

**T.C.  
GAZİ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ  
ANABİLİM DALI**

**TÜRK İŞ HUKUKUNDA  
İŞ GÜVENCESİ ÇERÇEVESİNDE TAZMİNATLAR**

**Doktora Tezi**

**Hazırlayan  
Sami NARTER**

**Tez Danışmanı  
Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY**

**Ankara - 2012**

**T.C.  
GAZİ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ  
ANABİLİM DALI**

**TÜRK İŞ HUKUKUNDA  
İŞ GÜVENCESİ ÇERÇEVESİNDE TAZMİNATLAR**

**Doktora Tezi**

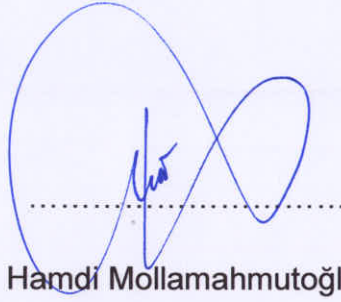
**Hazırlayan  
Sami NARTER**

**Tez Danışmanı  
Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY**

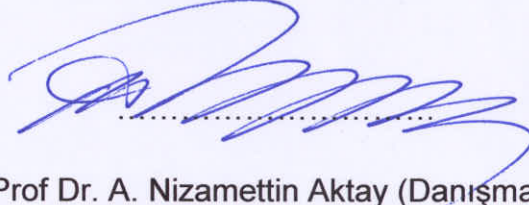
**Ankara - 2012**

ONAY

Sami NARTER tarafından hazırlanan "Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Çerçevesinde Tazminatlar" başlıklı bu çalışma 15.06.2012 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalında Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.



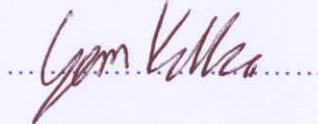
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu (Başkan)



Prof. Dr. A. Nizamettin Aktay (Danışman)

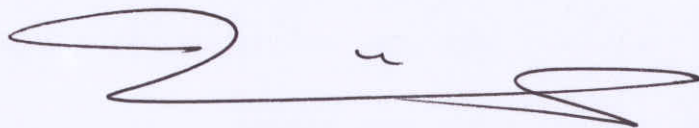


Prof. Dr. Eyüp Bedir



Prof. Dr. Cem Kılıç

Doç. Dr. Türker Topalhan



**İÇİNDEKİLER**

<b>İÇİNDEKİLER</b>	.....I
<b>KISALTMALAR</b>	.....XXIII
<b>GİRİŞ</b>	.....1

**BİRİNCİ BÖLÜM****TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞ GÜVENCESİ**

<b>I. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI, KAYNAKLARI VE GELİŞİMİ</b>	.....7
<b>A. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI VE ÖNEMİ</b>	.....7
1. İş Güvencesi Kavramı	.....7
a. Dar Anlamda İş Güvencesi	.....8
b. Geniş Anlamda İş Güvencesi	.....9
(1) İşe Girişte İş Güvencesi	.....9
(2) İşin Devamı Sırasında İş Güvencesi	.....10
(3) Feshe Karşı Güvence	.....11
2. İş Güvencesinin Taraflar Açısından Önemi	.....12
a. İşçi Açısından İş Güvencesinin Önemi	.....12
b. İşveren Açısından İş Güvencesinin Önemi	.....14
c. Toplum Açısından İş Güvencesinin Önemi	.....15
<b>B. İŞ GÜVENCESİNİN ULUSLARARASI HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDA KAYNAKLARI VE GELİŞİMİ</b>	.....17
1. Uluslararası Hukukta İş Güvencesinin Kaynakları	.....17
a. Birleşmiş Milletler Normları	.....17
(1) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	.....17
(2) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi	.....18
b. Uluslararası Çalışma Örgütü Normları	.....18
(1) Sözleşmeler	.....20

i. İş İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme .....	21
ii. İşletmedeki İşçi Temsilcilerine Sağlanacak Koruma ve İmkânlara ilişkin 135 Sayılı Sözleşme .....	
(2) Tavsiye Kararları .....	23
i. 119 Sayılı Tavsiye Kararı.....	24
ii. 166 Sayılı Tavsiye Kararı.....	24
(3) Çalışmaya İlişkin Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi .....	25
c. Avrupa Birliği Normları.....	26
(1) Yönergeler.....	27
(2) Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı .....	28
(3) Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi .....	29
2. Türkiye’de İş Güvencesinin Kaynakları .....	30
a. İş Güvencesinin Türkiye’de Tarihi Gelişimi.....	30
(1) Anayasa Açısından İş Güvencesi.....	31
(2) Sendikalar Kanunu Açısından İş Güvencesi .....	32
(3) İş Kanunlarındaki Düzenlemeler .....	33
i. 3008 Sayılı İş Kanunu Dönemi.....	33
ii. 1475 Sayılı İş Kanunu Dönemi.....	34
iii. 4773 Sayılı Kanunun Getirdikleri .....	35
b. 4857 Sayılı Kanun İle Getirilen İş Güvencesi Düzenlemesi Gelişimi .....	37
C. İŞ GÜVENCESİNİN DÜZENLEYEN HÜKÜMLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ .....	38
<b>II- İŞ GÜVENCESİNİN KAPSAMI VE İŞ GÜVENCESİNDE HAKİM OLAN İLKELER .....</b>	<b>40</b>
A. İŞ GÜVENCESİNİN KAPSAMI .....	40
1. İş Güvencesi Kapsamında Fesihle İşyerine İlişkin Şartlar .....	41
a. Otuz İşçi Sayısının Tespiti .....	41
b. Otuz İşçi Sayısına Dahil Edilecekler .....	46
c. Otuz İşçi Sayısının Aranacağı Zaman .....	49

2. İş Güvencesi Kapsamında Fesihle İşçiye İlişkin Şartlar.....	51
a. İşçinin İş Kanununa veya Basın İş Kanununa Tabi Olarak Çalışması .....	51
b. İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışması.....	54
c. İşçinin Altı Aylık Kıdeminin Bulunması.....	58
d. İşçinin Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmaması .....	64
e. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi .....	67
B. İŞ GÜVENCESİNDE HAKİM OLAN İLKELER.....	69
1. Uygulamadaki İlkeler .....	69
a. Son Çare İlkesi .....	69
b. Objektif Seçim Kriteri İlkesi (Sosyal Seçim İlkesi).....	73
2. Uygulanması Önerilen İlkeler.....	74
a. Menfaatlerin Tartılıp Değerlendirilmesi İlkesi.....	74
b. Beklenilmezlik İlkesi.....	74
c. Orantılılık İlkesi .....	75
d. Öngörü İlkesi .....	75
e. Eşit İşlem İlkesi.....	76
<b>III. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA FESİH VE FESHİN GEÇERSİZLİĞİ.....</b>	<b>77</b>
A. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA FESİH .....	77
1. İş Güvencesi Kapsamında Fesihle Esasa İlişkin Şartlar.....	77
a. Feshin Geçerli Bir Sebebe Dayanması Zorunluluğu ve Geçerli Sebep Kavramı .....	77
b. Feshin Geçerliliği İçin Gerekli Nedenler .....	79
(1) İşçinin Kişiliğine İlişkin Geçerli Nedenler .....	79
i. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Nedenler ....	80
ii. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Nedenler....	85
(2) İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Geçerli Nedenler.....	90
2. İş Güvencesi Kapsamında Fesihle Usule İlişkin Şartlar .....	93
a. Fesih Bildiriminin Yazılı Olarak Yapılması .....	94
b. Fesih Sebebinin Açık ve Kesin Olarak Bildirilmesi .....	96
c. Feshin Makul Bir Süre İçinde Yapılması .....	97

d. İşçinin Savunmasının Alınması .....	100
(1) Savunmanın Alınma Zamanı .....	102
(2) Savunmanın Şekli ve Usulü .....	103
B. GEÇERSİZ FESİH VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKLARI .....	104
1. Geçersiz Fesih Kavramı .....	104
2. Haklı ve Geçerli Nedenlerle Fesih .....	105
3. Geçersiz Feshin Benzer Kavramlardan Farkı .....	111
a. Usulsüz Fesihten Farkı .....	111
b. Haksız Fesihten Farkı .....	113
c. Kötüniyetli Fesihten Farkı .....	115
4. Geçersiz Feshin Geçerli Sayıldığı Haller .....	117
a. Kanuna Göre İşçinin İşe Başlamak İçin Başvurmaması .....	117
b. Öğreti ve İçtihatlarla Göre Geçersiz Feshin Geçerli Sayıldığı Haller .....	120
(1) İşçinin Süresinde Dava Açmaması .....	120
(2) İşçinin Davadan veya İşe Başlamaktan Vazgeçmesi .....	120
(3) İşçi Henüz Dava Açmadan İşyerinin Kapanması .....	121
(4) İşçinin Dava Sürerken Başka Bir İşte Çalışması .....	122
C. FESHİN GEÇERSİZ OLDUĞU DURUMLAR .....	123
1. Geçerli Bir Sebebin Bulunmaması .....	123
a. Kanunlarda Geçerli Kabul Edilmeyen Sebepler .....	123
(1) Sendika Üyeliği veya Sendikal Faaliyetlere Katılmak .....	123
(2) İşyeri Sendika Temsilciliği Yapmak .....	124
(3) Bir Hakkı Takip veya Bir Yükümlülüğü Yerine Getirmek Üzere İşveren Aleyhine Adli veya İdari Makamlara Başvurmak .....	126
(4) Irk, Renk, Cinsiyet, Medeni Hal, Siyasi Görüş ve Benzeri Nedenler .....	127
(5) Kadın İşçilerin Çalıştırılmalarının Yasak Olduğu Sürelerde İşe Gelmemeleri .....	128
(6) Hastalık veya Kaza Nedeniyle Bekleme Süresinde İşe Geçici Devamsızlık .....	129
(7) İşyerinin Devri .....	131

(8) İşçinin İş görmekten Kaçınma Hakkını Kullanması .....	133
(9) Kanuni Greve Katılmak .....	135
b. Doktrinde ve İçtihatlarda Geçerli Kabul Edilmeyen Sebepler .....	136
(1) Emeklilik .....	136
(2) Eşit İşlem İlkesinin İhlali .....	139
(3) Mobbing .....	140
(4) İşçinin, İşverenin Fazla Çalışma Talebini Reddetmesi .....	143
(5) İşçinin, İşverenin Baskısı Sonucu İstifa Dilekçesi Vermesi....	144
2. Feshin Usulüne Uygun Olarak Yapılmaması .....	145
a. Feshin Yazılı Olarak Yapılmaması .....	145
b. Fesih Sebebinin Bildirilmemesi.....	145
c. İşçinin Savunmasının Alınmaması.....	145
d. Fesihte Son Çare İlkesine Uyulmaması.....	146
e. Objektif Seçim Kriterlerine Uyulmaması .....	146
3. Fesihte Bildirilen Geçerli Sebebin İspatlanamaması.....	146
<b>IV. FESHE İTİRAZ VE İTİRAZ USULÜ .....</b>	<b>147</b>
A. FESHE KARŞI İŞ MAHKEMESİNDE DAVA AÇMA.....	148
1. Dava Açma Hakkı .....	148
a. İşçinin Dava Açma Hakkı.....	148
b. Mirasçıların Dava Açma ve Açılmış Davaya Devam Etme Hakkı .	150
2. Davanın Konusu .....	152
a. Feshin Geçersiz Sayılması ve İşe İade .....	152
b. İşe İadeye Bağlı Maddi Haklar.....	154
3. Davalı Taraf .....	155
a. Husumetin Yönelileceği Kişi veya Kurum .....	155
b. Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinde Husumet.....	156
c. Geçici İş İlişkisinde Husumet.....	159
d. Tüzel Kişiliği Olmayan Topluluklarda Husumet .....	161
4. Görevli ve Yetkili Mahkeme .....	162
a. Görevli Mahkeme .....	162
b. Yetkili Mahkeme .....	164
5. Dava Açma Süresi .....	165



a. Dava Açma Süresinin Niteliği .....	166
b. Dava Açma Süresinin Başlangıcı .....	168
6. İspat Yükü .....	169
a. Genel Olarak İspat Yükü .....	169
b. İş Güvencesinde İspat Yükü.....	170
c. İşçinin Feshin Başka Bir Nedene Dayandığını İddia Etmesi .....	173
7. Yargılama Süreci .....	175
a. Yargılama Usulü.....	175
b. Yargılama Süresi.....	178
<b>B. FESHE KARŞI ÖZEL HAKEME BAŞVURMA .....</b>	<b>180</b>
1. Genel Bilgi .....	180
2. Tarafların Anlaşması Halinde Özel Hakeme Başvurma .....	180
3. Özel Hakem Kaydının Şekli .....	182
4. Özel Hakemin Görev Alanı .....	183
5. Özel Hakem Kararlarının Niteliği.....	184
6. Özel Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları.....	184
<b>V. FESHE İTİRAZIN HÜKÜM VE SONUÇLARI .....</b>	<b>185</b>
A. DAVANIN REDDİ VE FESHİN GEÇERLİ SAYILMASI .....	185
B. DAVANIN KABULÜYLE FESHİN GEÇERSİZ SAYILMASI VE İŞE İADE KARARI .....	186
C. İŞÇİNİN İŞVERENE BAŞVURUSU .....	188
1. Başvuru Süresi .....	188
2. Başvuru Usulü .....	190
D. YARGILAMA SÜRECİNDE MEYDANA GELEN OLAYLARIN DAVAYA ETKİSİ .....	193
1. İşçinin Davadan Feragati .....	193
2. İşverenin İşçiyi İşe Davet Etmesi .....	196
a. İşçinin İşe Başlaması.....	196
b. İşçinin Daveti Reddetmesi .....	198
3. İşçinin Emekli Olması .....	201
4. İşçinin Ölmesi .....	203
5. İşçinin Başka Bir İşte Çalışması.....	204

6. İşyerinin Kapanması .....	205
E. İŞVERENİN İŞÇİYİ İŞE BAŞLATMASININ HUKUKİ SONUÇLARI ...	208
1. Feshin Geçersiz Sayılması .....	208
2. İşçinin Başlatılacağı İş ve İşe Başlatılma Süresi.....	210
a. İşçinin Eski İşine İadesi .....	211
b. İşçinin Başka İşe İadesi .....	213
3. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretlerin Ödenmesi .....	214
F. İŞÇİNİN İŞE BAŞLATILMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI.....	216
1. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi .....	216
2. Kıdem ve İhbar Tazminatı ile İzin Ücreti .....	217
3. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretlerin Ödenmesi .....	218
4. İş Güvencesi Tazminatı .....	218

