygun bulunup bulunmadığı da dikkate alınarak, sigortalının yaptığı iş, yaşı ve kıdemi belirtilmek suretiyle TÜİK ve ilgili meslek odalarından, sendika üyesi işçi olması hâlinde ise bağlı bulunduğu sendikadan emsal ücret araştırması yapılmalıdır.

*16. **Nihayet prime esas kazancın tespiti davalarında hâkim toplayabileceği tüm kanıtları toplamalı, her türlü delilden yararlanmalı, hiçbir şüpheye mahal bırakmadan uyuşmazlığı çözüme kavuşturmalıdır**.*

17. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 04.10.2019 tarihli ve 2018/1 E., 2019/5 K. sayılı kararında "Yurt içine/yurt dışına sefer yapan tır şoförlerine her sefere çıktıklarında ödenen paranın harcırah/yolluk veya ücret/prim niteliğinde olup olmadığı, kıdem tazminatı ve prime esas kazancın hesabında dikkate alınıp alınmayacağı konusunda içtihatların birleştirilmesi talep edilmiş ise de; işçilik alacakları davalarında taraflarca getirilme ilkesinin, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan davalarda ise resen araştırma ilkesinin geçerli olması nedeniyle her dava dosyasında somut olayın özelliği ile delil durumu da dikkate alınarak yapılan ödemenin ücret ya da harcırah/yolluk olarak kabulünün mümkün olabileceği, bu nedenle aynı tür uyuşmazlıkların tümü için geçerli, soyut ve genel nitelikte kurallar koyan ve temel amacı hukukta birliği ve bütünlüğü sağlamak olan içtihadı birleştirme kararlarının bu amacı ile bağdaşmayacak şekilde bir sınırlandırma yapılmasının uygun düşmeyeceği gerekçeleriyle içtihatların birleştirilmesine yer olmadığı sonucuna varılmıştır..." şeklinde açıklama yapılarak prime esas kazancın tespitine dair davalarda Özel Dairenin bozma gerekçesinde belirtilen yazılı delil ile ispat şartının aranmasının sosyal güvenlik hukuku kapsamında usul ve yasaya uygun olmadığı da vurgulanmıştır."[248]

- ***Bordroda gösterilenden fazla çalışma yapıldığı hangi delillerle ispatlanabilir?***

İşçinin fazla çalışması hukukî bir işlem niteliğini haiz olmadığından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200'üncü ve devamı hükümleri dikkate alındığında, işçinin fazla çalışmayı her türlü delille ispatı mümkündür. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir:

248 Yarg. HGK, 02.06.2020 T., 2016/376 E., 2020/306 K., www.legalbank.net, s.e.t. 26.04.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

"*4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışmanın ispatı ile ilgili olarak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle fazla çalışmanın ispatında, ispat yükü genel hükümlere tabidir. Dolayısıyla fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi kural olarak, bu iddiasını ve fazla çalışma yaptığı gün ile saatleri ispat etmek zorundadır. Fiili bir olgu söz konusu olduğundan, kural olarak işçi, fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir; bu bağlamda tanık da dinletebilir.*"[249]

Bu çerçevede Yargıtay'a göre fazla çalışmanın ispatında;

"..... iş yeri kayıtları, özellikle iş yerine giriş çıkışı gösteren belgeler, iş yeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır."[250]

Buna karşılık işveren tarafından, fazla çalışma ücretinin tahakkuk ettirildiği işçinin imzasını taşıyan bordro ile ispatlandığında bunun aksinin kesin delillerle ispatı gerekir. Zira, işçinin imzasını taşıyan bordro adi senet niteliğini haizdir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre senetle ispat kuralı kapsamında kalmamakla birlikte davanın taraflarının yargılamada ileri sürülen vakıaları senetle ispatı mümkündür. Bu çerçevede, öğretide senedin sadece hukukî işlemlerin ispatında kullanılan belgeler olarak tanımlanmasının doğru olmadığı; aksine hukukî sonucu bulunan bir vakıanın ikrarını içeren bir belgenin de bu vakıanın ispatı bakımından senet olarak kabul edileceği ifade edilmiştir[251]. Söz konusu belgeyi imzalayan kişinin iradesinin hangi yönde olduğunun ise bir önemi bulunmamaktadır[252].

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre de işçinin imzasını taşıyan bordro aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil niteliğini haizdir:

249 Yarg. HGK, 11.02.2020 T., 2016/1108 E., 2020/114 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 27.04.2016 T., 2014/886 E., 2016/550 K.; Yarg. HGK, 06.11.2018 T., 2015/2676 E., 2018/1615 K.

250 Yarg. HGK, 11.02.2020 T., 2016/1108 E., 2020/114 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 06.11.2018 T., 2015/2676 E., 2018/1615 K.

251 **Umar,** s. 642-643.

252 **Umar,** s. 643.

"*İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.*"[253]

Bu nedenle, fazla çalışma ücretinin ödendiğini gösteren bir bordronun işçi tarafından imzalanması ve bordroya herhangi bir ihtirazî kaydın konulmaması hâlinde bunun aksi ancak kesin delillerle ispatlanabilir. Zira hukuk sistemimizce kabul edilen ispat kurallarına göre bir vakıanın senetle ispatlanması hâlinde o vakıanın aksi de ancak senet ya da diğer kesin delillerle ispatlanabilir (bkz. HMK m. 201). Ancak delil başlangıcının ya da senetle ispat kuralına ilişkin istisnaların varlığı hâlinde tanık ya da diğer takdirî delillerden yararlanılabilir.

Yargıtay'ın 9'uncu ve 22'nci Hukuk Dairelerince verilen bazı kararlarda da bu sonuca varıldığı görülmektedir:

"*İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması hâlinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir.*"[254]

"*İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması hâlinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille ispatlaması gerekir.*"[255]

253 Yarg. HGK, 11.02.2020 T., 2016/1108 E., 2020/114 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 06.11.2018 T., 2015/2676 E., 2018/1615 K.

254 Yarg. 9. HD, 15.02.2016 T., 2015/5111 E., 2016/2467 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 31.05.2018 T., 2015/19219 E., 2018/12308 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021.

255 Yarg. 22. HD, 18.06.2018 T., 2015/34710 E., 2018/14919 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021.

İmzalı ve ihtirazî kayıt içermeyen bordrolarla fazla çalışma ücretinin ödendiği ispatlanan aylar bakımından aksinin kesin delillerle ispat edilememesi hâlinde fazla mesai ücretinin hesabında bu aylar dikkate alınmaz:

> "*Dairemiz uygulamasına göre işçinin imzasını taşıyan ve fazla mesai tahakkuku içeren bordro dönemlerinin fazla mesai hesabından dışlanması gerekirken, tahakkuk içerse bile imza taşımayan bordroların karşılığının işçinin banka hesabına ödenmesi hâlinde dışlama yapılmayıp, miktar olarak mahsup yapılmalıdır.Somut olayda davalı işveren davacı işçi için imzalı bordrolar ile fazla mesai tahakkuku yapıp ödemiştir.Yukarıdaki ilke kararında açıklandığı üzere imzalı bordroların olduğu aylar bakımından gösterilenden daha fazla süreyle fazla mesai yapıldığı ancak yazılı delille ispatlanabilirki somut olay bakımından böyle bir ispat söz konusu değildir.Açıklanan nedenle imzalı bordrolarda fazla mesai tahakkuku bulunan ayların hesaptan dışlanması yerine ödenen miktarın mahsup edilmesi hatalıdır.*"[256]

Ayrıca bordroların işçiye imzalatılmamasına karşın her ay farklı miktarlarda ücret ödemesi yapıldığının banka kayıtlarından anlaşılması hâlinde, işçi tarafından herhangi bir ihtirazî kayıt ileri sürülmemişse aylık ödemenin üzerindeki fazla çalışma iddialarının kesin delillerle ispatı gerekeceği ifade edilmiştir:

> "*... İşçiye bordro imzalatılmadığı hâlde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.*"[257]

Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında ise bu görüşten vazgeçilmiş ve böyle durumlarda işçinin ihtirazî kayıt sunmasının mümkün olmadığından bahisle bordroda yer alandan daha fazla çalışma iddiasının her türlü delille ispatlanabileceği kabul edilmiştir:

256 Yarg. 9. HD, 13.01.2021 T., 2017/809 E., 2021/557 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021.

257 Yarg. 9. HD, 15.02.2016 T., 2015/5111 E., 2016/2467 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 31.05.2018 T., 2015/19219 E., 2018/12308 K.; Yarg. 9. HD, 14.09.2020 T., 2017/19219 E., 2020/7482 K.; Yarg. 9. HD, 13.01.2021 T., 2017/809 E., 2021/557 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021. Benzer şekilde bkz. Yarg. 22. HD, 25.06.2018 T., 2015/32875 E., 2018/15720 K.; Yarg. 22. HD, 11.06.2020 T., 2017/5077 E., 2020/6475 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021.

"*İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması hâlinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir.*

İşçiye bordro imzalatılmadığı hâlde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda ise işçinin ihtirazi kayıt ileri sürmesi beklenemeyeceğinden, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının her türlü delil ile ispatı mümkündür."[258]

Fazla çalışma karşılığı hak kazanılan ücretin imzasız ve ihtirazî kayıtsız bordrolarda yer alan fazla çalışma ücretlerinden daha fazla olduğunun tespiti hâlinde, ödenen fazla çalışma ücretlerinin mahsup edilerek sonuca gidilmesi gerekir:

"*İşçinin imzasını içermeyen bordrolarda fazla çalışma tahakkuku yer aldığında ve tahakkukta yer alan miktarların karşılığı banka hesabına ödendiğinde, tahakkuku aşan fazla çalışmalar her türlü delille ispatlanabilir. Tahakkuku aşan fazla çalışma hesaplandığında, bordrolarda yer alan fazla çalışma ödeme tutarları mahsup edilmelidir*."[259]

258 Yarg. 9. HD, 01.10.2020 T., 2020/3047 E., 2020/10198 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 11.01.2021 T., 2020/3840 E., 2021/180 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021. Benzer şekilde bkz. Yarg. 22. HD, 09.06.2020 T., 2017/46649 E., 2020/6203 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021.

259 Yarg. 9. HD, 02.12.2019 T., 2016/9479 E., 2019/21308 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021. Benzer şekilde bkz. Yarg. 22. HD, 09.06.2020 T., 2017/46649 E., 2020/6203 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021.

DİKKAT: Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin içtihat farklılıklarının görüşülmesi için 2020 yılının Eylül ayında yaptığı toplantı sonucunda alınan **ilke kararında**; "*İmzasız ve fazla çalışma tahakkukunu içeren bordronun aksinin her türlü delille ispat edilebileceği kabul edilmiştir. İlgili kararda, "Fazla çalışma ücreti ile hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti tahakkuklarını içeren ve işçinin imzasını taşımayan bordronun aksi işçi tarafından tanık beyanı dahil her türlü delille ispat edilebilir. Bu durumda yapılan ödemeler hesaplamadan mahsup edilir. Bordro imzasız olduğu için tahakkukta yer alan ödemenin işçinin banka hesabına yapıldığı kanıtlanmalıdır. Aks hâlde mahsuba da gidilemez. Bordro imzasız olduğu için tahakkukta yer alan fazla çalışma saat sayısının ispat açısından delil değeri yoktur*" şeklinde sonuca varılmıştır.

Söz konusu ilke karara rağmen Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi 2021 yılında verdiği bazı kararlarda da imzasız da olsa işçinin banka hesabına her ay farklı ödemeler yapıldığını gösteren bordroların varlığı hâlinde bunun aksinin ancak yazılı delille ispatlanması gerektiğine karar vermiştir:

> "*İşçiye bordro imzalatılmadığı hâlde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır*."[260]

- ***Yıllık ücretli izin hakkının kullanıldığı ne şekilde ispatlanabilir?***

4857 sayılı İş Kanunu'nun 53'üncü maddesine göre deneme süreleri de dahil, işyerinde en az bir yıl süre ile çalışan işçinin yıllık ücretli izin hakkına sahip olacağı ve bu hakkın vazgeçilmez olduğu düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin sona ermesinin ardından ise işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izinlere ilişkin ücretin, işverence işçiye ödenmesi gerektiği aynı Kanun'un 59'uncu maddesinde açıkça düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin feshinin ardından hak kazanılıp da kullanılmayan yıllık ücretli izin alacakları da işverenden talep

260 Yarg. 9. HD, 13.01.2021 T., 2017/809 E., 2021/557 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.04.2021.

edilebilir[261]. Böyle bir talep üzerine yıllık ücretli izin hakkının kullandırılıp kullandırılmadığı hususu çekişmeli hâle gelebilir. İşte bu durumda yıllık ücretli izin hakkının kullanılmış olduğunu ispatın hangi tarafa düştüğü ve bu iddianın hangi delillerle ispatlanması gerektiği önemlidir.

İş Kanunu'nun 56'ncı maddesinde "*İşveren, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutmak zorundadır*." hükmüne yer verilmiştir. Benzer bir düzenleme Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 20'nci maddesinde de bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre; "*İşveren; çalıştırdığı işçilerin izin durumlarını gösteren, örneği bu Yönetmeliğe ekli yıllık izin kayıt belgesini tutmak zorundadır. İşveren, her işçinin yıllık izin durumunu aynı esaslara göre düzenleyeceği izin defteri veya kartoteks sistemiyle de takip edebilir."* ifadesine yer verilmiştir.

İş Kanunu'nun yukarıda işaret edilen düzenlemesi dikkate alındığında işçinin yıllık izin kullanıp kullanmadığını ispat yükünün işverene ait olduğu sonucuna varılabilir. Yargıtay da yerleşik kararlarında işverenin yıllık ücretli izin hakkının kullandırıldığını ispatla yükümlü olduğunu kabul etmektedir:

> "*4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesinde, iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi hâlinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada, sözleşmenin sona erme şeklinin ve haklı nedene dayanıp dayanmadığının önemi bulunmamaktadır.*
>
> *Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir.*"[262]

261 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, işçinin ölümünün ardından hak kazanıp da kullanmadığı yıllık ücretli izin alacaklarının mirasçılar tarafından talep edilebileceğini kabul etmiştir: *"Dava, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti alacağı istemine ilişkindir. Mahkemenin davanın kısmen kabulü, kısmen reddine dair kararı yukarıda belirtilen nedenle izin ücreti alacağı yönünden bozulmuştur. Mahkeme, yıllık ücretli izin alacağının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı mirasçıya intikalini engelleyen bir hükmün bulunmadığı gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir. Somut olayda ölüm ve fesihle hizmet aktinin sona ermesi söz konusudur. Bu durumda ücretli izin hakkı ücretli izin alacağına dönüşmüştür. O nedenle mirasçıların ücretli izin alacağı davası açmalarının mümkün olmasına göre bu konudaki yerel mahkemenin direnme kararı yerindedir.", Yarg. HGK, 19.04.2000 T., 2000/790 E., 2000/803 K., www.legalbank.net, s.e.t. 02.05.2020. Benzer şekilde bkz. "Akdin feshi hâlinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret, işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Böylece, iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı izin alacağına dönüşür."*, Yarg. 22. HD, 10.06.2019 T., 2016/14174 E., 2019/12485 K., www.legalbank.net, s.e.t. 02.05.2020.

262 Yarg. 9. HD, 01.07.2020 T., 2016/19225 E., 2020/6825 K., www.legalbank.net, s.e.t. 02.05.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 16.12.2020 T., 2017/18678 E., 2020/18674 K., www.legalbank.net, s.e.t. 02.05.2021.

"*Taraflar arasında, davacının yıllık izin ücreti alacağının miktarı noktasında uyuşmazlık vardır. Davacının yıllık ücretli izinlerini kullanıp kullanmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.4857 sayılı İş Kanununun 59.maddesinde, iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi hâlinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada, sözleşmenin sona erme şeklinin ve haklı nedene dayanıp dayanmadığının önemi bulunmamaktadır.Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir.*"[263]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararları da bu yöndedir:

"*Burada hemen belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı Kanun'un 53 ila 61'inci maddeleri arasında yıllık izin müessesi düzenlenmiş olup Kanun'un 53'üncü maddesi uyarınca, iş yerinde işe başladığı günden itibaren deneme süresi de içinde olmak üzere en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir. Kanun, devam eden maddelerde yıllık izin süresi ve kullanımı ile ilgili düzenlemelere yer vermiş ve 56'ıncı maddesinin altıncı fıkrasında işverenin iş yerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Kanun'un 60'ıncı maddesinde ise, "Yıllık ücretli izinlerin, yürütülen işlerin niteliğine göre yıl boyunca hangi dönemlerde kullanılacağı, izinlerin ne suretle ve kimler tarafından verileceği veya sıraya bağlı tutulacağı, yıllık izninin faydalı olması için işveren tarafından alınması gereken tedbirler ve izinlerin kullanılması konusuna ilişkin usuller ve işverence tutulması zorunlu kayıtların şekli Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle gösterilir." hükmüne yer verilmiştir. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği de bu hususları düzenlemiş olup Yönetmeliğin 20'inci maddesine göre, işveren çalıştırdığı işçilerin izin durumlarını gösteren ve örneği Yönetmeliğe ekli yıllık izin kayıt belgesini tutmak zorundadır.*

263 Yarg. 22. HD, 20.01.2020 T., 2016/27615 E., 2020/627 K., www.legalbank.net, s.e.t. 02.05.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD, 08.06.2020 T., 2017/29663 E., 2020/6092 K., www.legalbank.net, s.e.t. 02.05.2021.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, işçiye yıllık izin kullandırıldığı konusunda ispat yükü işverende olup işverenin bu ispatı yıllık izin defteri, yıllık izin kayıt belgesi ve benzeri belgelerde yerine getirmesi gerekir."[264]

Yine Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, işveren yıllık izin hakkının işçi tarafından kullandırıldığını ancak işçinin imzasını taşıyan izin defteri ya da eş değer bir kesin delille ispatlayabilir. İşverenin bu hususta işçiye yemin teklif hakkı bulunduğu da kabul edilmektedir:

"*Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır.*"[265]

"*Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.*"[266]

İşverenin tutmakla yükümlü olduğu izin defterleriyle ya da eşdeğer başka delillerle ispatı gereken yıllık ücretli izin hakkının kullandırıldığı iddiasının tanıkla ispatı ise kural olarak mümkün değildir:

"*Davacı yıllık izin ücreti talebinde bulunmuş, mahkeme ise davacı tanıklarının beyanlarında davacının yıllık izinlerini kullandığını açıkladıkları gerekçesiyle bilirkişi tarafından hesaplanan davacının bakiye yıllık izin ücreti talebinin reddine karar vermiştir. Yıllık izin kullanıldığını iddia eden davalı şirket, bu durumu imzalı belge ile ispat etmek zorundadır. İmzalı belgeye dayanmayan izin kullanımının sırf tanık beyanları dikkate alınarak reddine karar verilmesi hatalıdır. Bilirkişi tarafından hesaplanan davacının bakiye 42 günlük yıllık izin ücreti talebinin kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*"[267]

Yargıtay, işveren tarafından hazırlanan yıllık izin formlarının tek başına iznin kullanıldığını ispata elverişli olmadığına, işveren tarafından mahkemeye

264 Yarg. HGK, 28.03.2019 T., 2015/2376 E., 2019/370 K., www.legalbank.net, s.e.t. 02.05.2021.
265 Yarg. 9. HD, 12.01.2021 T., 2020/3674 E., 2021/515, www.legalbank.net, s.e.t. 02.05.2021.
266 Yarg. 22. HD, 03.10.2018 T., 2018/11832 E., 2018/20937 K., www.legalbank.net, s.e.t. 02.05.2021.
267 Yarg. 9. HD, 03.07.2019 T., 2017/11331 E., 2019/14908 K., www.legalbank.net, s.e.t. 02.05.2021.

sunulan yıllık izin formlarında işçinin imzasının bulunması gerektiğine, izin formları altındaki imzanın inkâr edilmesi hâlinde ise bilirkişi aracılığı ile imza incelemesi yapılması gerektiğine karar vermektedir:

> "*Somut olayda, davacı dava dilekçesinde yıllık izinlerini kullanmadığını iddia ederek yıllık izin ücreti talebinde bulunmuş olup davacı vekili temyiz dilekçesinde izin belgelerindeki imzaların müvekkiline ait olmadığını ve ücret dönem bordrolarında yıllık izinle ilgili herhangi bir kaydın yer almadığını belirtmiştir. Mahkemece yıllık izin ücret belgeleri ve belgelerdeki imzalar taraflara sorulmadan re sen hesaplama yapılarak davacının kıdemine göre 70 gün ücretli izin hakkının bulunduğu, 2009 ve 2010 yıllarında 14 er gün yıllık izin kullandığına dair yıllık izin defterinde yer alan 28 günlük yıllık izin ve ayrıca imzalı izin talep formları ile 36 gün olmak üzere toplam 64 gün yıllık ücretli izin kullandığı gerekçesiyle bakiye 6 gün yıllık izin ücreti hüküm altına alınmıştır. Davalı işverence dosyaya ibraz edilen davacı tarafından imzalı yıllık ücretli izin kartı başlıklı belgede davacının 2009 ve 2010 yıllarında 14 er günden 28 gün yıllık izin kullanıldığı görülmektedir. Dosya içerisinde yer alan izin talep formlarına göre davacı 36 gün değil 31 gün yıllık izin kullanmış olup belgelerde davacının imzasının yer alacağı bölümde herhangi bir imza olmadığı sadece departman direktörü ve insan kaynakları idari işler müdürü tarafından onay makamı olarak imzalarının bulunduğu görülmüştür. Bu formlarda izin kullanıldığı belirtilen aylara ilişkin olarak Nisan 2013 ayı dışındaki bordrolarda davacının imzası bulunmakta ancak Aralık ve Temmuz 2012 aylarına ilişkin bordrolarda yıllık izin kullanıldığına ilişkin bir kayıt bulunmamaktadır. Bu nedenlerle mahkemece yapılacak iş, yıllık izin defteri ve yıllık izin formlarındaki imzaların aidiyeti taraflara sorularak ve gerekirse yıllık izne ilişkin söz konusu yıllık izin belge asılları davalı şirketten getirtilerek alanında uzman bilirkişiye imza incelemesi yaptırılarak, bu belgelerin gerçekten davacı tarafından imzalanıp imzalanmadığı ve yıllık izinlerini kullanıp kullanmadığı hususu yukarıda açıklanan hususlarla hep birlikte değerlendirilerek duraksamasız belirlendikten sonra bir karar vermektir.*"[268]

268 Yarg. 7. HD, 27.04.2016 T., 2015/10795 E., 2016/9613 K., www.legalbank.net, s.e.t. 03.05.2021.

İşçinin imzasının yer aldığı izin formları ise yıllık iznin kullanıldığı iddiasının ispatı bakımından kural olarak yeterlidir:

> "*Somut uyuşmazlıkta; davacı taraf çalışma süresinde davacıya yıllık izin kullandırılmadığını beyan etmiştir. İşverence dosyaya imzalı yıllık izin talep formları sunulmuştur. Davacı asil 26.04.2016 günlü duruşmada alınan beyanında yıllık izin formlarındaki imzaların kendisine ait olduğunu ancak belirtilen kadar izin kullanmadığını, işverence formların boş olarak kendisine imzalatıldığını 2011 ve 2013 yılı formundaki imzanın kendisine ait olmadığını beyan etmiştir. Dosyada imza incelemesi yaptırılmamıştır. Mahkemece işverence süresinde ileri sürülmeyen delilere itibar edilmeyeceği gerekçesiyle davalı tarafından sunulan imzalı yıllık izin talep formları dikkate alınmayarak çalışma süresine göre 228 gün yıllık izin ücreti hakkının bulunduğu gerekçesiyle yıllık izin ücreti alacağı hüküm altına alınmıştır.* ***İmzalı yıllık izin formlarının aksinin ispatı yönünde davacı beyanı dışında delil yoktur. Borcu sona erdiren belgeler tahkikatın sona ermesine kadar sunulabileceğinden imzalı belgelerin dikkate alınmaması hatalı olmuştur.*** *İmzalı yıllık izin formlarına göre davacının 87 gün izin kullandığı anlaşılmakla bakiye 141 günlük yıllık izin alacağının hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile hayatın olağan akışına aykırı şekilde 13 yılı aşkın çalışma süresinde hiç yıllık izin kullandırılmadığının kabulü isabetsiz olmuştur.*"[269]

İşçinin imzasını taşıyan yıllık izin formunun aksinin de ancak kesin delillerle ispatı gerekir. Bu nedenle tanık ya da taraf beyanlarına dayanılarak bunun aksinin ispatı mümkün olmamalıdır. Ancak, işçinin taleplerine karşılık olarak yıllık izin hakkının kullandırıldığı yönündeki savunmayı ispata yarayan delillerin ve bu kapsamda yıllık izin formlarının da ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun delillerin gösterilmesi ve sunulmasına ilişkin kuralları çerçevesinde ileri sürülmesi gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 318'inci maddesine göre, basit yargılama usûlüne tâbi olan davalarda deliller dava ve cevap dilekçeleri ile birlikte gösterilmeli ve tarafların elinde bulunan deliller dilekçelerle birlikte mahkemeye sunulmalıdır. İddianın değiştirilmesi ya da genişletilmesi yasağı davanın açılması ile savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağı ise cevap dilekçesinin mahkemeye

269 Yarg. 22. HD, 10.12.2019 T., 2016/25288 E., 2019/22776 K., www.legalbank.net, s.e.t. 03.05.2021.

verilmesi ise başlayacağından (HMK m. 319) işverenin ıslah ya da karşı tarafın muvafakati olmaksızın ya da sonradan delil gösterilmesini haklı kılacak bir neden bulunmaksızın tahkikatın sonuna kadar her aşamada delil sunabileceğini kabul etmek Kanun'un açık hükümleri ile çelişmektedir.

Yargıtay, imzalı izin formlarının varlığına rağmen işverence sunulan diğer belgeler ile izin formları arasında çelişkinin bulunması hâlinde işçinin isticvap edilerek sonuca göre karar verilmesi gerektiği kabul edilmiştir:

> "*Somut olayda; davacı işçi yıllık izinlerini kullanmadıkları hâlde kullandırılmış gibi imza attırıldığını ileri sürerken, davalı işveren izinlerin kullanıldığının imzalı izin defteri ve imzalı izin talep formları ile ispatlandığını savunmuştur. Dinlenen davacı tanıkları da davacı iddiasını destekler mahiyette beyanda bulunmuşlardır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda imzalı izin defterine ve imzalı izin talep formlarına itibarla sonuca gidilmiştir. İmzalı izin defterinin incelenmesinde, davacının beş yıl boyunca hep Ekim aylarında izin kullandığına dair kayıt olmasına rağmen, işverence sunulan ücret bordrolarında yıllar itibariyle Ekim ayı bordrolarında izinli günlerin gösterilmediği anlaşılmaktadır. İmzalı izin defteri ile bordrolar arasındaki, başka bir deyişle işveren kayıtları arasındaki çelişki açıktır. Bu durumda, öncelikle davacı duruşmaya davet edilerek imzalı izin talep formları ve yıllık izin defteri davacıya gösterilmeli, formlarda talep ettiği dönemler ve izin defterinde kayıtlı dönemler bakımından izin kullanıp kullanmadığı hususu sorulmalı ve oluşacak sonuca göre izin alacağı hakkında bir karar verilmelidir. Çelişkili işveren kayıtlarına itibarla sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*"[270]

Yıllık izin hakkı bakımından önem arz eden bir diğer husus ise işçinin uzun bir süre boyunca yıllık izin kullanmadığı yönündeki iddialarına ilişkindir. Yargıtay sıklıkla böyle bir durumun hayatın olağan akışına aykırı olduğunu ve bu nedenle hâkimin davayı aydınlatması ödevi kapsamında durumun mahkemece değerlendirilmesi gerektiğine, hâkimlerin işçiyi isticvap edebileceklerine yahut tamamlayıcı yemin talep edebileceklerine karar vermektedir:

270 Yarg. 22. HD, 19.01.2016 T., 2014/26998 E., 2016/1091 K., www.legalbank.net, s.e.t. 03.05.2021.

"*Somut uyuşmazlıkta; Mahkemece davacının çalışma süresi boyunca hiç izin kullanmadığı kabulüne göre yıllık ücretli izin alacağı hesaplanıp hüküm altına alınmış ise de; davacının 8 yılı aşkın çalışma süresi boyunca hiç izin kullanmaması hayatın olağan akışına aykırı bulunduğundan; Hakimin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenen davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde;davacı asilin çalışma süresi boyunca herhangi bir zamanda yıllık ücretli izin kullanıp kullanmadığı, kullanmış ise kaç gün kullandığı konusunda beyanı alınmalı bundan sonra sonucuna ve tüm dosya kapsamına göre bir karar verilmelidir."*[271]

Hatta Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi, bu çerçevede tanık beyanlarının dahi dikkate alınabileceğini kabul etmektedir:

"*İlk Derece Mahkemesi davacının eşinin davacı adına tanıklık yaptığını ve beyanında davacının son 5 yıldır izinlerini kullanmadığı ancak ondan önceki yıllarda 15-20 gün kadar izinlerini kullandıgını söylediğini, buna göre davacının sadece son 5 yıla ait izin ücreti alacağı bulunduğunu kabul etmiş, kararın taraflarca istinaf edilmesi üzerinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili Hukuk Dairesi yıllık izin ücreti konusunda tanık beyanlarına dayalı hesaplama yapılamayacağını belirterek davacının tüm hizmet süresi için yıllık izin ücreti alacağını kabul etmiştir.Öncelikle, yıllık izin kullandırıldığı noktasında ispat yükü davalı işverene ait olup, davacının izinlerini kullandığı imzalı izin defteri ile ispat edilmelidir. Bu anlamda, Bölge Adliye Mahkemesi ilgili Hukuk Dairesinin tanık beyanları ile yıllık izin ücreti bakımından sonuca gidilemeyeceğinin kabulü isabetlidir. Ancak somut uyuşmazlıkta davacı 15 yılı aşan hizmet süresi için hiç izin kullanmadığını ileri sürdüğünden, bu durumun kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. Diğer yandan, her ne kadar tanık beyanları ile davacının izinlerini kullandığı ispat edilemese de davacı tanıklarından ... "Davacının yılda 1 kez 15-20 gün kadar izin kullanıyordu." derken, davacının eşi bile tanık olarak dinlendiğinde, beyanında açıkça "Eşim yılda 15-20 gün kadar izin kullanıyordu. Ancak son 5 yıldır*

271 Yarg. 9. HD, 24.09.2020 T., 2016/24342 E, 2020/9216 K., www.legalbank.net, s.e.t. 03.05.2021. Ayı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 10.12.2019 T., 2016/10721 E., 2019/22055 K.; Yarg. 9. HD, 04.04.2019 T., 2017/9210 E., 2019/7905 K., www.legalbank.net, s.e.t. 03.05.2021. Benzer şekilde bkz. Yarg. 22. HD, 16.01.2019 T., 2018/15776 E., 2019/1093, www.legalbank.net, s.e.t. 03.05.2021.

izin de kullanmıyordu." demiştir. Hem davacı tanık beyanları, hemde davacının 15 yılı aşan hizmet süresi dikkate alındığında, somut olay için 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinin uygulanması gerekmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir, soru sorabilir, delil gösterilmesini isteyebilir şeklinde düzenleme yapılarak hakime yargılama sonunda doğruya ulaşma görevini yüklemiştir. Anayasamızın 141. maddesine göre, yargı basit, çabuk ve ucuz gerçekleşmelidir. Devlet yargının basit, ucuz ve çabuk gerçekleşmesi için gerekli düzenlemeleri yapmak durumundadır. Zira hakkın tanınması ve korunmasındaki gecikmeler, hukuk devleti ilkesi ile uyumlu değildir, adil yargılanma hakkını ihlâl eder. Bu sebeple yargılama sonucunda ulaşılacak hüküm, doğru, gecikmemiş ve kendisinden beklenen etkiyi gösteren bir niteliğe sahip olmalıdır. Bundan dolayı belirsiz vakıaların açıklattırılmasına, eksikliklerin hâkim tarafından işaret edilerek taraflarca giderilerek yargılamanın uzatılmasının önüne geçilmesine ilişkin hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Usul hukuku için haksızlığın önlenmesinin anlamı, doğru hüküm kurulmasıdır. Bu hususta yapılacak bir inceleme içinse, tarafların iddialarını eksiksiz ve zaman, yer gibi somut unsurlarıyla tam bir açıklık içinde yargılamaya getirmeleri gerekmektedir. Doğru hüküm kuramama, bazen ise zayıf olan tarafın bir usuli hakkı bilmiyor olması dolayısıyla söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumda, hakkın özünün, usule kurban edilmesi mümkün olmadığından, tarafın bir vakıayı bütün ayrıntılarıyla getirmemiş olması dolayısıyla yargılamanın doğru ve adil bir hüküm kurmaya elverişli olacak şekilde aydınlatılmamış olması durumunda hâkim devreye girecek ve söz konusu usûlî olanağı tarafa hatırlatacaktır.