## İKİNCİ BÖLÜM

### GENEL ANLAMDA TAZMİNAT

#### VE

### İŞ HUKUKUNDA UYGULANAN BORÇLAR HUKUKU TAZMİNATLARI

<b>I. GENEL ANLAMDA TAZMİNAT KAVRAMI.....</b>	<b>222</b>
A. TAZMİNAT KAVRAMI, TAZMİNATIN AMACI VE ÖNEMİ .....	222
B. TAZMİNATIN TEMEL ŞARTLARI .....	223
1. FİİL (DAVRANIŞ).....	223
a. Davranış Kavramı ve Sorumluluktaki Rolü .....	224
b. Davranış Tanımı ve Unsurları.....	224
c. Davranış Çeşitleri .....	225
(1) Olumlu Davranış ( bir şey yapma ).....	225
(2) Olumsuz Davranış ( bir şey yapmama) .....	226
2. HUKUKA AYKIRILIK.....	227
a. Genel Bilgi .....	227
b. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller .....	228

3. ZARAR .....	230
a. Genel Olarak Zarar Kavramı .....	230
b. Maddi Zararın Tanımı ve Unsurları.....	231
(1) Malvarlığı.....	231
(2) Malvarlığının Eksilmesi.....	232
(3) Malvarlığındaki Eksilmenin İrade Dışı Meydana Gelmesi .....	232
c. Maddi Zarar Çeşitleri .....	233
(1) Fiili Zarar – Yoksun Kalınan Kâr.....	233
(2) Doğrudan Zarar – Dolaylı Zarar .....	235
(3) Kişiye İlişkin Zarar – Eşyaya İlişkin Zarar .....	236
d. Manevi Zararın Tanımı ve Unsurları .....	236
4. İLLİYET BAĞI.....	237
5. KUSUR .....	239
a. Tanımı .....	239
b. Kusurun Türleri.....	240
(1) Kasıt .....	240
(2) İhmal .....	241
C. TAZMİNAT ÇEŞİTLERİ .....	243
1. Maddi Tazminat .....	244
a. Aynı Tazminat.....	244
b. Nakdi Tazminat .....	245
(1) Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Nakdi Tazminat.....	245
(2) İnsan Ölümünde Nakdi Tazminat.....	249
2. Manevi Tazminat .....	250
<b>II. İŞ HUKUKUNDA UYGULANAN BORÇLAR HUKUKU</b>	
<b>TAZMİNATLARI .....</b>	<b>253</b>
A. HAKSIZ FESİH TAZMİNATI .....	253
1. Haksız Fesih Tazminatının Hukuki Niteliği .....	253
2. Haksız Fesih Tazminatı İsteyebilme Koşulları .....	254
a. İşveren Tarafından Haksız Fesih Halinde.....	254
(1) Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi.....	256

i. İş Güvencesinden Yararlanmayan İşçinin İş Sözleşmesinin Haksız feshi .....	256
ii. İş Güvencesinden Yararlanan İşçinin İş Sözleşmesinin Haksız feshi .....	257
(2) Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi .....	257
b. İşçi Tarafından Haksız Fesih Halinde .....	258
3. Haksız Fesih Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması .....	260
4. Haksız Fesih Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi .....	260
a. Haksız Fesih Tazminatının Alacaklısı .....	260
b. Haksız Fesih Tazminatının Borçlusu .....	261
c. Haksız Fesih Tazminatında Zamanaşımı .....	261
d. Haksız Fesih Tazminatının Gecikme Faizi .....	261
5. Sosyal Sigorta Primleri Yönünden Haksız Fesih Tazminatı .....	262
6. Vergi Hukuku Yönünden Haksız Fesih Tazminatı .....	262
B. GERİYE KALAN SÜRE TAZMİNATI .....	262
1. Geriye Kalan Süre Tazminatının Hukuki Niteliği .....	262
2. Geriye Kalan Süre Tazminatı İsteyebilme Koşulları .....	263
3. Geriye Kalan Süre Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması .....	265
4. Sosyal Sigorta Primleri Yönünden Geriye Kalan Süre Tazminatı ...	266
5. Vergi Hukuku Yönünden Geriye Kalan Süre Tazminatı .....	266
6. Geriye Kalan Süre Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi .....	266
a. Geriye Kalan Süre Tazminatının Alacaklısı .....	266
b. Geriye Kalan Süre Tazminatının Borçlusu .....	266
c. Geriye Kalan Süre Tazminatında Zamanaşımı .....	267
d. Geriye Kalan Süre Tazminatının Gecikme Faizi .....	267
C. MADDİ TAZMİNAT .....	267
1. İş Göremezlik Tazminatı .....	267
a. Geçici İş Göremezlik Tazminatı .....	268
(1) Bedensel Zarar Kavramı ve korunması .....	269
(2) Geçici İş Göremezlikten Doğan Zarar .....	271

i. Sakatlığın veya Hastalığın Çeşidi – Derecesi .....	274
ii. Sakatlığın veya Hastalığın Zarar Görenin Mesleğine Etkisi	274
iii. Zarar Görenin Elde Ettiği Gelir .....	275
(a) Giydirilmiş Ücret Kavramı ve Tespiti.....	275
(b) Net Ücret Kavramı ve Tespiti.....	276
b. Sürekli İş Göremezlik Tazminatı.....	277
(1) Yaşam Süresi (Muhtemel Ömür Süresi).....	277
(2) İş görebilme Çağı (Faal Ömür Süresi - Çalışma Süresi) .....	278
(3) İş Göremezlik Oranı (Çalışma Gücünden Kayıp Oranı) .....	280
i. İş Göremezlik Oranının Tespitinde Kullanılan Cetveller .....	280
(a) Klavuz Maluliyet Baremi .....	280
(b) SGK Maluliyet Baremi .....	281
(4) İşçinin Ücreti (Müstakbel Gelir Kaybı) .....	282
(5) Kusurun Belirlenmesi .....	282
c. İş Göremezlikte Tazminat Hesabı .....	284
(1) Tazminat Hesabında Dikkate Alınacak Etkenler .....	284
i. İşçiye Bağlı Etkenler.....	284
ii. İşverene Bağlı Etkenler .....	288
(2) Sürekli İş göremezlikte Zarardan ve Tazminattan Yapılacak İndirimler .....	288
i. SGK Tarafından Sağlanan Parasal Yardımlar .....	288
(a) Geçici İş Göremezlik Ödeneği .....	290
(b) Sürekli İş Göremezlik Ödeneği .....	293
ii. İşçinin İş Göremezlik Oranı .....	295
iii. İşçinin Kendi Kusuru (Müterafık Kusur) .....	296
(a) Zarar Görenin kusurlu bulunduğu Durumlar .....	298
(b) Kusurda ve Kaçınılmazlıkta Çeşitli Olasılıklar .....	300
iv. İşverenin Müzayaka (Yoksulluk) Durumuna Düşmesi .....	302
v. Özel Sigorta Ödemeleri.....	303
vi. İşverence ve Özel Kişilerce Yapılan Ödemeler .....	304
vii. Sosyal Yardım Zamları Ve Sürekli Bakıma Muhtaçlık Geliri .....	305

2. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı.....	306
a. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Kavramı, Yasal Dayanağı, Konusu, Amacı ve Hukuki Niteliği.....	306
(1) Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Kavramı .....	306
i. Destek Kavramı .....	306
ii. Destekten Yoksunluk Kavramı .....	308
iii. Destekten Yoksun Kalanlar .....	308
(2) Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Yasal Dayanağı .....	309
(3) Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Konusu ve Amacı .....	311
(4) Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Hukuki Niteliği.....	313
b. İşverenin Hukuki Sorumluluğu.....	314
(1) Kusurlu Sorumluluk .....	315
(2) Kusursuz Sorumluluk .....	318
i. Olağan Sebep Sorumluluğu .....	318
ii. Tehlike sorumluluğu .....	320
iii. İşverenin Kaçınılmazlıktan Doğan sorumluluğu.....	322
c. Destekten Yoksun Kalma Zararı ve Zararın Niteliği.....	323
(1) Destekten Yoksun Kalma Zararının Niteliği.....	323
i. Kazançtan Yoksun Kalma Niteliği .....	323
ii. Zararın Yansıma Zarar Olması .....	324
(2) Ödenmesi Öngörülen Zararların Çeşitleri.....	324
i. Cenaze Giderleri.....	324
ii. Ölüm Hemen Gerçekleşmemişse Tedavi Giderleri .....	325
iii. Çalışma Gücünün Azalması veya Kaybedilmesinden Doğan Kayıplar.....	326
d. Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Özel Koşulları .....	327
(1) Destek Olan İşçinin Ölmesi .....	327
(2) Destekli İlişkinin Bulunması .....	327
i. Gerçek destek (Fiili destek).....	328
ii. Varsayılan Destek (Farazi destek) .....	329
(3) Destekte Bakım Gücünün Bulunması ve Destekten Yoksun Kalanın Bakıma İhtiyacının Bulunması .....	329

i. Bakım Gücü .....	329
ii. Bakım İhtiyacı.....	331
e. Destekten Yoksun Kalma Zararının Hesaplanması.....	332
(1) Zararın Hesaplanma Tarihi .....	332
(2) Desteğe Ait Gelirin Tespiti.....	333
i. Bilinen Dönem Geliri .....	333
ii. Bilinmeyen Dönem geliri.....	334
(a) Aktif Dönem Geliri .....	334
(b) Pasif dönem Geliri .....	335
(3) Desteğe Ait gelirin Paylaştırılması.....	336
i. Paylaştırmada İlkeler.....	336
ii. Paylaştırmada eş ve Çocukların Payı .....	337
iii. Destek Gücü ve Bakım ihtiyacı Süresi .....	338
(a) Desteğin Bakım (Destek) Gücü Süresi.....	338
(b) Destekten Yoksun Kalanların İhtiyaç Süresi.....	338
(4) Destekten Yoksun Kalma Zarar ve Tazminat Hesabında	
İndirimler .....	339
i. Eşin Evlenme Şansı ve Çalışıp Kazanma Yeteneği .....	340
(a) Eşin Evlenme Şansı .....	340
(b) Eşin Çalışıp Kazanma Yeteneği .....	341
ii. Yapılmayan Masrafların Dikkate Alınması.....	341
iii. Desteğin (Müterafık) Kusuru .....	343
iv. Kaçınılmazlık (Hakkaniyet) İndirimi .....	343
v. Miras Geliri.....	343
vi. İşverenin Yoksulluk Durumuna Düşmesi.....	345
vii.Hak sahiplerine Bağlanan Gelirler .....	345
viii. Özel Sigortalar Tarafından Yapılan Ödemeler.....	346
(a) Sigorta İşçi Tarafından Yaptırılmışsa .....	347
(b) Sigorta İşveren Tarafından Yaptırılmışsa .....	347
ix. İşverence ve Üçüncü Kişilerce Yapılan Ödemeler .....	347
D. MANEVİ TAZMİNAT .....	348
1. Manevi Tazminat Kavramı, Niteliği ve İşlevi.....	348

a. Manevi Tazminat Kavramı .....	348
b. Manevi Tazminatın Niteliği ve İşlevi .....	349
(1) Tatmin Görüşü .....	350
(2) Ceza Görüşü .....	351
(3) Tazminat (Telafi) Görüşü .....	352
(4) Yargıtay'ın Görüşü .....	352
c. Manevi Tazminat Davasının Amacı .....	353
2. Manevi Tazminat İsteyebilecek Olanlar .....	354
a. Ruhsal Bütünlüğün İhlali Halinde .....	354
(1) Ruhsal Bütünlüğü Zarar Gören İşçi .....	354
(2) Ağır Bedensel Zarar Gören İşçinin Yakınları .....	356
(3) Zarar Gören İşçinin veya Yakınlarının Mirasçıları .....	357
b. Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat Talebinde Bulunabilecek Olanlar .....	358
(1) Anne ve Baba .....	359
(2) Eş .....	360
(3) Çocuklar .....	362
(4) Kardeşler .....	362
(5) Nişanlı ve Evlatlık .....	363
(6) Diğer Yakınlar .....	363
3. Manevi Tazminat Takdirinde Olayın Özellikleri .....	364
a. Manevi Zararın Önemli Olması .....	364
b. İşçinin Kendi Kusuru (Müterafık Kusuru) .....	366
c. Olayın Kaçınılmazlık Sonucu Oluşması .....	366
d. Satın Alma Gücü .....	367
e. Tarafların Sosyal ve Ekonomik durumları .....	368
f. Tazminatın Tatmin Duygusu Oluşturacak Tutarda Olması .....	368
g. Tazminatın Caydırıcılık Uyandıran Tutarda Olması .....	369
h. Tazminat Davasının Geç Açılması .....	369
ı. Olayın Oluş Şekli .....	370
j. İşçinin Olay Tarihindeki Yaşı .....	371
(1) Ölüm Tarihindeki Yaşı .....	371



(2) Bedensel Zarar Tarihindeki Yaşı.....	371
k. Ölen İşçinin Sağlığında Davalı Arasındaki ilişkinin Niteliği.....	372
4. Manevi Tazminatın Bölünmezliği İlkesi .....	372
a. Manevi Tazminatın Ek Dava Konusu Yapılamaması.....	373
b. Islah Dilekçesi İle Manevi Tazminat İstenilmesi.....	374
c. Açılmamış Sayılan Davadaki Tutarın Bağlayıcı Olmaması .....	376
d. Bedensel zararın Gelişerek Artış Göstermesi.....	376
e. Manevi Tazminata Mahsuben Bir Miktar Para Alınmasına Rağmen Dava Hakkının Saklı Tutulması Hali .....	377

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İŞ HUKUKUNA ÖZGÜ TAZMİNATLAR

<b>I. KIDEM TAZMİNATI .....</b>	<b>379</b>
A. Kıdem Tazminatının Hukuki Niteliği .....	380
1. Ücret Görüşü .....	381
2. Tazminat Görüşü .....	383
3. İkramiye Görüşü .....	384
4. Sigorta Görüşü.....	385
5. İş Güvencesi Kurumu Olduğu Görüşü .....	387
6. Kendine Özgü Bir Kurum Olduğu Görüşü.....	388
B. Kıdem Tazminatı İsteyebilme Koşulları.....	389
1. İş Kanuna Tabi İşçi Olma .....	389
2. İş Sözleşmesinin Kanunda Belirtilen Nedenlerle Sona Ermesi .....	390
3. En Az 1 Yıl Çalışmış Olmak Koşulu .....	396
C. Kıdem Tazminatına Esas Alınan Kıdem Tespiti.....	397
1. Kıdem Tespitine İlişkin Esaslar .....	397
2. Süreye İlişkin Farklı Durumlar .....	399
D. Kıdem Tazminatına Esas Alınan Ücretin Tespiti .....	404
1. Giydirilmiş Ücret.....	404

2. Son Ücretin Belirlenmesi.....	407
E. Kıdem Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması .....	408
1. Kıdem Tazminatının Miktarı .....	409
2. Kıdem Tazminatının Hesaplanması .....	410
F. Kıdem Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi .....	412
1. Kıdem Tazminatının Alacaklısı .....	412
2. Kıdem Tazminatının Borçlusu .....	413
3. Kıdem Tazminatında Zamanaşımı .....	415
4. Kıdem Tazminatının Gecikme Faizi .....	417
G. Sosyal sigorta Primleri Yönünden Kıdem Tazminatı .....	420
H. Vergi Hukuku Yönünden Kıdem Tazminatı.....	421
<b>II. İHBAR TAZMİNATI .....</b>	<b>422</b>
A. İhbar Tazminatının Tanımı ve Hukuki Niteliği .....	423
1.Tanımı .....	423
2.Hukuki Niteliği .....	424
B. İhbar Tazminatı İsteyebilme Koşulları.....	426
1.İş Kanuna Tabi İşçi Olma.....	426
2.Süresi Belirsiz Sürekli İş Sözleşmesi İle Çalışma .....	426
3.İş Sözleşmesinin Bildirimsiz Fesh Edilmesi .....	428
4.Bildirimsiz Feshin Haklı Nedene Dayanmaması .....	429
C. İhbar Tazminatına Esas Hizmet Süresi, Ücret ve Hesaplanması .....	430
1.İhbar Tazminatına Esas Hizmet Süresi.....	430
2.İhbar Tazminatına Esas Ücret .....	431
3.İhbar Tazminatının Hesaplanması .....	433
D. İhbar Tazminatının Borçlusu, Alacaklısı, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi .....	434
1.İhbar Tazminatının Alacaklısı.....	434
2.İhbar Tazminatının Borçlusu .....	435
3.İhbar Tazminatında Zamanaşımı .....	435
4.İhbar Tazminatının Gecikme Faizi .....	436
E. İhbar Öneline İlişkin Ücretin Peşin Ödenmesi.....	437

F. Sosyal Sigorta Primleri Yönünden İhbar Tazminatı .....	439
G. Vergi Hukuku Yönünden İhbar Tazminatı.....	440
<b>III. KÖTÜNİYET TAZMİNATI .....</b>	<b>441</b>
A. Kötüniyet Tazminatının Hukuki Niteliği .....	442
B. Kötüniyet Tazminatı İsteyebilme Koşulları .....	444
1. İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanmayan İşçilerden Olma .....	444
2. İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması .....	445
3. Fesih Bildiriminin Bir Hakkın Kötüye Kullanılmasını Oluşturması .....	447
C. Kötüniyetin Ölçüsü ve Fesih Hakkının Kötüye Kullanıldığı Durumlar	448
1. Kötüniyetin Ölçüsü .....	448
2. Fesih Hakkının Kötüye Kullanıldığı Durumlar .....	449
D. Kötüniyetin İspat Yükü .....	451
E. Kötüniyet Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması.....	452
F. Kötüniyet Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi .....	453
1. Kötüniyet Tazminatının Alacaklısı .....	453
2. Kötüniyet Tazminatının Borçlusu .....	453
3. Kötüniyet Tazminatında Zamanaşımı .....	454
4. Kötüniyet Tazminatının Gecikme Faizi .....	454
G. Sosyal sigorta Primleri Yönünden Kötüniyet Tazminatı .....	455
H. Vergi Hukuku Yönünden Kötüniyet Tazminatı .....	456
I. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kötüniyet Tazminatı .....	456
<b>IV. SENDİKAL TAZMİNAT .....</b>	<b>456</b>
A. Sendikal Tazminatın Hukuki Niteliği .....	456
B. Sendikal Tazminat İsteyebilme Koşulları .....	459
1. İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanmayan İşçilerden Olma .....	459
2. Sendikaya Üye Olma, Olmama veya Sendikal Faaliyet .....	459
3. İş Sözleşmesi Feshedilmeksizin Sendikal Nedenlerle eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranılması .....	460
C. Sendikal Tazminatta İspat Yükü .....	461
D. Sendikal Tazminatın Miktarı ve Hesaplanması.....	462

E. Sendikal Tazminatın Borçlusu, Alacaklısı, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi .....	463
1. Sendikal Tazminatın Alacaklısı .....	463
2. Sendikal Tazminatın Borçlusu .....	464
3. Sendikal Tazminatta Zamanaşımı .....	464
4. Sendikal Tazminatın Gecikme Faizi.....	464
F. Sosyal sigorta Primleri Yönünden Sendikal Tazminat.....	465
G. Vergi Hukuku Yönünden Sendikal Tazminat .....	465
<b>V. AYRIMCILIK TAZMİNATI .....</b>	<b>465</b>
A. Ayrımcılık Tazminatının Anayasal Dayanağı .....	465
B. Ayrımcılık Tazminatının Hukuki Niteliği.....	467
C. Eşit Davranma Borcunun Şartları .....	469
D. Ayrımcılık Tazminatı İsteyebilme Şartları .....	472
1. İş İlişkisinde Dil, Irk, Cinsiyet, Siyasal Düşünce, Felsefi İnanç, Din ve Mezhep ve Benzeri Sebeplerle Ayrım Yapılması.....	472
2. İş Sözleşmesi Türleri Nedeniyle İşçiler Arasında Ayrım Yapılması.....	474
3. Cinsiyet Nedeniyle İşçiler Arasında Ayrım Yapılması .....	475
a. İş Sözleşmesinin Yapılması, Şartlarının Oluşturulması, Devamı ve Sona Ermesinde İşçiler Arasında Ayrım Yapılması .....	476
b. Eşit Değerde İş İçin Farklı Ücret Uygulanması .....	478
E. Ayrımcılık Yapıldığının İspatı ve İspat Yükünün Yer Değiştirmesi .....	479
F. Ayrımcılık Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması .....	481
G. Ayrımcılık Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi .....	482
1. Ayrımcılık Tazminatının Alacaklısı .....	482
2. Ayrımcılık Tazminatının Borçlusu .....	482
3. Ayrımcılık Tazminatında Zamanaşımı .....	483
4. Ayrımcılık Tazminatında Gecikme Faizi.....	483
H. Sosyal sigorta Primleri Yönünden Ayrımcılık Tazminatı .....	483
I. Vergi Hukuku Yönünden Ayrımcılık Tazminatı.....	484
<b>VI. İŞ GÜVENCESİ (İŞE BAŞLATMAMA) TAZMİNATI .....</b>	<b>484</b>

A. İş Güvencesi Tazminatının Hukuki Niteliği.....	484
B. İş Güvencesi Tazminatı İsteyebilme Koşulları .....	485
C. İş Güvencesi Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması.....	486
D. İş Güvencesi Tazminatının Alacaklısı, Borçlusunu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi .....	489
1. İş Güvencesi Tazminatının Alacaklısı .....	489
2. İş Güvencesi Tazminatının Borçlusunu .....	489
3. İş Güvencesi Tazminatında Zamanaşımı .....	489
4. İş Güvencesi Tazminatının Gecikme Faizi.....	489
E. Sosyal sigorta Primleri Yönünden İş Güvencesi Tazminatı .....	490
F. Vergi Hukuku Yönünden İş Güvencesi Tazminatı.....	490
<b>VII. BOŞTA GEÇEN SÜRE TAZMİNATI .....</b>	<b>492</b>
A. Boşta Geçen Sürede İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliği .....	492
1. Boşta Geçen Sürede İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin İşverenin Temerrüdü Açısından Değerlendirilmesi.....	493
2. Boşta Geçen Sürede İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin İş Sözleşmesinin Askıda Olması Açısından Değerlendirilmesi.....	497
3. Boşta Geçen Sürede İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin İşçinin Ücretsiz İzinli Sayılması Açısından Değerlendirilmesi .....	499
B. Boşta Geçen Sürede İş Sözleşmesinin Unsurlarının İş Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Yönünden Tartışılması.....	500
1. Boşta Geçen Sürede İş Sözleşmesi Unsurlarının İş Kanunu Açısından Tartışılması .....	500
2. Boşta Geçen Sürede İş Sözleşmesi Unsurlarının Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Açısından Tartışılması .....	502
C.Boşta Geçen Süre İçin Ödenecek Miktarın Ücretin Unsurları Yönünden Tartışılması .....	506
1. Boşta Geçen Sürede Ücretin Unsurlarının İş Kanunu Açısından Tartışılması .....	506
2. Boşta Geçen Sürede Ücretin Unsurlarının Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Açısından Tartışılması .....	508

3. Boşta Geçen Sürede Ücretin Unsurlarının Vergi Hukuku Açısından Tartışılması .....	509
4. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Sosyal Ücret Açısından Tartışılması .....	510
D. Boşta Geçen Süre İçin Ödenecek Miktarın Tazminatın Unsurları Yönünden Tartışılması .....	512
1. Boşta Geçen Sürede Tazminatın Unsurlarının İş Kanunu Açısından Tartışılması .....	512
2. Boşta Geçen Sürede Tazminatın Unsurlarının Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Açısından Tartışılması .....	513
a) Kusur(Haksız Fiil) Sorumluluğu İlkesine göre, Boşta Geçen Sürede Tazminatın Unsurları Yönünden Tartışılması .....	513
b) Kusursuz Sorumluluk İlkesine Göre, Boşta Geçen Sürede Tazminatın Unsurları Yönünden Tartışılması .....	517
E. Boşta Geçen Süre İçin Ödenecek Miktarın Özelleştirmeden Kaynaklanan İş kaybı Tazminatı Açısından Değerlendirilmesi .....	519
F. Boşta Geçen Süre İçin Ödenecek Miktarın Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi .....	520
G. Boşta Geçen Süre İçin Ödenecek Miktarın Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi .....	521
1. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Sigorta Primleri Açısından Değerlendirilmesi .....	521
2. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin İşsizlik Ödeneği Açısından Değerlendirilmesi .....	523
H. Boşta Geçen Sürelerdeki Hakların Kapsamı, Miktarı Ve Kıdem Süresine Etkisi .....	526
1. Boşta Geçen Sürelerdeki Hakların Kapsamı .....	526
a. Dört Ay Sınırlaması Ve Daha Uzun Sürelerde Tazminat Talebi ..	526
b. Yargılama Masrafları, Avukatlık Ücretleri Ve Diğer Masraflar .....	529
c. İhbar Ve Kıdem Tazminatının Mahsubu Ve İadesi .....	529
2. Boşta Geçen Sürelerdeki Hakların Kıdem Süresine Etkisi .....	531

I. Boşta Geçen Süre Tazminatının Alacaklısı, Borlusı, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi .....	532
1. Boşta Geçen Süre Tazminatının Alacaklısı.....	532
2. Boşta Geçen Süre Tazminatının Borlusı .....	533
3. Boşta Geçen Süre Tazminatında Zamanaşımı .....	533
4. Boşta Geçen Süre Tazminatının Gecikme Faizi .....	534

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### TÜRK İŞ HUKUKUNDA UYGULANAN TAZMİNATLARIN İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

<b>I. İŞ HUKUKUNDA UYGULANAN BORÇLAR HUKUKU TAZMİNATLARININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b>	<b>537</b>
<b>A. HAKSIZ FESİH TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b>	<b>538</b>
1. İŞ Güvencesi ile Haksız Fesih Tazminatı Arasındaki İlişki .....	538
2. İŞ Güvencesi Tazminatları İle Haksız Fesih Tazminatı Arasındaki İlişki .....	541
a. İŞ Güvencesi Tazminatı İle Haksız Fesih Tazminatı Arasındaki İlişki .....	541
b. Boşta Geçen Süre Tazminatı İle Haksız Fesih Tazminatı Arasındaki İlişki .....	543
3. İŞçiye İŞ Güvencesi Sağlanmasında Haksız Fesih Tazminatının Rolü Ve Etkisi .....	544
<b>B. GERİYE KALAN SÜRE TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b>	<b>545</b>
1. İŞ Güvencesi ile Geriye Kalan Süre Tazminatı Arasındaki İlişki.....	545
2. İŞ Güvencesi Tazminatları İle Geriye Kalan Süre Tazminatı Arasındaki İlişki .....	549

a. İş Güvencesi Tazminatı İle Geriye Kalan Süre Tazminatı Arasındaki İlişki .....	549
b. Boşta Geçen Süre Tazminatı İle Geriye Kalan Süre Tazminatı Arasındaki İlişki .....	551
3.İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Geriye Kalan Süre Tazminatının Rolü Ve Etkisi .....	552
C. 1475 SAYILI İŞ KANUNUNUN (4773 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki ) 13. MADDESİNİN SON FIKRASINDAN KAYNAKLANAN MADDİ VE MANEVİ TAZMİNATIN İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	553
1. İş Güvencesi ile Maddi ve Manevi Tazminat Arasındaki İlişki .....	553
2.İş Güvencesi Tazminatları İle Maddi ve Manevi Tazminat Arasındaki İlişki .....	556
a. İş Güvencesi Tazminatı İle Maddi ve Manevi Tazminat Arasındaki İlişki .....	556
b. Boşta Geçen Süre Tazminatı İle Maddi ve Manevi Tazminatı Arasındaki İlişki .....	557
3.İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Maddi ve Manevi Tazminatın Rolü Ve Etkisi .....	559
<b>II. TÜRK İŞ HUKUKUNA ÖZGÜ TAZMİNATLARIN İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b>	<b>560</b>
A. KIDEM TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	560
1. İş Güvencesi ile Kıdem Tazminatı Arasındaki İlişki.....	560
2.İş Güvencesi Tazminatları İle Kıdem Tazminatı Arasındaki İlişki .....	564
a. İş Güvencesi Tazminatı İle Kıdem Tazminatı Arasındaki İlişki .....	564
b. Boşta Geçen Süre Tazminatı İle Kıdem Tazminatı Arasındaki İlişki .....	567
3.İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Kıdem Tazminatının Rolü Ve Etkisi .....	569
B.İHBAR TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	572