Mahkemece, davacının davayı somutlaştırma yükü (HMK m.194), hakimin de davayı aydınlatma yükümlülüğü (HMK m. 31) bulunduğu göz önüne alınarak, davacının 15 yıllık çalışma süresi boyunca hiç yıllık izin kullanmadığı hayatın olağan akışına ters olduğundan, tanık beyanları da davacıya okunmak suretiyle davacının beyanı alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilip, sonucuna göre karar

verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."[272]

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi'nin de benzer yönde kararları bulunmaktadır:

"*Taraflar arasında, davacının yıllık izin ücreti alacağının miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.*

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31.maddesinde hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir, soru sorabilir, delil gösterilmesini isteyebilir şeklinde düzenleme yapılarak hakime yargılama sonunda doğruya ulaşma görevini yüklemiştir. Anayasamızın 141.maddesine göre, yargı basit, çabuk ve ucuz gerçekleşmelidir. Devlet yargının basit, ucuz ve çabuk gerçekleşmesi için gerekli düzenlemeleri yapmak durumundadır. Zira hakkın tanınması ve korunmasındaki gecikmeler, hukuk devleti ilkesi ile uyumlu değildir, adil yargılanma hakkını ihlâl eder. Bu sebeple yargılama sonucunda ulaşılacak hüküm, doğru, gecikmemiş ve kendisinden beklenen etkiyi gösteren bir niteliğe sahip olmalıdır. Bundan dolayı belirsiz vakıaların açıklattırılmasına, eksikliklerin hâkim tarafından işaret edilerek taraflarca giderilerek yargılamanın uzatılmasının önüne geçilmesine ilişkin hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Usul hukukunda bu yükümlülüğün anlamı, doğru hüküm kurulmasıdır. Bu hususta yapılacak bir inceleme içinse, tarafların iddialarını eksiksiz ve zaman, yer gibi somut unsurlarıyla tam bir açıklık içinde yargılamaya getirmeleri gerekmektedir.

Somut olayda davacı vekili çalışma süresi boyunca davacının sadece 10 gün izin kullandığını, kalan yıllık izin haklarının ise kullandırılmadığını iddia etmiştir. Mahkemece, davacının 15 yıllık toplam hizmet süresi karşılığı 270 gün izin hakkının bulunduğu ve sadece 10 gün izin kullanıldığı kabul edilerek bakiye 260 günlük izin hakkının kullanılmadığına ve bu süre için yıllık izin ücreti alacağının bulunduğuna karar verilmiştir.

272 Yarg. 9. HD, 13.01.2021 T., 2020/3847 E., 2021/689 K., www.legalbank.net, s.e.t. 03.05.2021.

Mahkemece, davacının davayı somutlaştırma yükü (HMK m.194), hakimin de davayı aydınlatma yükümlülüğü (HMK m.31) bulunduğu göz önüne alınarak, davacının 15 yıllık çalışma süresi boyunca sadece 10 gün yıllık izin kullanılmaması hayatın olağan akışına aykırı olduğundan, davacının beyanı alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilip, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."[273]

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi'nin kapanması ve dosyaların 9'uncu Hukuk Dairesi'ne devredilmesinin ardından Eylül ayında yapılan toplantıda da benzer yönde bir sonuca varılmıştır. Bahsi geçen toplantıda alınan **ilke kararına göre;** *işçinin uzun süreli yıllık izin kullanmadığı iddiası karşısında hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında işçiyi bizzat dinlemesi ve bu şekilde çalışma ve dinlenme sürelerini açıklığa kavuşturması gerekir*. İlgili kararda "***uzun süre kavramı***"nın ***"beş yıl ve daha fazla süre olarak kabul edilmesi gerektiği***" ifade edilmiştir.

- ***Hizmet tespit davalarında ispat hangi esaslara tâbidir?***

İşçilerin sigortalı olarak çalıştırılması zorunluluğu Anayasa'nın 60'ıncı maddesi ile güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkının bir tezahürüdür. Ancak uygulamada işe başlama ve işçilerin sigortalılık sürelerinin tespiti bakımından işçi ve işveren arasında uyuşmazlıklar söz konusu olmaktadır. İşçi tarafından işveren aleyhine hizmet tespit davası açılmasının hukukî dayanağı 5510 sayılı Kanun'un 86'ncı maddesidir. Bahsi geçen maddenin dokuzuncu fıkrası; "*Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır*." hükmünü içermektedir.

İşçinin işe başlaması ile birlikte ayrı bir sosyal sigorta ilişkisi meydana gelmektedir[274]. Söz konusu sosyal sigorta ilişkisinin tarafları işçi, işveren

273 Yarg. 22. HD, 03.12.2019 T., 2016/22704 E., 2019/22241 K., www.legalbank.net, s.e.t. 03.05.2021.

274 **Atalı, Murat,** Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Amağan, DEÜHFD, C. 16, S. Özel, Y. 2014, s. 635.

ve sosyal sigorta kurumudur[275] ve ortaya çıkan ilişki bir kamu hukuku borç ilişkisidir ve iş ilişkisinden farklıdır[276]. Bu nedenle iş ilişkisi ile sosyal sigorta ilişkisinin birbirinden farklı hukukî nitelik arz ettikleri dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekir. İş uyuşmazlıkları her ne kadar özel hukukun ve adlî yargı mahkemelerinin görev alanına girse de özellikle sigortalılık başlangıç tarihi ile hizmetin tespitini konu alan davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle taraflarca getirilme ilkesi yerine re'sen araştırma ilkesinin uygulanması gerektiği Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile benimsenmiştir:

> "*Sosyal Güvenlik Hukukunun hem kamu hukuku, hem de özel hukuk alanında kalan özellikleri dikkate alındığında, özellikle hizmet tespiti davalarında kendiliğinden araştırma ilkesinin ağır bastığı görülür. Gerçekten hizmet tespiti davaları, taraflarca hazırlama ilkesi kapsamı dışında olup, kendiliğinden araştırma ilkesi söz konusudur.*
>
> *Sigortalılık başlangıç tarihi ve hizmet tespitine yönelik davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesinin icabettiği Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı olduğundan, kamu düzenini ilgilendiren hizmet tespiti davalarında, hakimin özel bir duyarlılık göstererek delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı bu davalarda ispat yükü, bir tarafa yüklenemez.*"[277]

Bu konuda önemli gördüğümüz bir husus ise hizmet tespit davasında yapılan tespitin işçilik alacaklarına ilişkin davalara etkisidir. Yargıtay hizmet tespit davalarının kamu düzenini ilgilendirdiğini ve bu nedenle hâkimin re'sen araştırma ilkesine tâbi olduğunu; oysa işçilik alacaklarını konu alan davalarda taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğunu ve işçilik alacaklarına ilişkin

275 Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4'üncü maddesine göre, "Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi kanun yoluna başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür". Bu düzenleme dikkate alındığında hizmet tespit davalarında sosyal güvenlik kurumunun taraf değil yalnızca feri müdahil olarak yer alabileceği ifade edilmelidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Atalı,** s. 639 vd.

276 **Atalı,** s. 635.

277 Yarg. HGK, 08.02.2017 T., 2014/2133 E., 2017/221 K., www.legalbank.net, s.e.t. 05.05.2021. Benzer şekilde bkz. Yarg. 21. HD, 13.03.2014 T., 2013/3897 E., 2014/4705 K., www.legalbank.net, s.e.t. 05.05.2021.

davalarda hizmet süresine ilişkin olarak yapılan tespitin hizmet tespit davalarında kesin hüküm oluşturmayacağını kabul etmektedir:

> "*Öte yandan, işçilik alacağı davalarında taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olup bu davalarda hizmet süresi yönünden varılacak sonuç, re'sen araştırma ilkesine tabi Sosyal Güvenlik Kurumu'nun da taraf olduğu hizmet tespit davalarında kesin hüküm teşkil etmez sadece delil olarak göz önünde bulundurulur. Nitekim bu tür davalarda taraflara yeniden delil bildirme imkanı tanınması ya da taraflarca bildirilmeyen delillerin mahkemece re'sen dikkate alınması usul ve yasaya aykırılık oluşturur.*"[278]

Kesin hüküm, şeklî ve maddî anlamda kesin hüküm olarak ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Şeklî anlamda kesin hüküm, ilk derece mahkemesince verilen nihaî karara karşı gidilebilecek herhangi bir yolun bulunmaması ya da başvurulacak herhangi bir yolun kalmaması olarak ifade edilir. Karar hakkında kanun yolunun kapalı olması ya da başvuru süresinin kaçırılması yahut süresi içinde kanun yoluna başvurulması üzerine üst derece mahkemesince kararın onanması ile hüküm şeklî anlamda kesinleşir. Şeklî anlamda kesinleşen hükme konu uyuşmazlığın yeniden yargılama konusu yapılamaması ise maddî anlamda kesin hüküm kurumu ile açıklanır. Hüküm kesinleştikten sonra, aynı taraflar arasında, aynı vakıalara dayanılarak aynı konuda dava açılamaması gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinde dava şartı olarak gösterilen kesin hükümden anlaşılması gereken budur. Maddî anlamda kesin hükmün varlığından bahsedilebilmesi, açılan davanın taraflarının, dava sebebini oluşturan vakıaların ve talep sonucunun daha önce mahkemece karara bağlanarak kesinleşen bir hükmün tarafları, dava sebebi ve hüküm fıkrası ile aynı olması gerekir. Bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303'üncü maddesi ile açıkça düzenlenmiş olup öğretide kesin hükmün menfî etkisi olarak da ifade edilmektedir[279].

Kesin hükmün unsurları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303'üncü maddesinde açıkça gösterilmiş olup; yargılamaya hâkim olan ilkelerin kesin hüküm etkisi üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Kanaatimizce

278 Yarg. HGK, 08.02.2017 T., 2014/2133 E., 2017/221 K., www.legalbank.net, s.e.t. 05.05.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 18.04.2018 T., 2015/1774 E., 2018/794, www.legalbank.net.

279 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 559-560.

Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği kararda olduğu gibi hizmet tespit davasında re'sen araştırma ilkesinin geçerli olmasından bahisle taraflarca getirilme ilkesine tâbi davada verilen kararın kesin hüküm oluşturmayacağını söylemek yerinde değildir. Ancak, işçilik alacaklarını konu alan davalar işçinin kanun gereği hak kazandığı kıdem veya ihbar tazminatı ya da diğer işçilik alacaklarının ödenmesi talebini konu alırken hizmet tespit davaları ise işçinin işveren yanında çalışma süresinin tespiti amacı ile açılmaktadır. Dolayısıyla bahsi geçen davalarda dava konusu birbirinden farklıdır. Dolayısıyla kesin hükmün menfî etkisinden bahsedilmesi bu nedenle mümkün değildir. Ancak işçilik alacaklarını örneğin kıdem tazminatı talebini içeren bir davada, mahkemece öncelikle işçinin işyerinde çalışma süresi tespit edilmekte ve kıdem tazminatı buna göre belirlenmektedir. Kıdem tazminatı talebiyle açılan davada mahkemece işçinin imzasını taşıyan bordrolar ve sigorta hizmet cetvelleri dikkate alınarak hizmet süresinin tespit edilmesinin ardından sonraki bir yargılamada hizmet tespitinin talep edilmesi hâlinde kıdem tazminatını konu alan yargılamada yapılan tespitin kesin hükmün müspet etkisi kapsamında bağlayıcı olduğunun kabulü gerekir.

- **İşçinin dayandığı belgelerin işveren tarafından ibraz edilmemesinin sonucu nedir?**

4857 sayılı İş Kanunu'nun 75'inci maddesinde işverenin, her bir işçisi bakımından özlük dosyası hazırlamak ve bu dosyada Kanun gereğince düzenlenmesi zorunu olan her türlü belgeyi saklamak, istenildiği zaman ise yetkili makamlara göstermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. İşçi işveren uyuşmazlıklarında işverenin kendi iddialarını ispat açısından delil sunma yükümlülüğü yanında şayet işçinin iddialarının dayanağı olarak bu belge ve kayıtlara dayanılmışsa bu hâlde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219'uncu maddesi gereğince işverenin söz konusu belge ve kayıtları ibraz mecburiyeti bulunmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*Tarafların belgeyi ibraz etmemesi*" başlığını taşıyan 220'nci maddesi;

"*(1) İbrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı*

taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir.

(2) Mahkemece, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edilir.

(3) Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir."

hükmünü içermektedir. Söz konusu düzenleme dikkate alındığında, işveren kanunen düzenlemesi ve saklaması gereken belge ve kayıtları mahkemece verilen kesin süre içinde ibraz etmez ve buna gerekçe olarak haklı bir mazeret de gösteremezse mahkemece işverene yemin teklif edilmeli yeminin inkârı hâlinde ise işçinin söz konusu belge ve kayda dayanarak ispatlamaya çalıştığı vakıanın doğruluğu kabul edilebilir.

Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir:

"*Somut uyuşmazlıkta, Mahkemenin ilk kararı davalıların temyizi üzerine Dairemizce "davacının dava dilekçesinde takometre kayıtlarına dayandığı da dikkate alınarak araç takometre kayıtlarının tamamının davalı taraftan HMK.nın 220. maddesi kapsamında istenilmesi ve bu kayıtlara göre hesap raporu alınarak fazla çalışma ve hafta tatili alacaklarının belirlenmesi» için bozulmuştur.*

Bozma ilamına uyan Mahkemece aldırılan bilirkişi raporunda dosyadaki mevcut takograf kayıtlarına göre 2012/Eylül, Ekim, Kasım ve Aralık ile 2013/Ocak, Şubat, Mart ve Nisan aylarına hasren yükleme/boşaltma süreleri dikkate alınmadan toplam sürüş süresi alınarak ara dinlenmenin düşüldüğü ikinci alternatife göre hüküm kurulduğu görülmüştür.

Oysa ki, Dairemiz bozma ilamının gereği fazla çalışma ücreti ve hafta tatili ücreti alacaklarının 6100 sayılı HMK.'nın 220 nci maddesi kapsamında çözümlenmesine yönelik olup, buna göre davalıdan iddia edilen çalışma süresine dair kayıtlarının tamamının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220. maddesi işletilerek istenilmesine rağmen sunulmaması hâlinde, anılan maddenin üçüncü fıkrasındaki "Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir." kuralının işletilmesi gereklidir.

Dosya muhteviyatından; Mahkemece bozma sonrası 13.06.2019 tarihli celsede, davacı P... Şirketi temsilcisine davacının kullandığı araca ait takometre kayıtlarının elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulunamadığı ve nerede bulunabileceğini bilmediğine ilişkin yemin teklif edilmek üzere bulunduğu yer mahkemesine talimat yazılması yönünde ara karar oluşturulduktan sonra aynı celsede dosyanın bilirkişiye tevdiine karar verildiği, bilahare Şirket temsilcisinin talimat yoluyla "tanık olarak" beyanının alındığı görülmüştür.

Bu durumda yemin eda ettirilip sonucu beklenmeden dosyanın bilirkişiye gönderilerek sonuca gidilmesi 6100 sayılı HMK.'nın 220 nci maddesindeki usule ve dolayısıyla bozma ilamı gereklerine aykırıdır."[280]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu yönde karar vermektedir:

"*İş Kanununda kayıt tutma yükümlülüğü genellikle işverene verilmiştir. Bordro tanzimi, mesai saatleri düzenleme, yıllık ücretli izin defteri tutma, çalışma belgesi verme gibi işçi alacakları konusunda işveren kayıtlarına dayanıldığında, bu kayıtları tutma zorunluluğu olan işverenin bu belgeleri mahkemeye ibraz etmesi, işverenin bu belgeleri ibraz etmemesi hâlinde ise 6100 sayılı HMK'nun 220. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekmektedir.*

280 Yarg. 9. HD, 03.06.2020 T., 2020/1102 E., 2020/4762 K., www.legalbank.net, s.e.t. 07.05.2021.

Somut uyuşmazlıkta, Yerel Mahkemenin ilk kararı ile tanık beyanları doğrultusunda davacının tüm çalışma süresine ilişkin hesaplanan fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil alacakları hüküm altına alınmış, uyulan ilk bozma ilamı sonrasında da getirtilen işe giriş çıkış kayıtları esas alınarak ve sadece kayıtların bulunduğu döneme ilişkin fazla mesai, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil alacakları hüküm altına alınmıştır. İşe giriş çıkış kayıtlarının bulunmadığı dönem yönünden ise belirtilen alacaklara hak kazanılmadığı değerlendirilmiştir."[281]

- ***İşçinin asıl ücret dışında hak kazandığı parayla ölçülebilen menfaatleri ne şekilde ispatlanabilir?***

4857 sayılı İş Kanunu'nun ücrete ilişkin 32'nci maddesinde, iş sözleşmesinin sona ermesi hâlinde, "*işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi*" gerektiği düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 17'nci maddesinin son fıkrasında ise "*Bu maddeye göre ödenecek tazminatlar ile bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücretin hesabında 32 nci maddenin birinci fıkrasında yazılan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur*." hükmüne yer verilmiştir. İşçinin iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine hak kazandığı kıdem ve ihbar tazminatının ya da kötüniyet tazminatının hesabı, asıl ücret yanında işçinin Kanun gereğince ya da sözleşme nedeni ile hak kazandığı ve para ile ölçülebilen menfaatlerin de dikkate alınması ile hesaplanabilir.

"*Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde sözü edilen* ***asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, kira, aydınlatma, servis yardımı, yemek yardımı ve benzeri ödemeler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. İşçiye sağlanan özel sağlık sigortası yardımı ya da hayat sigortası pirim ödemeleri de para ile ölçülebilen menfaatler kavramına dahil olup, tazminata esas ücrete eklenmelidir.*** *Satış*

281 Yarg. HGK, 18.01.2017 T., 2014/1718 E. 2017/67 K., www.legalbank.net, s.e.t. 07.05.2021.

rakamları ya da başkaca verilere göre hesaplanan prim değişkenlik gösterse de, kıdem tazminatı hesabında genişletilmiş ücret kavramı içinde değerlendirilmelidir. Diğer taraftan kıdem tazminatına esas ücrete, asgari geçim indirimi ve fazla çalışma ücreti eklenerek hesaplama yapılması hatalıdır."[282]

"*4857 sayılı Kanun'un 17. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme kötü niyet tazminatını da kapsamakta olup, bu tazminatın hesabında da işçiye ücreti dışında sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler dikkate alınmalıdır.*"[283]

İşçinin kıdem ve ihbar tazminatı talebinde asıl ücreti yanında hak kazandığı para ile ölçülebilen diğer menfaatlere ilişkin herhangi bir açıklama yapmaması hâlinde mahkemece ne şekilde karar verilmesi gerektiği Yargıtay'ın daireleri arasında farklı uygulamalara neden olmuştur.

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi'ne göre, dava dilekçesinde davacının hak kazandığı ve parayla ölçülebilen yemek ve yol yardımı gibi diğer menfaatlerden bahsetmemiş olması hâlinde her ne kadar bunlar tanık ifadeleri ile ortaya konulmuş dahi olsa mahkemece hükme esas alınamaz. Zira hâkim taleple bağlı olup talepten fazlasına hükmedemez:

"*Kıdem ve ihbar tazminatı hesabında dikkate alınması gereken giydirilmiş ücret noktasında da taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.*

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda tanık beyanlarından hareketle davacının üç öğün yemek ve yol giderinin de işverence sağlandığı kabul edilerek yol ve yemek ücreti giydirilmiş ücrete eklenmek suretiyle hesaplama yapılmıştır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26. maddesi "Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir." hükmü uyarınca taleple bağlılık kuralına aykırı olarak talepten fazlasına karar verilmesi usule aykırıdır.

282 Yarg. 22. HD, 21.03.2018 T., 2017/11294 E., 2018/7316 K., www.legalbank.net, 15.05.2021, (Vurgular tarafımıza aittir). Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 28.03.2016 T., 2016/5379 E., 2016/7425 K., www.legalbank.net, 15.05.2021.

283 Yarg. 22. HD, 13.02.2019 T., 2019/19835 E., 2019/3175 K., www.legalbank.net, 15.05.2021.

Somut uyuşmazlıkta, dava dilekçesinde, davacının en son günlük 30,00 TL net yevmiye ile çalıştığı belirtilmiş, işçiye yemek yada yol menfaati sağlandığından söz edilmemiştir. Hakim talep ile bağlı olup talepten fazlaya hükmedemez. Dava dilekçesinde söz edilmeyen yemek ve yol ücreti eklenerek giydirilmiş ücretin bulunması talep aşımı mahiyetinden olduğundan hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."[284]

Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi'ne göre ise İş Kanunu'nun açık düzenlemesi gereğince işçinin hak kazandığı parayla ölçülebilen diğer menfaatler tanık beyanları ile anlaşılabiliyorsa hâkimce dikkate alınmalı ve tazminat miktarı bu menfaatlerin de eklenmesi ile belirlenen ücret üzerinden hesaplanmalıdır:

"*Kıdem tazminatı ve ihbar tazminatının hesabına esas ücrete yemek ve yol yardımlarının eklenip eklenmeyeceği uyuşmazlık konusudur.*

4857 sayılı İş Kanununun 32 nci maddesinin ilk fıkrasına göre, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Yasada ücretin eklerinin neler olduğu müstakilen düzenlenmemiş olmakla birlikte, değinilen maddenin ikinci fıkrasındaki "...banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının.." ibaresi gereğince, ücretin yanı sıra prim, ikramiye, bu nitelikteki her türlü ödemeler, gerek ayni gerek nakdi verilen yemek ve yol yardımı ücretin eki olarak kabul edilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, tanık beyanlarından davacının servisten yararlandığı, işyerinde kahvaltı ve 1 öğün yemek verildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı hesabına esas giydirilmiş brüt ücrete yemek ve yol yardımlarının eklenmesi gerekmektedir. Diğer yandan, hükme esas bilirkişi raporundaki hesaplamalar Mahkeme tarafından denetlenerek hüküm kurulmalıdır."[285]

Benzer şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da Kanun'un açık düzenlemesi karşısında hâkimin tazminat hesabında parayla ölçülebilen menfaatleri dikkate alarak sonuca varması gerektiğini kabul etmektedir:

284 Yarg. 22. HD, 28.03.2019 T., 2016/8336 E., 2019/6826 K., www.legalbank.net, 15.05.2021.
285 Yarg. 9. HD, 06.04.2016 T., 2014/36268 E., 2016/8533 K., www.legalbank.net, 15.05.2021.

"*Kıdem tazminatının hesap unsurları işçinin hizmet süresi ile son ücreti olup, belirtilen hesap unsurlarından birine ilişkin tartışma ve belirsizlik alacağın da belirsiz olması sonucunu doğurmaktadır. Az yukarıda belirtildiği üzere kıdem tazminatının hesabına esas ücret, giydirilmiş ücrettir ve giydirilmiş ücrete işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dâhil edilmektedir. Bu kapsamda ayni olarak sağlanan yemek ve yol yardımlarının parasal değerinin de tazminat hesabında göz önünde tutulacağı kuşkusuzdur.*"[286]

Nihayet 22'nci Hukuk Dairesi'nin kapanması üzerine 2020 yılının Eylül ayında 9'uncu Hukuk Dairesince yapılan toplantıda bu husus açıklığa kavuşturulmuş; bu tarihten sonraki kararlarda içtihat birliği sağlanabilmesi amacı ile bir ilke kararı alınmıştır. Söz konusu **ilke kararı**na göre:

"*6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119.maddesine göre, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıalarını sıra numarası altında açık özetlerini dava dilekçesinde belirtmesi gerekir.* ***İhbar ve kıdem tazminatı hesabına esas giydirilmiş ücret bakımından davacının dava dilekçesinde somutlaştırma yükümünü yerine getirmemesi hâlinde ücrete ilaveten işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün akdi menfaatlerin, salt davacı tanıklarının beyanları esas alınarak tazminata esas ücrete eklenmesi mümkün değildir. Kanundan doğan menfaatler ile işveren tarafından düzenlenen yazılı delillerden anlaşılan veya davalı tanıkları tarafından da doğrulanan, ücret dışında işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerin giydirilmiş ücrete eklenmesi için dava dilekçesinde açık talep şartı aramaz.*** *Dava dilekçesinde ücret dışında başkaca sosyal hak olmadığı yönünden açık kabul hâlinde taleple bağlılık kuralına göre sadece temel ücrete göre hesaplama yapılır.*"

Nitekim bu tarihten sonra verilen kararlarda Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi bu ilke karara uygun şekilde sonuca varmıştır:

"*Davacının giydirilmiş ücretinin belirlenmesi hususunda taraflar arasında uyuşmazlık mevcuttur.*

286 Yarg. HGK, 18.12.2018 T., 2015/3114 E., 2018/1945 K., www.legalbank.net, 15.05.2021.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119.maddesine göre, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini dava dilekçesinde belirtilmesi gerekir. İhbar ve kıdem tazminatı hesabına esas giydirilmiş ücret bakımından davacının dava dilekçesinde somutlaştırma yükümünü yerine getirmemesi hâlinde ücrete ilaveten işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün akdi menfaatlerin, salt davacı tanıklarının beyanları esas alınarak tazminata esas ücrete eklenmesi mümkün değildir. Kanundan doğan menfaatler ile işveren tarafından düzenlenen yazılı delillerden anlaşılan veya karşı tarafın tanıkları tarafından da doğrulanan ücret dışında işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerin giydirilmiş ücrete eklenmesi için dava dilekçesinde açık talep şartı aranmaz. Dava dilekçesinde ücret dışında başkaca sosyal hak olmadığı yönünde açık kabul hâlinde ise taleple bağlılık kuralına göre sadece temel ücrete göre hesaplama yapılır. Somut uyuşmazlıkta, dava dilekçesinde davacının son net ücretinin 1.700,00TL olduğu belirtilmiş, ancak işyerinde ücret dışında işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerin bulunduğuna dair bir iddiada bulunulmamış, Mahkemece dinlenilen davacı tanıkları ile ihbar olunan şirket tanıkları tarafından ise yemek ve servisin işyerine ait olduğu beyan edilmiştir. İlk Derece Mahkemesince hükme esas alınan bilirkişi raporunda tüm tanıkların aynı yöndeki ifadeleri doğrultusunda giydirilmiş ücret yemek ve servis yardımı eklenmek suretiyle belirlenmiş ise de, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından davacının dava dilekçesinde işverence yol ve yemek yardımı yapıldığına dair beyanı olmadığı hâlde giydirilmiş ücret hesaplamasında tanık anlatımlarına göre bu yardımların eklenmesinin hatalı olduğu gerekçesiyle karar ortadan kaldırarak, davacının temel ücreti üzerinden hesaplanan alacak miktarlarına göre yeniden hüküm kurulmuştur.

Dava dilekçesinde aylık ücrete ilave olarak sağlanan para veya para ile ölçülmesi menfaatlere dair bir açıklama yapılmamış ise de, Mahkemece dinlenen davacı ... ihbar olunan şirket tanıkları tarafından işyerinde davacı işçiye sağlanan menfaatlerin bulunduğu hususu doğrulanmıştır……söz konusu tanıklar tarafından işverenin yol yemek yardımında bulunduğu beyan edilmiş olunduğundan tazminat

hesabında bu yardımların dikkate alınması yerinde olup, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından aksi yönde değerlendirme ile verilen karar hatalı bulunup bozmayı gerektirmiştir."[287]

"*Taraflar arasında kıdem ve ihbar tazminatı hesabına esas alınan giydirilmiş ücret konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.*

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119.maddesine göre, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri dava dilekçesinde belirtilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, dava dilekçesinde, davacıya ödenen aylık ücreti miktarı belirtilmemiş ve işyerinde davacı işçiye ayni olarak yol ve yemek menfaati sağlandığı gibi bir iddiada bulunulmamıştır.

Mahkemece hesabına itibar edilen bilirkişi raporunda davacı tanık ifadesine göre giydirilmiş ücrete yemek ve servis ücreti eklenmiş olup giydirilmiş ücret bakımından davacının dava dilekçesinde somutlaştırma yükümünü yerine getirmemesi hâlinde ücrete ilaveten işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün akdi menfaatlerin, salt davacı tanıklarının beyanları esas alınarak tazminata esas ücrete eklenmesi mümkün değildir.

Buna göre davacının somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi ve dava dilekçesinde tazminat hesabında dikkate alınacak hesaplama unsurları hakkında bir iddiada bulunmaması nedeniyle hesaba esas giydirilmiş ücretin yazılı şekilde tespiti hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."[288]

Alınan ilke kararı, Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarının aksine medenî usûl hukukuna hâkim olan taleple bağlılık ilkesine daha uygundur.

- ***İşçinin tanık olarak dinlendiği yargılamadaki beyanlarının taraf olduğu dava bakımından etkisi nedir?***

Aynı işyerinde çalışan işçilerin işçilik alacaklarına ya da işe iade taleplerine ilişkin davalarda birbirlerinin ya da davalı işverenin leh veya aleyhinde tanıklık

287 Yarg. 9. HD, 14.01.2021 T., 2020/3658 E., 2021/1062 K., www.legalbank.net, 15.05.2021.
288 Yarg. 9. HD, 09.11.2020 T., 2017/18421 E., 2020/15252 K., www.legalbank.net, 15.05.2021.

etmeleri sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu gibi hâllerde işçilerden birinin tanık olarak dinlendiği yargılamadaki beyanlarının daha sonra kendisinin taraf olduğu yargılama bakımından herhangi bir etkisinin bulunup bulunmadığının ortaya konması gerekir. Örneğin tanık olarak dinlendiği yargılamada işçi çalışma saatlerine, iş koşullarına ya da ücretin ödenip ödenmediğine ilişkin olarak beyanda bulunmuş ve daha sonra taraf olduğu yargılamada aynı hususlar çekişmeli olarak gösterilmişse bu durumda önceki yargılamadaki beyanların etkisi önem arz edebilir. Özellikle işçinin tanık olarak işverenin lehine olan beyanları, kendisinin taraf olduğu yargılamada ilgili vakıanın çekişmeli olmaktan çıkmasına sebebiyet verebilir.

Kişinin kendi aleyhine hukukî sonuç doğuracak somut bir vakıanın doğruluğunu kabul etmesi ikrar olarak tanımlanabilir[289]. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 188'inci maddesinde, tarafların ya da vekillerinin mahkeme huzurunda bir vakıanın doğruluğu hakkında ikrarda bulunmalarının o vakıayı çekişmeli olmaktan çıkaracağı ve o vakıa hakkında ispata gerek kalmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla pozitif hukuk açısından mahkeme önünde yapılan ikrar ilgili vakıanın çekişmeli olmaktan çıkması sonucunu doğurur. 1086 sayılı Kanun'da yer almasına rağmen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda mahkeme dışı ikrara açıkça yer verilmemiştir. Mahkeme dışı ikrar ancak takdirî delil niteliğini haizdir ve ancak takdirî delillerle ispatın mümkün olduğu davalar bakımından delil değeri bulunur[290]. Ancak mahkeme dışı ikrar bir belgeye bağlanmış ve altı ikrarda bulunan tarafça imzalanmışsa bu hâlde mahkeme dışı ikrardan değil senetten bahsedilir ve bu hâliyle kesin delil niteliğini haizdir[291]. Davanın görüldüğü mahkeme dışında bir başka mahkeme huzurunda yapılan ikrar da bu kapsamda yer almaktadır[292]. Bu çerçevede işçinin tanık olarak dinlendiği yargılamada ücretin ödendiğine ya da fazla çalışma yaptırılmadığına ilişkin beyanı daha sonra kendisinin taraf olduğu yargılamada bu yöndeki vakıaların ispatında kesin delil olarak değerlendirilir.

289 **Tanrıver,** s. 763; **Atalay,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1633; **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 466-467.

290 **Tanrıver,** s. 767; **Atalay,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1635.

291 **Kiraz, Taylan Özgür,** Medenî Yargılama Hukukunda İkrar, 2013, s. 3; **Tanrıver,** s. 767; **Atalay,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1636.

292 **Atalay,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1636.

Yargıtay da böyle durumlarda benzer bir sonuca varmaktadır. Yargıtay'a göre bu hâlde tanığın yeminli beyanı sonraki yargılamada kendisini bağlar:

"*Davacının tanık olarak dinlendiği ve aynı gün temyiz incelemesi yapılan 2015/21915 E. sayılı dosyada davalı işyerinde 3 lü vardiya şeklinde çalışma olduğunu beyan etmiştir. Bu beyanı kendisini bağlayıcı niteliktedir. Açıklanan nedenle fazla çalışma ücret alacağının reddine karar verilmelidir.*"[293]

"*Somut olayda, el yazılı istifa dilekçesinde davacı "Çalışmakta olduğum ...Pul Otomotiv San ve Tic. Ltd. Şti.'nden kendi isteğim ve arzumla ayrılmak istiyorum. Çalıştığım süre içerisinde şahsıma göstermiş olduğunuz iyi niyetten dolayı teşekkür eder istifamı bilgilerinize sunarım" şeklinde beyanda bulunmuştur. Her ne kadar davacı vekili dava dilekçesinde davacının işten çıkartıldıktan sonra baskı altında istifa dilekçesi imzalattırıldığını iddia etmiş ise de davacının ... 2. ... Mahkemesinin 2014/662 esas - 2015/717 karar sayılı dosyasının 23/03/2015 tarihli 2. celsesinde tanık olarak dinlenmiş olup "...yaklaşık 3,5 yıl birlikte çalıştıktan sonra ben işyerinden kendi isteğimle ayrıldım,..." şeklinde yeminli beyanda bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacının mahkeme huzurundaki beyanının bağlayıcı olacağı açıktır. Hal böyle olunca davacının ... sözleşmesinin haklı hiçbir sebep olmaksızın istifa etmek suretiyle kendisinin sona erdiğinin kabulü ile kıdem ve ihbar tazminatı isteminin reddi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."*[294]

c. Senet

i. Genel Olarak

Senet, bir davada, uyuşmazlığın çözümü açısından önem taşıyan bir vakıa hakkındaki tam ve kesin bir bilgiyi dış dünyada (fizikî alemde) varlık kazanmış bir cisim üzerindeki yazıyla barındıran ve aleyhine kullanılacağı kişinin imzasını taşıyan belgedir[295].

293 Yarg. 9. HD, 07.03.2017 T., 2017/11755 E., 2017/3320 K., www.legalbank.net, s.e.t. 16.05.2021.

294 Yarg. 22. HD, 01.10.2018 T., 2017/14773 E., 2018/20436 K., www.legalbank.net, s.e.t. 16.05.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD, 04.06.2018 T., 2015/33459 E., 2018/14162 K., www.legalbank.net, s.e.t. 16.05.2021.

295 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 498.

Dijital imzanın nitelikli bir türü olan "güvenli elektronik imza" ile oluşturulan elektronik veriler, ilişkin oldukları vakıa hakkında tam ve kesin bir bilgi ihtiva ediyorsa, senet hükmünde sayılırlar (HMK m. 205, II). Güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgeler, tutuldukları dijital ortamda senet vasfını taşırlar.

İmza atamayanlar açısından ise, 7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 206'ncı maddesi değiştirilerek bir ayrım yapılmıştır. Buna göre, okuma-yazma bilmediği için imza atamayanların, mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukukî işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır (HMK m. 206, I). Buna karşılık, okuma ve yazma bildiği hâlde imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukukî işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından onaylanmasına veya düzenlenmesine bağlıdır (HMK m. 206, II). Bu çerçevede, noterlerce onaylanacak veya düzenlenecek senetler açısından ilgilisinden harç, vergi ve değerli kâğıt bedeli alınmayacağı kabul edilmiştir (HMK m. 206, IV). Ayrıca imza atamayan kimselerin, cüzdanla iş yapmayı usûl edinmiş kuruluşlarla olan işlemlerde kullanacakları mühür, kazınmış imza, işaret veya parmak izinin, işlemin başlangıcında hesap defterine veya cüzdanına basılmış olması veya önceden noterde bir örneği saklanmak üzere onanmış bulunması yeterli olup, her işlemde ayrıca onamaya bağlı değildir (HMK m. 206, III).

Senet adî ve resmî senet olarak iki türdür. Düzenlenmesine herhangi bir resmî makamın katılmadığı senetler adî senet olarak adlandırılır[296]. Adî senet altındaki imza, kendisine ait olduğu iddia olunan kişi tarafından inkâr edilirse, adî senedin kesin delil sayılabilmesi için, imzanın inkâr edenden sadır olduğunun mahkemece tespit edilmesi gerekir (HMK m. 205/1). Sahtelik incelemesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 211'inci maddesine göre gerçekleştirilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 216'ncı maddesine eklenen ikinci fıkra ile bir adî senedin, kendisine ibraz olunduğu noter veya yetkili memur tarafından usûlüne uygun olarak onaylanmış ise ibraz tarihinin, resmi bir

296 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 500.

işleme konu olmuşsa işlem tarihinin, imza edenlerden biri ölmüşse ölüm tarihinin, imza edenlerden birinin imza etmesine fiilen imkân kalmamışsa bu imkânı ortadan kaldıran olayın meydana geldiği tarihin üçüncü kişiler hakkında da hüküm ifade edeceği düzenlenmiştir. Ayrıca adî senette bahsedilen diğer senetlerin tarihlerinin, üçüncü kişiler hakkında ancak son senet tarihinin onaylanmış olduğunun kabul edildiği tarihte hüküm ifade edeceği belirtilmiştir.

Düzenlenmesine bir resmî makamın katıldığı senetler resmî senet sayılır[297]. Bu resmî makam, kural olarak noterdir. Onaylama veya düzenleme şeklinde yapılan noter senetleri arasında ispat değeri açısından herhangi bir fark bulunmayıp, her ikisi de diğer unsurların bulunması hâlinde kesin delildir. Ancak bu senetler arasında ispat hukuku açısından iki fark vardır. Bunlardan birincisi, düzenleme şeklinde yapılan noter senetlerinin aksinin ispatının mümkün olmamasıdır. Diğer bir ifadeyle, düzenleme şeklindeki nötr senetlerinin sahtelikleri ispatlanmadıkça, aksini ispatın mümkün olmamasıdır (HMK m. 204/1; karş. HMK m. 204/2) İkinci farklılık ise, düzenleme şeklinde yapılmış bir noter senedi, eğer kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içeriyorsa, İcra ve İflas Kanunu'nun 38'inci maddesi gereğince, ilâmlar gibi icra olunur.

Tapu dairelerinde ve yurt dışındaki Türk Konsoloslukları önünde yapılan senetler de diğer şartları taşımaları hâlinde resmî senet niteliğini haizdir.

Noterlerce onaylama biçiminde yapılan senetler ile diğer yetkili memurların görevleri içinde usûlüne uygun olarak düzenledikleri belgeler, aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılırlar (HMK m. 204/2).

Resmî senedin sahteliği ancak ayrı bir dava açılarak ileri sürülebilir.

297 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 502.

DİKKAT: Resmî senet ile resmî belge farklı kavramlardır. Her resmî senet bir resmî belge iken, her resmî belge senet niteliği taşımaz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 201'inci maddesi gereğince senetlerin aksi ise ancak başka bir senetle ispatlanabilir. Bu bağlamda Türk Medeni Kanunu'nun 7'nci maddesinin son fıkrasında düzenlenen resmî sicil ve senetlerin doğru olmadığının her türlü delille ispat edileceğine ilişkin hükümde yer alan senet ifadesinin, resmî belge olarak anlaşılması icap eder.

ii. Senetle İspat Zorunluluğu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200'üncü maddesinde senetle ispat zorunluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukukî işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri iki bin beş yüz Türk Lirası'nı *(2021 yılı için 4.880 TL)* geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukukî işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle iki bin beş yüz Türk Lirası'ndan *(2021 yılı için 4.880 TL)* aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz. (HMK m. 200/1).

Senetle ispat zorunluluğu mahkemece re'sen dikkate alınır (HMK m. 200/2; m. 189/3-4). Ancak bu kural kamu düzenine ilişkin değildir (YİBBGK, 18.03.1959 T., 1958/18 E., K 1959/21 K., RG. 26.06.1959, S. 10237).

Senetle ispat zorunluluğunun bulunduğu durumlarda, ilgili vakıanın ispatı için mutlaka senet kullanılmalıdır. Böyle bir durumda hukukî işlemlerin ispat edilebilmesi için tanık dinlenilmesi mümkün değildir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre;

1. Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemlerde (HMK 203/1, a),
2. İşin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukukî işlemlerde (HMK m. 203/1, b),
3. Yangın, deniz kazası, deprem gibi senet alınmasında imkânsızlık veya olağanüstü güçlük bulunan hâllerde yapılan işlemlerde (HMK m. 203/1, c),

4. Hukukî işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddialarında (HMK m. 2013/1, ç),
5. Hukukî işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddialarında (HMK m. 203/1, d),
6. Bir senedin sahibi elinde beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle yahut usûlüne göre teslim edilen bir memur elinde veya noterlikte herhangi bir şekilde kaybolduğu kanısını kuvvetlendirecek delil veya emarelerin bulunması hâlinde (HMK m. 203/1, e),
7. Senetle ispat zorunluluğuna rağmen karşı tarafın açıkça muvafakati hâlinde (HMK m. 200/2),
8. Senetle ispatı gereken hususta delil başlangıcı bulunması hâlinde (HMK m. 202/1)

ilgili vakıa tanıkla ya da diğer takdirî delillerle ispatlanabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 201'inci maddesine göre ise senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukukî işlemler iki bin beş yüz Türk Lirası'ndan *(2021 yılı için 4.880 TL)* az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz. Bu düzenleme senede karşı senetle ispat zorunluluğu olarak ifade edilmektedir.

Senede karşı senetle ispat zorunluluğu sadece senedin tarafları bakımından geçerlidir. Üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları ile resmî senedin sahteliğine ilişkin iddialar her türlü delille ispatlanabilir.

Senede karşı senetle ispata zorunluluğuna ilişkin olarak da birtakım istisnalar kabul edilmiştir. Buna göre,

1. Senede karşı ileri sürülen hukukî işlemin, yangın, deniz kazası, deprem gibi senet alınmasında imkânsızlık bulunan hâllerde yapılmış olması durumunda, bu hukukî işlemin tanık ile ispat edilmesi mümkündür (HMK m. 203/1, c).
2. Sözleşmedeki irade bozukluğu ile aşırı yararlanma hâli tanıkla ispat edilebilir (HMK m. 203/1, ç).

3. Senede karşı ileri sürülen işlem için alınmış senedin kaybolması ve bu senedin beklenmeyen bir olay ya da zorlayıcı bir sebeple kaybolduğunun ispatlanması hâlinde, hukukî işlem tanık ile ispat edilebilir (HMK m. 203/1, e).
4. Senede karşı ileri sürülen savunma sebebine ilişkin, delil başlangıcı mevcutsa, o hukukî işlem iddiasının tanık ile ispat edilmesi mümkündür (HMK m. 202).

iii. İş Yargılamasında Senetle İspat Zorunluluğuna İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar

• Senede karşı senetle ispat kuralı iş yargılamasında geçerli midir?

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 201'inci maddesine göre, senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukukî işlemler **iki bin beş yüz Türk lirasından *(2021 yılı için 4.880 TL)* az bir miktara ait olsa bile** tanıkla ispat olunamaz. Senede karşı senetle ispat kuralına ilişkin istisnalar da yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile kabul edilmiştir. İş Mahkemeleri Kanunu'nda da bu kurala istisna teşkil edebilecek herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

İş yargılaması açısından Yargıtay daireleri sıklıkla işçinin iradesinin sakatlandığı gerekçesi ile senede karşı tanıkla ispat kuralının uygulanabileceğini kabul etmektedir. Esasen 203'üncü maddesinin birinci fıkrasının ç bendinde hukukî işlemlerin irade sakatlığı ya da gabin nedeni ile sakatlandığı hâllerde senede karşı senetle ispat kuralına istisna getirilebileceği ve tanıkla ispatın mümkün olacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu çerçevede, örneğin, işçinin bilgisizliğinden yararlanılarak ve ödeme yapılacağı hususunda aldatılarak işçilik alacaklarından feragat ettiğine ilişkin imzalatılan ibranameye karşı tanıkla ispat kuralı geçerli olabilir:

> *"6100 sayılı HMK. 203. Maddesinin senetle ispat zorunluluğunun istisnalarından 1/ç bendi uyarınca "Hukukî işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddiaları" hâlinde tanık dinlenebilir. Diğer taraftan "bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak belge düzenlemesi, eşitliği kendi lehine bozacak hususlar*

kabul ettirmesi" sözkonusu belge ve sözleşmeyi geçersiz kılacaktır" (Borçlar Kanunu 19 ve 20 Maddeler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27 ve 36. Maddeleri).

Dinlenen davacı tanığı, "izne gider gibi çıkarıldıklarını, 100,00 USD avans verilerek, kalan kısmın bankaya yatırılacağının belirtildiğini, uçağın kalkmasına bir saat kala alelacele belge imzalattırıldığını, kağıtları okumadan imzalamak istemeyen arkadaşları pasaportlarını vermeyerek mağdur ettiklerini, daha sonra herhangi bir tazminat ödemesi yapılmadığını" belirtmiştir. Aynı işyerinde çalışan ve davalı işverene karşı aynı şekilde dava açan işçilerle ilgili olarak Ankara 8 ve Ankara 15. İş Mahkemelerinde ibraname ve makbuza itibar edilemeyerek kıdem ve ihbar tazminatlarının kabulüne dair verdikleri kararlar Dairemizce duruşmalı olarak incelenmiş (2010/7067 Esas, 2010/29455 Esas) ve onanmalarına karar verilmiştir.

Dosya içeriğine ve emsal kararlara göre yurt dışı işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilerek yurda gönderilmelerinde ödeme bulunmadığı hâlde ibraname ve ödendiğine dair makbuz düzenlendiği, ibraname ve makbuzları işverenin sosyal ve ekonomik üstünlüğünü kullanarak imzalattığı, davacının iradesinin fesada uğratıldığı bu nedenle ibraname ve makbuzların geçerli olmadığı anlaşılmaktadır. Davacının kıdem ve ihbar tazminatının tamamına karar verilmesi gerekir. Yazılı gerekçe ile fark kıdem ve ihbar tazminatına karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."[298]

Hukukî işlemin taraflarının iradesinin sakatlanıp sakatlanmadığı yahut gabinin mevcut olup olmadığı ise Türk Borçlar Kanunu'nun 28'inci ve devamı maddelerinde yer alan düzenlemelere ve somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir. Oysa Yargıtay uygulaması dikkate alındığında sözleşmenin taraflarından birinin işçi olması ve işverenin ekonomik üstünlüğünün bulunması iradenin sakatlanması açısından tek başına yeterli kabul edilmekte; senede karşı senetle ispat kuralının ancak çok istisnaî hâllerde iş yargılaması bakımından geçerli olduğu ifade edilmektedir.

Bu hususta Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi'nin verdiği kararlar şu yöndedir:

298 Yarg. 9. HD, 18.06.2012 T., 2012/18434 E., 2012/23219 K., www.legalbank.net, s.e.t. 10.05.2021.

"***İş Hukuku; işçi ve işveren ilişkisinde, işverenin sosyal ve ekonomik bakımından güçlü olması, işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri dikkate alınarak, sözleşme hukuku alanında ayrılmış ve farklı kurallar getirerek gelişmiştir. Bu nedenle iş hukukunda, düzenlenen belgelere karşı işçi lehine tanık dinletilmesi yoluna gidilmektedir***."[299]

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi de aynı gerekçelerle senede karşı tanık dinletilmesinin mümkün olduğunu kabul etmekteydi:

"*İşçi ve işverenin taraf oldukları iş ilişkisinde başlangıçta işe girerken, bazı iş kollarında işverenin teminat amacı ile bu tür senetler aldığı uygulama ile anlaşılmaktadır. Kuşkusuz bu durumun ispatlanması hâlinde bu şekilde alınan senet, teminat senedi niteliğinde sayılmalıdır.*

Diğer taraftan, İş Hukuku; işçi ve işveren ilişkisinde, işverenin sosyal ve ekonomik bakımından güçlü olması, işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri dikkate alınarak, sözleşme hukuku alanında ayrılmış ve farklı kurallar getirerek gelişmiştir. Bu sebeple iş hukukunda, düzenlenen belgelere karşı işçi lehine tanık dinletilmesi yoluna gidilmektedir.

İşçiden teminat olarak alınan senet sebebiyle işçinin borcu, işverene verdiği zarar veya yedindeki nakit miktarı ile sınırlıdır. Zararı ve davacı işçiden alacağı olduğunu işveren ispatlamalıdır. Teminat niteliğinde alınan bu senetler işverenin zararını veya alacağını kanıtlamadığı sürece geçersiz sayılmalıdır.

Somut olayda, davacının senet nedeni ile borçlu olmadığının tespiti talebi karşısında Mahkemece her ne kadar davacının iddialarını ispat için yazılı delil sunmadığı belirtilerek davanın reddine karar verilmiş ise de yukardaki açıklamalar karşısında mahkemenin gerekçesi isabetli değildir. Daha önce açıklandığı üzere; ***işçi ve işveren ilişkisinde, işverenin sosyal ve ekonomik bakımından güçlü olması, işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri dikkate alınarak, sözleşme hukuku alanından ayrılmış olduğu ve farklı kurallar çerçevesinde geliştiği, bu sebeple iş hukukunda, düzenlenen belgelere karşı işçi lehine tanık dinletilmesi yoluna gidilebileceği gözetilerek*** *işin esasına girilip değerlendirme*

299 Yarg. 9. HD, 04.03.2013 T., 2010/48459 E., 2013/7493 K., www.legalbank.net, s.e.t. 10.05.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

yapılması gerektiği hâlde yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."[300]

Daha önce de izah edilmeye çalışıldığı gibi işçi lehine yorum ilkesi iş hukukunun maddî boyutu ile ilgilidir. Anayasa'nın 142'nci maddesinde yargılama usûlüne ilişkin kuralların kanunla düzenlenmesi gerektiği öngörüldüğünden bu kuralların değiştirilmesi de ancak kanunla mümkün olabilir. Mevcut usûl hukuku kurallarının işçi lehine yorum ilkesi ile aşılmaya çalışılması en başta usûl hukuku bakımından anayasal açıdan kabul edilen kanunîlik ilkesini zedeler. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu irade sakatlığı ve gabinin şartlarını ve sonuçlarını düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemelere göre taraflardan birinin ekonomik açıdan daha zayıf konumda bulunması iradesinin sakatlanması bakımından tek başına yeterli kabul edilemez. Böyle genel geçer bir kabul söz konusu düzenlemelerin amacına da aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla işçinin ya da işverenin iradesinin sakatlanıp sakatlanmadığı somut olay özelinde incelenerek sonuca varılmalı; ancak iradenin gerçekten sakatlandığının anlaşıldığı durumlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 203'üncü maddesinin birinci fıkrasının ç bendindeki istisna gereğince senede karşı tanıkla ispat kuralı uygulanabilmelidir.

- **İş yargılaması açısından ibranamelerin delil değeri ve ileri sürülmesi özellik arz eder mi?**

Türk Borçlar Kanunu'nun 132'nci maddesinde borcu sona erdiren nedenlerden biri olarak ibra düzenlenmiştir. Tarafların aralarındaki borcu kısmen ya da tamamen sona erdirmek ve böylelikle borçlunun borçtan kurtulmasını sağlamak amacı ile akdettikleri sözleşme ibra sözleşmesi olarak tanımlanabilir[301].

300 Yarg. 22. HD, 24.06.2020 T., 2017/45478 E., 2020/7627 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.05.2021, (Vurgular tarafımıza aittir). Uyuşmazlığa konu senedin teminat senedi olup olmadığının ispatı açısından Yargıtay'ın daireleri arasında farklılık söz konusudur. Esasen kambiyo senetlerinin sebepten mücerret olması dikkate alındığında, borçlunun senedin teminat amacı ile verildiği yönündeki iddiasını da ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 201'inci maddesine uygun olarak senetle (kesin delillerle) ispat edebileceği kabul edilmesine karşın (bu yönde bkz. Yarg. 11. HD, 06.02.2020 T., 2018/4020 E., 2020/998 K.) senedin işçi tarafından düzenlenmesi hâlinde teminat senedi vasfına ilişkin iddianın ispatında tanık da dinletilebileceği ve bunun aksini iddia eden işverenin ispat yükü altında bulunduğu kabul edilmektedir (bu yönde bkz. Yarg. 22. HD, 09.09.2019 T., 2019/5179 E., 2019/15608 K.).

301 **Eren,** Genel 2017, s. 1296.

İş sözleşmeleri bakımından ise Türk Borçlar Kanunu'nun 420'nci maddesinde özel bir düzenleme yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre; "*İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür. Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.*"

420'nci maddenin düzenlemesi dikkate alındığında, hükümde yer alan koşulları taşımayan ibranameler kesin hükümsüz sayılır ve yargılama açısından hâkimin durumu re'sen dikkate alması gerekir. Yine usûl hukuku bakımından önem taşıyan diğer bir husus ise alacağın tamamının ödendiğini içermeyen ibra belgelerinin makbuz niteliğinde bulunduğuna ilişkin ifadedir.

DİKKAT: Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesince 05.11.2020 tarihinde alınan **ilke karara** göre **Türk Borçlar Kanunu'nun 420'nci maddesinde öngörülen bankaya ödeme zorunluluğunun yalnızca ibranameler bakımından şart olarak öngörüldüğü; bunun dışında ifaya ilişkin ödemelerin mutlaka banka aracılığı ile yapılması gerekmediği kabul edilmiştir**. Söz konusu kararda makbuz, bordro gibi belgelerde gösterilen miktarların işçiye ödendiğini gösteren belgelerin geçerli olduğu ve işçilik alacaklarından mahsup edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu belgelerde irade fesadına ilişkin iddiaların ise tanık dahil her türlü delille ispatlanabileceği; işverenin ödemeyi defter ve kayıtlara yansıtıp yansıtmadığının da incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yine 420'nci maddeyle uyumlu olarak ilke kararında **ibraname şeklinde düzenlenen belgelerde miktar yazılı dahi olsa Kanun gereği bankaya ödeme olmadığı sürece makbuz etkisinin gündeme gelmeyeceği** vurgulanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra düzenlenen ibranameler bakımından 420'nci maddede yer alan şartların bulunması hâlinde geçerli bir ibradan bahsedilebilir. 01.07.2012 tarihinden önce akdedilen

ibranameler için ise Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarından yararlanılarak sonuç varılması gerektiği kabul edilmektedir.

"*18. 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra düzenlenen ibra sözleşmeleri için yasal koşulların varlığı aranmalıdır. Ancak 6098 sayılı TBK'nın yürürlükte olmadığı dönemde imzalanan ibranamenin geçerliliği sorunu üzerinde ayrıca durulmalıdır. İbranamenin, iş sözleşmesinin feshini izleyen bir aylık süre içinde düzenlenmesi ve ödemelerin banka kanalıyla yapılmamış oluşu 01.07.2012 tarihinden önce düzenlenen ibra sözleşmeleri için geçersizlik sonucu doğurmaz.*

19. İbranamenin geçerli olup olmadığı 01.07.2012 tarihine kadar yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (818 sayılı Kanun/BK) irade fesadını düzenleyen 23 ila 31. maddeleri yönünden de değerlendirilmelidir. İbra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın veya üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması hâlinde ibra iradesinden söz edilemez.

20. Bununla birlikte iş ilişkisi devam ederken alınan ibraname de geçersizdir. Zira işçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak veya bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır. Ayrıca ibranamenin tarih içermemesi ya da içeriğinden de fesih tarihinden sonra düzenlendiğinin açıkça anlaşılamaması durumunda ibranameye değer verilemez.

21. İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi mümkün değildir. Bu nedenle işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

22. Miktar içeren ibra sözleşmelerinde, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın

kısmi ödeme hâllerinde, ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık miktar içermeyen ibra sözleşmelerinde ise, geçerlilik sorunu titizlikle ele alınmalıdır. İrade fesadı denetimi yapılmalı ve somut olayın özelliklerine göre ibranamenin geçerliliği konusunda çözümler aranmalıdır. Fesihten sonra düzenlenen ve alacak kalemlerinin tek tek sayıldığı ibranamede, irade fesadına ilişkin hâller ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece ibra iradesi geçerli sayılmalıdır.

23. İbranamede yer alan işçilik alacaklarının bir kısmı yönünden savunma ile çelişkinin varlığı ibranameyi bütünüyle geçersiz kılmaz. Savunma ile çelişmeyen kısımlar yönünden ibra iradesine değer verilmelidir. Başka bir anlatımla, bu gibi durumlarda ibranamenin bölünebilir etkisinden söz edilebilir. Bir ibraname bazı alacaklar bakımından makbuz hükmünde sayılırken, bazı işçilik hak ve alacakları bakımından ise çelişki sebebiyle geçersizlikten söz edilebilir. Aynı ibranamede çelişki bulunmayan ve miktar içermeyen kalemler bakımından ise borç ibra yoluyla sona ermiş sayılabilir."[302]

İbranameye ilişkin olarak Yargıtay kararlarında sıklıkla yer verilen bir diğer önemli husus ise ibranın, hakkı ortadan kaldıran niteliği nedeni ile itiraz vasfını haiz olduğu ve yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceğidir[303]. İbra, borcu doğrudan ve kesin şekilde ortadan kaldırır[304]. Bu niteliği ile yargılamada ibranın söz konusu olduğunun ileri sürülmesi itiraz niteliğini haizdir. Ancak söz konusu itirazın ileri sürülmesi, medenî usûl hukuku açısından savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağına ilişkin kuralların uygulama alanını ortadan kaldırmamaktadır. Diğer bir deyişle davalının savunma vasıtalarını ve bu kapsamda def'i ve itirazlarını ileri sürebilmesi savunmanın genişletilmesi ve yasağına tâbidir. Ancak dava dosyasından anlaşılabildiği

302 Yarg. HGK, 06.02.2020 T., 2016/570 E., 2020/92 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.05.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 21.01.2021 T., 2020/4030 E., 2021/1950 K.; Yarg. 9. HD, 26.02.2020 T., 2017/16444 E., 2020/3080 K.; Yarg. 22. HD, 07.01.2019 T., 2016/3056 E., 2019/38 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.05.2021.

303 Bkz. Yarg. HGK, 27.01.2010 T., 2009/586 E., 2010/31 K.; Yarg. HGK, 25.02.2020 T., 2019/599 E., 2020/198 K., Yarg. HGK, 04.02.2021 T., 2016/2174 E., 2021/36 K.; Yarg. 9. HD, 21.01.2021 T., 2020/4030 E., 2021/1950 K., Yarg. 22. HD, 29.06.2020 T., 2020/2354 E., 2020/8097 K., www.legalbank.net, s.e.t. 11.05.2021.

304 **Eren,** Genel 2017, s. 1299.

ölçüde itirazlar yasak kapsamında değildir[305]. İş yargılaması bakımından da ibranın bulunduğu ve bunu ispata yarayan ibranamenin varlığı ancak dosya kapsamından anlaşıldığı ölçüde yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Dosya kapsamından anlaşılamadığı takdirde ise hakkı sona erdirdiği gerekçesi ile ıslaha ya da karşı tarafın muvafakatine başvurulmaksızın yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği kabul edilemez.

d. Yemin

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre kesin deliller arasında yer alan yemin, ispat yükünü taşıyan tarafın diğer delillerle bir vakıayı ispatlayamaması hâlinde ilgili vakıanın doğruluğu hakkında karşı tarafın kutsal değerlerine sığınarak beyanda bulunmasını sağlamaktır. Ancak başka delilleri yanında da yemine başvurulabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 227'nci maddesine göre "*Uyuşmazlık konusu vakıanın ispatı için yeminden başka delili olduğunu beyan etmiş olan taraf dahi yemin teklif edebilir.*"

Hukuk Muhakemeleri Kanunu yeminin konusu bakımından bazı sınırlamalar öngörmüştür. 226'ncı maddeye göre, tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği vakıalar ile işlemin geçerliliği için iki tarafın irade açıklamasının yeterli görülmediği hâller ve yemin edecek kişinin namus ve onurunu etkileyecek veya onun ceza soruşturması yahut kovuşturması ile karşı karşıya kalmasına sebep olacak vakıalar hakkında yemin teklif edilemez.

Belli bir vakıanın ispatı için yemin deliline başvurulacağı davanın başında, dava ve cevap dilekçeleriyle bildirilmelidir. Mahkeme kendiliğinden taraflara yemin verdiremez. Yargılama esnasında vakıanın ispatsız kalması üzerine, tarafa, yemin delilline de başvurabileceği mahkemece hatırlatılamaz (YİBHGK, 03.03.2017 T., 2015/2 E., 2017/1 K.).

Yemin teklifi, tarafın kendisince ya da kanunî temsilcisi tarafından veya vekâletnamesinde bu hususta açıkça yetkilendirilmiş bulunan vekilince (avukatınca) yapılır. Bu tarafın, elinde başkaca delilinin bulunması ve bunu mahkemeye daha önceden bildirmiş olması, yemine başvurmaya engel değilse de kendisine yemin teklif olunan kimse, yemini edaya hazır olduğunu bildirdikten sonra, diğer taraf teklifinden vazgeçerek başka bir delile dayanamaz ve yeni bir delil de gösteremez (HMK m. 227).

305 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 408-409.

Yemin, ispat yükü kendisine düşen tarafça karşı tarafa yöneltilir. Karşı taraf davasını bizzat yürütüyorsa kendisi, davasını kanunî temsilcisi aracılığıyla yürütüyorsa bu kişi, yemin teklifini kabul edebilir, reddedebilir veya yemini iade edebilir. Karşı tarafın iradî temsilcisinin yemini kabul, ret veya iade edebilmesi için vekâletnamesinde bu hususa ilişkin açık bir yetkinin bulunması gerekir (HMK m. 74). Kabul edilen yeminin edası mutlaka uyuşmazlığın tarafınca yapılır. Taraflardan biri tüzel kişi yahut ergin olmayan veya kısıtlı bir kimse ise onlar adına yapılmış bir işleme ilişkin vakıanın ispatı için yemin, tüzel kişiyi temsile yetkili kişi veya organ yahut kanunî mümessil tarafından eda, ret ya da iade olunabilir. Ergin olmayan veya kısıtlı kimselere bizzat dava hakkı tanınan hâllerde yemin bu kişilerce şahsen eda, ret veya iade edilir (HMK m. 232).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 229'uncu maddesinde yemin teklifi üzerine tarafın yemini eda etmemesinin sonucu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, *"Yemin için davet edilen kimse, tayin edilen gün ve saatte mahkemede geçerli bir özrü olmaksızın bizzat hazır bulunmaz yahut hazır bulunup da yemini iade etmez ya da yemini eda etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılır*".

Şayet kendisine yemin teklif edilen taraf yemini iade ederse bu hâlde de yemini iade olunan kimsenin yemin etmekten kaçınması ilgili vakıanın ispat edilmemiş sayılması sonucunu doğurur (HMK m. 229/2). Kanun koyucu yeminin iadesi bakımından da bir sınır öngörmüştür. Eğer yemine konu vakıa yalnızca kendisine yemin teklif olunan kişinin şahsından kaynaklanıyorsa yemin iade edilemez (HMK m. 230).

Yeminin edası mahkeme huzurunda gerçekleştirilir (HMK m. 233/1). Ancak yemin edecek kimse, mahkemeye gelemeyecek kadar hasta veya engelli ise hâkim, bulunduğu yerde o kimseye yemin ettirir. Bu sırada isterlerse taraf vekilleri ve karşı taraf da hazır bulunabilir (HMK m. 235). Mahkemenin yargı çevresi dışında oturan kimse, yemin için davaya bakan mahkemeye gelmek zorundadır. Ancak, yemin edecek kişi, mahkemenin bulunduğu il dışında oturuyor ve bulunduğu yerde aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile yemin icrası mümkün değil ise istinabe yolu ile yemin ettirilir (HMK m. 236).

Hâkim, eksik olan noktaları tamamlamak veya açık olmayan hususları aydınlatmak için yeminin konusu ile bağlantılı gördüğü soruları yemin eden kimseye sorabilir (HMK m. 237). Hâkim, yemin eden kimsenin beyanını dinleyip tutanağa geçirir ve yazılanları yüksek sesle huzurunda okur; beyanında ısrar edip etmediğini sorar ve verilen cevabı tutanağa kaydeder (HMK m. 238).