1. İş Güvencesi ile İhbar Tazminatı Arasındaki İlişki.....	572
2. İş Güvencesi Tazminatları İle İhbar Tazminatı Arasındaki İlişki .....	575
a. İş Güvencesi Tazminatı İle İhbar Tazminatı Arasındaki İlişki.....	575
b. Boşta Geçen Süre Tazminatı İle İhbar Tazminatı Arasındaki İlişki .....	576
3. İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında İhbar Tazminatının Rolü Ve Etkisi .....	578
<b>C. SENDİKAL TAZMİNATIN İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b>	<b>579</b>
1. İş Güvencesi ile Sendikal Tazminat Arasındaki İlişki .....	579
2. İş Güvencesi Tazminatları İle Sendikal Tazminat Arasındaki İlişki ..	583
a. İş Güvencesi Tazminatı İle Sendikal Tazminat Arasındaki İlişki ...	583
b. Boşta Geçen Süre Tazminatı İle Sendikal Tazminat Arasındaki İlişki .....	585
3. İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Sendikal Tazminatın Rolü Ve Etkisi .....	586
<b>D. KÖTÜNİYET TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b>	<b>588</b>
1. İş Güvencesi ile Kötüniyet Tazminatı Arasındaki İlişki .....	588
2. İş Güvencesi Tazminatları İle Kötüniyet Tazminatı Arasındaki İlişki	590
a. İş Güvencesi Tazminatı İle Kötüniyet Tazminatı Arasındaki İlişki	590
b. Boşta Geçen Süre Tazminatı İle Kötüniyet Tazminatı Arasındaki İlişki .....	592
3. İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Kötüniyet Tazminatının Rolü Ve Etkisi .....	593
<b>E. AYRIMCILIK TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b>	<b>597</b>
1. İş Güvencesi ile Ayrımcılık Tazminatı Arasındaki İlişki .....	597
2. İş Güvencesi Tazminatları İle Ayrımcılık Tazminatı Arasındaki İlişki .....	599
a. İş Güvencesi Tazminatı İle Ayrımcılık Tazminatı Arasındaki İlişki .....	599

b. Boşta Geçen Süre Tazminatı İle Ayrımcılık Tazminatı Arasındaki İlişki .....	601
3.İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Ayrımcılık Tazminatının Rolü Ve Etkisi .....	602
F. İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	604
1. İş Güvencesi Tazminatının Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi .....	604
2.İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında İş Güvencesi Tazminatının Rolü Ve Etkisi .....	606
G. BOŞTA GEÇEN SÜRE TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	608
1.İş Güvencesi Tazminatı İle Boşta Geçen Süre Tazminatı Arasındaki İlişki.....	608
2.İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Boşta Geçen Süre Tazminatının Rolü Ve Etkisi.....	610
<b>SONUÇ</b> .....	612
<b>KAYNAKLAR</b> .....	628
<b>ÖZET</b> .....	661
<b>ABSTRACT</b> .....	662

**KISALTMALAR**

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>Akt</b>	: Aktaran
<b>Ank. Bar. D</b>	: Ankara Barosu Dergisi
<b>ASŞ</b>	: Avrupa Sosyal Şartı
<b>AŞ</b>	: Anonim Şirket
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AY</b>	: Anayasa
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>b.</b>	: bası
<b>BÇM</b>	: Bölge Çalışma Müdürlüğü
<b>BİK</b>	: Basın İş Kanunu
<b>BK</b>	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>BM</b>	: Birleşmiş Milletler
<b>C.</b>	: Cilt
<b>ÇSGB</b>	: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
<b>Çev.</b>	: Çeviren
<b>Çim. İşv. D.</b>	: Çimento İşverenleri Dergisi
<b>Çalışma ve Toplum EHD.</b>	: Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi
<b>D.</b>	: Daire
<b>Dan. Der.</b>	: Danıştay Dergisi
<b>DEÜHFD</b>	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

<b>DİK</b>	: Deniz İş Kanunu
<b>dn.</b>	: dipnot
<b>E</b>	: Esas
<b>Fes. Kar. KK</b>	: Feshe Karşı Koruma Kanunu
<b>GGASS</b>	: Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
<b>GÜHFD</b>	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>GVK</b>	: Gelir Vergisi Kanunu
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>HMK</b>	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>HUMK</b>	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>ILO</b>	: International Labour Organization
<b>İBGK</b>	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
<b>İHFM</b>	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>İHSGHD</b>	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
<b>İHUD</b>	: İş Hukuku Dergisi
<b>İş K.</b>	: İş Kanunu
<b>İş Mah. K</b>	: İş Mahkemeleri Kanunu
<b>İMKB</b>	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
<b>İst. Bar. D.</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>İŞKUR</b>	: İş ve İşçi Bulma Kurumu
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K</b>	: Karar
<b>Kamu-İş D.</b>	: Kamu - İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi
<b>Krş.</b>	: Karşılaştırınız

<b>Legal İHSGHD</b>	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
<b>Legal YKİ</b>	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi
<b>Ltd. Şti</b>	: Limited Şirketi
<b>m.</b>	: madde
<b>Mercek D.</b>	: MESS Mercek Dergisi
<b>MESS</b>	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
<b>Meşe Yazılım HİP:</b>	Meşe Yazılım Hukuk ve İçtihat Programı
<b>TMK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>s.</b>	: sayfa
<b>SBAD</b>	: Siyasal Bilgiler Araştırma Dergisi
<b>Sen. K.</b>	: Sendikalar Kanunu
<b>SGK</b>	: Sosyal Güvenlik Kurumu
<b>Sicil İHD</b>	: MESS Sicil İş Hukuku Dergisi
<b>sk</b>	: sayılı kanun
<b>SSGSSK</b>	: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
<b>SSK</b>	: Sosyal Sigortalar Kurumu
<b>sy.</b>	: Sayılı
<b>T</b>	: Tarih
<b>TBK</b>	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>TBMM</b>	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>Teks. İşv. D.</b>	: Tekstil işverenleri dergisi
<b>TİS</b>	: Toplu iş sözleşmesi
<b>TİSGLK</b>	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
<b>TİSK</b>	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu

<b>TSC İşv. D.</b>	: Türk Toprak Seramik Çimento ve Cam İşverenleri sendikası Dergisi
<b>Tühis D.</b>	: TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi
<b>TÜHİS</b>	: Türkiye Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri sendikası
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Y.</b>	: Yıl
<b>Y9HD</b>	: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay
<b>Yarg. D.</b>	: Yargıtay Dergisi
<b>YKD</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi
<b>Dan.</b>	: Danıştay
<b>2007/5</b>	: 2007 yılı 5. Sayı veya benzerleri
<b>25/2</b>	: 25. Madde 2. Fıkra veya benzerleri

## GİRİŞ

İşsizliğin en önemli sorunlardan olduğu dünyada ve ülkemizde işverenler düşük maliyet elde edebilmek amacıyla iş gücünü de ucuz temin etmeye yönelmektedirler. İşverenlerin bu yönelimleri, mevcut işçilerin işlerinin devamını sağlamak konusunda ciddi riskler oluşturmaktadır. Bu gelişmeler neticesinde işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin korunması sadece işçiyi ilgilendiren bir durum olmaktan çıkmakta, sosyal boyutları da düşünülerek devletler tarafından kanuni düzenlemelerle iş sözleşmesinin sürekliliği sağlanmak istenmektedir. İş sözleşmesi, taraflara ücret ödeme ve karşılığında iş görme borcu yükleyen karşılıklı ve sürekli edim ilişkisi doğuran sözleşmedir. Ancak süreklilikten maksat, bu sözleşmenin her ne pahasına olursa olsun sürdürülmesi değildir. Anayasa ile güvence altına alınmış sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, işverenin de işçinin de kanuna uygun olarak fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirmeleri mümkündür.

Çalışma hakkının uygulamada bir değer kazanabilmesi için, işçilerin uygun bir işe yerleştirilmeleri yeterli olmamakta; kurallarına uygun olarak çalıştıkları sürece, onların işlerini kolayca kaybetmelerinin engellenmesi, onlara iş güvencesi sağlanması gerekmektedir. Son yıllarda yaygın bir uygulama alanı bulan tam çalıştırma politikaları sonucu, bir işe yerleşme imkanı bulan işçilere iş güvencesi sağlayan hukuki kurumlar, İş Hukukunda görülen çağdaş gelişmelerin önemli bir kısmını oluşturmaktadır.

İş güvencesinin tanımından ve doğuş sebebinden anlaşıldığı gibi iş güvencesi, iş sözleşmesinin feshe karşı korunmasını sağlamaya çalışarak Anayasa'ca da güvence altına alınmış çalışma hakkının tesisi ve devamına yönelik bir kurumdur. İş güvencesi bu korumayı gerçekleştirilmeye çalışırken feshi kurallara bağlar ve bu kurallara uyulmadan yapılan fesiHLere yaptırımlar getirir. İş sözleşmesinin korunması amacı sadece iş güvencesi

düzenlemeleriyle sağlanmaya çalışılmaz, bunun dışında gerek İş Kanunu gerek Borçlar Kanunundaki bazı düzenlemeler de feshe karşı koruma çemberi oluşturmaya katkıda bulunur.

İş Hukukunun en önemli konularından birini oluşturan fesih, işçiye ve işverene, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı irade beyanı ile iş sözleşmesini sona erdirmeye yetkisi veren bir haktır. İş Hukukunda fesih, süreli fesih, geçerli sebeple fesih ve haklı sebeple (derhal) fesih olmak üzere üç türüdür. Haklı sebeple fesihte, sözleşmenin feshine neden olabilecek haklı nedenler kanunda belirtilmiş olmasına karşın, süreli feshin ve geçerli sebeple feshin hangi hallerde ve ne şekilde yapılabileceği uygulamada sorunlar yaratmaktadır.

Haklı sebeple fesih dışındaki işten çıkarmalar iş güvencesinin konusunu oluşturur. İşverenin haklı olmayan her türlü çıkarma kararlarına karşı; iş güvencesi sağlayan caydırıcı ve onarıcı nitelikte kurumlar bulunmaktadır.

İş güvencesi sağlayan caydırıcı kurumlar; işletmenin devri ve hizmet akitlerinin korunması, hizmet akdinin askıda kalması, işverenin fesih yetkisinin denetlenmesi, işçinin işinin değiştirilmesi, işçi ve sendika temsilcisinin özel olarak korunması gibi kurumlardır. Onarıcı kurumlar ise; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, işçinin işe iadesi, akit yapma zorunluluğu gibi kurumlardır.

Gerek caydırıcı ve gerekse onarıcı nitelikte olsun iş güvencesi sağlayan bütün kurumlar işverenin fesih hakkını doğrudan veya dolaylı yönlerden sınırlandırmaktadır. İş ilişkilerinde belirli bir sürekliliği ve kararlılığı sağlayan bu kurumların her biri geçen yüz yıldan bu yana İş Hukukunda görülen İLO ve AB normlarına uygun çağdaş gelişmelerin başlıca yönünü oluşturmuştur.

İş güvencesi sağlama konusunda gösterilen çabalar ne kadar yoğun olursa olsun iş sözleşmesinin feshi kaçınılmaz duruma gelebilir. Aslında,



ekonomik ve teknik gelişmelere göre zaman zaman iş sözleşmesinin feshini engellemek boşuna bir çaba olacaktır. Engellenmesi gereken, işverenin keyfi davranışlarıdır. Bu da, asıl olarak işverenin fesih yetkisini doğrudan sınırlandırıcı kurumlara gerçekleşebilmektedir. Ayrıca, onarıcı kurumlar, işvereni fesih yetkisini keyfi olarak kullanmaktan alıkoymaktadır. Çünkü; onarıcı kurumlar, işçinin işini yitirmekten doğan zararını bazı kusursuz olduğu durumlarda bile işverene yükleyebilmektedir. Böylece onarıcı kurumlar yalnız işverenin fesih yetkisini dolaylı yoldan sınırlamakla kalmamakta, aynı zamanda işçinin işini yitirmekten doğan zararını azaltmayı amaçlamaktadır. Bu kurumlardan en eskisi ihbar tazminatıdır. Diğer bir eski kurum kötüniyet tazminatıdır. Bunları, kıdem tazminatı, izler. Son olarak işe iade ve akit yapma zorunluluğu İş Hukukunun modern kurumları arasında yer alan ve iş güvencesi sağlayan kurumlardır. Ancak, bunlardan başka işsizlik sigortasının da bu yoldaki önemini vurgulamak gerekir.

Modern İş Hukukunun temel amaçlarından birisi, işçilerin feshe karşı korunmasını ve dolayısıyla iş ilişkisinin devamlılığını sağlamaktır. Her ne kadar temel amaçlardan birisi, gerek işçiyi gerek ailesini işçinin işini kaybetmesinden kaynaklanacak olumsuz ekonomik ve sosyal etkilere karşı korumak olsa da, işverenin fesih hakkı tamamen ortadan kaldırılamaz. Ancak kanun hükümleri çerçevesinde, işçileri korumak amacıyla, işverenin fesih hakkına sınırlamalar getirilebilir. Hukukumuzda iş güvencesi ile ilgili düzenlemeler ilk olarak 09.08.2002'de kabul edilerek 15.03.2003'te yürürlüğe giren 4773 sayılı Kanun ile ve sonrasında 10.06.2003'te yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilmiştir.

Tezimizin konusunu oluşturan "Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Çerçevesinde Tazminatlar"ın temeli de bu düzenlemelere dayanmaktadır. Bu yeni kanuni düzenleme ile, iş güvencesi kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçileri geçerli sebebe dayanmayan fesihten karşı koruyan birçok hüküm getirilmiştir.

Çalışmamızda, uygulamada pek çok tartışmaya konu olan ve çalışma hayatında çözülmesi gereken bir çok önemli bir problemi kapsayan iş güvencesi konusu, temel olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili hükümleri, 158 sayılı "Hizmet Akdinin İşveren Tarafından Sona Erdirilmesine İlişkin ILO Sözleşmesi", doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları çerçevesinde incelenmiş ve bu kapsamda uygulamada oluşan sorunlara çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Bu doktora tezi, esas olarak İş Hukukunda iş güvencesi hükümleri, İş Hukukunda uygulanan tazminatlar ve tazminatların iş güvencesi sağlanmasındaki rolü ve etkilerini açıklamaya çalışmakla birlikte, iş güvencesi hükümleri çerçevesinde feshin geçersizliği ve boşta geçen sürede işçiye ödenecek 4 aylık ücret miktarındaki tutarın niteliği konusu ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

Tezimizin temel çalışma konusunu oluşturan İş Güvencesi, İş K. m.18-21 arasında düzenlenmiştir.

"Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Çerçevesinde Tazminatlar" başlıklı bu çalışma, İş Hukuku düzenlemeleri çerçevesinde giriş ve sonuç bölümleri dışında dört bölümden oluşmaktadır. "Türk İş Hukukunda İş Güvencesi" başlıklı ilk bölümün birinci kısmında öncelikle iş güvencesi kavramı, bu kavramın önemi açıklanmaya çalışıldıktan sonra, uluslararası hukukta, Avrupa hukukunda ve Türk hukukunda iş güvencesinin tarihsel gelişimi ve iş güvencesine ilişkin kanuni düzenlemeler ve düzenlemelere ilişkin kanun hükümlerinin hukuki niteliği incelenmiştir. İkinci kısımda, iş güvencesinin kapsamı ve iş güvencesine hakim olan ilkeler incelenmiştir. Üçüncü kısımda, öncelikle geçerli sebep, fesih ve geçersiz fesih kavramları tanımlanmış ve benzer kavramlardan farkları açıklanmış, iş güvencesi kapsamındaki işçinin sözleşmesinin feshinde esasa ve usule ilişkin şartlar ile feshin geçersiz olduğu durumlar incelenmiştir. Dördüncü kısımda, feshe itiraz ve itiraz usulü başlığı altında, feshe itiraz davası, söz konusu davanın aşamaları ve özel hakeme başvuru konusu ele alınmıştır. Birinci bölümün son kısmında, dava sonucunda mahkemenin verebileceği kararlar ayrıntılı olarak açıklandıktan sonra, mahkemenin vereceği karara göre feshin geçersiz ya da geçerli

olmasının hukuki sonuçları incelenmiştir. Daha sonra feshin mahkemece geçersiz sayılması halinde işçinin işe başlamak üzere başvurusu ve işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmama ihtimallerine göre ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlar üzerinde durulmuştur.

“Genel Anlamda Tazminat ve İş Hukukunda Uygulanan Borçlar Hukuku Tazminatları” başlıklı ikinci bölümün birinci kısmında, genel anlamda tazminat kavramı, tazminatın amacı ve önemi, tazminatın temel şartları ve çeşitleri incelenmiştir. İkinci kısımda ise, Borçlar Hukukundan kaynaklanan fakat İş Hukuku alanında da oldukça geniş uygulama alanı bulunan tazminatlardan 6098 sayılı kanunda düzenlenen haksız fesih tazminatı dışında Borçlar Kanununda düzenlenmiş geriye kalan süre tazminatı, maddi tazminat başlığı altında iş göremezlik tazminatı ve destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminatlar incelenmiş, tüm tazminatların hukuki nitelikleri, talep edilebilme şartları, miktarları ve hesaplanmaları ve yine vergi ve sigorta primleri karşısındaki durumları ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde, “İş Hukukuna Özgü Tazminatlar” başlığı altında, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, sendikal tazminat, ayrımcılık tazminatı, iş güvencesi tazminatı, boşta geçen süre tazminatları incelenmiştir. Tüm tazminatların hukuki nitelikleri, talep edilebilme şartları, miktarları ve hesaplanmaları ve yine vergi ve sigorta primleri karşısındaki durumları ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Özellikle iş güvencesi kapsamındaki işçiye fesihten sonra mahkeme kararı kesinleşinceye kadar boşta geçen süre için ödenecek miktarın niteliği konusu ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Çalışmamızın dördüncü ve son bölümünde, ikinci ve üçüncü bölümde ayrıntılı olarak incelenen tüm tazminatlar iş güvencesi çerçevesinde değerlendirilmiş ve bu tazminatların işçiye iş güvencesi sağlanması konusunda etkili olup olmadıkları ve etki dereceleri açıklanmaya çalışılmıştır.

Tezimizi hazırlarken yeni yürürlüğe giren ve girecek olan kanunları göz önünde bulundurmaya çalıştık. Dolayısıyla tezimiz 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun getirmiş olduğu yeni düzenlemelerin konumuz ile ilgili bölümleri göz önünde bulundurularak hazırlanmaya çalışılmıştır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞ GÜVENCESİ

#### I. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI, KAYNAKLARI VE GELİŞİMİ

##### A. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI VE ÖNEMİ

###### 1. İş Güvencesi Kavramı

İşini kaybetmek işçi için kuşkusuz en ciddi risktir. Bu nedenle işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması İş Hukukunun günümüzdeki en önemli konusu olduğu kadar en büyük sorunlarından<sup>1</sup>. İşçinin geleceğine güven duyması, sürekli olarak işini kaybetme ve dolayısıyla kendisinin ve ailesinin geçim kaynağını oluşturan ücretinden yoksun kalma endişesinin dışında tutulması, modern iş hukukunun en temel amaçları arasında yer alır. Belirsiz süreli iş akitlerinde süreli fesih hakkının işveren tarafından hakkın kötüye kullanılması dışında herhangi bir sınıra bağlı olmaksızın kullanılabilmesi işçileri işlerinin sürekliliği konusunda büyük bir güvensizlikle karşı karşıya bırakır<sup>2</sup>. İş Hukukunun etkinliğinin diğer deyişle iş mevzuatı kurallarının fiilen yaşama geçirilebilmesinin sağlanmasında en önemli etkenlerden biri iş güvencesinin varlığıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir nedene dayandırılması, işçinin işyerinde işini koruyabilmesi için yeterli olmayıp, getirilen sınırlamaların uygulanma aşamasında yargı denetimine açık olması gerekir<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Mollamahmutoğlu, Hamdi, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 703.

<sup>2</sup> Süzek, Sarper, **İş Hukuku**, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2011, s. 486.

<sup>3</sup> Aktay, Nizamettin / Arıcı, Kadir / Senyen Kaplan, Emine Tuncay, **İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 186.

İş güvencesi kavramı genel olarak çalışma hakkının korunması anlamında da kullanılmakta olup esas olarak, geçimini emeği ile sağlayan bağımlı işçileri, geçerli bir sebep olmaksızın, iş ilişkisine işveren tarafından son verilmesi durumunda, işverenin fesih işlemi sınırlayan veya engelleyen, iş ilişkisini hukuki zemine çeken, böylece iş sözleşmesinin işçi açısından dayanaksız niteliğini bertaraf eden ve iş ilişkisine süreklilik kazandıran ve koruyucu yönü ağır basan normatif düzenlemeleri içermektedir<sup>4</sup>.

İş güvencesi kavramı herhangi bir kanunda tanımlanmamış olup, öğretide birisi geniş, diğeryse dar anlamda iş güvencesi diye ikiye ayrılarak incelenmektedir.

#### a. Dar Anlamda İş Güvencesi

Dar anlamda iş güvencesi, bu güvencenin, feshe karşı kullanılmasıdır. Bununla amaçlanan işverenin iş sözleşmesini herhangi yeterli (makul, haklı, uygun) bir neden olmaksızın keyfi biçimde bozmasının engellenmesi, dolayısıyla iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanmasıdır<sup>5</sup>. Dar anlamda iş güvencesi öğretide feshe karşı koruma olarak anılmakta olup iş sözleşmesinin işverence keyfi fesihlerine karşı öngörülen her türlü önlem, bu kapsamda değerlendirilir. Örneğin, önelli feshin geçerli bir nedene dayanmasının aranması ve böyle olup olmadığının yargı organınca denetlenmesine, gerekirse feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine, işveren çalıştırmaya yanaşmadığıdaysa bir miktar tazminatın ödenmesine karar verilmesi böyledir<sup>6</sup>. Dar anlamda iş güvencesi ile amaçlanan, işverenin işçinin iş sözleşmesini herhangi haklı ya da geçerli bir sebep olmaksızın keyfi olarak sona erdirmesinin engellenmesi ve bu doğrultuda işveren tarafından

<sup>4</sup> Akyiğit, Ercan, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.152.

<sup>5</sup> Kar, Bektaş, **İş Güvencesi ve Uygulaması, Genişletilmiş, Yenilenmiş ve Son İlke Kararları Eklenmiş 2. Baskı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 22.

<sup>6</sup> Akyiğit, s.152.

yapılan keyfi fesihlere karşı en önemli tedbir işçinin işe iadesinin sağlanmasıdır<sup>7</sup>.

1970'lerden sonra Avrupa ülkelerinde iş güvencesi tartışmalarının daha çok dar anlamda iş güvencesi üzerine yoğunlaştığı gözlemlenmektedir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi de iş güvencesini dar anlamda ele almaktadır<sup>8</sup>.

## **b. Geniş Anlamda İş Güvencesi**

Çalışma yaşamının yaşamsal öneme sahip konularından birini iş güvencesi oluşturur. Aslında iş güvencesi bir kimsenin işe girme konusunda sahip olduğu garantiyi ve bunun yanında işe girdikten sonra iş koşullarının işverence keyfi biçimde değiştirilmesini önleyecek mekanizma ile onun iş sözleşmesinin işverence keyfi olarak feshine karşı getirilen güvenceyi yani bir güvenceler yumağını anlatır ki bu geniş anlamda iş güvencesidir. Ancak hukuk sistemimizde işe giriş konusunda yeterli bir güvence tanındığını söylemek oldukça zordur<sup>9</sup>.

4857 sayılı kanunda düzenlenen iş güvencesi geniş anlamıyla işe girişte, işin devamında ve işe son verme açılarından ayrı ayrı incelenebilir.

### **(1) İşe Girişte İş Güvencesi**

Geniş anlamda iş güvencesinin içindeki olgulardan biri de kişinin işçi olarak işe girme konusunda sahip olduğu güvencedir. Bu bağlamda Türk İş Hukuku sisteminde bunun sözleşme yapma zorunluluğu olarak anıldığını da görmekteyiz. Fakat böyle bir iş güvencesinin hukukumuzda kimseye tanınmadığı, sadece kanun gereği işverene belli konumdaki kimseleri işe

<sup>7</sup> Demircioğlu, Murat, **Sorularla Yeni İş Yasası**, İstanbul, 2003, s.78.

<sup>8</sup> Kutal, Metin, **"İş güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı"** Mercek, 2003/8, s.16.

<sup>9</sup> Akyiğit, **İş güvencesi**, s.152-154

alma yükümlülüğünün yüklendiği ve fakat bunlara aykırılık halinde kimileri için bir miktar tazminat ödenmesinin öngörüldüğü bazılarındaysa buna bile gidilmediği söylenebilir<sup>10</sup>. İşe giriş konusunda kısmen iş güvencesi getiren mevzuatımızdaki düzenlemelerin bir kısmı yeniden işe alma yükümlülüğü şeklinde bir kısmı da kanuni zorunluluk nedeni ile çalıştırma zorunluluğu şeklinde görülmektedir.

Yeniden işe alma yükümlülüğü ve ilk işe alımı için kanuni zorunluluk getiren düzenlemeler şunlardır:

- Toplu işçi çıkarma kapsamında işten çıkarılan işçiler
- İşyerinden malulen ayrılan işçiler
- Askerlik ve kanuni ödev nedeniyle ayrılanlar
- İşçi sendika (şubeler dâhil ) ve konfederasyonlarında yöneticilik görevi nedeniyle işten ayrılan işçiler
- Hastalığı nedeni ile işten çıkarılan gazeteciler
- Kanuni zorunluluk nedeni ile çalıştırılması gereken işçiler
- Özürlü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü
- İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalıştırma zorunluluğu

## (2) İşin Devamı Sırasında İş Güvencesi

İş ilişkisinde içerik güvencesi olarak da söz edebileceğimiz bu güvence İş Kanunu madde 22'de düzenlenmiştir. Maddede “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

<sup>10</sup> Bkz. İş Kanunu m. 29/6 (İşten Topluca Çıkarılanların Yeniden İşe Alınması), İş Kanunu m. 31/son (Askerlik veya Diğer Bir Kanuni Ödev Yüzünden İş İlişkisi Sona Erenlerin Yeniden İşe Alınması), İş Kanunu m. 30 ( Özürlü ve hükümlü çalıştırma zorunluluğu), 3713 sayılı kanun Ek m. 1 ( Terör Mağdurunu İşe Alma Zorunluluğu), İş Kanunu 81-82 (İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Zorunluluğu), Sen. K. m. 29 (Sendika Yöneticilerinin Yeniden İşe Alınması)



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. madde hükümlerine göre dava açabilir.” denilmektedir.

İşçinin sözleşme ve benzer kaynaklarla oluşan iş koşullarının daha sonra işverenin tek yanlı tutumuyla değiştirilmesine belli ölçüde set çekmek amacı güden bu hüküm, mevcut iş koşullarında değişikliğin nasıl gerçekleşebileceğini belli esaslara bağlamaktadır. Bu şartlar şu şekilde sıralanabilir:

- Belli çalışma koşullarına sahip ve iş kanununa tabi bir işçi bulunmalıdır.
- Bu işçinin çalışma koşulları daha sonra işverence değiştirilmek istenmeli ve bu istek işçiye yazılı olarak bildirilmelidir.
- İşçi bu değişikliği 6 iş günü içerisinde yazılı olarak onaylamalıdır.
- Bu şartları taşımayan değişiklik İş Kanununun işle ilgili hükümlerince geçerli olabilme mezuniyetine sahip olmaz.

### **(3) Feshe Karşı Güvence**

Feshe karşı güvence yürürlükteki bir iş sözleşmesinin, sözleşmenin tarafları olan işçi ve işveren açısından sürekliliğini olabildiğince sağlamaya yönelik önlemleri içeren, başka bir anlatımla her iki tarafın da fesih hakkını çeşitli biçimlerde sınırlandıran ve sözleşme düzeninde istikrar sağlamayı amaçlayan bir kavram olarak tanımlanmaktadır. Feshe karşı korunmanın bir işlevi de tarafların feshin mağdur edici sonuçlarından daha az etkilenmesini sağlamaktır<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Kar, İş Güvencesi İlke Kararları, s.20.

İşçinin feshe karşı korunması ise, işverenin fesih hakkını sınırlayarak, iş sözleşmesinin devamlılığını olabildiğince sağlamaya ve fesih gerçekleştiğinde de işçi yönünden feshin mağdur edici sonuçlarını hafifletmeye yönelik önlemleri içermektedir. Bunlar arasında hem işçiyi hem işvereni koruyan çift taraflı önlemler olabileceği gibi sadece işçiyi koruyan örneğin kötüniyet tazminatı ve sendikal tazminat gibi tek taraflı önlemler de olabilir. Bu nedenle feshe karşı güvence bir nevi haksız ya da geçersiz bir feshin taraflar arasında cereyan etmesini engelleyici bir hukuki korumadır<sup>12</sup>.

Bu açıklamalardan sonra ortaya çıkan sonuca göre; iş güvencesi ile işçinin korunması amaçlanmaktadır. Bu durumda iş güvencesini; “ işçinin işinin korunması amacına yönelik olarak iş sözleşmesinin işveren tarafından kanunda gösterilenler dışında bir nedenle feshedilmesi halinde yargı yoluyla işe iadesinin sağlanması veya yeniden işe başlatmayan işverenin işçiye bir kısım parasal hakları ödemekle yükümlü kılınması” olarak tanımlayabiliriz. Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere haklı ve geçerli bir neden olmadıkça işverenin yapmış olduğu fesih geçerlilik kazanamayacaktır<sup>13</sup>.

## 2. İş Güvencesinin Taraflar Açısından Önemi

### a. İşçi Açısından İş Güvencesinin Önemi

İşverenler rekabet temelinde yönetim stratejilerini ayarlarken, işçiler için güvenceler büyük önem kazanmaktadır. Bu güvenceler ilkesel olarak; iş güvencesi, yapılan işin güvencesi ve işgücü piyasası güvencesidir<sup>14</sup>.