Türk Ceza Kanunu'nun 275'inci maddesi ile yalan yere yemin suç olarak düzenlenmiştir. Yemin eda edildikten sonra, yalan yere yemin nedeniyle açılan ceza davası, esas dava bakımından bekletici sorun yapılamaz (HMK m. 239). Lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ceza mahkemesinde kendisinin ikrarı veya yazılı delille sabit olması durumunda, yargılamanın iadesi yoluna gidilebilir (HMK m. 375/1, g)

e. Tanık Beyanı

i. Genel Olarak

Tanık, bir davada, uyuşmazlığın hâlli bakımından önem taşıyan ve taraflar arasında çekişmeli bulunan, geçmişte vukua gelmiş bir vakıa yahut durum hakkında görme yahut işitme duyuları vasıtasıyla sahip olduğu bilgiyi mahkemeye aktaran ***üçüncü*** kişidir[306]. Bu kişinin söz konusu aktarımı tanık beyanı olarak adlandırılır. Tanık beyanı çok önemli ve vazgeçilmez bir delil olmakla beraber, tam bir kesinlikle güvenilemeyeceğinden, takdirî bir delildir.

DİKKAT: Yargılamada tanık olarak dinlenecek kişinin mutlaka tarafların dışında **üçüncü bir kişi** olması gerekir. Dava konusu vakıa ile ilgili olarak taraflardan birinin bilgisine başvurulması durumunda isticvap söz konusu olur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre deliller arasında sayılmayan isticvap ancak isticvap olunan tarafın ilgili vakıayı ikrar etmesi hâlinde vakıayı çekişmeli olmaktan çıkarması ve ispatına gerek kalmaması açısından önem arz eder.

Tanıklık yapabilecek kişiler bakımından kanun koyucu herhangi bir genel sınır öngörmemiştir. Davanın taraflarına yakınlık yahut onlarla mevcut bir menfaat ilişkisi, tanıklıktan ret yahut yasaklılık sebebi olarak kabul edilmez. Tanığın tarafla yakınlığı, tek başına beyanlarının değerini düşürmez, ancak karşı taraf somut sebeplerle bu beyanlara itiraz edebilir (HMK m. 255). Ancak

306 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 517.

kimi durumda özel kanun hükümleri ile bazı kişilerin bazı vakıalar hakkında tanıklık yapamayacağı kabul edilebilir.

Uyuşmazlık taraflarının bir vakıa hakkında tanık beyanına başvurulmasını istemeleri hâlinde ilgili vakıanın tanıkla ispatlanacağını dava ya da cevap dilekçesinde bildirmeleri gerekli ve yeterlidir. Ayrıca tanıkların dilekçeler aşamasında gösterilmesi gerekmez. Tanıkla ispat edilmesi istenen vakıa hakkında hâkimin tanık dinlenmesine karar vermesi üzerine, ilgili taraf, o vakıa hakkında dinletmek istediği tanıkların tamamını liste hâlinde mahkemeye bildirir. Bu listede gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemez ve aynı vakıa hakkında ikinci bir tanık listesi verilemez (HMK m. 240/2-3). İkinci kez tanık listesi verilemeyeceğine ilişkin hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu ve tarafların bu konuda sözleşme yapamayacakları kabul edilmektedir. Ancak, taraf kendisine verilen kesin süre içerisinde tanık listesini vermemiş olsa bile, tanıkların dinleneceği duruşmada hazır ettiği tanıkları, mahkemece dinlenir (HMK m. 243/1, c. 2).

Tanıkların sayısına ilişkin de Kanun'da herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Dürüstlük kuralına aykırı olmadığı sürece birden fazla tanığın gösterilmesi mümkündür. Mahkemece gösterilen tanıkların bir kısmının dinlenmesi sonucunda yeterli kanaate ulaşılması hâlinde ise geri kalan tanıkların dinlenilmemesine karar verilebilir (HMK m. 241).

Kural olarak tanıklar yargılama esnasında sözlü olarak dinlenebilir. Ancak hâkim gerekli görülen hâllerde, sözlü olarak dinlenmesi yerine, belirlenecek süre içinde cevaplarını yazılı olarak bildirmesi için tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verebilir (HMK m. 246).

Tanık olarak çağrılan herkesin mahkemeye gelmesi zorunludur. Usûlüne uygun olarak çağırıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirtilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beş yüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunur (HMK m. 245).

Tanık, kanunî bir sebep göstermeden tanıklıktan çekinir, yemin etmez veya göstermiş olduğu sebep mahkemece kabul edilmemesine rağmen tanıklık yapmaktan çekinirse beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına ve bu yüzden doğan giderleri ödemesine hükmedilerek, yeniden dinlenilmek üzere yargılama başka güne bırakılır. Tanık kendisine sorulan sorulara cevap vermez veya yemin etmemekte direnirse, o mahkemece iki haftayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkûm edilir (HMK m. 253).

Tanıklık yapmak kanunî bir zorunluluk olmasına rağmen bazı hâllerde tanıklıktan çekinmek mümkündür (HMK m. 247). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 248'inci maddesi kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinmeyi; 249'uncu maddesi sır nedeni ile tanıklıktan çekinmeyi 250'nci maddesi ise menfaat ihlâli tehlikesi nedeni ile tanıklıktan çekinmeyi düzenlemektedir. Yine tanıklıktan çekinme hakkının istisnaları da Kanun'un 251'inci maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Tanıklar davaya bakan mahkemede dinlenir. Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekliyse, tanığın olayın gerçekleştiği veya şeyin bulunduğu yerde dinlenilmesine karar verebilir. Mahkeme, hasta veya özürlü olmasından dolayı gelemeyen tanığı bulunduğu yerde dinler. Mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan tanığın, bulunduğu yer mahkemesi tarafından dinlenmesine karar verilebilir.

Dinleme sırasında öncelikle tanıktan adı, soyadı, doğum tarihi, mesleği, adresi, taraflarla akrabalığının veya başka bir yakınlığının bulunup bulunmadığı, tanıklığına duyulacak güveni etkileyebilecek bir durumu olup olmadığı sorulur (HMK m. 254).

Tanığın davada yararı bulunmak gibi tanıklığının doğruluğu konusunda kuşkuyu gerektiren sebepler varsa, bunu iki taraftan biri iddia ve ispat edebilir (HMK m. 255).

Tanığa, dinlenmeden önce, gerçeği söylemesinin önemi, gerçeği söylememesi hâlinde yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı, doğruyu söyleyeceği hususunda yemin edeceği, duruşmada mahkeme başkanının veya hâkimin açık izni olmadan mahkeme salonunu terk edemeyeceği ve gerekirse diğer tanıklarla yüzleştirilebileceği anlatılır (HMK m. 256).

Kural olarak tanıklar dinlenilmeden önce yemin eda ettirilir. Dinlendiği sırada on beş yaşını bitirmemiş olanlar ile yeminin niteliğini ve önemini kavrayamayacak derecede ayırt etme gücüne sahip olmayanlar yeminsiz dinlenir (HMK m. 257).

Tanıklar, hâkim tarafından ayrı ayrı dinlenir ve biri dinlenirken henüz dinlenmemiş olanlar salonda bulunamazlar. Tanıklar gerektiğinde yüzleştirilirler. Hâkim, tanık sözünü bitirdikten sonra, ifade ettiği hususların açıklanması veya tamamlanması amacıyla başka sorular da sorabilir. Tanığın sözleri tutanağa yazılarak önünde okunur ve tutanağın altı kendisine imza

ettirilir (HMK m. 261). Türkçe bilmeyen tanıklar tercüman aracılığı ile dinlenir. Tanık, sağır ve dilsiz olup okuma ve yazmayı biliyorsa, sorular kendisine yazılı olarak bildirilir ve cevapları yazdırılır; okuma ve yazma bilmediği takdirde, hâkim, kendisini işaret dilinden anlayan bilirkişi yardımıyla dinler (HMK m 263).

DİKKAT: Tanık beyanı takdirî delil olmasının sonucu olarak, dinlenen tanıkların beyanlarını hâkim serbestçe takdir eder (HMK m. 198).

Yalan yere tanıklık, Türk Ceza Kanunu'nun 272'nci maddesinde ayrı bir suç olarak kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 264'üncü maddesinde de bu düzenlemeye uygun şekilde hâkimin yalan yere tanıklık eden tanık hakkında ne şekilde hareket edeceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, hâkim, tanığın tanıklığı esnasında yalan söylediği veya menfaat temin ederek tanıklık ettiği hakkında yeterli delil veya emare elde ederse bir tutanak düzenler ve bu tutanağı derhâl Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Hâkim, tanığın ve suçta ortakları varsa onların tutuklanmasına da karar verebilir ve kovuşturma yapılmak üzere Cumhuriyet başsavcılığına sevk eder (HMK m. 264).

Tanığın yalan tanıklık yaptığının hükmün kesinleşmesinden sonra verilen bir ceza mahkemesi kararıyla sabit olması, yargılamanın iadesi sebebidir (HMK m. 375/1, e).

ii. İş Yargılamasında Tanıkla İspat Kuralına İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar

- **Tanığın taraflardan birinin yakını ya da akrabası olması hâlinde beyanları dikkate alınır mı?**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre tanık beyanı takdirî deliller arasında yer almaktadır. Hâkim hüküm verirken tanık beyanına dayanmakta ise bunun gerekçesini de ortaya koyması gerekir. Ancak yargılamada ispatlanması gereken bir husus hakkında tanık delillinden başka herhangi bir delil elde edilemiyor da olabilir. Böyle bir durumda tanık beyanına dayanılarak karar verilmesinden başka bir çare bulunmamaktadır. Özellikle bu gibi hâllerde hâkimin titizlikle davranması gerekir. Taraflar da tanık beyanının doğru olmadığını diğer delillerle ispatlayabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 254'üncü maddesinde "*Dinlenme sırasında öncelikle tanıktan*

adı, soyadı, doğum tarihi, mesleği, adresi, taraflarla akrabalığının veya başka bir yakınlığının bulunup bulunmadığı, tanıklığına duyulacak güveni etkileyebilecek bir durumu olup olmadığı sorulur." hükmüne yer verilmiştir. 254'üncü madde dikkate alındığında, tanığın taraflardan birinin yakını ya da akrabası olması o kişinin tanıklığına güven duyulup duyulmaması bakımından bir ölçüt olarak düşünülebilecek olsa da tek başına onun beyanlarının dikkate alınmaması sonucunu doğurmayacağı unutulmamalıdır[307]. Taraflardan biri ile yakınlık ya da akrabalık ilişkisi bulunan tanığın beyanlarının doğruluğu her somut olayın özelliklerine göre ayrıca değerlendirilmeli; tanığın beyanlarının dikkate alınıp alınmayacağına özellikle diğer delillerle birlikte yapılan değerlendirmenin sonucuna göre karar verilmelidir[308].

Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir:

"*Tanık, kavram olarak uyuşmazlık hakkında bilgi ve görgüsü bulunan üçüncü kişidir. Davada üçüncü kişi olması şartıyla, yaşına, hukukî durumuna, taraflarla akrabalık derecesine bakılmaksızın, kural olarak davada herkes tanık olarak dinlenebilir. Dolayısıyla davanın tarafları tanık olarak dinlenemez.*

Tanık gösteren taraf, dinleteceği tanıkların ad soyadı ile (tebligat) adreslerini içeren listeyi (bu listeyi içeren dilekçesini) mahkemeye verir ve her bir tanığı hangi vakıa hakkında dinleneceğini de dilekçesinde bildirir (HMK m. 240/2). Bu hüküm 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nun 194'üncü maddesinde düzenlenen somutlaştırma yükünün de bir gereğidir. Ayrıca maddede belirtildiği üzere ikinci bir tanık listesi verilmesi de mümkün değildir.

Öte yandan, 6100 sayılı HMK'nın 254'üncü maddesi uyarınca, aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır. Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılamaz (HGK'nın 24.12.2014 gün ve 2013/2-1417 E.- 2014/1090 K. sayılı kararı)……

……Davacı vekilinin tanık olarak isimlerini bildirdiği ve davacının babası ve kardeşi olduğu anlaşılan tanıklar Mahkemedeki beyanlarında tutanak içeriğini doğrular yönde beyanda bulunmuşlardır.

307 **Atalay,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1910.
308 **Atalay,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1910.

Öte yandan davacı vekilinin dava dilekçesi ekinde sunduğu ve deliller arasında yer alan kişi bazında giriş çıkış raporu ve personel kartlarından davacının çalıştığı işyerinden 26.04.2012 günü 09.30-12.27 saatleri arasında izinli olduğu görülmüştür.

Şu hâlde mevcut delil durumu «işçi lehine yorum» ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde: davacı işçinin kesinleşen mahkeme kararının tebliği üzerine 10 iş günlük süre içinde işe başlatılması için davalı işverene müracaat ettiğini 26.04.2012 tarihli tutanak ve bu tutanakta isim ve imzaları bulunan kişilerin Mahkemedeki tanıklıkları ile ispat ettiğini kabul etmek gerekir. ***Her ne kadar tutanağı düzenleyen ve tanık olarak beyanlarına başvurulan kişiler davacının yakın akrabaları ise de bu durum tek başına tanıklıklarının geçersiz olduğu, beyanlarına itibar edilmemesi gerektiği sonucunu doğurmayacağı gibi davalı işveren tutanağın aksini gösteren hiçbir delil de ibraz etmemiştir****.*

Bunun gibi işe başvurunun noter aracılığıyla yapılması gerektiğine ilişkin yasal düzenleme bulunmadığı gibi, ***davalı işyerinde çalışmakta olan işçilerden tanık temin etmesi gerektiği yönünde bir mecburiyetin davacıya yükletilmesi de usulsüzdür****.*"[309]

Tanığın işverenin işyerinde çalışan işçi olması ve bu nedenle işveren lehine tanıklık yapıyor olması da ihtimâl dahilinde olabilir. Bu hâlde de tanıklık yapan işçinin beyanlarına dikkatle yaklaşılması gerekir. 1086 sayılı Kanun'un 247'nci maddesinin altıncı bendinde tanıklık sırasında taraflardan birinin işyerinde çalışanların da yeminsiz dinlenebileceği düzenlenmişti. Dolayısıyla hâlihazırda işverenin işyerinde çalışan işçinin tanıklığına güven duyulması hususunda daha fazla tereddütün ortaya çıkması mümkündü. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 247'nci maddesi ile yeminsiz dinlenecek tanıklara ilişkin bir sınırlamaya gidilmiş ve işyerinde çalışan işçiler bakımından yemine ilişkin istisna yürürlükten kaldırılmıştır. İşçi yeminli şekilde tanıklık edeceğinden artık beyanlarına daha çok güvenilebilecek olsa da aradaki menfaat ilişkisi dikkate alındığında beyanlarına itibar etmenin her zaman mümkün olduğu söylenemez. Tanıklığına başvurulacak işçinin işverenin işyerinde çalışıyor olması tek başına beyanlarının geçersiz olduğu sonucunu doğurmamakta ise de söz konusu beyanlar diğer delillerle birlikte değerlendirilerek sonuca varılmalıdır.

309 Yarg. HGK, 16.05.2018 T., 2015/1828 E., 2018/1093 K., www.legalbank.net, s.e.t. 15.05.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

DİKKAT: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 250'nci maddesinde, tanığın beyanının kendisi ya da Kanun'da gösterilen şahıslardan birine doğrudan doğruya maddî bir zarar verecekse tanıklıktan çekinebileceği kabul edildiğinden, işverenin işyerinde çalışan işçinin işini kaybetme endişesinin varlığı hâlinde tanıklıktan çekinmesi mümkündür. Ancak bu durumda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tanıklıktan çekinme hakkının istisnalarına ilişkin 251'inci maddesi gözden kaçırılmamalıdır.

- **İşverene karşı dava açan işçinin diğer yargılamalardaki tanıklığı dikkate alınır mı?**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 255'inci maddesinde "*Tanığın davada yararı bulunmak gibi tanıklığının doğruluğu konusunda kuşkuyu gerektiren sebepler varsa, bunu iki taraftan biri iddia ve ispat edebilir*" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme ile tanık beyanlarının güvenilirliği hususunda hâkime tanınan takdir yetkisinin yanında uyuşmazlığın taraflarına da bu beyanların doğru olmadığını iddia ve ispat hakkı tanınmıştır. İş yargılaması açısından, özellikle işveren ile husumeti bulunan bir diğer işçinin tanıklığının dikkate alınıp alınmayacağı bu düzenleme çerçevesinde ele alınmalıdır. Yargıtay kararlarında, işverenle husumeti bulunan işçilerin tanıklığına dikkatle yaklaşılması, bu beyanlar başka delillerle desteklenemediği sürece hüküm verilirken tek başına dikkate alınmaması gerektiği kabul edilmektedir:

> "*Somut olayda, fazla çalışma alacağının davalı işverene karşı dava açmış olan husumetli tanık beyanlarına göre belirlenmesi hatalı olmuştur. Fazla çalışma alacağı konusunda sadece işverene karşı dava açan tanıklarla ispat yoluna gidildiğinde bu durumdaki tanıkların beyanını destekleyen başkaca somut deliller ya da işin mahiyetinin gerektirdiği durumlar veya herkesçe bilinecek maddi olguların bulunup bulunmadığının dikkate alınması gerekir.* ***Dosya içeriğine göre, fazla çalışmanın davalı işverenle husumetli durumda olan tanık beyanlarından başkaca bir delille varlığı ispat edilemediğinden mahkemece söz konusu alacağın reddi gerekirken*** *kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*"[310]

310 Yarg. 22. HD, 21.02.2018 T., 2017/43396 E., 2018/4178 K., www.legalbank.net, s.e.t. 14.05.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

"***İşçinin çalışma olgusunun tespitinde işyerinde veya komşu işyerinde çalışanların tanıklığı önemli olduğu gibi tanık olarak dinlenecek kişinin tanıklığına güveni etkileyebilecek bir durumun olup olmadığı da araştırılmalıdır.***

Diğer taraftan 6100 HMK.'un tanıkla ilgili hükümleri incelendiğinde, 240/1 maddesinde "Davada taraf olmayan kişiler tanık olarak gösterilebilir", 250. maddesinde[311] *"Tanığın davada yararı bulunmak gibi tanıklığının doğruluğu konusunda kuşkuyu gerektiren sebepler varsa, bunu iki taraftan biri iddia ve ispat edebilir" ve 254. maddesinde ise "Dinleme sırasında öncelikle tanıktan adı, soyadı, doğum tarihi, mesleği, adresi, taraflarla akrabalığının veya başka bir yakınlığının bulunup bulunmadığı, tanıklığına duyulacak güveni etkileyebilecek bir durumu olup olmadığı sorulur" kurallarına yer verilmiştir.*

Dairemizin istikrarlı uygulaması gereği, davalı aleyhine dava açanlar tanık olarak dinlenmiş ise bu işçilerin tanıklıklarına ihtiyatlı yaklaşılması gerekir. Bu beyanlar diğer yan delillerle birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta; mahkemece davacı tanık beyanlarına göre fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücret alacakları hüküm altına alınmış ise de, davacı tanıklarının kendi beyanlarından davalıya karşı dava açtıkları anlaşılmaktadır. ***Davalıyla husumetli olan tanık beyanlarına itibar edilemeyeceği,*** *temyiz aşamasında davacı tarafından sunulan e - posta kayıtlarının davacının hesaba esas alınan çalışma dönemi yönünden hesaplamaya elverişli olmadığı, buna göre fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücret taleplerinin usûlünce ispatlanamadığı anlaşıldığından, bu taleplerin reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*"[312]

311 Kararda söz konusu düzenlemenin madde numarası yanlış gösterilmiştir, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 255'inci maddesi olarak düzeltilmesi gerekir.

312 Yarg. 9. HD, 20.02.2020 T., 2016/13760 E., 2020/2666 K., www.legalbank.net, s.e.t. 14.05.2021, (Vurgular tarafımıza aittir).

DİKKAT: Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesince Eylül ayında alınan **ilke kararına göre** de "*Çalışma sürelerinin ispatı noktasında işverene karşı dava açan tanıkların beyanlarına ihtiyatla yaklaşılması gerekir. Fazla çalışma, hafta ve genel tatili alacaklarının ispatında salt husumetli tanık beyanlarıyla sonuca gidilemez. Bununla birlikte yan delil ya da olgularla desteklenen husumetli tanık beyanlarına itibar edilmelidir. Bu çerçevede; işin ve işyerinin özellikleri, davalı tanıklarının anlatımları, iş müfettişinin düzenlediği tutanak veya raporlar ve aynı çalışma dönemi ile ilgili olarak söz konusu alacakların varlığına ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararları gibi hususlar yan delil ya da olgular olarak değerlendirilebilir*".

f. Bilirkişi Görüşü

Çözümü hukuk dışında, özel ve teknik bilgi gerektiren hâllerde taraflardan birinin talebi üzerine ya da mahkemece re'sen o konuda uzman bir kişinin oy ve görüşüne başvurulması mümkündür. Hatta özel veya teknik bilgiyi gerektiren durumlarda, bilirkişiye başvurulması zorunludur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (m. 266) ile 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu (m. 3/3) düzenlemeleri dikkate alındığında hâkimin kural olarak hukukî konularda bilirkişiye başvurması mümkün değildir. Hukukî konularda bilirkişiye başvurulamamasının en önemli nedeni hukukun hâkim tarafından uygulanmasına ilişkin kural (HMK m. 33; MÖHUK m. 2) ile yargı yetkisinin bağımsız mahkemelere bırakılmasına ilişkin anayasal düzenlemedir (AY m. 9). Ayrıca gerekmediği hâlde bilirkişiye başvurulmasının usûl ekonomisine ve mülkiyet hakkına aykırılık oluşturduğu Anayasa Mahkemesince kabul edilmiştir:

> "*İtiraz gerekçelerinin maddî olgulara ilişkin olmamasına ve sadece hukukî konular ile sınırlı olmasına rağmen İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğince -hiçbir gerekçe de gösterilmeden- bilirkişi raporu alınmasına karar verilmiştir. Sulh Ceza Hâkimliğinin ara kararında, hâkimin hukuk bilgisiyle aydınlatılamayacak bilimsel veya teknik bakımdan hangi konuya ilişkin olarak bilirkişi raporu alınmasının gerektiği izah edilmediği gibi bilirkişiye bu çerçevede herhangi bir soru da sorulmamıştır…… uyuşmazlığın çözümüne hiçbir yarar*

sağlamadığı ilk bakışta açıkça anlaşılan bir delilin toplanması sonucu oluşan giderlerin ilgili tarafa yükletilmesi gereksiz yere yargılamanın uzatacağı gibi mal varlığından gerekli olmadığı hâlde yol açılan eksilme sebebiyle ilgili tarafın mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil eder. ...yapılan yargılama sırasında Sulh Ceza Hâkimliğince gerekli olmadığı bilirkişi raporu alınarak sonuca etkili olmayan bu delil giderinin başvurucuya yükletilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır."[313]

Ancak örf ve âdet hukuku ile yabancı hukukun tespiti hususunda hâkimlerin uzman bir kişinin oy ve görüşüne ihtiyaç duyması söz konusu olabilir.

DİKKAT: Gerek yabancı hukukun gerekse örf ve âdet hukukunun tespiti için, hâkim bir uzmandan görüş alınmasına ihtiyaç duyabilir. Bu çerçevede, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu ile Bilirkişilik Kanunu'nda yer alan ifadenin, Türk pozitif hukuku ile sınırlı olarak anlaşılması, örf ve âdet hukuku kuralı ile yabancı hukukun içeriğinin tespiti konusunda bilirkişiye müracaat edilebileceğinin kabul edilmesi uygun olur.

Diğer delillerin bildirilmesinde olduğu gibi bilirkişi görüşüne başvurulmasının talep edilmesi de tarafların dilekçeler aşamasında ilgili vakıanın bilirkişi görüşü ile ispatlanmasını istediklerini belirtmeleri ile mümkündür. Bunun yanı sıra taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda dahi, taraflar istememiş olsa bile, hâkim kendiliğinden bilirkişiye müracaat edebilir (HMK m. 266, c.1).

Mahkeme, bilirkişi olarak, yalnızca bir kişiyi görevlendirebilir. Ancak, gerekçesi açıkça gösterilmek suretiyle, tek sayıda, birden fazla kişiden oluşacak bir kurulun bilirkişi olarak görevlendirilmesi de mümkündür (HMK m. 267). Bilirkişilik Kanunu'nun 2'nci maddesi uyarınca, tüzel kişilerin de bilirkişi olarak tayin edilmesi mümkündür.

Bilirkişilik yapmak kural olarak ihtiyarîdir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 270'inci maddesinde sayılan kişilerin bilirkişilik yapması zorunludur. Bu kişiler tanıklıktan çekinme sebeplerine ya da mahkemece kabul edilen diğer bir sebebe dayanarak bilirkişilikten çekinebilir (HMK m. 270/2).

313 AYM, BB, 09.01.2019 T., Başvuru No. 2015/10393, RG, 31.01.2019, S. 30672.

Bilirkişi, Türk Ceza Kanunu açısından kamu görevlisi sayılır (HMK m. 284) ve görevini tarafsızlık içinde yürütmesi gerekir. Bu çerçevede Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 272'nci maddesi ile hâkimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebeplerine dayanılarak bilirkişinin yasaklılığının ya da reddinin kabul edilebileceği düzenlenmiştir.

Bilirkişilik görevi, mahkemece yapılan davete uyup tayin edilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmayı, yemin etmeyi ve bilgisine başvurulan konuda süresinde oy ve görüşünü mahkemeye bildirmeyi kapsar (HMK m. 269/1). Geçerli bir özrü olmaksızın mahkemece yapılan davete uyup, tayin edilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmayan yahut mahkemeye gelip de yemin etmekten veya süresinde oy ve görüş bildirmekten kaçınan bilirkişiler hakkında, tanıklığa ilişkin disiplin hükümleri uygulanır (HMK m. 269/2).

Bilirkişi raporunun hazırlanması için verilecek süre üç ayı geçemez. Bilirkişinin talebi üzerine, kendisini görevlendiren mahkeme, gerekçesini göstererek, süreyi üç ayı geçmemek üzere uzatabilir.

Bilirkişi, mahkemece kendisine tevdi olunan görevi bizzat yerine getirmekle yükümlü olup, görevinin icrasını kısmen yahut tamamen başka bir kimseye bırakamaz (HMK m. 276).

Bilirkişi görevi sebebiyle yahut görevini yerine getirirken öğrendiği sırları saklamakla, bunları kendisi ve başkaları yararına kullanmaktan kaçınmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 258'inci maddesi uyarınca suç teşkil eder.

Bilirkişi, oy ve görüşünü, sözlü veya yazılı olarak mahkemeye bildirir (HMK m. 279/1). Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hâkim tarafından yapılması gereken hukukî nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz (HMK m. 279/4).

Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler.

7251 sayılı Kanun ile yapılan ilaveyle bilirkişi raporuna karşı talebin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor veya imkânsız olması ya da özel yahut teknik bir çalışmayı gerektirmesi hâlinde yine bu süre içinde mahkemeye başvuran tarafa, sürenin bitiminden itibaren işlemeye başlamak, bir defaya mahsus olmak ve iki haftayı geçmemek üzere ek süre verilebileceği kabul edilmiştir.

DİKKAT: Taraflardan birinin bilirkişi raporuna itiraz etmesi hâlinde bunun mahkemece dikkate alınması gerekir. Aksi hâlde hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilmiş sayılır:

"...devam eden bir yargılamada, tarafların açıklamaları için bilgilendirme yeterli olmayıp yargılamada yer alan diğer kişilerin (tanık, bilirkişi gibi) açıklamaları açısından da önemlidir. Bilgilenme hakkının usûlüne uygun kullanımı ile tarafların haklarında öğrendikleri isnat ve iddialara karşı beyanda bulunabilme, davaya yönelik bilgi ve belge verebilme yani açıklama yapma hakkı da hukukî güvenceye bağlanmaktadır. Böylece davanın her iki tarafına eşit şekilde açıklama yapma hakkı tanınması ile adaletin görünür kılınması sağlanacaktır. Açıklamada bulunma hakkı, tarafların, yazılı veya sözlü şekilde iddia ve savunmalara karşı itirazda bulunabilme, davaya ilişkin beyanda bulunmalarını sağlar. Somut uyuşmazlıkta, Mahkemece,11.08.2015 havale tarihli bilirkişi raporunda "…. işlemlerin şube vekil müdürü ...'nin haberi ve talimatı olmaksızın yapılamayacağı, davalı ...'in konu niteliği gereği şube yönetimince verilen bir talimatı gişe yetkilisine aktarmasına aracılıktan ibaret olan fiilinde, şube müdürünün verdiği talimat ile mevzuat dışı işlem yapmak durumunda kalan davalının olayın sorumlusu olmadığı..." yönünde yapılan değerlendirme hükme esas alınarak davanın reddine karar verilmiştir. Davacı vekili, bilirkişi raporuna itiraz dilekçesinde bilirkişi tarafından dava konusu olayın yanlış değerlendirildiğini, yapılan tespitlere dosya kapsamındaki veriler değerlendirilmeden ulaşıldığını, yapılan itirazların değerlendirilerek yeniden bilirkişi raporu alınmasını talep etmiştir. Bozma sonrası yapılan yargılama sırasında da davacı vekili yeni bir bilirkişi raporu alınmasını talep etmiştir. Davacının bilirkişi raporuna itirazlarını

karşılar mahiyette inceleme yapılmaksızın, itiraza uğramış bilirkişi raporuna değer verilerek sonuca gidilmesi isabetli değildir. Bu durumda, dosyada bulunan tüm bilgi ve belgeler ile birlikte davacının bilirkişi raporuna karşı yaptığı itirazları da gözetilmek suretiyle konusunda uzman olan bilirkişilerden oluşan bilirkişi kurulundan rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."[314]

Mahkeme, bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanmasını veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi; tayin edeceği duruşmada, sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebilir. Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla, tekrar inceleme yaptırabilir (HMK m. 281/2).

Bilirkişinin oy ve görüşü, diğer delillerle birlikte mahkemece serbestçe değerlendirilir (HMK m. 282).

DİKKAT: Bilirkişinin görüşü takdirî bir delil niteliğini haiz bulunduğundan hâkim gerekçesini açıklamak şartıyla bilirkişi raporunda yer alan görüşten farklı şekilde karar verebilir. Ancak uygulamada hâkimin bilirkişi raporuna aykırı karar veremeyeceği, şayet bilirkişi raporu yetersiz görülüyorsa yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği; aksi hâlde hâkimin kendini bilirkişi yerine koyması gibi bir sonucun gündeme geleceği şeklinde kararlara rastlanılmaktadır[315]. Oysa hâkimin ilgili raporlardaki bilgiler ışığında özel ve teknik bilgi edinmesi ve fakat somut olay bakımından rapordakinden farklı şekilde sonuca varabilmesi bilirkişi yerine geçmesi anlamı taşımaz. Aksi bir kabul ise hâkimlerin bağımsızlığı açısından sorun meydana getirebilir[316]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun söz

314 Yarg. 22. HD, 11.11.2019 T., 2019/5678 E., 2019/20807 K., www.kazanci.com, s.e.t. 22.05.2021.

315 Örneğin bkz. *"Hakim bilirkişi raporundaki eksiklik, belirsizlik, çelişki görmesi durumunda, bilirkişiden yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi gerek görürse yeni bilirkişi incelemesi de yaptırabilir. Hakimin uzman olmadığı konularda, bilirkişi raporuna aykırı karar vereceği durumlarda uzman olmadığını gözeterek bu raporu gerekçelendirip çürütmek yerine konunun uzmanlarına tekrar inceleme yaptırması gerekir. Bundan sonra hakim, bu raporları değerlendirerek kendi vicdani kanaati ile bir sonuca varmalıdır."*, Yarg. 3. HD, 27.01.2015 T., 2014/9060 E., 2017/1467 K., www.legalbank.net, s.e.t. 22.05.2021.

316 **Atalay,** Pekcanıtez Usûl, C. II, s. 1943-1944.

konusu düzenlemesi gereğince hâkimlerin gerekçesini de belirtmek suretiyle bilirkişi raporundan farklı şekilde karar verebilmesinin kabul edilmesi hukuk sistemine daha uygundur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yakın tarihte verdiği bir kararda bu şekilde sonuca varmıştır:

"*15. Hâkimin, bilirkişi raporunu serbestçe takdir etmesi ve bilirkişi raporunun aksine de karar verebilmesi, kendisini bilirkişinin yerine koymasını haklı kılmaz. Çünkü hâkimin, bilirkişi raporunun aksine karar verebilmesi, sağlam gerekçeler ve dayanaklar göstermesi koşuluna bağlıdır. Bilirkişinin oy ve görüşünü, hâkimin serbestçe değerlendirebilme yetkisine sahip kılınmış olması, onun bu konuda keyfi bir tutum ve davranış içine girebileceği anlamına da asla gelmez. Hâkim, raporun aksine bir çözümlemeye ulaşmışsa, bunun dayanaklarını somut, tutarlı, açık ve rasyonel bir biçimde ortaya koymak ve vereceği hükümde de, tartışmayı yapmak zorundadır (Tanrıver, S.: Hukukumuzda Bilirkişilik, Ankara 2017, s. 124).*

16. Hâkimin bilirkişi delilini diğer (takdiri) deliller gibi serbestçe değerlendirme hakkına sahip olmasının anlamı, bilirkişi görüşünün bağlayıcı olmamasıdır. Yoksa, bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyan hâkimin, onu tümüyle göz ardı ederek şahsi bilgisi ile karar vermesi değildir (Deryal, Y.: Türk Hukukunda Bilirkişilik, Ankara, 2015, s. 505)."[317]

Bilirkişinin "gerçeğe aykırı mütalâada bulunması" Türk Ceza Kanunu'nun 276'ncı maddesine göre suçtur. Ayrıca bilirkişinin gerçeğe aykırı raporunun hükme esas alınması durumunda, bunun sebep olduğu zararlardan dolayı hukukî sorumluğu bulunmaktadır (HMK m. 285-287). Bilirkişinin hükme esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunun karardan sonra bir ceza mahkemesi kararıyla sabit olması, yargılamanın iadesini gerektirir (HMK m. 375/1, f).

g. Keşif Tutanağı

Keşif, hâkimin, uyuşmazlığın hâlli bakımından önem taşıyan çekişmeli bir vakıa hakkında, görme, işitme, koku ve tat alma gibi, bizatihi kendi duyu

317 Yarg. HGK, 16.06.2020 T., 2017/742 E., 2020/406 K., www.legalbank.net, s.e.t. 22.05.2021.

organları vasıtasıyla doğrudan bilgi sahibi olabilmek amacıyla, taşınır veya taşınmaz eşya üzerinde inceleme yapmasıdır[318].

Keşif deliline dayanmak isteyen tarafın, dilekçeler aşamasında bunu açıkça göstermiş olması gerekir. Ancak hâkim, taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda dahi, keşif deliline re'sen başvurabilir (HMK m. 288/2).

Keşif, davaya bakan mahkemece bizzat icra olunur. Keşif konusunun mahkemenin yargı çevresi dışında bulunması hâlinde, keşif incelemesi istinabe yoluyla yapılır. Keşif sırasında, yapılan tüm işlemleri ve beyanları içeren bir tutanak (keşif tutanağı) düzenlenir. Tutanağa, hâkimin keşif konusu ve mahalliyle ilgili gözlemleri de yazılır. Plan, çizim, fotoğraf gibi belgeler de tutanağa eklenir (HMK m. 290/2). Taraflar, keşif tutanağının eksik veya hatalı olduğuna yönelik itirazda bulunabilir.

Hem taraflar hem de üçüncü kişiler için keşfe katlanma zorunluluğu bulunmaktadır (HMK m. 291). Taraflardan birisi, keşfin yapılmasını engelleyici tutum ve davranışlar sergilerse, o kimse ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden vazgeçmiş; diğer taraf ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır. Ancak hâkim, durum ve karşı koyma sebebine göre bu hükmü uygulamayabilir. Keşfe karşı koyma hâlinde hâkim, üçüncü kişiyi karşı koymanın sebep olduğu giderlere ve beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirası'na kadar disiplin para cezasına mahkûm eder; gerektiğinde hâkim, zor kullanılmasına karar verebilir. Ancak üçüncü kişi tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınabilir.

VIII. KANUN YOLLARI

1. Genel Olarak

Mahkeme kararlarının doğruluğunu ve bunun yanında hukukî istikrarı sağlamayı amaçlayan kanun yolu, en geniş anlamıyla bir mahkemenin kararına karşı yanlış olduğu gerekçesiyle başvurulan ve söz konusu kararın iptal edilmesi ve/veya düzeltilmesi amacına yönelik bir başvuru yolu olarak tanımlanabilir[319].

318 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 537.
319 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 597.

Kanun yollarının mevcudiyeti sayesinde, ilk derece mahkemeleri daha doğru bir karar vermeye zorlanmakta, halkın yargıya güveni artmakta, hukuk uygulamasında yeknesaklık sağlanmakta ve netice itibariyle ortaya çıkan doğru karar sebebiyle taraf menfaatlerine hizmet edilmektedir. Bununla birlikte kanun yolları, yargılamanın uzamasına ve ilâve masraf yapılmasına neden olur.

Kanun yolları dar ve geniş anlamda ya da olağan ve olağanüstü kanun yolu ayrımına tâbi tutulabilir. Geniş anlamda kanun yolu, mahkemeler tarafından verilen her tür kararın bir başka mahkeme tarafından bir kez daha gözden geçirilmesini ve hatalıysa düzeltilmesini sağlayan bir denetim yoludur[320]. Dar anlamda kanun yolu mahkemelerin kesinleşmemiş nihaî kararlarına karşı başvurulan ve bir üst mahkeme tarafından kararın denetlenmesini ve düzeltilmesini sağlayan başvuru yoludur[321]. Olağan kanun yolu, henüz kesinleşmemiş nihaî kararlara karşı başvurulan ve kararın kesinleşmesini erteleyen kanun yolu; olağanüstü kanun yolu ise kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı başvurulan kanun yoludur[322].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kanun yolları 8'inci kısımda üç bölüm hâlinde düzenlenmiştir. Bu bölümler istinaf, temyiz ve yargılamanın iadesidir. Esasen yargılamanın iadesi kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı belirli şartların varlığı hâlinde başvurulan bir yol olduğundan dar anlamda kanun yolu tanımı içine girmez. Yine istinaf ve temyiz kanun yolu kesinleşmemiş mahkeme kararlarına karşı başvurulan yollar olarak olağan; yargılamanın iadesi ise kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı başvurulan bir yol olarak olağanüstü kanun yolu olarak kabul edilir.

Yargılamanın iadesi, maddî anlamda kesin hüküm hâlini alan mahkeme kararlarının ciddi yargılama hataları nedeni ile yanlışlığının tespitini ve davanın yeniden görülmesi yoluyla düzeltilmesini konu alan, kesin hükmün ortadan kaldırılmasına yaradığı için, ancak kanunda sınırlı olarak sayılan hâllerde başvurulabilen bir kanun yolu çeşididir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 374'üncü ve devamı maddelerinde hüküm altına alınan yargılamanın iadesi yoluna iade talebine konu olan kararın verildiği davanın tarafları başvurabilir.

320 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 599.
321 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 599.
322 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 599.

Ayrıca davanın taraflarından birisinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler de borçluları veya yerine geçmiş oldukları kimselerin aralarında anlaşarak, kendilerine karşı hile yapmaları nedeniyle hükmün iptali talebiyle yargılamanın iadesi yoluna başvurabilirler (HMK m. 376). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yargılamanın iadesi sebepleri sınırlı şekilde gösterilmiş (bkz. HMK m. 375); bu durumda hangi süre içinde yargılamanın iadesi yoluna başvurulabileceği de düzenlenmiştir (bkz. HMK m. 377).

Yargılamanın iadesi istisnaî bir yol olmasına karşın olağan kanun yolu olarak kabul edilen istinaf ve temyiz iş yargılaması bakımından büyük bir önemi haizdir. İstinaf yolunun öncelikli amacı, somut olay adaletini gerçekleştirmektir. Somut olay adaletinden kasıt, ilk derece mahkemesince yapılan maddî ve hukukî hataların düzeltilmesi ve böylece tarafların subjektif haklarının gerçekleştirilmesidir. İstinaf kanun yolunda, bölge adliye mahkemesi, uyuşmazlık hakkında ilkesel nitelikte değil, tamamen somut olaya ilişkin bir karar vermektedir. Temyiz yolunun öncelikli amacı ise somut uyuşmazlıkta hukukun doğru olarak uygulanıp uygulanmadığını denetlemek ve bu sayede hukuk kurallarının ülke genelinde yeknesak şekilde uygulanmasını ve böylelikle içtihat birliğini sağlamaktır.

Bölge adliye mahkemeleri, ülke genelinde 20.06.016 tarihinde göreve başlamıştır. Bu tarihinden itibaren verilen ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinafa başvurulabilmektedir. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasının ardından verilen kararlar bakımından Yargıtay kararlarına karşı başvurulan karar düzeltme yolunun da uygulama alanı bulunmamaktadır. Buna karşın bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen mahkeme kararları bakımından bir süre daha kanun yollarına ilişkin önceki hükümlerin uygulanmasına devam edileceğinden bu kararlara karşı temyiz ve karar düzeltme yoluna gidilebilir. Zira 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen geçici 3'üncü maddesine göre, "*bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2'nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilan edilen göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümleri uygulanır. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan*

değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur ve bu kararlara ilişkin dosyalar bölge adliye mahkemelerine gönderilemez." Bu düzenlemeyle, bölge adliye mahkemelerinin Resmî Gazetede ilân edilmiş olan göreve başlama tarihinden (20.06.2016) önce verilen ilk derece mahkemesi kararlarına karşı 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun temyiz ve karar düzeltme yollarına ilişkin hükümlerinin uygulanacağı; ayrıca bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar bakımından da kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanun'un 26.09.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454'üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı (6217 s. K. m. 30/2) ve bu kararlara ilişkin dosyaların bölge adliye mahkemelerine gönderilmeyeceği öngörülmüştür.

2. İstinaf

a. Genel Olarak

Kural olarak, ilk derece mahkemelerinden verilen nihaî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Malvarlığına ilişkin olmayan davalar bakımından, ilk derece mahkemesinin her tür nihaî kararına karşı istinafa başvurulabilir. Malvarlığına ilişkin dava ve işlerde ise, miktar veya değeri Kanun'da öngörülen ve Ek Madde 1 uyarınca her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılarak belirlenen parasal sınırı geçmeyen kararlar **(2021 yılı için 5.880 TL)** kesin hüküm teşkil ettiğinden, bu parasal sınırı geçmeyen mahkeme kararlarına karşı istinafa başvurulamaz. Ancak manevî tazminat davalarında verilen kararlara karşı, miktar veya değere bakılmaksızın istinaf yoluna başvurulabilir (HMK m. 341/2, c. 2).

Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda (2021 yılı için) 5.880 Türk Liralık kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir (HMK m. 341/3). Alacağın tamamının dava edilmiş olması durumunda ise kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü (2021 yılı için) 5.880 Türk Lirasını geçmeyen taraf, istinaf yoluna başvuramaz (HMK m. 341/4).

DİKKAT: Hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davasında verilen kararlar aleyhine ise temyize başvurulabilir (HMK m. 439). Bu nedenle hakem kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulamaz.

İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz taleplerinin reddi kararlarına, karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararlarına, karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlara karşı da istinafa başvurulabilir (HMK m.341/1, b).

İstinaf kanun yoluna ilk derece mahkemesinde görülen davanın tarafları hukukî yararları bulunmak şartıyla başvurabilir. Karar lehine olan taraf da gerekçesi aleyhine ise istinafa başvurabilir. Yine, aleyhine karar verilen tarafın istinaf başvurusu üzerine lehine karar verilen taraf cevap dilekçesinde istinaf sebeplerini ileri sürebilir.

Tarafların küllî ve cüz'î halefleri, çekişmesiz yargı işleri bakımından karardan hukukî durumu etkilenen ilgililer, dava arkadaşlığı hâllerinde her bir ihtiyarî dava arkadaşı veya mecburî dava arkadaşlığında birlikte hareket etmek kaydıyla mecburî dava arkadaşları, davaya müdahale hâlinde tarafla birlikte fer'î müdahil veya tek başına aslî müdahil istinafa başvurabilir.

Taraflar, ilâmın kendilerine tebliğinden önce, istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edemez (HMK m. 349/1). Başvuru yapıldıktan sonra feragat edilirse, dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmez ve kararı veren mahkemece başvurunun reddine karar verilir. Dosya, bölge adliye mahkemesine gönderilmiş ve henüz karara bağlanmamış ise başvuru feragat nedeniyle reddolunur (HMK m. 349/2).

İstinaf sebepleri, maddî hukuk kurallarına aykırılık, usûl kurallarına aykırılık ve maddî sorun hakkında yanlış sonuca varılması (vakıa tespitlerindeki hatalar) olarak açıklanabilir.

Usûl hukukuna ilişkin istinaf sebepleri mutlak ve nispî olarak ikiye ayrılır. Mahkemeye ilişkin mutlak istinaf sebeplerinin başında, mahkemeye ilişkin dava şartlarının ihlâl edilmesi gelir. Bu çerçevede yargı yetkisine, yargı koluna, göreve ve kesin yetkiye ilişkin usûl kurallarına uyulmamış olması mutlak istinaf sebebidir (HMK m. 114/1, a-ç). Yasaklı hâkim tarafından veya haklı ret istemine rağmen reddedilen hâkim tarafından karar verilmiş olması da mahkemeye ilişkin usûl kurallarının ihlâli sayılmalıdır. Taraflara ilişkin mutlak istinaf sebeplerinin başında, taraflara ilişkin dava şartlarının eksik olması gelir. Davada iki tarafın bulunmaması, taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve dava takip yetkisinin bulunmaması veya davaya vekâlet ehliyeti ve geçerli vekâletnamesi bulunmayan temsilci huzurunda davaya bakılması, taraflara ilişkin dava şartlarının ihlâl edilmesi sonucunu doğurur (HMK m. 114/1, d-f). Dava konusuna ilişkin olarak,

davacının dava açmakta hukukî yararının bulunmaması, aynı dava hakkında daha önce verilmiş bir kesin hüküm bulunması, davacı tarafından gider avansının yatırılmaması, teminat gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmemesi, derdest bir davanın tekrar açılması mutlak istinaf sebebidir (HMK m. 114/1, g-i). İlk derece mahkemesi kararının gerekçesiz olması, kanuna aykırı olarak aleniyet ilkesinin ihlâl edilmesi, bir tarafın hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmiş olması, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması da diğer mutlak istinaf sebepleri arasında sayılabilir.

Esasen bu hususlar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353'üncü maddesinde de gösterilmiştir. Şayet mutlak istinaf sebeplerinden birinin varlığı söz konusu ise bu durumda bölge adliye mahkemesince ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak dosya kararı veren ya da uygun görülen bir ilk derece mahkemesine gönderilir (HMK m. 353/1, a).

Somut olayda uygulanması gereken maddî hukuk kuralının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması da maddî hukuka ilişkin istinaf sebebi teşkil eder. Mutlak istinaf sebepleri dışında kalan yargılama hatası, maddî hukuka aykırılık veya vakıa tespitlerine ilişkin hataların tespit edilmesi hâlinde, bölge adliye mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeyip, bizzat tahkikatı tamamlayarak davanın esası hakkında kendisi karar vermelidir.

Mutlak istinaf sebepleri ve maddî hukuk kurallarına aykırılık dışında kalan istinaf sebepleri, istinafa başvuran tarafından dilekçesinde mutlaka gösterilmelidir. Aksi takdirde, bölge adliye mahkemesi, ileri sürülmeyen istinaf sebeplerini kendiliğinden inceleyemez (HMK m. 355).

İstinaf kanun yoluna ilâmın usûlen taraflardan her birine tebliğinden itibaren iki hafta içinde başvurulabilir. İstinafa başvuru süresi bakımından özel kanun hükümleri farklı süreler öngörebilir (HMK m. 345). İstinaf süresini geçiren taraf, elde olmayan sebeplerle süreyi geçirdiğini ispat ederek eski hâle getirme yoluna (HMK m. 95 vd.) başvurabileceği gibi, katılma yoluyla istinaf başvurusu da yapabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 346'ncı maddesinde, istinaf dilekçesinin kanunî süre geçtikten sonra verilmesi hâlinde kararı veren mahkemece istinaf dilekçesinin reddedileceği ve bu karara karşı da **bir hafta içinde** istinaf kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir.

İş Mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yoluna başvuru süresi İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7'nci maddesi ile düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemede Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümlerine atıf yapılmış (İşM. K. m. 7/3) ve kanun yoluna başvuru süresinin ilâmın taraflara tebliğinden itibaren başlayacağı (İşM. K. m. 7/4) hüküm altına alınmıştır.

DİKKAT: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 103'üncü maddesinin birinci fıkrasının ç bendinde hizmet akdi veya iş sözleşmesi sebebiyle işçiler tarafından açılan davaların adlî tatilde görülecek dava ve işlerden olduğu açıkça düzenlendiği gözden kaçırılmamalı ve bu davalar bakımından kanun yolu sürelerin işlemesinde adlî tatil hükümlerinin dikkate alınmayacağı unutulmamalıdır. İşveren tarafından açılan davalar bakımından ise adlî tatile ilişkin hükümler uygulanmaya devam olunacaktır.

"Somut olayda, Bölge Adliye Mahkemesince, İlk Derece Mahkemesi kararının davacı işveren vekili tarafından verilen süre tutum dilekçesi ile süresinde istinaf edildiği ancak 27/07/2017 tarihinde tebliğ edilen gerekçeli karara karşı davacı işveren vekili tarafından 09/08/2017 tarihinde verilen dilekçede belirtilen istinaf itirazlarının süresinde bildirilmediğinden bahisle istinaf incelemesinin kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı ile sınırlı olarak yapıldığı ve ilk derece mahkemesi kararında kamu düzenine aykırılık bulunmadığı gerekçesi ile davacı işverenin istinaf başvurusunun reddine karar verilmiş ise de mevcut davanın işçinin değil işverenin açtığı bir alacak davası olduğu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesinde sayılan adli tatilde görülecek dava ve işlerden olmadığı, bu nedenle davacı işverenin 09/08/2017 tarihli gerekçeli istinaf dilekçesinin süresinde olduğunun gözden kaçırıldığı anlaşılmakla istinaf dilekçesi hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın sadece kamu düzeni ile sınırlı olarak istinaf incelemesi yapılması isabetli olmadığından Bölge Adliye Mahkemesince işin esasına girilerek davacı tarafın istinaf itirazları incelenmek üzere kararın bozulması gerekmiştir."[323]

Bölge adliye mahkemeleri kendi yargı çevreleri içinde bulunan ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan istinaf başvurularını inceleyebilir. İstinaf başvurusu üzerine dosya önüne gelen bölge adliye mahkemesi, yetkili olup olmadığını ön inceleme aşamasında re'sen incelemelidir (HMK m.

323 Yarg. 9. HD, 01.12.2020 T., 2020/1632 E., 2020/17214 K., www.legalbank.net, s.e.t. 27.05.2021.

352/1, a). Kararı veren ilk derece mahkemesi bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi dışında kalmaktaysa, bölge adliye mahkemesi, re'sen dosyanın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmesine karar verir.

İstinaf başvurusu bir dilekçe ile yapılır. Dilekçenin içeriği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 342'nci maddesinde düzenlenmiştir. İstinaf dilekçesinde özellikle istinaf başvurusunun sebepleri ve gerekçesinin gösterilmesi gerekir. Çünkü, istinaf aşamasında da bölge adliye mahkemesi kural olarak taleple bağlıdır. Ancak başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvurulan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıyan istinaf başvuruları, istinaf sebep ve gerekçesini içermese dahi kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmedikleri çerçevesinde incelemeye tâbi tutulur (HMK m. 342/2).

İstinaf dilekçesi, kararı veren mahkemeye veya başka bir yer mahkemesine verilebilir (HMK m. 343). İstinaf dilekçesiyle birlikte, istinafa başvuru harcı ve tebliğ giderleri de dahil olmak üzere tüm giderlerin yatırılması gerekir. Diğer bir deyişle kanun yoluna başvurunun öncelikli şartı gerekli harç ve tebliğ giderlerinin yatırılmış olmasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 344'üncü maddesinde istinaf kanun yolu için "*İstinaf dilekçesi verilirken, istinaf kanun yoluna başvuru için* ***gerekli harçlar ve tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere tüm giderler ödenir****. Bunların* ***hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa****, kararı veren mahkeme tarafından verilecek* ***bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı*** *hususu başvurana yazılı olarak bildirilir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme* ***başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir****. Bu karara karşı istinaf yoluna başvurulması hâlinde, 346 ncı maddenin ikinci fıkrası hükmü kıyas yoluyla uygulanır*" hükmüne yer verilmiştir.

Harç ve giderlerde eksiklik olduğu tespit edilirse bu eksikliğin giderilmesi bakımından bir haftalık kesin süre verilmesi gerektiği, süresi içerisinde eksikliğin giderilmemesi hâlinde ise başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verileceği ifade edilmiştir. Bu karara karşı tebliğ tarihinden itibaren **bir hafta içinde** kanun yoluna başvurulabilir (HMK m. 346/2).

İhtiyarî dava arkadaşlığının söz konusu olduğu durumlarda dava arkadaşı sayısı kadar dava olduğundan yargılama giderlerinin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk

Dairesi aldığı **ilke kararı** ile dava arkadaşlarından birinin/bazılarının kanun yoluna başvuru harcını yatırmadığının ya da eksik yatırdığının anlaşılması hâlinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 344'üncü maddesi gereğince verilecek bir haftalık kesin sürede eksikliğin tamamlatılması gerektiği sonucuna varmıştır. 15.10.2020 tarihli ilke kararı şu şekildedir:

> *"Müşterek müteselsil sorumlu birden fazla davalı olduğunda, davalılardan her birinin başvurma harcı ve nispi temyiz harçlarını yatırıp yatırılmadığı kontrol edilir. Eksiklik hâlinde (harç tamamlama için müzekkere) DET işlemi uygulanır*."

İstinaf dilekçesi, kararı veren mahkemece karşı tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf, tebliğden itibaren iki hafta içinde cevap dilekçesini kararı veren mahkemeye veya bu mahkemeye gönderilmek üzere başka bir yer mahkemesine verebilir.

Katılma yoluyla istinafta, başvuru hakkı bulunmayan veya başvuru süresini geçirmiş olan taraf, diğer tarafın istinafa başvurması hâlinde vereceği cevap dilekçesi ile istinafa başvurabilir. Ancak, katılma yoluyla istinaf asıl istinaf başvurusuna bağımlı olduğundan, asıl istinaf yoluna başvuran, bu talebinden feragat eder veya talebi bölge adliye mahkemesi tarafından esasa girilmeden reddedilirse, katılma yolu ile başvuranın talebi de reddedilir (HMK m. 348).

Yargıtay asıl başvuran tarafın istinafa konu kılmadığı bir talep açısından, katılma yoluyla istinaf yoluna başvuran tarafın istinaf talebinde bulunamayacağını kabul etmektedir.

Kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynî haklara ilişkin kararlar dışında istinaf kanun yoluna başvuru kararın icrasını etkilemez (HMK m. 350).

b. İstinaf İncelemesi

İstinaf incelemesinde öncelikle, istinaf başvurusunun esası hakkında tahkikat yapılmasını ve karar verilmesini engelleyen usûlî bir eksiklik olup olmadığı incelenir. Bu aşama ön inceleme aşaması olarak kabul edilir ve istinafın incelenebilirlik şartları araştırılır. Söz konusu hususlarda mahkeme tarafların talebiyle bağlı olmayıp re'sen inceleme yapar. Ön inceleme dosya üzerinden yapılabilir, duruşma yapılması gerekli değildir.

İncelemenin başka bir dairece yapılmasının gerektiği, kararın kesin olduğu, başvurunun süresi içinde yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilmediği, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmediği tespit edilirse, bölge adliye mahkemesince gerekli karar verilmelidir (HMK m. 352).

Bu aşamada usûlî eksikliğin türüne göre başvurunun usûle ilişkin bir kararla reddine, dosyanın ilgili daireye gönderilmesine ya da başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verilebilir. Kesinleşmiş bir ilk derece mahkemesi kararına karşı ya da kanunî süreden sonra yapılan başvurunun reddine karar verilir. Bu durumda kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile dahi inceleme yapılmaz. İstinafa başvuru sırasında harç ve giderler eksik yatırılmış ve mahkemece verilen süre içinde tamamlanmamışsa, başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verilmelidir. Bu durumda da kamu düzenine ilişkin hususların incelenmesi mümkün değildir. İncelemenin bölge adliye mahkemesinin başka bir dairesi tarafından yapılması gerekiyorsa, dosyanın re'sen ilgili daireye gönderilmesine karar verilir.

Bu aşamada herhangi bir eksiklik bulunmadığının anlaşılması üzerine ise tahkikat aşamasına geçilir. Tahkikat aşamasında, ilk derece mahkemesinin kararını etkileyen bir usûl hatası bulunup bulunmadığı, maddî hukuk normlarının doğru uygulanıp uygulanmadığı, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin tam ve doğru olup olmadığı incelenerek, hata veya eksiklik olması durumunda bunların düzeltilmesi için gerekli tahkikat işlemleri yürütülür. Davanın özelliğine, incelenen konunun önemine ve kapsamına göre, bölge adliye mahkemesi heyeti veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılır (HMK m. 354/1). Daire başkanı, dosyayı üyelerden birine havale ederek incelemenin onun tarafından yapılmasını ve rapor hazırlamasını isteyebilir (5235 s. K. m. 38/1; m. 39/1). Ayrıca inceleme sırasında, gerektiğinde başka bir bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi istinabe edilebilir (HMK m. 354/2).

Kanun'un istinafa ilişkin düzenlemelerinde hüküm bulunmayan hâllerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlünün bölge adliye mahkemesinde de uygulanacağı kabul edilmiştir (HMK m. 360). İş mahkemelerinden verilen kararların istinaf denetiminde de hüküm bulunmayan hâllerde basit yargılama usûlüne ilişkin kurallar uygulanır. Ayrıca, 7036

sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin beşinci fıkrasında bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'ın kanun yolu başvurularını ivedilikle incelemesi gerektiği düzenlenmiştir.

İstinaf aşamasında karşı dava açılamaz, davaya müdahale talebinde bulunulamaz, davanın ıslahı ve 166'ncı maddenin birinci fıkrası hükmü saklı kalmak üzere davaların birleştirilmesi istenemez, bölge adliye mahkemesince resen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez, yeni delillere dayanılamaz (HMK m. 357/1). Ancak ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir (HMK m. 357/3).

Kural olarak istinaf incelemesi, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır (HMK m. 355). Ancak bölge adliye mahkemesince maddî hukuk kurallarına aykırılık, usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebepleri (HMK m. 353/1, a, 1-6) ve kamu düzenine aykırılık hâlleri (HMK m. 355, c. 2) re'sen dikkate alınır.

Bölge adliye mahkemesi bazı hâllerde esası incelemeden duruşmasız olarak dosya üzerinden yapacağı inceleme ile kararın kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebilir. Bu hâller Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353'üncü maddesinde şu şekilde sayılmıştır:

1. Davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması.
2. İleri sürülen haklı ret talebine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması.
3. Mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması,
4. Diğer dava şartlarına aykırılık bulunması.
5. Mahkemece usûle aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına, karar verilmiş olması.
6. Mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması.

Bölge adliye mahkemesinin bu şekilde verdiği karar kesin olup temyiz kanun yoluna başvurulamaz (HMK m. 353/1, a).

Başvurunun esası ile ilgili olarak duruşma yapılmadan karar verilecek hâller ise yine 353'üncü madde de sayılmıştır:

1. İncelenen mahkeme kararının usûl veya esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığı takdirde başvurunun esastan reddine,
2. Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzelterek yeniden esas hakkında,
3. Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra başvurunun esastan reddine veya yeniden esas hakkında da duruşma yapılmadan karar verilir (HMK m. 353/1, b).

Bunun dışındaki hâllerde ise istinaf incelemesi duruşmalı olarak gerçekleştirilir. Duruşmalı olarak incelenen işlerde taraflara çıkartılan davetiyelerde, duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde tahkikatın yokluklarında yapılarak karar verileceği hususu ile başvuran tarafa çıkartılacak davetiyede, ayrıca, yapılacak tahkikatla ilgili olarak bölge adliye mahkemesince belirlenen gideri, iki haftadan az olmamak üzere verilecek kesin süre içinde avans olarak yatırması gerektiği açıkça belirtilir (HMK m. 358/1). Taraflar usûlüne uygun olarak davet edilmelerine rağmen duruşmaya gelmezlerse, tahkikat yokluklarında yapılarak karar verilebilir. Belirlenen giderin, verilen kesin süre içinde yatırılmış olması kaydıyla, taraflar mazeretsiz olarak duruşmaya katılmadıkları takdirde tahkikat yokluklarında yapılarak karar verilir. Belirlenen gider, süresi içinde yatırılmadığı takdirde, dosyanın mevcut durumuna göre karar verilir. Şu kadar ki, öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilmesine olanak bulunmayan hâllerde başvuru reddedilir (HMK m. 358/3).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 360'ıncı maddesi ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlüne atıf yaptığından ve sözlü yargılama ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlünün temel aşamalarından biri olduğundan (HMK m. 321), istinafta da sözlü yargılama

aşaması bulunmaktadır. Sözlü yargılamanın gerçekleşebilmesi için, istinaf incelemesi duruşmalı yapılmış olmalıdır. Sözlü yargılamanın sona ermesinin ardından karar açıklanır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 359'uncu maddesinde istinaf aşamasında verilen kararın hangi unsurları içermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Hükmün sonuç kısmında, gerekçe tekrar edilmeden, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde açıkça gösterilmesi gereklidir (HMK m. 359/2).

Bölge adliye mahkemesi, başvurunun esastan reddi kararında, ileri sürülen istinaf sebeplerini özetlemek ve ret sebeplerini açıklamak kaydıyla, kararın hukuk kurallarına uygunluk gerekçesini göstermekle yetinebilir (HMK m 359/3).

Yapılacak inceleme neticesinde bölge adliye mahkemesince dört şekilde karar verilebilir:

1. Bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını usûl ve esas yönünden hukuka uygun bulursa, "*istinaf başvurusunun esastan reddine*" karar verir (HMK m. 353/1, b, 1).
2. İlk derece mahkemesinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1, a, 1-6. bentlerinde düzenlenen usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf sebeplerinden biri gerçekleşmişse, bölge adliye mahkemesince "*ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve dosyanın gönderilmesi kararı*" verilir.
3. İstinaf başvurusunun esastan haklı bulunması durumunda bölge adliye mahkemesi,
   a. "*ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ile davanın kısmen veya tamamen kabulü*" ya da
   b. "*ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve davanın reddi*" kararı verebilir.

Bu noktada istinaf aşamasında geçerli olan *aleyhe karar verme yasağının* gözden kaçırılmaması gerekir. Taraflardan sadece biri istinafa başvurmuşsa, ilk derece mahkemesinin kararı, bölge adliye mahkemesince istinaf talebinde bulunan tarafın aleyhine olacak şekilde değiştirilemez. Her iki taraf da

istinafa başvurmuşsa, aleyhe karar verme yasağı uygulanmayacağından, karar taraflardan birisinin aleyhine veya diğerinin lehine olacak şekilde değiştirilebilir. Ayrıca re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda aleyhe karar verme yasağı geçerli değildir.

Bölge adliye mahkemesinin temyizi kabil olmayan kararları, ilk derece mahkemesi tarafından; temyizi kabil olan kararları ise bölge adliye mahkemesi tarafından re'sen tebliğe çıkarılır (HMK m. 359/4).

3. Temyiz

a. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile kabul edilen olağan kanun yollarından birisi de temyizdir. Temyiz incelemesini yapmakla görevli yargı merci Yargıtay'dır (2797 s. K. m. 1).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 361'inci maddesine göre, "*bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir*."

DİKKAT: Bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesi üzerine verdiği nihaî kararlara karşı temyiz yoluna gidilir.

Bölge adliye mahkemesi kararı, yalnızca istinaf başvurusunun esastan reddine yönelik ise ve temyiz aşamasında bozulmuşsa dosya ilk derece mahkemesine gönderilir. Bunun üzerine verilen ilk derece mahkemesi kararına karşı da doğrudan temyiz yoluna başvurulur.

Kural olarak, malvarlığına ilişkin olmayan davalarda, bölge adliye mahkemesince verilen nihaî kararlar ile malvarlığı haklarına ilişkin davalar bakımından belirli bir parasal sınırı **(2021 yılı için 78.630 TL)** aşan davalarda verilen kararlar aleyhine temyize başvurulabilir. Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda, (2021 yılı için) 78.630 Türk Liralık kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir. Alacağın tamamının dava edilmiş olması hâlinde, kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü (2021 yılı için) 78.630 Türk Lirasını geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur (HMK m. 362/2).