İşçinin keyfi işten çıkarmaya karşı nasıl korunacağı konusunda çeşitli yöntemler söz konusudur. Bu yöntemler her ülkenin politik, sosyal ve

<sup>12</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.20.

<sup>13</sup> Bilgili, Abbas, **İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları**, 2. Baskı, Karahan Kitapevi, Adana Şubat 2005, s. 2.

<sup>14</sup> Aktuğ, Semih Serkant, **İş Güvencesinin Sosyal Ekonomik Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirmesi**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2010, s.17.

ekonomik geleneklerine yakından bağlı bulunmaktadır. Ortak asgari standartların kabul edilmiş olduğu yerlerde bile (örneğin AB ülkeleri) bu ortak yükümlülüklerin ve uygulamada kullanılan yöntemlerin çeşitliliği gerçekten şaşırtıcıdır<sup>15</sup>. Uygulamada, bu yöntemler birbirinden ayrı uygulandığı gibi beraber de uygulanmaktadır. Bu yöntemler; işçinin hizmet ilişkisinin sona erdirilmesi halinde işverence kendisine bir tazminat verilmesi, işverenin bu hakkını kötüye kullanması halinde tazminatın birkaç misli artırılması şeklinde olabileceği gibi, işveren tarafından hizmet akdinin kanunda belirtilen belli sebepler dışında bir sebeple feshedilmesi, yapılan fesihlerin geçersiz olması, dava sonunda feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde işçinin işine iade edilmesi ve dava süresince ödenmeyen ücretlerin, bir iş karşılığı olmaksızın kendisine ödenmesi şeklinde de olabilir<sup>16</sup>.

İşverenin iş sözleşmesini haklı ya da geçerli sebeplerle feshetmesi ve işçinin istekli olmasına rağmen bir iş bulma olanağından yoksun olması işsizliği yaratan etkenlerden birisi olarak kabul edilebilir. İşçinin iş ilişkisine ve buna dayalı gelirine süreklilik sağlanmasında birey olarak menfaati bulunmaktadır. İşsizlik sigortası gibi sosyal düzenlemelerin öngörülmediği sistemlerde işçinin feshe karşı korunması sosyal açıdan çok daha fazla önem taşımaktadır. İşsizliğin yarattığı koşullardan belirli faydalar sağlamak isteyen işverenler açısından niteliksiz işçiler tercih sebebi olmaktadır. Bunlar kısa süre çalıştırılarak işlerine son verilmektedir. Bu yolla iş gücü maliyetinin düşürülmesi sağlanmış olmaktadır. Benzer şekilde bu tür işçilerin sosyal sigorta ve vergi dışında bırakıldıkları da sıklıkla görülmektedir. İşçiyi sosyal ve ekonomik açıdan istikrarsızlığa iten ve haklarının kaybına sebep olan bu uygulama onun mesleki açıdan ilerlemesine de engel olmaktadır<sup>17</sup>. Ayrıca

<sup>15</sup> Ağır, İlker, **İş Güvencesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006. s.7.

<sup>16</sup> Kaya, Pir Ali, " İş Güvencesi Türk Çalışma Mevzuatındaki Düzenleme, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Eylül 2000 Tarihli İş Güvencesi Kanun Taslağının Kısaca Değerlendirilmesi" **İş Güç - İnsan Kaynakları ve Endüstri İlişkileri Dergisi**, Cilt:3, Sayı:1, <http://www.isguc.org/?p=makale&id=114&cilt=3&sayi=1&yil=2001> (Erişim 05 Mart 2012).

<sup>17</sup> Ekonomi, Münir, **İşsizliğin Önlenmesi ve Telafisinde İş Hukuku Kurumları: İşsizliğin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Açısından Sorunları**, Kamu-İş Yayını, Ankara, 2003, s.247.

işçinin işsiz kalmasının onun kişiliğini de olumsuz etkilediği bir gerçektir. Tüm bu sayılanlar ışığında, iş güvencesinin işçi açısından ne kadar önemli olduğu ortaya çıkmaktadır.

İş güvencesi iş sözleşmesinin fesih yasağı anlamına gelmez. Geçerli ve haklı sebepler olmadan iş sözleşmesinin feshinin geçersiz sayılması anlamına gelir. Geçersiz feshin en etkili yaptırımı da işe iadedir. Fesih işleminden önce işverenin bilgi vermesini, fesih kararının bir denetime bağlanmasını veya izin şartının aranmasını öngören kurallar, işe iade önlemi gibi işçinin feshe karşı korunması kapsamında yer alan iş güvencesi kurallarıdır<sup>18</sup>.

Toplu iş sözleşmesi özerkliği bakımından da aynı sorun kendini göstermektedir. Bir toplu iş sözleşmesi imzalandıktan sonra, çoğu kez büyük sayıda işçi çıkarmalar dikkati çekmektedir. Böylelikle birçok işveren hem toplu pazarlık sırasında sendikal bilinçle hareket eden işçiden kurtulmuş, hem de toplu iş sözleşmesi ile üstlendiği parasal yükü hafifletmiş olmaktadır. Durum grev hakkı bakımından da farklı değildir. Grevde öncülük edenler, grev sırasında veya sonrasında işinden olmaktadır. Bütün bunların nedeni, iş güvencesi konusunda yetersiz düzenlemelerin bulunduğu bir hukuk sisteminden kaynaklanabilir<sup>19</sup>.

## **b. İşveren Açısından İş Güvencesinin Önemi**

İşverenin menfaatleri açısından değerlendirme yapıldığında öncelikle, işverenin mal ve hizmet üretiminde ihtiyacı olan emeği gerektiği şekilde karşılamayan ve verimli olmayan işçiden mümkün olduğu kadar kolay ve çabuk kurtulması ve onu işten çıkarması gelmektedir. Girişimci olarak işveren, rekabet şartları içinde verimli olan işçiyi çalıştırmakla maliyet unsurlarından biri olan işgücü maliyetlerini rasyonel sınırlar içinde tutabilir.

<sup>18</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.26.

<sup>19</sup> Taşkent, Savaş, **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**, Belediye-İş Yayını, İstanbul, 2003, s.11

İşçi çıkarmada karşılaşacağı hukuki sınırlamalar ve mali yükümlülükler işletmeyi verimsiz çalışmaya ve maliyeti arttırıcı bir yola götürür ki bunun zararını ve yükünü ziyadesiyle toplum üstlenmek zorunda kalacaktır<sup>20</sup>.

İş güvencesi, işgücü verimliliğinin artışında başlıca etkenlerden birisidir. Güven içinde çalışan işçi elbette çok daha verimli olacak, işine bütün gücüyle sarılacak ve daha çok çalışacaktır. Böylece iş güvencesi diğer unsurlarla birlikte çalışma barışının sağlanmasında önemli bir anahtar niteliğindedir<sup>21</sup>. Bununla beraber işverenin verimsiz bir işçiyi çalıştırmaya zorunlu tutulması beklenmemelidir. Bilindiği gibi feshe karşı korunmada amaç verimsiz veya işletme için çalışma imkânı bulunmayan bir işçiyi iş yerinde tutmaya zorlamak değil, keyfi ve serbest iradeye dayalı fesihlerin yapılmasını engellemektir.

İş güvencesinin kayıt dışı ekonomiyi dolayısıyla haksız rekabeti önlemedeki etkinliği işveren menfaatleri açısından önem taşımaktadır.

### c. Toplum Açısından İş Güvencesinin Önemi

Gelişmiş ülkelerde işten çıkarmaların olumsuz etkileri ağırlıklı olarak işsizlik sigortasıyla kısmen hafifletilmektedir. Gelişmekte olan ülkelerde ise, işsizler topluma yük olmamaktadırlar. Çünkü bu ülkelerde işsizlik sigortası pek uygulanmamaktadır. Buna karşılık büyük bir toplumsal maliyet çıkabilmektedir ve kentsel şiddet, artan suç oranı toplumsal ve politik huzursuzluklar kendini en kötü şekilde göstermektedir. Ama bu sorunlar olmasa bile işsizliğin çok yüksek maliyeti vardır. Bunlardan bazıları işlerini kaybetmeyen işçiler arasında endişe, artan yabancılaşma, işini kaybetmeyen aile üyelerinin sırtına yüklenen ekstra mali yük ve aileye katkı sağlamak için çocukların okuldan alınmasıdır<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Aktuğ, s. 21

<sup>21</sup> Taşkent, **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**, s.12 vd.

<sup>22</sup> Aktuğ, s. 23

İş ilişkilerinin korunmasında toplumun genel olarak çıkarı bulunmaktadır. Bu çıkar, toplumsal refahın dolayısıyla sosyal barışın sağlanması bakımından kendisini göstermektedir. Salt istihdam alanlarının sağlanması, kişiye iş temin edilmesi değil, aynı zamanda bunun korunabilmesi, toplum refahı ve sosyal barışın ön koşullarındandır. Bununla birlikte, toplumun çıkarı sadece işin korunması noktasında kendisini göstermez. Toplumun işyerlerinin faaliyetini sürdürebilmesinde de yaşamsal çıkarı bulunmaktadır. Bu noktada ise toplumsal çıkarın çift yönlü olduğu görülmekte, hem işin hem de işyerinin korunması gereği ön plana çıkmaktadır. Özellikle küreselleşme sürecinde işyerinin korunması kavramı, uluslararası rekabet bakımından mümkün olduğunca en uygun ortamın yaratılması anlamına gelmektedir. Katı iş güvencesi sistemi ve ortaya çıkardığı maliyet karşısında işverenlerin ucuz iş gücü temin edilebilen ülkelere yatırımı, dolayısıyla artan işsizlik iş güvencesi sistemini de belirli noktalarda sorgulamaya yol açacaktır<sup>23</sup>.

Keyfi feshe karşı işçinin korunmadığı bir ortamda toplu veya ferdi işten çıkarmaların o toplumda işsizlik oranını arttıracığı açıktır. İşsizlik oranının yüksek olduğu toplumlarda bu durum gelir dağılımına da olumsuz olarak yansiyacaktır. Konu bu yönden ele alındığında işçinin feshe karşı korunması gelir dağılımını olumlu olarak etkileyecektir. Öte yandan endüstriyel ilişkiler düzeninde iş güvencesinin yaşama geçirilmesi ile toplumsal barışın önemli ölçüde sağlanması da mümkün olmaktadır<sup>24</sup>.

Diğer yandan, iş güvencesi işyerinde verimin ve üretim kalitesinin artmasına ve çalışma barışının kurulmasına yardımcı olur. Gerçekten, geçerli bir neden olmaksızın işten çıkarılamayacağının güveni içinde çalışan işçi, bu güvence nedeniyle daha huzurlu ve verimli çalışır. Bu yolla işçi işletmesi ile

<sup>23</sup> Alpagut, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Sistemine Genel Bakış", III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, 2005, s. 201.

<sup>24</sup> Aktuğ, s. 24

bütünleŖecek, çatıŖan menfaatlerin yerini menfaat ortaklığı alacak ve iŖyerinde gerçek bir alıŖma barıŖı kurulabilecektir<sup>25</sup>.

## **B. İŖ GÜVENCESİNİN ULUSLARARASI HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDA KAYNAKLARI VE GELİŖİMİ**

### **1. Uluslararası Hukukta İŖ Güvencesinin Kaynakları ve GeliŖimi**

#### **a. BirleŖmiŖ Milletler Normları**

##### **(1) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi**

BirleŖmiŖ Milletler alıŖma yaŖamına iliŖkin sorunları doğrudan ele almayıp bu konudaki yükümlölükleri ILO'ya bıraksa da iŖ güvencesi sadece bir iŖi hakkı değil bir insan hakkı olarak kabul edildiği için bu hak 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde de yer almıŖtır<sup>26</sup>.

Ülkemiz tarafından 06.04.1949 tarihinde onaylanmış bulunan 10.12.1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirge'sinde herkesin, alıŖma, adaletli ve uygun alıŖma koŖulları, iŖsizliđe karŖı korunma, eŖit iŖe eŖit ücret, adil ve yeterli ücret, sendika kurma ve sendikaya üye olma, dinlenme, iŖ süresinin sınırlandırılması, ücretli izin ve sosyal güvenlik haklarına sahip bulunduğu öngörölmüŖtür( m. 22-25). İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin kuralların bir yaptırım gücü olmamasına karŖın, bildirge dünya genelinde etkili bir manevi güce sahiptir<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.487; İŖ güvencesi kavramının önemi ve yararları konusunda geniŖ bilgi için bkz. TaŖkent, **İŖ Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**, s.11 vd.

<sup>26</sup> Ağer, s.18.

<sup>27</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.90.

Bildirgenin 23. maddesinde özellikle; "herkesin; çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır" denilerek iş güvencesine vurgu yapılmaktadır. Bu anlatım, İş güvencesinin işçi hakkının da ötesinde bir insan hakkı olduğunun göstergesidir<sup>28</sup>.

## (2) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Konumuzla ilgili olarak önem taşıyan bir başka Birleşmiş Milletler belgesi 1966'da kabul edilen ve 1976'da yürürlüğe giren "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi"dir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde sadece altı maddeye sığdırılmış olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bu Sözleşmede daha geniş ve ayrıntılı olarak ele alınmakta ve açıklanmaktadır. Sözleşmenin 6. maddesine göre: "Herkesin çalışma hakkı vardır. Bu hak herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak yaşamını kazanma şansının var olması hakkını da içerir". Sözleşmeye taraf olan devletler bu hakkın korunması için gerekli önlemleri alacaklardır<sup>29</sup>.

### b. Uluslararası Çalışma Örgütü Normları

Uluslararası Çalışma Örgütü 1919'da kurulmuş ve ülkemiz 1932 yılında örgüte üye olmuştur. Üye ülkelerde temsilcilikleri mevcuttur. ILO birçok sözleşme ve tavsiye kararları ile çalışma yaşamına uluslararası bir standart sağlamaya çalışır. Ülkemiz tarafından da kabul edilen birçok ILO sözleşmesi vardır<sup>30</sup>. ILO, işçilerin, temsilcileri aracılığıyla doğrudan temsil olanağı buldukları ve bu yolla seslerini duyurabildikleri tek kuruluştur. ILO bünyesinde

<sup>28</sup> Bilgili, **İş Güvencesi**, s.2-3.

<sup>29</sup> Aktuğ, s.56.

<sup>30</sup> Akyiğit, Ercan, **İş Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 44.



devletler hükümet-işçi-işveren temsilcilerinden oluşan üçlü bir temsile sahiptirler<sup>31</sup>.