DİKKAT: Temyize başvuruda parasal sınır bakımından Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesince 04.01.2021 tarihinde alınan **ilke karara** göre;

"*Davacı temyizi açısından* ***kesinlik sınırının tayini bakımından herhangi bir hesaplama yapılmadığında, kural olarak temyiz hakkının varlığı kabul edilmelidir****. Ancak* ***davacının iddia ettiği ücret ve çalışma süresine göre dahi talep ettiği işçilik alacaklarının temyiz kesinlik sınırı altında kalacağı açıkça anlaşılıyorsa****, bu husus kararda belirtilerek* ***kesinlikten redde dair karar verilir***."

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7'nci maddesi gereğince söz konusu parasal sınır iş mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işler bakımından da geçerlidir.

Ayrıca; "*Kira ilişkisinden doğan ve miktar veya değeri itibarıyla temyiz edilebilen alacak davaları ile kira ilişkisinden doğan diğer davalardan üç aylık kira tutarı temyiz sınırının üzerinde olanlar hariç olmak üzere 4 üncü maddede gösterilen davalar ile (23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan doğup taşınmazın aynına ilişkin olan davalar hariç) özel kanunlarda sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtilen davalarla ilgili kararlar,*

Yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemelerinin görev ve yetkisi hakkında verilen kararlar ile yargı yeri belirlenmesine ilişkin kararlar.

Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar.

Soybağına ilişkin sonuçlar doğuran davalar hariç olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarla ilgili kararlar

Yargı çevresi içindeki ilk derece mahkemeleri hâkimlerinin davayı görmeye hukukî veya fiilî engellerinin çıkması hâlinde, davanın o yargı çevresi içindeki başka bir mahkemeye nakline ilişkin kararlar.

Geçici hukukî korumalar hakkında verilen kararlar.

353'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında verilen kararlar" aleyhine temyize başvurulamaz (HMK m. 362).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki bu genel düzenlemenin yanında 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8'inci maddesinde temyiz edilemeyecek bazı kararlar düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre;

a. *4857 sayılı Kanunun 20'nci maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar.*

b. *İşveren tarafından toplu iş sözleşmesi veya işyeri düzenlemeleri uyarınca işçiye verilen disiplin cezalarının iptali için açılan davalarda verilen kararlar.*

c. *18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun;*

   1. *24 üncü maddesinin birinci ve beşinci fıkraları,*

   2. *34 üncü maddesinin dördüncü fıkrası,*

   3. *53 üncü maddesinin birinci fıkrası,*

   4. *71 inci maddesinin birinci fıkrası, kapsamında açılan davalarda verilen kararlar.*

d. *25/6/2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununun;*

   1. *10 uncu maddesinin sekizinci fıkrası,*

   2. *14 üncü maddesinin dördüncü fıkrası,*

kapsamında açılan davalarda temyize başvurulamaz.

İlk derece mahkemesinde görülen davanın tarafları hukukî yararları bulunmak şartı ile temyize başvurabilir. Ayrıca tarafların küllî ve cüz'î halefleri, katıldığı davalar bakımından Cumhuriyet savcısı, dava arkadaşlığı hâllerinde her bir ihtiyarî dava arkadaşı veya mecburî dava arkadaşlığında birlikte hareket etmek kaydıyla mecburî dava arkadaşları; davaya müdahale hâlinde tarafla birlikte fer'î müdahil veya tek başına aslî müdahil, bölge adliye mahkemesinin kararını temyiz edebilir.

DİKKAT: Temyize başvuru bakımından Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesince 04.01.2021 tarihinde alınan **ilke karar** önemlidir. Söz konusu karara göre;

*a. İlk derece mahkemesi kararı aleyhine **istinaf başvurusunda bulunmayan taraf**, bölge adliye mahkemesinin verdiği **başvurunun esastan reddi kararına karşı temyiz kanun yoluna başvuramaz.** Zira bu hâlde usûlî müktesep hak söz konusu olur. Buna karşın bölge adliye mahkemesi yeni bir karar verdiğinde, yeni kararın aleyhe hususlarını istinafa başvurmayan taraf temyiz edebilir.*

*b. İlk derece mahkemesine karşı yapılan istinaf başvurusu üzerine **yalnızca başvurunun esastan reddini talep eden tarafın bölge adliye mahkemesince verilen başvurunun esastan reddi kararını temyiz hakkı bulunmaz.***

Temyiz kanun yoluna başvurudan feragat de mümkündür. Ancak bunun için bölge adliye mahkemesinin kararının taraflara tebliğ edilmiş olması gerekir (HMK m. 366, m. 349). Başvuru hakkından, başvuru yapıldıktan sonra ancak henüz dosya Yargıtay'a gönderilmeden önce veya başvuru yapılıp dosya Yargıtay'a gönderildikten sonra feragat edilebilir. İlk ihtimâlde, dosya Yargıtay'a gönderilmeden kararı veren bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi tarafından (HMK m. 373/1 ve 4'te öngörülen hâllerde) başvurunun reddine karar verilir. Dosya Yargıtay'a gönderilmiş ve henüz karara bağlanmamışsa, bu kez Yargıtay, feragat nedeniyle başvurunun reddine karar verir (HMK m. 349/2).

Temyiz incelemesinde istinaftan farklı olarak vakıa denetimi yapılamaz. Bu kanun yolunda yalnızca kararın hukukîlik açısından denetimi yapılabilir. Temyiz sebepleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371'inci maddesi ile düzenlenmiştir. Şayet, temyiz olunan kararda

a. Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması.
b. Dava şartlarına aykırılık bulunması.
c. Taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanunî bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi.
d. Karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması

söz konusu ise karar Yargıtay tarafından kısmen ya da tamamen bozulur.

Vakıalar açısından denetim, onların usûl kurallarına uygun bir biçimde belirlenip belirlenmediği noktasında yapılabilir. Örneğin, senetle ispat gereken bir vakıa açısından karşı tarafın rızası aranmaksızın tanık dinlenmesine müsaade edilmişse, bu hata Yargıtay tarafından denetlenerek karar bozulur. Bu çerçevede, mahkemenin kararının gerekçesinin de denetlenmesi mümkündür. Ancak bir vakıanın mevcut olup olmadığı temyiz aşamasında denetlenemez.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 361'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre temyiz kanun yoluna başvuru süresi kararın tebliğinden itibaren iki haftadır. Temyiz süresini geçiren taraf, elde olmayan sebeplerle süreyi geçirdiğini ispat ederek eski hâle getirme yoluna başvurabileceği gibi (HMK m. 95 vd.), katılma yoluyla temyiz başvurusu da yapabilir (HMK m. 366; m. 348/1).

Şayet başvuru süresi içinde yapılmazsa kararı veren mahkemece temyiz başvurusunun reddine karar verilir (HMK m. 366; m. 346). Ancak başvurunun süresi geçtikten sonra yapıldığı dikkate alınmaksızın dosyanın üst derece mahkemesi gönderilmesi hâlinde ise Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 01.06.1990 tarihli kararı[324] uygulanmalıdır. Söz konusu karara göre, kanunî süre geçtikten sonra yapılan temyiz başvurusuna ilişkin dosyanın Yargıtay'a gelmesi hâlinde Yargıtay dosyayı mahalline göndermek yerine kendisi temyiz başvurusunun reddine karar vermelidir. Bahsi geçen içtihadı birleştirme kararı hem bölge adliye mahkemeleri açısından hem Yargıtay açısından bugün de uygulama alanı bulmuştur[325].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 366'ncı maddesinde 348'inci maddenin kıyasen temyiz kanun yolunda da uygulanacağı kabul edildiğinden temyiz kanun yoluna başvuru hakkı bulunmayan ya da başvuru süresini kaçırmış tarafın temyiz dilekçesine cevap dilekçesi ile birlikte iki hafta içinde temyiz kanun yoluna başvurması mümkündür. Katılma yoluyla temyiz asıl temyiz başvurusuna bağımlı olduğundan, asıl temyiz yoluna başvuran

324 YİBBGK, 01.06.1990 T., 1989/3 E., 1990/4 K., RG, 14.07.1990, S. 20574.

325 Örneğin bkz. *"Kesin olan kararların istinaf istemleri hakkında HMK' ın 346. maddesi gereğince mahkemece, istinaf dilekçesinin reddine dair bir karar verilmelidir. Mahkemece karar verilmediği takdirde de, 1.6.1990 gün 3/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca Yargıtay'ca da temyiz isteminin reddine karar verilebileceği gözetildiğinde bu kararın kanun yollarından olan istinaf incelemesinde de uygulanabileceği kanaatiyle davalının istinaf dilekçesinin kararın miktar itibarıyla kesinlik sınırı altında kaldığı anlaşıldığından HMK'un 346/1 maddesi kıyasen uygulanarak, HMK'un 352/1 inci maddesi gereğince usulden reddine karar verilmiştir."*, İstanbul BAM 13HD, 15.05.2019 T., 2019/826 E., 2019/707 K., www.lexpera.com, s.e.t. 27.06.2020. Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 22. HD, 21.02.2014 T., 2013/36385 E., 2014/3446 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.05.2021.

bu talebinden feragat eder veya temyiz talebi Yargıtay tarafından esasa girilmeden reddedilirse, katılma yolu ile başvuranın talebi de reddedilir (HMK m. 366; m. 348/2). 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7'nci maddesinde kanun yoluna ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerinin uygulanacağı açıkça düzenlenmiş olup katılma yolu ile temyiz iş mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıklar bakımından da mümkündür.

DİKKAT: 5521 sayılı Kanun döneminde ise bu şekilde açık bir hükme yer verilmemiş, ancak 15'inci maddesi ile bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmişti. Bu hükümden hareketle 5521 sayılı Kanun döneminde de kanun yoluna katılma yolu ile başvurunun iş mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda da uygulanacağı kabul edilmekteydi. Ancak 5521 sayılı Kanun ile 1086 sayılı Kanun'un kanun yoluna başvuru süresi bakımından farklı düzenlemeleri içermesi nedeni ile temyize başvuru süresi, kararın yüze karşı verilmesi hâlinde tefhimden ya da tarafların yokluğunda verilmesi hâlinde tebliğinden itibaren **sekiz gün** olmasına karşın katılma yolu ile temyize başvuru süresinin temyiz dilekçesinin tebliğinden itibaren **on gün** olduğu kabul edilmektedir:

"İş mahkemeleri kararlarına karşı temyiz süresi 30.1.1950 gün ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 02.03.2005 gün ve 5308 sayılı Kanunla değişmeden önceki 8. maddesine göre sekiz gündür. İş Mahkemeleri Kanunu'nda katılma yolu ile temyize ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak anılan Yasanın 15. maddesi, İş Mahkemeleri Kanunu'nda açıklık bulunmayan hâllerde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) uygulanacağını düzenlemektedir. İş mahkemelerine özgü kurallar dışında, dava açılmasıyla başlayan bütün yargılama işlem ve yöntemlerinde olduğu gibi iş mahkemelerinden verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurmalarda, HMUK hükümlerinin aynen uygulanması gerekir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 16.06.1975 gün ve 1975/6-8 E.K. sayılı kararında, HUMK'nın 427. maddesinin ikinci fıkrasındaki temyiz sınırının iş mahkemesi kararları hakkında da uygulanması öngörülürken, kararın gerekçesinde, "İş Mahkemeleri Kanunu'nda salt ayrık (istisnai) hükümler düzenlenmiştir… İş Mahkemeleri Yasasında açıklık bulunmayan hâllerde, HUMK'nın hükümlerinin uygulanması gerektiği"

belirtilmiştir. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı'nın açıklanan gerekçesinin, İş Mahkemeleri kararlarının katılma yoluyla temyizi için de geçerli olduğunun kabulü yerinde olacaktır (Aynı mahiyette Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 06.10.1993 gün ve E:1993/12-404 E., 1993/553 K., sayılı kararı).

1086 sayılı Kanunun 26.09.2004 gün ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 433/2. fıkrası; "Karşı taraf, tebliğ gününden başlayarak on gün içinde cevap dilekçesini, hükmü veren mahkemeye veya bu mahkemeye gönderilmek üzere başka bir mahkemeye verebilir. Cevap veren, hükmü süresinde temyiz etmemiş olsa bile, cevap dilekçesinde hükme ilişkin itirazlarını bildirerek temyiz isteğinde bulunabilir." hükmünü içermekte olup, anılan hüküm uyarınca bir taraf süresinde temyiz isteğinde bulunmamış olsa bile, karşı tarafın temyiz dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren 10 günlük süre içerisinde karşı temyiz isteğinde bulunması mümkündür.

Bu nedenle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15. maddesinin yollamasıyla, 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 433/2.maddesi gereğince, davalının karşı temyiz isteminde bulunmak hakkı vardır."[326]

Temyiz dilekçesiyle birlikte, temyize başvuru harcı ve tebliğ giderleri de dahil olmak üzere tüm giderlerin yatırılması gerekir. Harç ve giderlerin hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde eksikliğin tamamlanması, aksi hâlde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı, başvurana yazılı olarak bildirilir. Mahkemece verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir (HMK m. 366, m. 344). Bu karara karşı da tebliğinden itibaren bir hafta içerisinde temyiz yoluna başvurulabilir. Yargıtay, yapılmamış sayılma kararını yerinde görmezse, ilk temyiz dilekçesine göre gerekli incelemeyi yapar.

Temyiz harcı yerine daha az miktardaki istinaf harcının ödenmiş olması hâlinde de bu hükmün uygulanması gerekir. Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesince 15.10.2020 tarihinde alınan **ilke karara** göre;

326 Yarg. HGK, 16.11.2016 T., 2014/!260 E., 2016/1068 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.05.2021.

"*Temyiz talebi yerine istinaf talebinde bulunulmuş olması kanun yoluna başvuru şartını sağlar. Ancak harcın temyiz harcı yerine daha az olan istinaf harcı olarak yatırılması hâlinde, HMK'nın 366. maddesi yollamasıyla aynı Kanun'un 344. maddesine göre işlem yapılmak üzere harç tamamlatma (DET) işlemi uygulanır*."

Temyiz başvurusu dilekçeyle yapılır. Temyiz dilekçesinde bulunması gereken hususlar Kanun'un 364'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. 364'üncü maddede temyiz başvurusuna ilişkin dilekçenin temyiz sebeplerini ve gerekçelerini de içermesi gerektiği kabul edilmiştir. Ancak Yargıtay, sadece hukuka uygunluk denetimi yapmak ve diğer derecelerde olduğu gibi hukuk kurallarını re'sen uygulamakla görevli olduğundan, taraflarca ileri sürülen temyiz sebepleri ile bağlı değildir. Bu nedenle, temyiz edenin kimliği ve imzasıyla temyiz olunan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması hâlinde, temyiz sebepleri ve diğer şartlar bulunmasa bile dilekçe reddolunmayıp temyiz incelemesi yapılır (HMK m. 364/3).

Temyize başvurulması, ilk derece veya bölge adliye mahkemesi kararının icrasını durdurmaz. Ancak kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynî haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe icra edilemez (HMK m. 367/2).

b. Temyiz İncelemesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, bölge adliye mahkemesindeki ön inceleme aşamasına ilişkin 352'nci maddesi, kıyasen temyizde de uygulanır. Bu aşamada temyiz talebinin esası hakkında inceleme yapılmasını ve karar verilmesini engelleyen usûlî bir eksiklik olup olmadığı incelenir.

Ön inceleme dosya üzerinden yapılır ve esas hakkında inceleme yapılmasını engelleyen bir eksiklik olup olmadığı re'sen incelenir. Yapılan inceleme üzerine usûlî eksikliğin türüne göre *başvurunun usûlden reddine, dosyanın ilgili daireye gönderilmesine* veya *başvurunun yapılmamış sayılmasına* karar verilebilir. Kesinleşmiş bir bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi kararına karşı başvuru yapılmış yahut başvuru süresi içinde yapılmamışsa başvurunun reddine karar verilir. Temyiz başvurusu yapılırken harç ve giderler eksik yatırılmış ve mahkemece verilen süre içinde

tamamlanmamışsa, başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verilmelidir. Temyiz başvurusu ön incelemede reddedilir veya başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verilirse, bu karara karşı temyiz yoluna başvurulamaz. Eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa başvurunun esası hakkında inceleme yapılır.

Bölge adliye mahkemesi veya duruma göre ilk derece mahkemesi kararının hukuka ve varsa taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olup olmadığı esasa ilişkin incelemenin kapsamını oluşturur. Yargıtay tarafların ileri sürdüğü temyiz sebepleri ile bağlı olmayıp ileri sürülenlerin dışında başka bir hukuka aykırılık olup olmadığını da re'sen inceler (HMK m. 369).

Temyiz incelemesi kural olarak dosya üzerinden yapılır. Ancak miktar veya değeri **(2021 yılı için) 117.960 TL** aşan alacak ve ayın davalarında taraflardan biri temyiz veya cevap dilekçesinde duruşma yapılmasını talep etmişse duruşma yapılır (HMK m. 369). Parasal sınırın tespitinde, yine talebin reddedilen kısmına veya kısmî davada alacağın tamamına bakılır. Yargıtay de gerekli görürse, re'sen duruşma yapılmasına karar verebilir (HMK m. 369/4).

Duruşma talebinin kabul edilebilmesi için, duruşma talep eden tarafın tebligat ve duruşma giderini yatırması gerekir. Tebligat gideri yatırılmazsa duruşma yapılmaz. Duruşma giderinin eksik ödenmiş olduğu anlaşılırsa, daire başkanı tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde duruşma talebinden vazgeçilmiş sayılacağı, talepte bulunana yazılı olarak bildirilir. Verilen kesin süre içinde gider yatırılmazsa temyiz incelemesi dosya üzerinden yapılır (HMK m. 369/2).

Yargıtay tarafından esasa ilişkin olarak yapılan incelemenin ardından *onama, düzelterek onama* ve *bozma* kararı verilebilir. Yargıtay temyiz incelemesine konu olan kararın hukuka ve usûle uygun olduğu kanısındaysa onama kararı verir.

Temyiz olunan kararın, esas yönünden kanuna uygun olup da kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı bozulması gerektiği ve kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde; tarafların kimliklerine ait yanlışlıklarla, yazı, hesap veya diğer açık ifade yanlışlıklarının söz konusu olduğu durumlarda veya kararın usûle ve kanuna uygun olup da gösterilen gerekçesinin doğru

bulunmaması durumunda Yargıtay, kararı düzelterek onayabilir (HMK m. 370/2-4). Esas yönünden kanuna uygun olmayan kararlar ile hâkimin takdir yetkisi kapsamında karara bağladığı edalar hakkında düzelterek onama kararı verilemez (HMK m. 370/2, c. 2).

DİKKAT: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 28.09.2018 tarihinde verilen içtihadı birleştirme kararı ile düzelterek onama kararlarında temyize başvuran tarafın onama harcına mahkûm edilemeyeceğini kabul etmiştir. Söz konusu karara göre,

"*….düzelterek onamanın yargılama giderlerinden olan onama harcı bakımından bozma kararı niteliğinde olması, aslında bozulması gereken bir kararın, bozma sebebinin yeniden yargılamayı gerektirmeyecek mahiyette görülmesi nedeniyle yasanın verdiği takdir yetkisine istinaden onanmasına karar verilmesi, bunun yanında düzelterek onama kararlarında harç alınacağına yönelik yasal bir düzenleme bulunmaması karşısında, düzelterek onama kararlarında onama harcı alınmayacağı sonuç ve kanaatine varılmıştır.*"[327]

Onama veya düzelterek onama kararıyla bölge adliye veya ilk derece mahkemesinin kararı şeklî anlamda kesinleşir.

Yargıtay temyize konu mahkeme kararının hukuka ve usûle aykırı olduğu kanısındaysa kararın kısmen veya tamamen bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek üzere ilgili bölge adliye veya ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebilir. Bozma kararı, bölge adliye mahkemesi tarafından başvurunun esastan reddi kararına ilişkinse, bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak, dosya kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir (HMK m. 373/1). Şayet bozma kararı, bölge adliye mahkemesinin düzelterek veya yeniden esas hakkında verdiği karara ilişkinse, dosya, kararı veren bölge adliye mahkemesi veya uygun görülen diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilir (HMK m. 373/2).

327 YİBBGK, 28.09.2018 T, 2018/2 E., 2018/8 K., RG, 14.03.2019, S. 30714.

Bozma kararının taraflara tebliği üzerine bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi, 344'üncü madde uyarınca peşin alınmış gideri kullanarak, kendiliğinden tarafları duruşmaya davet edip dinledikten sonra, Yargıtay'ın bozma kararına uyulup uyulmayacağına karar verir (HMK m. 373/3). Bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi, Yargıtay'ın bozma kararına uymayarak kararında direnebilir. Davanın her iki tarafı bozmaya uyulmasını talep ederse, mahkeme bozmaya uymak zorundadır.

Bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi, bozmaya uyduktan sonra bu kararından dönemez. Zira, bu durumda bozma kararı açısından, maddî anlamda kesin hükme ilişkin kuralların kıyasen uygulanması ve bağlayıcılığının kabul edilmesi gerekir[328]. Bu çerçevede, bozma kararına uyan mahkeme, incelemesini bozma sebepleri kapsamında yürüterek yeniden esas hakkında karar vermelidir. Bozma kararına uyan mahkeme, artık söz konusu yargılamada bozma kararının temelinde yer alan hususlar ile bağlıdır. Bu doğrultuda, alt derece mahkemesi, Yargıtay kararında varılan sonuç ve bu sonucun gerekçesiyle bağlı olup, bu bağlılık hem bozma gerekçesini hem de temyiz incelemesinde açıkça onaylanan ve bozma kararı ile mantıkî bir anlam bütünlüğü içeren hususları kapsar.

Aynı usûlî taleple ilgili olarak bozma sonucunun dışında kalan hususlar açısından, bozma üzerine başlayan yeni tahkikat çerçevesinde, alt derece mahkemesi, vakıaların tespiti ve delillerin değerlendirilmesine ilişkin eski kararı ile de bağlı olmaksızın karar verir. Ayrıca, alt derece mahkemesinin ilk karardaki hukukî nitelendirmesine ilişkin Yargıtay kararında herhangi bir değerlendirme yapılmamışsa, tekrar başlayan yargılamada mahkeme, önceki değerlendirmeleri ile bağlı değildir. Aynı vakıaları farklı şekilde altlayabilir. Hiç şüphesiz, bozma kararı üzerine dosya bölge adliye mahkemesine gelmişse, bölge adliye mahkemesinin söz konusu serbestisi, tasarruf ve taleple bağlılık ilkeleri çerçevesinde, ilk defa istinaf incelemesine başvurulduğundaki durum ile sınırlıdır. İlk istinaf incelemesinde inceleyemeyeceği hususları, yine denetleyemez.

328 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 653. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Atalı, Murat,** Usûlî Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı, Yargıtay Dergisi, C. 44, S. 3, Y. 2018, s. 457 vd.

DİKKAT: Bozma kararı kesin hüküm gibi etki doğurduğundan, temyiz incelemesini yapan Yargıtay'ın bizatihi kendisinin de daha önce verdiği bozma kararı ile bağlı olması gerekirdi. Ancak kanun koyucu, bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi, "*davanın esastan reddi veya kabulünü içeren bozma kararına uymak suretiyle yeniden karar verir ve bu kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay önceki bozma kararını ortadan kaldıracak şekilde yeniden bozma kararı verirse, alt derece mahkemesinin vereceği yeni kararın temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından yapılır*" (HMK m. 373/4) hükmünü sevk etmiştir. Burada Yargıtay dairesinin birbiriyle çelişen bozma kararları vermesi hâlinde, temyiz incelemesinin daire tarafından değil, Hukuk Genel Kurulu tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür. Bu düzenlemeden çıkan bir diğer sonuç ise, Yargıtay dairesinin daha önce verdiği bozma kararı ile bağlı olmadığı, yeniden yapılan temyiz incelemesi sırasında hukukî görüşünü değiştirebileceğidir.

Bozma kararı üzerine, dosya ilk derece mahkemesine gönderilmiş ve ilk derece mahkemesince bozmaya uygun olarak karar verilmişse, bu karara karşı artık istinafa değil doğrudan temyiz yoluna başvurulabilir (HMK m. 373/4).

İlk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi kararında direnirse, bu kararın temyiz edilmesi durumunda, inceleme Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca yapılır (HMK m. 373/5). Alt derece mahkemesi Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği karara uymak zorundadır.

Nihayet istinafta olduğu gibi temyizde de aleyhe bozma yasağı mevcuttur. Taraflardan sadece biri temyize başvurmuşsa, temyiz eden tarafın aleyhine olacak şekilde bozma kararı verilemez. Her iki taraf da temyize başvurmuşsa, yasak uygulanmayacağından, karar temyiz eden taraflardan biri aleyhine bozulabilir. Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda bu yasak uygulanmaz.

4. İş Yargılamasında Olağan Kanun Yollarına İlişkin Bazı Usûlî Sorunlar

- **Kanun yoluna başvurusu süresinin mahkemece hatalı gösterilmesi durumunda hangi süre dikkate alınır?**

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğünden önceki dönemde 5521 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi ile iş mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı karar tarafların yüzlerine karşı verilmişse kararın tefhiminden; tarafların yokluklarında verilmişse kararın tebliğden itibaren sekiz gün içinde istinaf kanun yoluna başvurulabileceği kabul edilmişti. Temyiz yolunun açık olduğu hâllerde ise bölge adliye mahkemesince verilen kararın tebliğinden itibaren sekiz gün içinde temyiz kanun yoluna başvurulabileceği aynı düzenleme ile öngörülmüştü.

7036 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümlerinin iş mahkemelerinin kararlarına karşı da uygulanacağı kabul edilmiş ve kanun yoluna başvuru süresinin ilâmın taraflara tebliğinden itibaren işlemeye başlayacağı açıkça düzenlenmiştir (İşM. K. m. 7/2-3). 7036 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin dördüncü fıkrasında ise kanun yolu bakımından bir geçiş hükmüne yer verilerek, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların karar tarihinde kanun yollarına tâbi olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla 27.10.20017 tarihinden önce iş mahkemeleri tarafından verilen nihaî kararlara karşı 5521 sayılı Kanun'un kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanır. Diğer bir deyişle 27.10.2017 tarihinden önce verilen nihaî kararlar hakkında kanun yoluna başvuru süresi kararın tefhim ya da tebliğinden itibaren sekiz gündür. Bu tarihten sonraki kararlar bakımından ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümleri gereğince kanun yoluna başvuru süresi iki haftadır.

Gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun gerekse 7036 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde uygulamada, kanun yoluna başvuru süresinin ilk derece mahkemeleri ya da bölge adliye mahkemesi tarafından hatalı şekilde gösterilmesi nedeni ile bazı sorunlar gündeme gelmiştir. Özellikle iş mahkemeleri bulunmayan yerlerde iş mahkemesi sıfatıyla uyuşmazlığa bakan asliye hukuk mahkemesi hâkimlerince 5521 sayılı Kanun'a aykırı olarak kanun yoluna başvuru süresinin iki hafta şeklinde gösterilmesi uygulamada birtakım sorunlara yol açmıştır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sürelere ilişkin 90'ıncı maddesinde hâkimlerin kanunda belirtilen süreleri değiştiremeyeceği

(HMK m. 90/1); 94'üncü maddesinde ise kanunda belirtilen sürelerin kesin olduğu (HMK m. 94/1) ve kesin süre içinde yapılması gereken işlemin süresinde yapılmaması hâlinde ilgili tarafın o işlemi yapma hakkının ortadan kalkacağı düzenlenmiştir (HMK m. 94/3). İşte bu durumda kanunen kanun yoluna başvuru süresinin tefhim ya da tebliğ tarihinden itibaren sekiz gün olduğu ancak kararda tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kanun yoluna başvurulabileceğinin yazıldığı durumlarda sekiz günlük süreyi kaçıran ve fakat iki haftalık süre içinde kanun yoluna başvuran tarafların başvurularının dikkate alınıp alınmayacağı tartışma konusu olmuştur.

Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi, kanundaki sürelerin hâkim tarafından artırılıp azaltılamayacağından bahisle her ne kadar kararda daha uzun bir başvuru süresi öngörülmüş de olsa kanunî sürenin geçirilmesinin ardından yapılan başvuruların reddi gerektiğini kabul etmekteydi:

> "*Mahkemece verilen kısa ve gerekçeli kararda açıkça temyiz süresinin 15 gün olduğu açıklanmış ise de 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. Maddesinde açıkça temyiz süresinin 8 gün olduğu belirtilmiştir. Kanunun belirlediği süreler kesindir (HMK. Madd.94/1). Bu nedenle hâkim, kural olarak, kanunda belirtilen süreleri arttıramaz veya eksiltemez. Ayrıca, hukukî niteliğini de değiştiremez. Diğer bir ifade ile (hâkim, kanunda gösterilen istisnalar dışında) kanunun kesin olarak öngördüğü süreleri, vereceği açık kararla kesin olmayan hale getiremez veya kesin süre içinde yapılmayan işlem için (karşı taraf lehine ortaya çıkan usulî müktesep hakkı da dikkate alarak) yeni bir süre veremez. Ek karar ile temyiz isteminin reddi kararı usul ve yasaya uygun olduğundan buna yönelik temyiz isteminin reddi ile ek kararın bu açıklama ile ONANMASINA*"[329]

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi, her ne kadar kanundaki süreler kesin olsa da kanun yoluna başvuru hakkı bulunan tarafların mahkeme kararında yer alan süreye güvenerek hareket etmesi nedeni ile hak kaybına uğramalarının kabul edilemeyeceğini, aksi kabulün hak arama hürriyetini ihlâl edeceğini belirtmekte ve bu gibi durumlarda kanundaki süre geçirilmiş de olsa mahkeme kararındaki süreye uygun hareket edilmişse kanun yolu başvurusunun kabul edilmesi gerektiğine karar vermekteydi:

329 Yarg. 9. HD, 28.02.2017 T., 2016/36041 E., 2017/2892 K., https://kararara ma.yargitay.gov.tr, s.e.t. 26.05.2021.

"Mahkemece, gerek kısa kararda, gerekse gerekçeli kararda, hükmün istinaf yoluna başvuru süresi iki hafta olarak açıklanmıştır. Dosya 18/10/2016 tarihinde karara çıkmış olup, gerekçeli karar davalıya 01/11/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davalı ise, 21.10.2016 tarihinde istinaf harç ve giderlerini yatırarak istinaf yoluna başvurmuş ve 11.11.2016 tarihinde de gerekçeli istinaf başvuru dilekçesini dosyaya ibraz etmiştir.

Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası ve 6100 sayılı Kanun'un 297. maddesinin "ç." bendi uyarınca, hükümde, kanun yolları ve süresinin gösterilmesi bir zorunluluktur. Yargı kararlarına karşı başvurulacak kanun yolu ile süresinin hükümde açıkça ve doğru olarak gösterilmemiş olması bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını doğrudan engelleyecek ve hak arama hürriyetinin ihlal edilmesine sebep olacaktır.

Her ne kadar kanun yolu ve süresi, ilgili kanun maddelerinde açıkça belirtilmiş ise de, yargı organlarının yanlış yönlendirmesi sonucunda ilgililerin hak kaybına uğramayacağının kabul edilmesi gereklidir.

Somut olayda, davalı tarafından gerekçeli istinaf başvurusunun, kanuni sekiz günlük süre geçtikten sonra ve fakat gerekçeli kararda bildirilen iki haftalık süre içerisinde yapıldığı açıktır. Kararda, başvuru süresinin yanlış gösterilmesi karşısında, hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından davalının süresinde gerekçeli istinaf dilekçesini vermek suretiyle istinaf yoluna başvurduğunun kabul edilmesi bir zorunluluktur.

Buna göre; davalının gerekçeli istinaf dilekçesini süresinde vermiş olmasına rağmen Bölge Adliye Mahkemesi tarafından istinaf başvuru dilekçesinde istinaf kanun yoluna başvuru sebep ve gerekçeleri gösterilmediğinden ve HMK 355.maddesindeki kamu düzenine aykırılık hali de bulunmadığından davalı tarafın istinaf başvurusunun HMK 353/1-b.1 maddesi gereğince esastan reddine dair verilen karar hatalı olup, kararın bozulmasını gerektirmektedir."[330]

330 Yarg. 22. HD, 23.06.2020 T., 2017/10244 E., 2020/7436 K., www.legalbank.net, s.e.t. 26.05.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD, 27.04.2017 T., 2017/32641 E., 2017/10021 K., www.legalbank.net, s.e.t. 26.05.2021.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 2018 yılında verdiği bir kararda kanunî sürelerin hâkim tarafından değiştirilemeyeceğini, kararda kanunda belirtilenden daha uzun bir süre öngörülmesi hâlinde ilgili tarafa bu süreden yararlanma imkânı tanınmasının karşı tarafın usûlî kazanılmış hakkını ihlal edeceğini, bu durumun ise Anayasa'nın 10'uncu maddesi ile güvence altına alınan eşitlik ilkesine de zarar vereceğini belirterek kanunî süreden sonra ancak mahkeme kararında belirtilen süre içinde yapılan başvurunun reddinin gerektiğine karar vermiştir:

"*Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşme sırasında, işin esasının görüşülmesine geçilmeden önce davacı -karşı davalı (kadın) vekilinin 14.09.2015 tarihli "temyiz başvurusunun reddine" ilişkin (ek) karara yönelik olarak yaptığı temyiz isteminin yasal süresi içerisinde olup olmadığı ön sorun olarak tartışılmıştır….*

….Nitekim "sürenin belirlenmesi" başlıklı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 90. maddesi, "(1) Süreler kanunda belirtilir veya hakim tarafından tespit edilir. Kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, hakim kanundaki süreleri artıramaz veya eksiltemez." şeklindedir. (HMUK m.159)

Hâkim, kendi tayin etmiş olduğu süreyi, HMK'nın 90/2. maddesine göre iki tarafı dinledikten sonra haklı nedenlere dayanarak, azaltıp çoğaltabilir. Hâkim, tayin ettiği sürenin, kesin olduğuna da karar verebilir (HMK m.94/2, HUMK m.163).

Yukarıda da belirtildiği üzere hakim tarafından sürenin belirlenebildiği durumlar var olmakla birlikte kanunda belirlenen süreler üzerinde hakimin tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. HMK'nın "kesin süre" başlıklı 94. maddesinin birinci fıkrasında "kanunun belirlediği süreler kesindir." denilmek suretiyle bu hususa vurgu yapılmıştır. Diğer bir anlatımla, temyize ilişkin süreler de kanun tarafından düzenlenen kesin sürelerdir ve resen gözetilmesi gerekir….

….Temyiz, kanuni süre geçtikten sonra yapılır veya temyizi kabil olmayan bir karara ilişkin olursa, kararı veren mahkeme temyiz isteminin reddine karar verir ve Yargıtaya gönderme için yatırılan parayı kullanarak ret kararını kendiliğinden ilgiliye tebliğ eder.

Kanunda kesin olduğu belirtilen süreye rağmen hâkim tarafından kanuna aykırı bir şekilde verilen daha uzun süreden yararlanmak suretiyle temyiz hakkını kaybeden taraf lehine, hak kaybına uğramaması sebebiyle oluşturulan kazanım, bu kez karşı taraf yararına oluşan usuli kazanılmış hakkın ihlali sonucu doğuracaktır. Hemen belirtilmelidir ki, bu durum, hukuk devleti olmayı sağlayan ve belli bir kişiyi hedef almadan, aynı durumda olan herkese uygulanması gereken kurallar koymayı zorun kılan Kanunların "genelliği" ve Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen "eşitlik" ilkelerine de aykırılık oluşturur.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında somut olayda hâkimin temyiz süresini "7 gün" değil de "15 gün" olarak belirlemesinin yanılgıya dayandığı, yoksa hâkimin yeni bir süre belirlediğinin söylenemeyeceği; Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesinin 1/ç bendinde yüklenen görevin hakkıyla yerine getirilmediği, bu hâliyle mahkeme kararında yanlış belirtilen sürenin davanın tarafını yanıltmasından kaynaklanan hak kaybının önlenmesi ve temyiz isteminin süresinde sayılarak işin esasının incelenmesi gerektiği düşüncesi ileri sürülmüş ise de bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir"[331].

Bu konuda önem arz eden bir diğer husus ise Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği kararlardır. Anayasa Mahkemesi, mahkemece kanun yoluna başvuru süresinin hatalı şekilde gösterilmesi nedeni ile karardaki süreye güvenerek hareket eden tarafın başvurusunun süresinde yapılmadığından bahisle reddedildiği hâllerde kişilerin mahkemeye erişim hakkının ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini kabul etmektedir:

"*40. 3/10/2001 tarihinde kabul edilen değişiklikle Anayasa'nın 40. maddesine "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü ilave edilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde ise bireylerin, yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanmasının amaçlandığı, son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, merci ve sürelerin belirtilmesinin hak*

331 Yarg. HGK, 08.11.2018 T., 2017/2491 E., 2018/1671 K., www.legalbank.net, s.e.t. 26.05.2021.

arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk hâline geldiği belirtilmektedir.

41. 6100 sayılı Kanun'un 297. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde de mahkeme kararlarının hüküm kısmında kanun yolu ve süresinin bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu gereklilik özellikle ayrı ihtisas mahkemesi bulunmayan yerlerde çeşitli sıfatlarla görev yapan asliye hukuk mahkemeleri açısından ayrı bir önem taşımaktadır. Zira asliye hukuk mahkemelerinin bu durumda kararı hangi mahkeme sıfatıyla verdiğini açıklaması davada uygulanan yargılama usûlü ile verilen karara karşı kanun yolları bakımından tarafların doğru bilgi sahibi olmalarını sağlayarak, tarafların kararları temyiz haklarını zamanında ve usûlüne uygun olarak kullanabilmelerine hizmet etmektedir.

42. Başvuruya konu somut olayda, başvurucu tarafından gerçekleştirilen elektromekanik kapı kurulumu esnasında meydana gelen iş kazası nedeniyle, sonraki süreçte hayatını kaybeden işçinin yakınları tarafından, başvurucu ile diğer davalı aleyhine Acıpayam Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde maddi ve manevi tazminat davası açılmıştır. Davacılar dava dilekçelerinde davalarını haksız fiile dayandırmışlar ve kazanın iş kazası olduğundan bahsetmişlerdir. Mahkeme yargılama boyunca duruşma tutanaklarında ve yazışmalarında asliye hukuk mahkemesi sıfatını kullanmış, davaya iş mahkemesi sıfatıyla baktığını belirtmemiş ve 6/4/2010 tarihli duruşmada asliye hukuk mahkemesi sıfatıyla "yasa yolu açık olmak üzere" ibaresiyle kararı davacı ve davalılara tefhim etmiştir. Başvurucuya 22/5/2010 tarihinde tebliğ edilen gerekçeli kararında ise Mahkeme, davaya iş mahkemesi sıfatıyla baktığını ve temyiz süresinin tefhimden itibaren 8 gün olduğunu belirterek hüküm kurmuştur. Başvurucunun 23/5/2010 tarihinde yaptığı temyiz başvurusu Yargıtay'ca başvurucu ve davalılardan biri yönünden temyiz talepleri süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Yargıtay diğer davalı yönünden ise iş kazası olduğu iddia edilen olayın SGK'ya bildirilmediği ve bu nedenle davanın iş kazası niteliğinde olup olmadığının tespitinin ön koşul olduğu ve olayın iş kazası olarak kabulü hâlinde SGK'dan alınacak tazminatın hükme konu tazminattan mahsubu gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

43. Yargıtay'ın diğer davalı yönünden kararı bozarak olayın iş kazası olarak kabulü hâlinde Sosyal Güvenlik Kurumundan alınan tazminatın hükme konu tazminattan mahsubu gerektiğine karar vererek davalılar lehine tazminatı azaltacak yönde kararıyla yeni bir durumun oluştuğu göz önünde bulundurulduğunda; başvurucunun temyiz itirazlarının esastan incelenmesi talebinin ve bunun sonuncunda elde etmeyi umduğu menfaatin somut bir temele dayandığı, soyut bir iddia olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca Yargıtay'ın bozma kararında olayın iş kazası ve buna bağlı olarak davanın iş kazasından kaynaklanan tazminat davası niteliğinde olup olmadığının belirlenmediği gerekçesi değerlendirildiğinde davanın niteliğinin de başvurucunun öngöremeyeceği şekilde belirsiz olduğu görülmektedir.

44. 5521 sayılı Kanun'un 8. maddesi gereği iş davalarında 8 günlük temyiz süresi tefhimle başlamakta, 1086 sayılı Kanun'un 432. maddesine göre ise hukuk davalarında ise 15 günlük temyiz süresi kararın tebliği ile başlamaktadır. Ayrı özel mahkemelerin bulunmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemeleri özel mahkemelerin görevlerini de yerine getirmektedir. Ayrı iş mahkemelerinin bulunmadığı yerde asliye hukuk mahkemeleri iş mahkemesi sıfatıyla iş kanunu kapsamındaki uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalara iş mahkemesi sıfatıyla bakmaktadırlar.

45. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında "Kural olarak başka bir mahkeme sıfatıyla görülmek üzere dava açılan bu gibi hâllerde Asliye Hukuk Mahkemesinin yargılamaya hangi sıfatla baktığını tensip kararından başlayarak karara bağlaması ve buna göre yargılamayı sürdürmesi, sonuçta da nihai kararında göstermesi gerekir. Bu husus uygulanacak yargılama yöntemi, temyiz süresi ve diğer usul kurallarının uygulanması açısından büyük önem taşımaktadır. Örneğin, İş mahkemesi sıfatıyla Asliye Hukuk Mahkemesine açılan bir davada seri yargılama usûlü uygulanacağı gibi, temyiz süresi de tefhimle başlayacağından mahkemenin bu sıfatla davaya baktığını karar altına alması ve nihai kararında da göstermesi gerekir. Asliye Hukuk ve İş Mahkemeleri yönünden temel farklılıklar gözetildiğinde böyle bir belirleme yapılmamış olması usule aykırı olacaktır." gerekçesiyle ön sorunu aşarak davanın esasına girmiş ve

yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2011/19-446, K.2011/569, 28/9/2011).

46. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına paralel olarak 9'uncu Hukuk Dairesi'nin bir kararında da "5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8 inci maddesine göre, iş mahkemelerinde verilen kararlara karşı temyiz süresi tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren sekiz gündür. Mahkemece karar yüze karşı tefhim edilmiş ise, tefhim edilen kısa kararın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 297. maddesinde (1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 383 ve devamı maddelerinde) belirtilen şartları taşıması gerekir. Aksi takdirde usûlüne uygun tefhimden söz edilemez. Bu durumda temyiz süresi gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlayacaktır." (Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi, E. 2009/40934, K. 2012/846, 18/01/2012) gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

47. Somut başvuruya konu davada, asliye hukuk mahkemesinin duruşma tutanakları ve yazışmalarında davaya iş mahkemesi sıfatıyla baktığını belirtmemesi ve tefhim edilen kısa karar ile gerekçeli karar arasında mahkemenin sıfatı ve kanun yoluyla ilgili açıklamalarda çelişki olması nedenleriyle meydana gelen hukukî belirsizlik başvurucunun zamanında temyiz başvurusu yapamamasına yol açmıştır. Bu koşullarda yapılan temyiz başvurusunu inceleyen Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin süre yönünden temyiz taleplerinin reddine karar vermesiyle başvurucunun temyiz taleplerinin esastan görüşülmesi imkânı kalmamıştır.

48. AİHM, süre koşulu gibi dava açmaya ilişkin usul koşulları birden fazla yoruma neden olabilecek nitelikte ise, mahkemeye erişim hakkı kapsamında o yorumlardan birinin davayı açmak isteyen kişileri engelleyecek şekilde katı bir şekilde kullanılmaması veya söz konusu koşulların katı bir uygulamaya tabi olmaması gerektiğini ifade etmiştir (Bkz. Beles/Çek Cumhuriyeti, B. No: 47273/99, 12/11/2002, § 51; Tricard/Fransa, B. No: 40472/98, 10/7/2001, § 33).

49. Sonuç olarak başvuruya konu somut davada, davaya iş mahkemesi sıfatıyla bakan asliye hukuk mahkemesinin iş mahkemesi sıfatını dava boyunca kullanmayarak ve Anayasa'nın 40. maddesi ve 6100 sayılı Kanunda öngörülen şekilde kanun yolunu ve süresini

belirtmeksizin kararı tefhim etmesi ile Yargıtay'ın oluşan hukukî belirsizliği dikkate almaksızın başvurucunun temyiz talebini süre yönünden reddetmesi nedenleriyle başvurucunun davasını esastan inceleyecek şekilde temyiz yolunu kullanabilmesi engellenerek başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

50. Belirtilen nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."[332]

Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi tarafından 2020 yılı Eylül ayında yapılan toplantıda alınan **ilke kararında** ise Anayasa Mahkemesi'nin bu hususdaki görüşü dikkate alınarak mahkemece kanun yoluna başvuru süresinin hatalı gösterildiği durumlarda kanundaki süreden daha uzun da olsa kararda gösterilen sürenin dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir:

"*7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7.maddesinin 3.fıkrasına göre, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun kanun yollarına ilişkin hükümleri, iş mahkemelerince verilen kararlar hakkında da uygulanır. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise, Kanun yoluna başvuru süresinin, ilamın taraflara tebliğinden itibaren işlemeye başlayacağı öngörülmüştür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 361.maddesinin 1.fıkrasına göre, bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Aynı Kanun'un 297.maddesi uyarınca hükümde bulunması gereken unsurlardan biri de, "varsa kanun yolları ve süresi" olarak belirtilmiştir. Bu kural, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlığını taşıyan 140. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır" hükmüne uygun bir düzenlemedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 90.maddesinin 1.fıkrasında, kanunda belirtilen istisnalar dışında, hâkimin kanundaki süreleri artıramayacağı*

332 AYM, BB, 26.06.2014 T., Başvuru No. 2012/855, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, s.e.t., 26.05.2021. Aynı yönde bkz. AYM, BB, 08.03.2017 T., Başvuru No. 2014/19638; AYM, BB, 19.04.2018 T., Başvuru No. 2015/2438, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, s.e.t., 26.05.2021.

veya eksiltemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak, Anayasa'nın ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca, hâkimin kanun yolunu ve süresini taraflara doğru olarak belirtme yükümlülüğü söz konusudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi,kanun yoluna başvuru süresinin mahkeme kararında hatalı olarak gösterilmesi hâlinde, bu süreye güvenerek başvuruda bulunan ilgilinin talebinin süre yönünden reddedilmemesi gerektiğine, aksi yöndeki uygulamaların adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir (AİHM, Osu/İtalya, 11.07.2002, B.No: 36534/97; AYM, 21.9.2017, 2014/13217). Yukarıda belirtilen nedenlerle kanun yolu süresi hâkim tarafından hatalı şekilde gösterildiğinde, kararda yer alan süreye bağlı olarak kanun yolu hakkının kullanılabilmesine imkân tanınmalıdır. Örneğin, iki haftalık kanun yolu süresi 7 mahkeme kararında hatalı olarak bir ay olarak belirtilmişse, bu süre içinde yapılan istinaf veya temyizi süresinde yapılmış kabul etmek gerekir."

Kanaatimizce, kanun yoluna başvuru süresinin mahkeme tarafından hatalı şekilde gösterilmesi durumunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sürelere ilişkin hükmünden hareketle sonuca varılması hakkaniyete aykırı sonuçların doğumuna sebebiyet verebilir. Kaldı ki Anayasa'nın 40'ıncı maddesinde "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*" hükmüne yer verilmiştir. Benzer şekilde hükmün kapsamını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297'nci maddesinin birinci fıkrasının ç bendinde de hükme karşı varsa kanun yolu ile başvuru süresinin gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Usûl işlemlerinin belirli sürelere tâbi tutulması yargılamanın makûl sürede sona erdirilmesi ve bu sayede toplumsal barışın tesis edilmesi amacıyla öngörülmüştür. Ancak kendiliğinden hak almanın yasak olduğu ve yargı hakkının devlet tarafından yetkili kılınan organlara bırakıldığı bir hukuk düzeninde bireyleri ve toplumu korumak amacı ile getirilen kuralların aşırı şekilciliğe yol açacak biçimde uygulanması başta hak arama özgürlüğü olmak üzere pek çok temel hak ve özgürlüğün ölçüsüz şekilde sınırlandırılmasına yol açabilir. Mahkeme kararında gösterilen süreye güvenerek hareket eden tarafın kanunî süreye riayet etmediğinden bahisle kanun yoluna başvuru hakkının ortadan kaldırılması, mahkemeye erişim hakkının ve hak arama özgürlüğünün

ölçüsüz şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuracağından, her ne kadar kanundaki süre geçirilmiş de olsa ilgilinin mahkeme kararında gösterilen sürede yaptığı başvurunun geçerli kabul edilmesi gerekir. Bu noktada sınırı dürüstlük kuralı oluşturmalıdır.

- **Kanun yoluna başvuru süresinin kaçırılması hâlinde mahkemece ne şekilde karar verilir?**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 346'ncı maddesinde, istinaf dilekçesinin kanunî sürenin geçmesinin ardından verilmesi hâlinde kararı veren mahkemece başvurunun reddine karar verileceği ve bu kararın ilgiliye tebliğ edileceği düzenlenmiştir. Bu karara karşı bir haftalık süre içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 366'ncı maddesinin yaptığı atıf nedeni ile bu düzenleme temyiz kanun yolunda da uygulanır.

İstinaf kanun yoluna başvuru süresinin geçmesinden sonra başvurulmuş olmasına rağmen, bölge adliye mahkemesince bu husus dikkate alınmayarak istinaf başvurusu esastan incelenmiş ise bu karar aleyhine temyiz kanun yoluna başvurulduğunda **her ne kadar temyiz nedenleri arasında bu husus yer almasa da Yargıtay tarafından bu konuda re'sen inceleme yapılabileceği** 9'uncu Hukuk Dairesi'nin 15.10.2020 tarihli **ilke kararı** ile kabul edilmiştir. Söz konusu karara göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 369'uncu maddesi gereğince Yargıtay'ın ilgili dairesi temyiz nedenleri bağlı olmaksızın kanuna açıkça aykırılık teşkil eden diğer hususlarda inceleme yapabileceğinden bu durumda da re'sen inceleme yapması mümkün olmalıdır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise süresi içerisinde kanun yoluna başvurulmuş olmasına karşın başvuru nedenlerinin gösterilmemesi hâlidir. İstinaf kanun yolu bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 342'nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince istinaf dilekçesinde başvuranın kimliği ve imzası ile başvurulan kararın yeteri kadar belirli olduğu başvurularda maddenin birinci fıkrasında gösterilen diğer kayıtlar ve bu sırada istinaf nedenleri bulunmasa dahi karar, bölge adliye mahkemesince 355'inci madde gereğince kamu düzenine aykırılık çerçevesinde incelemeye tâbi tutulur. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir:

"*İstinaf yoluna süresinde başvurulmuş, ancak istinaf nedenleri ve gerekçeleri bildirilmemiş ise kamu düzenine aykırılık yönünden inceleme yapılacak, yok ise istinaf sebebi de bildirilmediği gerekçesi ile esastan reddine karar verilecektir. Somut uyuşmazlıkta davalı taraf tefhim edilen kısa karardan sonra süresinde istinaf yoluna başvurmuş, ancak istinaf nedenlerini belirmemiş, süresi geçtikten sonra dilekçe ile belirtmiştir. Bölge Adliye Mahkemesince 342 ve 355. maddeleri gözden kaçırılarak usulden ret kararı verilmesi usule aykırıdır*."[333]

İstinaf gerekçelerinin süresi içinde verilmemesi nedeni ile istinaf incelemesinin yalnızca "kamu düzenini ihlâl" çerçevesinde yapıldığı hâllerde, bu karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması ve aslında istinaf gerekçelerinin süresi içinde ileri sürüldüğü iddia edilmesi üzerine Yargıtay'ın ilgili dairesince gerekçeli istinaf dilekçesinin süresi içinde verildiği tespit edilirse bu durumda incelemenin bölge adliye mahkemesince mi yoksa Yargıtay tarafından mı yapılması gerektiği de akla gelebilir.

Yargıtay'ın 12'nci Hukuk Dairesi bu durumda kararın Yargıtay tarafından bozularak dosyanın görevli bölge adliye mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir:

"*Bölge Adliye Mahkemesi'nce, gerekçeli istinaf dilekçesinin süresinde verildiği gözetilerek, gerekçeli istinaf isteminin incelenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken,sadece kamu düzeninden inceleme yapılarak yazılı gerekçe ile istinaf talebinin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.*

SONUÇ : ... Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesi'nin 20.01.2021 tarih ve 2021/85 E. - 2021/81 K. sayılı kararının yukarıda yazılı nedenlerle, 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2. maddesi göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 373/2. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, bozma nedenine göre borçlunun esasa ilişkin sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek hâlinde iadesine, dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, 30/03/2021 gününde oy birliğiyle karar verildi."[334]

333 Yarg. 9. HD, 16.10.2017 T., 2017/1003 E., 2017/15696 K., www.legalbank.net, s.e.t. 27.05.2021.
334 Yarg. 12. HD, 30.03.2021 T., 20121/2728 E., 2021/3675 K., www.legalbank.net, s.e.t. 31.05.2021.

Yargıtay'ın 21'inci Hukuk Dairesinin kararı da aynı yöndedir:

"*Bölge Adliye Mahkemesince yapılacak iş, davacı vekilinin gerekçeli istinaf sebeplerinin makul süre içerisinde sunulduğu değerlendirmek suretiyle gerekçeli istinaf başvurusu hakkında bir karar vermekten ibarettir.*

O hâlde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve davacı vekilinin bu aşamada temyiz itirazlarının sair yönleri incelenmeksizin Bölge Adliye Mahkemesince verilen hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı 6100 sayılı HMK'nun 373/1. maddesi uyarınca BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA, dosyanın davacı vekilinin gerekçeli istinaf dilekçesi incelenmek üzere Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, temyiz harcının istek hâlinde temyiz eden davacıya iadesine 09/04/2019 tarihinde oy birliği ile karar verildi."[335]

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesinin kararları da bozma kararı üzerine dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesi yönündedir:

"*Bu durumda, 02.12.2016 tarihli istinaf dilekçesinin kanuni süresinde gerekçeli olarak sunulduğu gözetildiğinde, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından işin esasına girilerek davalı tarafın istinaf sebepleri incelenmek üzere kararın bozulması gerekmiştir. SONUÇ: Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının yukarıda yazılı sebeplerle BOZULMASINA, dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, bozma kararının bir örneğinin ise İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek hâlinde ilgiliye iadesine, 09.07.2020 tarihinde oybirliği ile karar verildi.*"[336]

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin **04.01.2021 tarihli** toplantısında alınan **ilke kararına göre** de böyle bir hâlde ***Yargıtay'ın ilgili dairesince bozma kararı verilerek dosyanın görevli bölge adliye mahkemesine gönderilmesi ve süresinde verilen gerekçeli istinaf sebeplerinin bölge adliye mahkemesi tarafından incelenmesi sağlanmalıdır.***

335 Yarg. 21. HD, 09.04.2019 T., 2018/4159 E., 2019/2770 K., www.legalbank.net, s.e.t. 31.05.2021.
336 Yarg. 22. HD, 09.07.2020 T., 2017/36757 E., 2020/9280 K., www.legalbank.net, s.e.t. 31.05.2021.

Temyiz kanun yolu bakımından benzer bir düzenlemeye Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 364'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilmiştir. Ancak söz konusu incelemenin kapsamı bakımından istinaftaki gibi "*kamu düzenine aykırılık*" sınırlandırılması öngörülmemiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 369'uncu maddesinde Yargıtay'ın tarafların ileri sürdüğü temyiz sebeplerinden bağımsız şekilde kanuna açıkça aykırı gördüğü hususlarda inceleme yapabileceği kabul edildiğinden böyle bir sınırlamaya gerek de bulunmamaktadır. Yargıtay böyle bir durumda söz konusu başvuruyu "*kanunun açık hükümlerine aykırılık*" çerçevesinde inceler.

Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesince 2020 yılının Eylül ayında yapılan toplantıda alınan **ilke kararı** da bu yöndedir:

"*Bölge adliye mahkemesi ya da ilk derece mahkemesi kararının* ***gerekçesiz temyiz dilekçesi ile temyiz edilmesi hâlinde,*** *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33.maddesinde belirtilen "Hâkim, Türk hukukunu resen uygular" hükmü ve aynı hükme paralel düzenlendiği anlaşılan* ***369. maddenin 1. fıkrası uyarınca, kanunun açık hükmüne aykırı görülen hususlar çerçevesinde temyiz incelemesi yapılır….***"

- **İş yargılamasında kanun yolu aşamasında süre tutum dilekçesi geçerli midir?**

5521 sayılı Kanun döneminde nihaî kararın yüze karşı verilmesi hâlinde kanun yoluna başvuru süresinin tefhimden itibaren işlemeye başlaması ancak tefhim edilen kararda gerekçelerin açıklanmaması nedeni ile kanun yolu başvuru süresinin kaçırılması endişesi gündeme gelmiş, uygulamada kısa kararın tefhim ya da tebliğinden itibaren gerekçeler açıklanmasa da kanun yoluna başvuru için dilekçe verilerek bu sorun giderilmeye çalışılmıştır. Süre tutum dilekçesi olarak anılan bu dilekçenin esasen usûl hukuku bakımından herhangi bir hukukî dayanağı bulunmaz[337]. Zira kanun yoluna başvuru için kararın gerekçesinin bilinmesi gerekir ve şayet hükmün açıklandığı anda kararın gerekçesi açıklanmamışsa her ne kadar hüküm varlık kazansa da kanun yoluna başvuru süresi işlemeye başlamaz[338]. Bu hâlde kanun yoluna başvuru süresi ancak gerekçeli kararın tebliğinden itibaren işlemeye başlar:

337 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes, Muhammet,** Hukuk Yargılamasında Süre tutum Dilekçesi Yoktur, Prof. Dr. Saim Astündağ'a Armağan, 2009, s. 381 vd.

338 **Özekes,** Süre Tutum, s. 385-386.

7036 sayılı Kanun ile kanun yoluna başvuru süresi bakımından söz konusu düzenleme kaldırılmış ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 345'inci maddesi ile istinaf kanun yolu için 361'inci maddesiyle de temyiz kanun yolu için başvuru süresi nihai kararın tebliğinden itibaren iki hafta olarak belirlenmiştir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 294'üncü maddesinde hükmün yargılamanın sona erdiği duruşmada verileceği ve tefhim edileceği düzenlenmiş (HMK m. 294/2), hüküm sonucunun herhâlde duruşma tutanağına geçirilmesi gerektiği (HMK m. 294/3) fakat zorunlu nedenlerin varlığı hâlinde yalnızca hüküm sonucunun açıklandığı durumlarda gerekçeli kararın tefhim tarihinden itibaren bir ay içinde yazılması gerektiği kabul edilmiştir (HMK m. 294/4). Böyle bir durumda da kanun yoluna başvuru süresi gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlar.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da usûl hukukunda süre tutum dilekçesinin bulunmadığını, kanun yoluna başvuru sürelerinin gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlayacağını kabul etmektedir:

"*49. Zira Kanun'un taraflara tanıdığı süreler kamu düzenindendir (Pekcanıtez, s.454).*

50. Anılan yasal düzenlemelerden anlaşılacağı üzere; süre tutum dilekçesi verilmesinin istinaf başvurusu yapma süresine etki edeceği, süreyi durduracağı veya muhafaza edeceğiyle ilgili 5521 sayılı Kanun'da, 6100 sayılı HMK'da (ve 1086 sayılı HUMK'da) bir hüküm bulunmamaktadır.

51. Bir dilekçe ile kanuni sürenin tutulması veya korunması söz konusu olamaz. Böyle bir durumda iki ihtimal mevcuttur; ya süre henüz başlamamıştır, o zaman zaten işleyen bir süre olmadığından, o sürenin tutulması veya muhafazası için bir işleme zorlamaya gerek yoktur ya da süre işlemeye başlamıştır, o zaman da zaten bir şekilde sürenin tutulması veya muhafazası bir ön dilekçe verilerek sağlanamaz süresinde işlem yapılmalıdır, aksi hâlde hak düşer (Özekes Muhammet, Hukuk Yargılamasında Süre Tutum Müessesesi Yoktur, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s.381-396, s.390).

52. Uygulamada yapıldığı üzere, kısa karara karşı süre tutum dilekçesi adı altında içeriği olmayan bir dilekçe verip ardından ayrıntılı bir dilekçe vermek ise kanunî temeli ve düzenlemesi olmayan, ayrıca hukuka da açıkça aykırı bir durumdur (Pekcanıtez, s.2220).

53. Hukuk Genel Kurulu'nun 01.10.2003 tarihli, 2003/13-581 E., 2003/527 K., sayılı kararında da "Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 435/2.maddesindeki, temyiz sebeplerinin, temyiz dilekçesinin verilmesinden itibaren bir hafta içerisinde verilecek başka bir dilekçeyle bildirilmesine olanak tanıyan hüküm, 2494 sayılı Yasa ile ortadan kaldırılmıştır. Böylece, uygulamada 'müddeti muhafaza' olarak adlandırılmış olan müessese de ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla, hukuk yargılamasında, süre tutum müessesesi mevcut değildir" şeklindeki tespit ve değerlendirmelerde bulunularak süre tutum müessesinin yer almadığına vurgu yapılmıştır.

54. İstinaf yoluna başvuru için süre tutum dilekçesi verilmesi, süre tutum dilekçesini veren açısından istinaf nedenlerini belirtir dilekçesini verebilmesi için sekiz günlük istinaf yolu süresi sonrasına süre tanındığı anlamına gelmeyeceği gibi, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren sekiz günlük süre sonrasının "makul süre" olarak değerlendirilerek her duruma göre değişen, belirlisiz bir kavramın kabulü ile tarafların yargılama sürecini öngörebilme haklarının ellerinden alınması da kabul edilebilir değildir.

55. Bu durum yukarıda tarif edilen hukukî belirlilik ve hukukî güvenlik ilkelerine de aykırıdır.

56. Nitekim Anayasa Mahkemesi de süre tutum dilekçesi sonrası gerekçeli kararın tebliğinden itibaren istinaf nedenlerinin süresi içinde bildirilmemesi durumunda Kanun yoluna başvurma iradesini ortaya koyan süre tutum dilekçesinin ilgili yargı yerine verilmesinden sonra bu dilekçenin kişinin iradesine bırakılmadan belirli bir süre içinde verilmesi gerektiği şeklinde derece mahkemeleri yorumunun aşırı şekilci (katı) olmadığı gibi mahkemeye erişimi aşırı derece zorlaştırmadığı ya da imkânsız hâle getirmediğini belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır (Anayasa Mahkemesinin 29.04.2018 tarih 2017/29989 başvuru numaralı, 14.6.2018-30451 R.G. tarih ve sayılı kararı)."[339]

339 Yarg. HGK, 25.11.2020 T., 2019/405 E., 2020/949 K., www.legalbank.net, s.e.t. 31.05.2021.

Uygulamada süre tutum dilekçesi hâlen geçerliliğini korumakta ve herhangi bir gerekçe içermemesine rağmen kısa kararın tefhiminden itibaren mahkemeye sunulan kanun yolu başvuru dilekçesinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir:

> "*Direnmeye ilişkin gerekçeli karar, davacı vekiline 26.09.2012 tarihinde tebliğ edilmiş, gerekçeli temyiz dilekçesi yasal sekiz (8) günlük süre geçtikten sonra 08.10.2012 tarihinde ibraz edilmiştir.*
>
> *Şu hale göre, süre tutum dilekçesi adı altında ibraz edilen ve hiçbir temyiz gerekçesi içermeyen dilekçenin temyiz dilekçesi olarak kabul edilip edilemeyeceği, gerekçeli temyiz dilekçesinin de kararın tebliğ tarihi gözetildiğinde süresi içerisinde ibraz edilmediği anlaşıldığına göre, direnme kararının yasal süresi içerisinde temyiz edilip edilmediği tartışılmış; sonuçta süre tutum dilekçesinde kararın temyiz edileceğinin belirtilmesi ve süresinde temyiz harçlarının da yatırılmış olması dikkate alındığında, davacı vekilinin temyizinin yasal süresi içerisinde olduğu oybirliğiyle kabul edilip, önsorun da böylelikle aşılarak işin esasının incelenmesine geçilmiştir.*"[340]

Bu hâlde gerekçeli kararın tebliğinden itibaren kanunda belirtilen süre içerisinde kanun yolu gerekçelerinin de sunulması hâlinde kanun yolu denetimi gerçekleştirilebilir. Süresi içinde gerekçenin bildirilmemesi hâlinde ise istinaf aşamasında yalnızca kamu düzenine aykırılık nedeni ile temyiz aşamasında ise kanuna açık aykırılık nedenleri ile sınırlı olarak denetim gerçekleştirilir:

> "*57. Somut olaya gelince; İlk derece mahkemesince asıl ve birleşen dava hakkında 27.12.2016 tarihinde karar verildikten sonra davacılar vekilince süresinde gerekçeli istinaf dilekçesi ile istinaf yoluna başvurulduğu, davalı* ***YEDAŞ vekilinin ise kararın tefhiminden sonra 02.01.2017 tarihinde süre tutum dilekçesi verdiği, aynı gün istinaf karar harcı ile istinaf kanun yoluna başvurma harcını yatırdığı, gerekçeli kararın 17.01.2017 tarihinde tebliğinden itibaren ise sekiz günlük süre içinde gerekçeli istinaf dilekçesi vermediği,*** *istinaf nedenlerini belirtir dilekçeyi 31.01.2017 tarihinde 8 günlük süre geçtikten sonra ibraz ettiği, Bölge Adliye Mahkemesince davalı YEDAŞ vekilinin istinaf nedenlerini süresi içinde bildirmediğinden 6100 sayılı Kanun'un 355. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi*

340 Yarg. HGK, 18.09.2013 T., 2012/1686 E., 2013/1374 K., www.legalbank.net, s.e.t. 31.05.2021.

kararında kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünde inceleme yapılarak istinaf başvurusunun reddedildiği görülmüştür.