Uluslararası Çalışma Örgütü statüsüne göre, örgüt sürekli bir barışın temel taşı olan sosyal adaletin kurulması ve sefaletin önlenmesi için ulusların bir araya gelip, çalışma alanının düzenlenmesi için iş birliği yapmaları amacıyla kurulmuştur<sup>32</sup>.

ILO sözleşmelerinin temel amacı, işçilerin çalışma şartlarını iyileştirmektir. Bu amaca ulaşmak için sözleşmelerde öngörülen Kurul asgari düzeyde bir korumayı hedefler. ILO Anayasasının 89/8 maddesine göre, sözleşmeyi onaylayan devletin iç hukukunda; o sözleşmeye oranla daha iyi bir koruma öngörülmüşse, bu korumanın sözleşme düzeyine indirilmesi kesinlikle söz konusu değildir<sup>33</sup>.

Temel hedef evrensel düzeyde asgari ölçülere saygı gösterilmesidir. 1944 yılında Philadelphia'da yapılan toplantıda Örgütün hedef ve amaçlarını belirleyen Philadelphia Bildirgesi kabul edilmiştir. Bu Bildirgede yer alan aşağıdaki ifadeler sosyal ve ekonomik haklar açısından çok önemlidir:

- Emek ticari bir mal değildir.
- Düşünce ve sendika kurma özgürlükleri, kalıcı bir ilerlemeyi gerçekleştirmenin esas unsurlarıdır.
- Yoksulluk her yerde, refaha yöneltilmiş bir tehlikedir.
- Bütün insanlar, ırk, inanç ve cinsiyetleri ne olursa olsun, kendi maddi durumlarını ve manevi gelişmelerini özgürlük, onur, ekonomik güvence ve fırsat eşitliği koşulları altında geliştirmek hakkına sahiptir<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Işıklı Alpaslan, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, s.34.

<sup>32</sup> Çelik Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, 23. Bası, Beta Yayınevi, s.29.

<sup>33</sup> Aktuğ, s.7-8

<sup>34</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.82

Bu ifadelerle ILO çalışma, sosyal, ve ekonomik haklar konusunda işçileri koruyucu asgari bir düzey oluşturmak için somut olarak adım atmış olmaktadır.

### (1) Sözleşmeler

ILO'nun en önemli faaliyeti yasama alanına ilişkin olup, uluslararası çalışma normlarını oluşturmaktır<sup>35</sup>. Amacı sosyal adaleti ve uluslararası tanınırlıkta çalışma politikalarını teşvik etmek olan ILO, kurulduğu 1919 yılından beri çalışma hayatına ilişkin 150'den fazla sözleşme oluşturmuştur.

ILO'ca hazırlanan sözleşmeler örgüte üye devletler tarafından onaylanarak yürürlüğe konulur. Bu sözleşmelerden birçoğu Türkiye tarafından onaylanarak yürürlüğe konulmuştur<sup>36</sup>.

Çalışma yaşamında ve çalışma koşullarında asgari unsurların oluşması açısından büyük farklılıkların yaşandığı dünyada, ILO'nun varlığı ve çalışmaları bu farklılıkların azaltılması açısından büyük önem taşımaktadır.

İş Kanunu'na tabi hizmet sözleşmesini düzenleyen hukuk kuralları ile diğer hizmet sözleşmeleri arasındaki ayırım, iş hukukunun gerçekleştirmeyi amaçladığı düşünceden ileri gelmektedir. Bu düşünce, ILO Statüsü ve Philadelphia Bildirisi'nin başlangıcından anlaşılmaktadır. “ Sosyal adalet ve moral endişeler çerçevesinde adaletsizliği; yoksulluğu, yoksunluğu ve güçsüzlüğü önleyerek işçiyi işverene bağımlılığının doğurabileceği tehlikelerden korumak ve böylece tüm insanlığı kapsamına alan devamlı bir barışı kurmak gereksiniminden” bahsedilmiştir. Bu gereksinim bir nebze de olsa sözleşmelerle giderilmeye çalışılmaktadır<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Sözek, **7. Baskı**, s.83

<sup>35</sup> Aktuğ, s.62

<sup>36</sup> Çelik, **23. Bası**, s.26.

<sup>37</sup> Günay, Cevdet İlhan, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 65-66.

## **i. İş İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme**

158 sayılı Sözleşme, Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı tarafından 22 Haziran 1982 tarihinde kabul edilmiştir. 158 Sayılı Sözleşme ile birlikte "İşten Çıkarma Hakkında Tavsiye (No. 166)" de kabul edilmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 9.6.1994 tarihinde 3999 sayılı Kanunla onaylamıştır<sup>38</sup>.

İşe son verme konusunda önemli bir nedenin olması gerektiğini öngören bu sözleşmeye göre, işçinin hizmet akdi, işçinin yetenek ve davranışına ilişkin ya da işyeri gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden olmadıkça sona erdirilemez. Sendika üyeliği ya da çalışma saatleri dışında (ya da işverenin izniyle çalışma saatleri içinde) sendikal faaliyetlere katılma, işçi temsilciliği görevini alma, işvereni şikayet etme ya da onun aleyhine açılmış bir davaya katılma, ırk, renk, cinsiyet, medeni durum, hamilelik, din, siyasal görüş, sosyal köken, doğum izni sırasında işe gelmeme, hastalık veya sakatlık nedeniyle geçici olarak işe gelememe fesih için haklı neden olamaz. Ayrıca, emeklilik konusundaki kanun ve uygulamalarla sınırlı olarak, yaş ve zorunlu askerlik hizmeti ya da diğer sivil yükümlülükler de haklı neden olarak kabul edilmemiştir<sup>39</sup>.

Sözleşme, genel olarak işçiyi feshe karşı koruma amacı taşımaktadır. İşçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunmasında, bu Sözleşmenin oldukça büyük önemi vardır. Zira, işçinin hizmet sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedilemeyeceğini düzenleyen sözleşmelerde, işçinin hizmet sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedilmesi halinde bunun hukuki yaptırımı konusunda somut hükümler bulunmamaktadır. Oysa 158 sayılı Sözleşmede bu konuda açık hükümler yer almaktadır<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Sümer, Hâluk Hâdi, **İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması**, Mimoza Yayınları, Konya 1997, s. 21.

<sup>39</sup> Tuğ, Adnan/ Başbuğ, Aydın, **İş Güvencesiz İş Hukuku Milletlerarası Hukukta İş Güvencesi ve İş Hukukumuzda Eleştirel Bir Yaklaşım**, Öz İplik- İş Sendikası, 2. Baskı, Ankara 1992, s.46.

<sup>40</sup> Sümer, **Sendikal Nedenle Feshe Karşı Koruma**, s.22.

158 sayılı Sözleşme hangi sebeplerin iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep oluşturmayacağını belirtmiştir (m. 5). Yukarıda sayılan sebepler iş sözleşmesinin feshinde özellikle geçerli sebep teşkil edemeyecektir:

Sözleşmeye göre 5. ve 6. maddelerde sayılan hususlar sınırlı olmayıp duruma göre başka sebeplerin de geçerli sebep sayılmayacağını belirtmiştir.

İş ilişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme üye ülkelerde yürürlüğe girme usulüne de açıklık getirmiştir. Sözleşmenin 1. maddesi Sözleşme hükümlerinin üye ülke hukukunda hangi yoldan geçerlilik kazanabileceklerini belirlemiştir. Madde 1'e göre: Bu sözleşme hükümlerinin, toplu iş sözleşmeleri, hakem kararları veya mahkeme kararları ile veya ulusal uygulamaya uygun başka bir yöntemle geçerlik kazanmadığı hallerde, yürürlüğe girmesi ulusal mevzuatla sağlanır<sup>41</sup>.

## ii. İşletmedeki İşçi Temsilcilerine Sağlanacak Koruma ve İmkânlara İlişkin 135 Sayılı Sözleşme

135 Sayılı Sözleşme esas itibarıyla ILO'nun 1949 tarihli Örgütlenme ve Toplu Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanması Hakkında 98 Sayılı Sözleşmeyle işçilere sağlanan korumanın işçi temsilcileri bakımından da uygulanması amacını taşımaktadır<sup>42</sup>.

İşyeri sendika temsilcileri görevleri gereği işverenle karşı karşıya gelmekte ve birçok olayda ters düşmektedir. Bu nedenle işyeri sendika temsilcileri, işverenin fesih baskısı altındadır. İşyeri sendika temsilcilerinin, işveren baskısı olmaksızın ve fesih baskısı hissetmeksizin görevlerini yapabilmeleri özel güvencelerinin olmasına bağlıdır. 135 sayılı Sözleşme bu amaçla kabul edilmiştir. Sözleşmenin girişinde, sözleşmenin istihdam

<sup>41</sup> 158 sayılı Sözleşmeye temel oluşturan 166 sayılı tavsiye kararı önceliği hukuki düzenlemelere vermektedir. Ulucan, Devrim, **İş Güvencesi, 2. Baskı**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2003, s.9.

<sup>42</sup> Sözleşme metni için bkz. <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ILO.html>

konusunda sendika hürriyetine zarar vermeye yönelik her türlü ayrımcılık eylemlerine karşı işçileri koruyan Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına İlişkin Sözleşme hükümlerinin dışında bir işçi temsilcileri ile ilgili ek hükümler kabul etmenin gerekliliği dikkate alınarak hazırlandığı belirtilmiştir<sup>43</sup>. 25 Kasım 1992 gün ve 3845 sayılı yetki kanununa dayanılarak Bakanlar Kurulu tarafından 8 Ocak 1993 tarihinde onaylanmıştır<sup>44</sup>.

ILO sözleşmeleri yukarıdakilerle sınırlı olmayıp iş hukukuyla ilgili çok sayıda sözleşmeyi gündeme getirip üye devletlerce imzalanmasını sağlayarak dünya çapında iş ve sosyal güvenlik hukukunun oluşmasında önemli etkide bulunmuştur<sup>45</sup>. ILO'nun iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin sözleşmeleri ülkemizde anayasanın 90. maddesine göre milletlerarası sözleşmelerin kabul ve yürürlük usulüyle hüküm kazanır<sup>46</sup>.

## (2) Tavsiye Kararları

Uluslararası çalışma örgütünün hedef ve amaçlarını gerçekleştirebilmesi için en önemli hukuksal araçları sözleşmeler ve tavsiye kararlarıdır<sup>47</sup>.

Örgütün yasama organı, üçte iki oy çokluğuyla sözleşme ve tavsiye kararlarını kabul eden genel konferansı oluşturan delegelerden oluşur. Tavsiye kararları sözleşmelerden farklı olarak bağlayıcılığı olmayan kurallardan oluşmakla beraber bazı tavsiye kararları sözleşmelerden daha önemli ve yararlı olmuşlardır. Örneğin 119 Sayılı Tavsiye kararı, 166 Sayılı Tavsiye Kararı vb.

<sup>43</sup> Sümer, **Sendikal Nedenle Feshe Karşı Koruma**, s.19-20.

<sup>44</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.84, Aktuğ, s.69

<sup>45</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, s.55.

<sup>46</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.84

<sup>47</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.85

### **i. 119 Sayılı Tavsiye Kararı**

Uluslararası Çalışma Genel Konferansı'nca 26 Haziran 1963 tarihinde 17. toplantı döneminde kabul edilen "İşin Sona Erdirilmesi Üzerine 119 Sayılı Tavsiye Kararı" adından da anlaşılacağı gibi, iş ilişkisinin sona ermesine ilişkindir. 119 sayılı bu kararda, iş ilişkisine, işçinin yetersizliğinden, işçinin davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden doğan geçerli ya da haklı (uygun görülebilir) bir sebep olmadıkça son verilemeyeceği öngörülmüştür. Özellikle, bir işçinin sözleşmesinin sendikal faaliyetler, işçinin işverene karşı dava açması, dil, din, ırk, cinsiyet, politik düşünce nedenleriyle feshedilemeyeceği yolundaki hükümler dikkati çekmekte ve bu sebeplerin sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından haklı görülemeyeceği de belirtilmiştir. Tavsiye Kararında feshe karşı başvuru yolları da düzenlenmiştir<sup>48</sup>.

### **ii. 166 Sayılı Tavsiye Kararı**

"Geçerli Bir Sebebe Dayanmayan İşten Çıkarmalara Karşı Korunma Hakkında 166 Sayılı Tavsiye Kararı", 158 sayılı Sözleşmenin eki niteliğinde olup sözleşmeyi tamamlamaktadır. Burada, uluslararası belgelerle sağlanan güvencenin belirli süreli sözleşmeler yapılması yolu ile ortadan kaldırılmasının önlenmesine ilişkin olarak ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Aşağıda sayılanlar tavsiye kararına göre işe son vermenin haklı gerekçesi olamaz.

- Zorunlu askerlik hizmeti veya diğer sivil yükümlülükler (ulusal kanun ve uygulamalarla sınırlı olarak),
- Hastalık ve kaza nedeni ile geçici olarak işe devamsızlık,

---

<sup>48</sup> Aktuğ, s.71

- İşçinin yaşı (emeklilik konusunda ulusal kanun ve uygulamalarla sınırlı olarak).

Ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri nedenlere dayalı fesihten mümkün olduğu ölçüde kaçınılması veya en aza indirilmesi işçi temsilcisinin önceden dinlenmesi, işçi çıkarmanın ölçütlerinin önceden belirlenmesi ve bu nedenle çıkarılan işçilere, ilerdeki işçi alımlarında öncelik tanınması ile işyerinde meydana gelecek büyük değişiklikleri bildirme, danışma ve ayrıca işten çıkarmanın sonuçlarını azaltacak önlemlere ilişkin tavsiyeler yer almaktadır<sup>49</sup>.

### (3) Çalışmaya İlişkin Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi

18 Haziran 1998 tarihinde 86. Uluslararası Çalışma Konferansında "Çalışmaya İlişkin Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi" kabul edilmiştir. Üye devletlerin ILO'ya serbestçe üye olmakla, örgütün anayasasında ve Philadelphia Bildirgesi'nde belirtilen temel haklar ve ilkeleri kabul ettikleri hatırlatılmıştır. Aynı zamanda, bu haklar ve ilkelerin örgüt içinde ve dışında temel kabul edilen sözleşmelerde belirli hak ve yükümlülükler biçiminde ifade edildiği ve geliştirildiği hatırlatılmıştır (m. 1)<sup>50</sup>.

Evrensel ve kalıcı bir barışın ancak sosyal adalet temeline dayalı olması, ILO anayasasının başlangıç hükmünde yer alan bu amacını gerçekleştirebilmek için sosyal adaleti tesis etmeye yönelik normlar ortaya koymuştur. Çalışmaya İlişkin Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi bu amacın gerçekleşmesine yönelik olan evrensel hukuksal değer taşıyan ve çalışma hayatında düzeni sağlamaya yönelik normlardan biridir.