58. Şu durumda yukarıda yapılan açıklamalar ile somut olaya ilişkin maddi ve hukukî olgulara göre; İlk derece mahkemesi kararında hükme ilişkin tüm hususların gerekçeli karar ile birlikte açıklanmış olduğu, istinaf yoluna başvuru süresinin gerekçeli kararın tebliğ tarihinden itibaren başladığı, davalı YEDAŞ vekilinin hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 5521 sayılı Kanun'daki gerekçeli kararın tebliğinden itibaren sekiz günlük sürede istinaf nedenlerini belirtir dilekçe vermediği dikkate alındığında ***Bölge Adliye Mahkemesi tarafından davalı vekilinin süresinden sonra sunduğu gerekçeli istinaf dilekçesine değer verilmeyerek HMK'nın 355. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi kararının kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden incelenmesi gerektiği belirtilerek verilen direnme kararının usul ve yasaya uygun olduğu*** *sonucuna varılmıştır*."[341]

Ancak Yargıtay'ın bazı daireleri süre tutum dilekçesinin süresi içinde verilmiş olması şartıyla kanun yolu gerekçelerinin süresinde verilmemesi ancak makûl sayılabilecek bir sürede verilmesi hâlinde dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir:

"*Bölge Adliye Mahkemesi kararı: Yerel mahkeme kararına karşı* ***davacı vekilince 06/10/2017 tarihinde sunulan süre tutum dilekçesi ile istinaf başvurusunda bulunulduğu****, davacı vekilince istinaf sebeplerinin ve gerekçesinin ise Mahkeme gerekçeli kararının kendilerine tebliği sonrası sunulan ayrıntılı istinaf dilekçesinde gösterildiği, ancak bu ayrıntılı* ***istinaf dilekçesinin gerekçeli kararın kendilerine tebliğ edildiği 08/11/2017 tarihinden itibaren İş Mahkemeleri için öngörülen 8 günlük yasal sürenin geçmesinden sonra 22/11/2017 tarihinde sunulmuş olduğu****, bu cihetle süresinde sunulmuş usûlüne uygun istinaf başvuru dilekçesinden bahsedilemeyeceği, yine İlk Derece Mahkemesi kararında kamu düzenine de aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, davacı vekilinin istinaf başvuru talebinin HMK 352, 353/1-b.1 ve 355. maddeleri uyarınca ESASTAN REDDİNE….,*

341 Yarg. HGK, 25.11.2020 T., 2019/405 E., 2020/949 K., www.legalbank.net, s.e.t. 31.05.2021.

.... Nitekim davacı ve davalı vekilinin kararın tefhiminden itibaren yasal süresi içerisinde sundukları istinaf yoluna başvurularına dair süre tutum dilekçeleri ile kararı istinaf ettiklerini beyan ettikleri anlaşılmaktadır.

Öte yandan 6100 sayılı HMK'da istinaf gerekçelerinin bildirilmesi için ve yine Bölge Adliye Mahkemesinin istinaf incelemesinin süresini sınırlandıran bir hukukî düzenleme yer almamaktadır....

.... Hukukî dinlenilme hakkı çoğunlukla "iddia ve savunma hakkı" olarak bilinmektedir. Ancak bu hak iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır.

Hakkın temel unsurları maddede tek tek belirtilmiş, böylece uygulamada bu temel yargısal hak konusundaki tereddütlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Bunlardan ilki "bilgilenme hakkı" dır. Bu çerçevede, öncelikle tarafların gerek yargı organlarınca gerek karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir. Hak sahibinin kendisi ile ilgili yargılama ve yargılamanın içeriği hakkında tam bir şekilde bilgi sahibi olması sağlanmalıdır. Tarafın bilgi sahibi olmadığı işlemler, belge ve bilgiler yargılamada esas alınamaz. Bilgilenmenin şekli bakımından, hukukî dinlenilme hakkına uygun davranılmalı, ilgilinin bilgilenmesi şeklen değil, gerçek anlamda sağlanmaya çalışılmalıdır.

Bu hakkın ikinci unsuru, "açıklama ve ispat hakkı"dır. Taraflar, yargılamayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat etme hakkına sahiptirler. Her iki taraf da bu haktan eşit şekilde yararlanırlar. Bu durum "silahların eşitliği ilkesi" olarak da ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) adil yargılanma hakkını düzenleyen 6'ncı maddesinin birinci bendinin ilk cümlesinde yer alan silahların eşitliği ilkesi, yine AİHS'ne göre, mahkeme önünde sahip olunan hak ve vecibeler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır. Başka bir deyişle, silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarından birini diğeri karşısında avantajsız bir duruma düşürmeyecek şekilde her iki tarafın

deliller de dâhil olmak üzere, iddia ve savunmasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olması, tarafların denge içinde olması demektir. Söz konusu ilke tarafların usûlüne uygun olarak mahkemenin önüne gelmelerini sağlayan tebligat işlemi açısından da önemlidir. Çünkü ancak hukuka uygun bir usulde gerçekleşen tebligat üzerine, durumdan haberdar olan taraflar iddia ve savunmalarını eşit şekilde yapabileceklerdir.

Hukukî dinlenilme hakkının üçüncü unsuru, "tarafların iddia ve savunmalarını yargı organlarının tam olarak dikkate alıp değerlendirmesi"dir. Bu değerlendirmenin de karar gerekçesinde yapılması gerekir (6100 sayılı HMK'nın gerekçesi m. 32). Yargılama bakımından, sadece bir tarafın dinlenip diğerinin dinlenmemesi, tek yönlü karar verilmesi demektir. Yargılamada yer alan taraflar yargılamanın objesi değil, süjesidir. Hukukî dinlenilme hakkı doğru karar verilmesinin garantisidir; bu nedenle, haksızlığa karşı koyabilme imkânı tanır. Bu hak, hukuk devletinin, insan onurunun korunması ve eşitlik ilkesinin, hak arama özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının bir gereğidir.

Bütün bu açıklamalar doğrultusunda, ***Bölge Adliye Mahkemesinin istinaf başvurusunu incelediği 10/05/2018 tarihi itibariyle dosya kapsamına girmiş ve kararın tebliği tarihinden itibaren de makul bir süre içerisinde sunulmuş bulunan****, davacı istinaf isteminin gerekçelerini içeren dilekçesi incelenmek suretiyle, davalının istinaf talebinde olduğu gibi, davacının istinaf talebi yönünden de işin esasına geçilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davacı istinaf başvurusunun gerekçelerinin süresinde ibraz edilmemesi ve kamu düzenine bir aykırılık da olmadığına işaretle davacı istinaf isteminin esastan reddine karar verilmesi hatalı olmuştur."*[342]

Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesince 2020 yılının Eylül ayında yapılan toplantıda alınan **ilke kararı** ise Hukuk Genel Kurulu ile aynı yöndedir:

"*....Bunun gibi, gerekçesiz temyiz dilekçesi niteliğindeki süre tutum dilekçesi verildikten sonra* ***gerekçeli mahkeme kararının tebliğinden itibaren iki haftalık temyiz süresi geçirilerek verilen gerekçeli temyiz***

342 Yarg. 21. HD, 09.04.2019 T., 2018/4159 E., 2019/2770 K., www.legalbank.net, s.e.t. 31.05.2021.

dilekçeleri de "kanunun açık hükümlerine aykırılık" kapsamında incelenir."

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru üzerine de istinaf kanun yolunda süresi içinde istinaf gerekçelerinin sunulmaması nedeni ile yalnızca kamu düzenine aykırılık açısından yapılan incelemenin mahkemeye erişim hakkını ve adil yargılanma hakkını ihlâl etmediği sonucuna varılmıştır:

"*…..Gaziantep BAM 9'uncu Hukuk Dairesi 16/5/2017 tarihli kararla istinaf başvurusunun süresinde yapılmasına rağmen istinaf nedenlerini içeren dilekçe, süresinde verilmediğinden yalnızca kamu düzeni ile sınırlı olarak inceleme yapılabileceğine hükmetmiştir. Gaziantep BAM 9'uncu Hukuk Dairesi, kamu düzeni ile sınırlı olarak yapmış olduğu inceleme sonucunda ilk derece mahkemesi kararında kamu düzenine aykırı bir husus bulunmadığından istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar vermiştir……*

....39. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine "adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Sözleşme'yi yorumlayan AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkemeye erişim hakkını içerdiğini belirtmektedir (Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2014/13156, 20/4/2017,§ 34).

40. Mahkemeye erişim hakkı bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

41. Somut olayda, ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusundaki başvurucu tarafından ileri sürülen istinaf nedenleri süre aşımı gerekçesiyle reddedilip istinaf incelemesi kamu düzeni ile sınırlı olarak yapıldığından mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğu görülmektedir…

....54. Somut olayda başvurucu, ilk derece mahkemesi kararına karşı süresinde istinaf yoluna gitmiştir. Tefhim edilen kısa kararın gerekçe içermemesi nedeniyle süre tutum dilekçesinde istinaf nedenlerini belirtme imkânının bulunmadığı açıktır. Bu husus esas olarak Gaziantep BAM tarafından da kabul edilmiş ve başvurucunun istinaf nedenlerini içermeyen süre tutum isteğinin istinaf yoluna başvurabilmek için yeterli olduğuna işaret edilmiştir. Ancak başvurucu gerekçeli kararın tebliğinden on üç gün sonra 2/3/2017 tarihinde istinaf nedenlerini belirtir dilekçesini Mahkemeye sunduğundan Gaziantep BAM, istinaf nedenleri süresi içinde bildirilmediğinden 6100 sayılı Kanun'un 355. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi kararında kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden yapmış olduğu sınırlı incelemeyle başvurucunun istinaf isteğini reddetmiştir.

55. Başvurucu, esas olarak sekiz günlük kanuni süre içinde süre tutum dilekçesi vermiş olması nedeniyle istinaf nedenlerini herhangi bir süre kısıtlaması olmadan ileri sürebileceği iddiasıyla istinaf incelemesinin eksik olduğunu ileri sürmektedir. İstinaf dilekçesinin şekli ve içeriği ile hangi süre içinde bu yola gidilebileceği ilgili kanunda açıkça düzenlenmiştir. Öte yandan kanun yoluna başvurma süresinin tefhimle başladığı durumlarda mahkemenin kısa kararında gerekçe bulunmadığı takdirde sürenin gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlayacağı da Yargıtay içtihatlarında tereddüte yer vermeyecek şekilde kabul edilmektedir. Hâl böyle iken derece mahkemeleri süre tutum dilekçesiyle istinaf yoluna gitme iradesini ortaya koyan başvurucunun lehine olarak istinaf nedenlerini sunabilmesi için sekiz günlük süreyi gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlatmış, ne var ki başvurucu anılan süre içinde istinaf nedenlerini belirtmemiştir.

56. İstinaf Mahkemelerinin daha etkin ve nitelikli çalışmaları bakımından istinaf dilekçelerinin istinaf nedenlerini içermesi zorunluluğu öngörülmüştür. Öte yandan kanun yoluna başvurma iradesini ortaya koyan süre tutum dilekçesinin ilgili yargı yerine verilmesinden sonra bu dilekçenin kişinin iradesine bırakılmadan belirli bir süre içinde verilmesi gerektiği şeklinde derece mahkemeleri yorumunun aşırı şekilci (katı) olmadığı gibi mahkemeye erişimi aşırı derece zorlaştırmadığı ya da imkânsız hâle getirmediği anlaşılmaktadır.

57. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir."[343]

Bu hususta üzerinde durulması gereken bir diğer husus istinaf aşamasında başvurunun esastan reddine ilişkin olarak **Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesince 04.01.2021 tarihinde alınan ilke kararlardır**. Esasen bu kararlar istinaftan sonra temyiz incelemesinde kapsamın belirlenmesini konu almaktadır. Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi, istinaf aşamasında bölge adliye mahkemesince "başvurunun esastan reddi" kararı verildiği kimi hâllerde temyiz incelemesinin kapsamının belirlenmesi bakımından süre tutum dilekçeleri ile irtibatlı olarak şu yönde karar vermiştir:

a. İstinaf kanun yoluna **sadece süre tutum dilekçesi sunan ve istinaf gerekçelerini süre içinde mahkemeye sunmayan tarafın**, kamu düzeninin ihlâl edilip edilmediği gerekçeleri kapsamında yapılan **istinaf başvurusunun esastan reddi kararı üzerine** temyiz aşamasında incelemenin kamu düzeni ve kanun açık aykırılık ile sınırlı şekilde mi yapılması gerektiği hususunda verilen karar göre, "*istinafa getirilmeyen konular dahi temyize getirildiğinde değerlendirilebilir. HMK 369 gereği temyiz sebepleri ile bağlı olunmadığından kanuna açık aykırılık hâlleri incelenebilir*".

b. İstinaf kanun yoluna **süre tutum dilekçesi ile başvuran ve gerekçeli kararın tebliğinden itibaren süresinden sonra istinaf gerekçesini ileri süren tarafın**, kamu düzeninin ihlâl edilip edilmediği gerekçeleri kapsamında **yapılan istinaf başvurusunun esastan reddi kararı üzerine** temyiz aşamasında incelemenin kamu düzeni ve kanun açık aykırılık ile sınırlı şekilde mi yapılması gerektiği hususunda verilen karar göre, "*istinafa getirilmeyen konular dahi temyize getirildiğinde değerlendirilebilir. HMK 369 gereği temyiz sebepleri ile bağlı olunmadığından kanuna açık aykırılık hâlleri incelenebilir*".

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 361'inci maddesine göre, "***Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar*** *ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir*.". Öğretide bu düzenlemenin temyiz incelemesinin kapsamının belirlenmesi bakımından önem arz ettiği,

343 AYM, BB, 19.04.2018 T., Başvuru No. 2017/29989, RG, 14.06.2018, S. 30451.

açık kanuna aykırılık hâlleri dışında yalnızca bölge adliye mahkemelerince incelenen hususların temyize konu edilebileceği, istinaf incelemesine konu edilmeyen hususlarda ise temyiz incelemesi yapılamayacağı ifade edilmiş; istinaf gerekçelerinin esas itibariyle temyiz incelemesinin kapsamını belirlediği belirtilmiştir[344]. Bu bağlamda istinaf gerekçelerinin hiç sunulmaması yahut süresi içerisinde sunulmadığı gerekçesi ile görevli bölge adliye mahkemesince dikkate alınmaması hâlinde, istinaf incelemesi yalnızca kararın kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmemesi açısından gerçekleştirilir. Bu aşamadan sonra ise kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyen yahut kanuna açıkça aykırı sayılmayan bir gerekçenin temyiz incelemesinde ileri sürülmesi ve kararın bu nedenle bozulması mümkün olmamalıdır. Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesince alına ilke kararı ile "*istinafa getirilmeyen konular dahi temyize getirildiğince değerlendirilebilir*" ifadesinin, "*yalnızca kanuna açıkça aykırılık teşkil ediyorsa bu gerekçeler değerlendirilebilir*" şeklinde anlaşılması kanaatimizce yerinde olur.

- **Davaların yığılması hâlinde kanun yoluna başvuru için parasal sınır nasıl belirlenir?**

Daha önce açıklanmaya çalışıldığı gibi davaların yığılması hâlinde davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla aslî talebini aynı dava dilekçesi ile ileri sürmesi söz konusudur. Esasen davaların yığılmasında talep sayısı kadar dava mevcuttur. Davacı bu taleplerini ayrı ayrı dava konusu kılabileceği gibi aynı dilekçe ile de ileri sürebilir. Bu noktada davaların yığılması bakımından kanun yoluna başvuru için aranan parasal sınırın nasıl belirleneceği de önem arz eder. Öğretide haklı olarak savunulduğu gibi davaların yığılmasına konu taleplerin her birisi ayrı bir dava konusunu oluşturduğundan kesinlik sınırı da ayrı ayrı belirlenmelidir[345]. Kesinlik sınırının belirlenmesine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ne 341'inci ne de 361'inci maddesinde davaların yığılmasında talepler toplamının dikkate alınacağına ilişkin herhangi bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Esasen Yargıtay'ın bazı daireleri de davaların yığılması hâlinde kesinlik sınırının her bir talep için ayrı ayrı belirlenmesi

344 **Ermenek, İbrahim,** İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı, http://izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/%C4%B0stinaf%20Kanun%20Yolu%20ve%20B%C3%B6lge%20Adliye%20Mahkemesinin%20%C4%B0nceleme%20S%C4%B1n%C4%B1rlar%C4%B1n%C4%B1n%20Kapsam%C4%B1.pdf, s. 11-12.

345 **Tanrıver,** C. I, s. 628; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 477; **Bulut, Uğur,** Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması, 2017, s. 438. Aksi yönde bkz. **Kuru,** C. I, s. 425; C. II, s. 1343, 1392.

gerektiğini kabul etmektedir[346]. Buna karşın özellikle birden fazla işçilik alacağının birlikte talep edildiği davalarda kesinlik sınırının alacak toplamına göre hesaplandığı görülmektedir[347]. Ancak Hukuk Genel Kurulu, birden fazla talebin birlikte ileri sürüldüğü davaların yığılması hâlinde görünüşte tek bir hüküm yer aldığından kesinlik sınırının bütün alacak kalemlerinin toplamına göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir:

> "*Somut olayda davacılar aynı olaydan kaynaklanan zarar nedeniyle davalıya karşı olan birden fazla talebini (maddi ve manevi tazminat) aynı davada birleştirmiştir. Objektif dava birleşmesi olarak adlandırılan bu durumda taleplerin her biri ayrı dava olmakla birlikte, görünüşte tek bir hüküm bulunduğundan temyiz kesinlik sınırının tespiti için maddi ve manevi tazminat istemlerinin toplanmaları gerekmektedir. Bu durumda davacılar vekilinin temyiz talebi kesinlik sınırının üzerinde kaldığından ön sorunun bulunmadığı sonucuna varılmıştır*."[348]

Bu çerçevede uygulamada soruna yol açan bir diğer husus ise davaların yığılması hâlinde verilen mahkeme kararının bazı alacak kalemleri bakımından bozulması hâlinde, bozmadan sonra verilen hüküm bakımından kanun yoluna başvuruda dikkate alınacak parasal sınırın hangi miktarlar dikkate alınarak belirleneceğidir. Kanaatimizce davaların yığılmasında talep konusu alacak kalemlerinden her biri için ayrı ayrı kesinlik sınırının

346 Örneğin bkz. *"Davaların yığılmasında (Objektif Dava Birleşmesi) görünüşte tek bir dava dilekçesi bulunmasına rağmen aslında dava dilekçesinde belirtilen talep sayısı kadar birbirinden ayrı bağımsız dava vardır ve yargılamada her bir dava (talep) bağımsız olarak ayrı ayrı işlem görür ve karara bağlanır (Kuru/Arslan/Yılmaz: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011, S:284,285). Somut olayda; davacı, aynı dava dilekçesi ile davalıya karşı elatmanın önlemesi ve ecrimisil taleplerini aynı davada birleştirmiştir. Davacı talepleri yönünden objektif dava birleşmesi söz konusu olup birlikte açılan dava sayısı kadar talep sonucu ve dava bulunduğuna göre her bir talep için ayrı ayrı hüküm kurulmalıdır. Belirtilen yasal düzenleme ve ilkeler uyarınca davalının ecrimisil talebine (davasına) yönelik temyizine gelince; Objektif dava birleşmesinde; her talep (dava) birbirinden bağımsız olduğuna ve her bir talep (dava) hakkında ayrı hüküm kurulmuş bulunduğuna göre temyiz kesinlik sınırının toplama göre değil, her dava için ayrı ayrı ele alınması gerekir. (Y 11.HD. 19.11.2012 tarih, 2012/2823E, 2012/18446 K, Y 23.HD 15.09.2014 tarih, 2014/1779E, 2014/5635K,)"*, Yarg.1. HD, 30.04.2015 T., 2015/4826 E., 2015/6498 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.05.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 1. HD, 15.06.2020 T., 2020/269 E., 2020/2620 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.05.2021.

347 *"...bilirkişi tarafından ücret farkı ve ilave tediye alacakları bakımından hesaplama yapılmıştır. Bilirkişi raporunda* ***hesaplanan toplam miktara göre verilen kararın kesinlik sınırının altında kaldığından söz edilemeyeceğinden,****davacının temyiz isteminin kesinlik sebebi ile reddine dair karar tesisi hatalı olup Mahkemece verilen 26.02.2020 tarihli EK KARARIN BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA karar verildi."*, Yarg. 9. HD, 12.01.2021 T.,2020/8451 E., 2021/207 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.05.2021. Ayrıca bkz. Bulut, s. 440, dn. 32.

348 Yarg. HGK, 18.04.2019 T., 2018/375 E., 2019/473 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.05.2021.

belirlenmesi gerektiğinden böyle bir sorunun da gündeme gelmemesi gerekir Ancak Yargıtay'ın kesinlik sınırına ilişkin uygulaması bu şekilde sorunları da beraberinde getirmektedir.

Yargıtay'ın 22'nci Hukuk Dairesi bu hususta verdiği kararlarda, bozma kapsamı dışında kalan alacak kalemlerinin kesinleştiğini, bozmadan sonraki hüküm bakımından kanun yoluna başvuru parasal sınırının belirlenmesinde bu kalemlerin dikkate alınamayacağını, yalnızca bozma sonrası hükme konu olan kalemler bakımından parasal sınırın belirlenmesi gerektiğini kabul etmiştir:

> "*Bozmadan sonra tesis edilen mahkeme kararında, temyiz kesinlik sınırının belirlenmesinde, bozma kararı kapsamı dışında kalan alacaklara dair hüküm kısmının dikkate alınmaması gereklidir. Şu hâlde, dosya içeriğine göre, Dairemizin 18.12.2017 tarihli bozma kararı kapsamında bulunan fazla çalışma alacağı bakımından reddedilen toplam miktarın karar tarihi itibari ile temyiz kesinlik sınırı olan 2.590,00 TL kapsamında kaldığı anlaşılmakla, davacı vekilinin temyiz isteminin, 6100 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi uyarınca uygulanmasına devam olunan mülga 1086 sayılı Kanun'un 427, 432 maddeleri uyarınca reddine karar verilmesi gerekmiştir.*"[349]

Buna karşın Eylül ayında Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesi tarafından alınan **ilke karar** ile farklı yönde bir sonuca ulaşılmıştır:

> "*Bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda verilen kararda talep yığılmasına esas tüm alacak kalemleri tek tek gösterilmekte ve buna göre harç ve vekalet ücretleri belirlenerek hüküm altına alınmaktadır.* ***Tazminat ve alacakların bir kısmının bozma dışı kaldığı belirtilerek bu alacakların kesinleştiğinden bahisle sadece bozmaya konu alacak kalemleri bakımından karar verilmemektedir****. Böyle olunca* ***bozma sonrası temyiz kesinlik sınırı, kararda gösterilen tüm tazminat ve alacakların toplamına göre belirlenir****.*"

Hüküm, üst derece mahkemesinde onanması ve başvurulacak başka bir kanun yolunun bulunmaması hâlinde maddî anlamda kesin hüküm hâlini alır. Diğer bir deyişle hükmün bozma kapsamının dışında kalan kısımları kesinleşir. Her ne kadar davaların yığılması hâlinde alacak kalemlerinin

349 Yarg. 22. HD, 14.03.2019 T., 2019/1930 E., 2019/6012 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.05.2021. Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD, 23.06.2017 T., 2017/36691 E., 2017/15381 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.05.2021.

kesinlik sınırının ayrı ayrı belirlenmesi gerektiğinin kabulü gerekse de Yargıtay uygulamasında olduğu gibi alacakların toplamı üzerinden bir değerlendirmenin kabul edilmesi hâlinde dahi bu alacakların yargılamaya konu kılınan alacaklar olması gerekir. Bozmadan sona verilen hükümde daha önce onandığı için kesinleşen alacak kalemlerine yer verilmesi durumunda bu alacak kalemleri, bozmadan sonraki yargılamaya konu olmadığından kesinlik sınırı bakımından da dikkate alınmaması gerekir. Kanaatimizce, bahsi geçen ilke kararı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kanun yollarında parasal sınırlara ilişkin düzenlemeleri ile kesin hükme ilişkin kurallarına aykırılık oluşturmaktadır.

Bozmadan sonraki hüküm bakımından kanun yoluna başvuruda dikkate alınacak parasal sınır hususunda üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise bozmadan önce hükmedilen vekalet ücretinin sonraki hükmün kesinlik sınırında dikkate alınıp alınmayacağıdır. Kesinlik sınırı belirlenirken faiz, icra inkâr tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderlerinin dikkate alınmayacağı genel olarak kabul edildiğinden bozmadan önce hükmedilen vekâlet ücretinin de bozmadan sonraki hükmün kesinlik sınırı bakımından hesaba katılmaması gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir:

> "*Dosya içeriğine göre, bozmadan önceki karar ile hükmedilen vekalet ücreti asıl davanın fer'i niteliğinde olmakla bozma sonrası hükümde davacı lehine usuli kazanılmış hak oluşturmadığından temyiz incelemesine konu edilen miktarın tespiti açısından sonuca etkili olmayıp, davacının temyize konu ettiği kıdem tazminatındaki reddedilen miktar olan 1.365,64 TL ise karar tarihi itibariyle 1.890,00 TL olan kesinlik sınırı altında kaldığından davacının temyiz isteminin HUMK.nun 427/2 ve 432/4. maddeleri uyarınca REDDİNE, nisbi temyiz harcının istek hâlinde davacıya iadesine*,"[350]

- **Yargıtay tarafından bozularak ilk derece mahkemesine gönderilen dosyada bozmaya uyularak verilen yeni karara karşı kesinlik sınırı nasıl belirlenir?**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373'üncü maddesine göre, bölge adliye mahkemesinin başvurunun esastan reddi kararının üzerine, Yargıtay'ın ilgili dairesi tamamen ya da kısmen bozma kararı verirse bölge adliye mahkemesinin

350 Yarg. 9. HD, 09.05.2016 T., 2016/6047 E., 2016/11487 K., www.legalbank.net, s.e.t. 29.05.2021.

ilgili kararı kaldırılarak dosya kararı veren ilk derece mahkemesine ya da uygun görülen diğer ilk derece mahkemesine gönderilir (HMK m. 373/1). Aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesince bozmaya uyularak karar verildiği takdirde, bu karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bilindiği üzere, üç dereceli sisteme geçilmesinin ardından ilk derece mahkemesi kararları aleyhinde öncelikle istinaf kanun yolunun tüketilmesi, bu kararlara karşı ise şartları varsa temyiz kanun yoluna başvurulabilmesi mümkündür. Ancak kanun koyucu yukarıdaki düzenleme ile bir istisna getirmiştir. Bu hâlde kararın kesinlik sınırının neye göre belirleneceğinin tayini gerekir. Zira ilk derece mahkemesi kararlarına karşı kesinlik sınırı kural olarak istinaf kanun yoluna başvuru için öngörülen parasal sınıra göre belirlenmektedir. Oysa bahsi geçen düzenlemede temyiz kanun yoluna başvuru düzenlenmiş olup Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince (2021 yılı için) 78.630 liranın altındaki uyuşmazlıklarda temyiz kanun yolu kapalıdır. Bu durumda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun temyize başvuruda öngördüğü parasal sınırının mı yoksa ilk derece mahkemesi kararları için öngörülen, istinaf kanun yoluna başvuru için öngörülen parasal sınırın (2021 yılı için 5880 lira) mı dikkate alınacağı açıklanmalıdır.

Benzer şekilde ilk derece mahkemesince bozma üzerine verilen yeni karara karşı kanun yoluna başvuru imkânının tamamen kapanması da söz konusu olabilir. Şayet istinaf başvurusunun esastan reddi kararının Yargıtay tarafından bozulması ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi üzerine verilen yeni karara karşı, arada geçen süre içinde temyize ilişkin parasal sınırın artması nedeni ile temyiz kanun yoluna başvurulamıyor olabilir. Zira usûl kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kural sebebiyle temyizde yeni sınır dikkate alınır. Karar, temyiz sınırının altında kaldığı için temyiz yoluna başvurulamayacağı gibi açık hüküm gereği istinafa da başvurulamaz. Böylece ilk derece mahkemesi kararı (bozma üzerine verilen ikinci karar) verildiği anda kesin nitelik kazanır.

Bu gibi durumlarda mevcut hükümler çerçevesinde ilk derece mahkemesi kararı aleyhine kanun yoluna başvurulamayacağı sonucu ortaya çıkar. Ancak, Yargıtay tarafından kararın bozularak ilk derece mahkemesine gönderildiği durumlarda ilk derece mahkemesi bozma kararına uyarak bozmanın

kapsamına göre yapacağı inceleme ile yeni bir karar verir[351]. Bu karar ilk karardan tamamen farklı bir karar da olabilir. Bu karara karşı da şartları varsa kanun yoluna başvurulabilir. Zira verilen bu yeni kararın da kanuna ve hukuka uygun olup olmadığının denetimi gerekir. Bu denetimin doğrudan Yargıtay tarafından yapılacağı kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bahsi geçen düzenlemesi ile ilk derece mahkemesinin kararı daha önce bölge adliye mahkemesince doğru bulunduğundan ve bölge adliye mahkemesinin, bozmaya uyma üzerine verilecek yeni kararı yanlış bulma olasılığı çok yüksek olduğundan, çelişkili kararlar verilmesini önlemek amacıyla doğrudan temyize başvuru imkânı tanınmıştır.

Kanun yolu uyuşmazlığın taraflarına tanınan hukukî bir imkândır. Bu hukukî imkânı kullanmak isteyen tarafların mahkemeye erişim hakkı da ölçülülük ilkesine uygun biçimde sınırlandırılabilir. Kanun yolu denetimine tâbi kılınan karar da -her ne kadar temyiz incelemesinin ardından bozmaya uyularak verilse de- bir ilk derece mahkemesi kararı olduğundan, kanaatimizce, kanun yolu denetimi bakımından ilk derece mahkemesine ilişkin olarak kanunla öngörülen sınırlamalara tâbi olmalıdır. Her ne kadar mevcut hükümler dikkate alındığında farklı bir sonuca varmak mümkün görünmese de olması gereken açısından böyle bir durumda temyize başvuru için parasal sınırların aranmamasının açıkça düzenlenmesi uygun olur.

Bahsi geçen soruna ilişkin olarak 04.01.2021 tarihinde Yargıtay'ın 9'uncu Hukuk Dairesince yapılan toplantıda da pozitif hukukta yer alan düzenlemelerden farklı ancak daha makûl bir sonuca ulaşılmıştır. Söz konusu toplantıda alınan **ilke kararına** göre;

> "*Bozma sonrası verilen karar karşı istinaf kanun yolu öngörülmemiş, doğrudan temyiz yolu kabul edilmiştir. İlk derece kararının kesinlik sınırı uygulanarak temyiz hakkının varlığı kabul edilmelidir. İstinaftan gelen dosyalar için öngörülen kesinlik sınırı ilk derece mahkemesi için uygulanmaz. 2021 yılı itibarıyla ilk derece kesinlik sınırı 5880 TL ve istinaf kararlarına karşı temyiz sınırı 78630 TL dir.* ***Bu durumda bozma sonrasında ilk derecenin kararlarına karşı kabul veya reddedilen kısımların 2021 itibarıyla 5880 TL yi aşması hâlinde temyiz edilebileceği kabul edilmelidir***."

351 **Özekes,** Pekcanıtez Usûl, C. III, s. 2309.