Bildirgede temel haklara ilişkin ilkeler yer almıştır. (m. 2);

<sup>49</sup> Cengiz, İştah Urhanlıoğlu, **Türk Hukukunda Toplu İşten Çıkarma**, Turhan Kitapevi, Ankara 2009, s. 7.

<sup>50</sup> Aktuğ, s. 73-74.

- Sendikalaşma özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkının etkin bir biçimde tanınması,
- Zorla ya da zorunlu çalıştırmanın tüm biçimlerinin ortadan kaldırılması,
- Çocuk işçiliğine etkin bir son verilmesi,
- İstihdamda ve meslekte ayrımcılığın ortadan kalkması olarak sıralanan ilkeler dolaylı olarak iş güvencesine katkıda bulunan ilkelere<sup>51</sup>.

### c. Avrupa Birliği Normları

AB Hukukunda kaynakları, birincil ve ikincil kaynaklar olarak ayırmak mümkündür. Bu ayırım sosyal politika alanında da geçerlidir. Birincil kaynaklar, Birliği kuran antlaşmalar (Avrupa Çelik Kömür Topluluğu Antlaşması, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşması) ve bunların ekleri ve bu antlaşmaları değiştiren antlaşmalar (Maastricht, Amsterdam ve Nice Antlaşmaları) ile Avrupa Tek Senedidir.

05.05.1949 tarihinde kurulan Avrupa Konseyi bünyesinde çıkarılan normlar ve oluşturulan sözleşmeler Avrupa Birliği İş Hukuku'nun şekillenmesine önemli etkilerde bulunmuştur. Avrupa Birliği çatısı altında oluşturulan yönerge, sözleşme ve bildirgeler birlik hukuku hakkında bilgi veren önemli kaynaklardır<sup>52</sup>.

Avrupa Birliğinin temelini oluşturan Roma antlaşmasınının 117. maddesinde üye devletlerin işçilerin hayat ve çalışma şartlarının düzeltilmesi hususunda görüş birliğine varılmıştır<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Aktuğ, s.74.

<sup>52</sup> Mollamahmutoğlu, 3. Bası, s.94

<sup>53</sup> Aktuğ, s.77



AB bünyesinde yer alan sözleşme, yönerge ve diğer yazılı düzenleme hükümleri çerçevesinde oluşan Avrupa Birliği İş Hukuku, günümüzde ağırlıklı olarak işçi haklarının korunmasına yönelik hükümler içeren bir hukuk alanı olarak karşımıza çıkmaktadır.

### (1) Yönergeler

Yönergeler, çoğunlukla, işyerlerinin, çalışma koşullarının ve iş konularının güvenliğine yönelik olarak düzenlenirler. İş güvencesi sağlanmasının asgari esaslarının tespit edilmesi şeklindedir. Bu anlamda üye devletler bu asgari esaslara uygun olmak şartıyla kendi hukukları çerçevesinde iş güvencesini teknik açıdan sağlayacak düzenlemeleri yapmakla yükümlüdürler<sup>54</sup>.

Örneğin kadın işçinin feshe karşı korunmasını sağlamaya yönelik olan Avrupa Birliği yönergelerinden 92/ 85 sayılı Yönerge'nin 8. maddesinde; hamileliğin başladığı tarih ile annelik izninin sona erdiği tarih arasında geçen 14 haftalık koruyucu süre içinde işveren için fesih yasağı hükme bağlanmıştır. Bunun istisnası yetkili makamlardan alınan onay üzerine yapılan fesihtir. Belirtilen süre içinde kadın işçinin sözleşmesi feshedilirse, işveren haklı fesih nedenini yazılı olarak göstermelidir. Söz konusu maddeye göre üye devletler yönergenin 2. maddesi anlamında, hamile, loğusa ve emzikli kadın işçileri hukuka aykırı feshin sonuçlarından korumak için, gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır<sup>55</sup>.

Bir başka Avrupa birliği yönergesi olan 98/59/EC sayılı Yönerge toplu işten çıkarmayı düzenlemektedir. Yukarıdaki yönerge dışında ayrıca yine Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi, 14 Şubat 1977 tarihli ve 77/187 sayılı "İşletme, İşyeri veya İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde İşçilerin Haklarının

<sup>54</sup> Aktuğ, s.77.

<sup>55</sup> Senyen Kaplan, Emine Tuncay, **Türk İş Hukuku İle Uluslararası Sözleşmeler ve Mukayeseli Hukuk Açısından Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması**, Sözkeseen Maatbacılık, Ankara 1999, s. 198.

Korunması Hakkında Üye Ülkelerin Hukuki Düzenlemelerinin Uyumuna İlişkin Yönerge'yi" de çıkarmıştır. Yönerge işyerinin devri halinde işçilerin kazanılmış haklarını korumayı ve iş güvencesini sağlamayı amaçlamaktadır. Nitekim madde 1/1'de, "devir esnasında iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan ve devreden işveren konusu olan borçlar ve haklar devir ile devralana geçer" denilmektedir<sup>56</sup>.

Değişikliklerden en önemlisi devir kavramının yeniden tanımlanması konusudur. Buna göre Yönerge anlamında devir, bir ekonomik ana veya yan faaliyetin izlenmesi için kaynakların organize edilmiş biçimde bir araya getirilmesi anlamında kimliğini koruyan ekonomik birliğin devrini ifade eder (1/b). Yönergede yine açıkça kazanç amacı izlensin veya izlenmesin hem kamu hem de özel sektöre ait işletmelerin uygulama alanına gireceği belirtilmiştir, ancak kamu idarelerinin yeniden yapılanması veya bir idari ödevin bir idari makamdan diğerine devrinin, bu Yönerge anlamında devir oluşturmayacağı vurgulanmıştır (1/c)<sup>57</sup>.

## **(2) Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı**

Avrupa Sosyal Şartı, Uluslararası Çalışma Bürosunun teknik yardımı ile ILO'da olduğu gibi üçlü katılımı ile oluşan bir konferans çerçevesinde on yıllık bir hazırlık çalışmasından sonra kabul edilmiş bir Avrupa sözleşmesidir. Avrupa Sosyal Şartı, geniş ölçüde ILO sözleşmelerinden esinlenmiş olup, söz konusu sözleşmelerde yer alan hükümlere göre daha genel, ayrıntıya inmeyen kurallar içermektedir.

Çalışma hakkı, adil çalışma koşulları hakkı, örgütlenme hakkı grev dahil toplu pazarlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi sosyal hakları içeren Avrupa Sosyal Şartı'nda, kişilere subjektif haklar vermeyip, sadece kamu otoritesine bir takım yükümlülükler getirir. Bu nedenle, oradaki normların da mahkemeler

<sup>56</sup> Alpagut, Gülsevil, **İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Devir Hakkı**, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s.12-13.

<sup>57</sup> Alpagut, **İşyeri Devrinde Fesih Hakkı**, s.13-14.

önünde ek bir düzenleme olmaksızın talep edilmeleri büyük zorluk taşımaktadır. Avrupa Sosyal Şartı hükümleri, genellikle doğrudan uygulamaya uygun olmayan, taraf devletlerin iç hukuklarında uygun etkinlikler sonucunda tercihen gerçekleştirilmeleri beklenen kurallar olarak nitelendirilmektedir. 1 Temmuz 1999 tarihinde Sosyal Şartın yerine Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı yürürlüğe konulmuştur. Türkiye 27.9.2006 tarihinde Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının Onaylanmasına İlişkin 5547 Sayılı Kanunu kabul etmiştir. Bu yasayla da Sosyal Şartın bazı maddeleri dışarıda bırakılmış, ancak 3581 Sayılı Yasaya göre çekince konulan madde sayısı önemli ölçüde azalmıştır<sup>58</sup>.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 24. Maddesi iş sözleşmesinin sona erdirilmesine karşı korunma hakkı başlığı altında 158 sayılı ILO Sözleşmesine paralel düzenlemeleri içermekte ve geçerli sebepler olmaksızın yapılan iptallere karşı işçinin korunma hakkını tanımaktadır. İlgili madde hükümleri, işçilerin "yeterliliğinden, davranışından veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep olmaksızın" iş sözleşmelerine son verilemeyeceğini, geçersiz fesih halinde işçilerin "tazminat veya başka bir giderim" imkânını ve bunu garantiye almak için işçilerin "bağımsız bir makama" başvurma hakkını öngörmektedir<sup>59</sup>.

### (3) Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi

Avrupa Birliği'nin Aralık 2000 tarihinde Nice Zirvesi'nde onayladığı "Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinin 30. maddesi iş güvencesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Haksız işten çıkarmaya karşı koruma başlıklı madde 30'a göre, "Her işçi, topluluk hukuku ve ulusal yasalar ve uygulamalara göre haksız işten çıkarmaya karşı korunma hakkına sahiptir<sup>60</sup>."

<sup>58</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.91

<sup>59</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.96; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, s.57; Aktuğ, s.83-85

<sup>60</sup> [http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ab\\_thb.html](http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ab_thb.html)

Bildirgede "onur", "özgürlükler", "eşitlik", "dayanışma", "vatandaşlık hakları" ve "adalet" başlıkları altında klasik insan haklarının yanı sıra siyasal ve sosyal haklar da güvence altına alınmaktadır. "Özgürlükler" adını taşıyan Bildirgenin 2. başlığında sosyal politikaya ilişkin olarak toplantı düzenleme ve örgütlenme özgürlüğü ile meslek seçme özgürlüğü ve bir işte çalışma hakkına yer verilmektedir. Buna göre, herkes çalışma ve özgürce seçilmiş veya kabul edilmiş bir mesleği ifa etme hakkına sahiptir. Birliğin her vatandaşı, herhangi bir üye devlette iş arama, çalışma, yerleşme hakkını kullanabilir. Ayrıca üye devletlerin topraklarında çalışma izni verilmiş üçüncü ülkelerin vatandaşları, Birlik vatandaşları ile eşit koşullarda çalışma hakkına sahiptir (m. 11/75).

## **2. Türk Hukukunda İş Güvencesinin Kaynakları ve Gelişimi**

### **a. İş Güvencesinin Türkiye’de Tarihi Gelişimi**

1990’lı yıllarda Türk çalışma yaşamı, kanuni iş güvencesiyle esnekliğin yoğun bir biçimde tartışıldığı bir dönem geçirmiştir. 158 sayılı ILO sözleşmesinin onaylanmasına rağmen Türk iş mevzuatının gerekli uyumu sağlanamamıştır. Köklerini 1936 tarihli ve 3008 ve 1967 tarihli 931 sayılı İş Kanunlarından alan 1475 sayılı İş Kanunu, uluslararası rekabetin gereksinmelerini karşılayamaması ve ekonomik kriz ortamları için gereken esneklikten yoksun olması gibi nedenlerden dolayı, yerini 4857 sayılı iş kanununa bırakmıştır<sup>61</sup>.

Bu vesileyle 15.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve ilk kez 1475 sayılı İş Kanunu’nda değişiklik yapan 4773 sayılı yasa ile kabul edilen ve takiben 10.06 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanuna kapsamı içinde yer alan iş güvencesi, Türk İş Hukuku alanında köklü bir değişikliğe yol açmış

<sup>61</sup> Demircioğlu, Murat/ Centel, Tankut, **İş Hukuku**, 14. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s.42-43.

olup, iş sözleşmelerinin geçersiz feshine karşı işçileri korumak amacıyla yeni bir düzenleme getirmiştir<sup>62</sup>.

### (1) Anayasa Açısından İş Güvencesi

En üst hukuk normu olarak Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü prensibi (m.11) karşısında sonradan gelen kanuni kaynakların, anayasal hükümlere uygun düzenlemeler getirmeleri zorunluluğu nedeniyle anayasal kaynak, bağlayıcı, temel kaynaktır. Diğer taraftan Anayasa kuralları kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olduğundan (m. 11), nitelikleri ile bağdaştığı ölçüde bireyler arasındaki ilişkilere de uygulanabilirler. Bununla birlikte, temel haklara ilişkin anayasal kurallar, prensip olarak, kanun yoluyla somutlaştırılarak uygulanabilir duruma gelirler<sup>63</sup>.

1982 Anayasası'nın çalışma hayatına ilişkin ilke ve kuralları 49 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Sosyal ve Ekonomik haklar başlığını taşıyan üçüncü bölümünde çalışma hayatı ile ilgili birçok hükme yer verilmiştir<sup>64</sup>. Anayasa m. 49'a göre, çalışma, hem bir hak hem de bir ödevdir.

1982 Anayasasının 2. maddesinde ise, Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgusu çalışma hayatının devletin koruma alanı altında olduğunu gösterir niteliktedir. İş Hukuku alanında Anayasanın direktiflerine göre bir düzenleme yaparken, bakış açısı, Anayasanın sosyal devlet bakış açısı olmak zorundadır. Denilebilir ki İş Hukukundaki her kanuni düzenleme, bu ekonomik haklarla sosyal haklar arasında sadece işçiler bakımından değil, toplumun genel faydası açısından belirli bir denge kurma çabasını yansıtır<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.23.

<sup>63</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.44

<sup>64</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 53.

<sup>65</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.45

Anayasanın çalışma hayatı için getirmiş olduğu bazı güvenceler şunlardır: Kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı, çocuklar, kadınlar ile fiziki ve ruhi yetersizliği olanların çalışma koşulları bakımından özel olarak korunacağı, çalışanların dinlenme haklarına sahip olduğu (m. 50), çalışanların ve işverenlerin önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilecekleri, bunlara serbestçe üye olup, üyelikten ayrılacakları, işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kanunla düzenleneceği (m. 51), işçiler ve işverenlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma koşullarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip buldukları, kamu görevlilerinin kuracakları sendikalar ve üst kuruluşların idare ile toplu görüşme yapabilecekleri (m. 53), işçilerin toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde grev hakkına sahip buldukları, işverenlerin lokavta başvurmasının kanunla düzenleneceği (m. 54), çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli önlemlerin alınacağı, asgari ücretin belirlenmesinde çalışanların geçim koşulları ile ülkenin ekonomik durumunun da göz önünde bulundurulacağı (m. 55), herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu (m. 60).

## **(2) Sendikalar Kanunu Açısından İş Güvencesi**

5.5.1983 tarihli 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu, ülkemizde toplu iş sözleşmelerine ilişkin temel yasalardandır. Kabul edildiği 1983 tarihinden günümüze kadar birçok değişiklik geçiren ve en son olarak da 4773 sayılı Kanun ve 4857 sayılı İş Kanunu ile bir kısım hükümleri değişikliğe uğramıştır.

4773 sayılı kanunla değiştirilmeden önce, 2821 sayılı Sendikalar Kanununda temsilciler için özel bir güvence getirilmişti. Buradaki düzenleme işyeri sendika temsilcilerinin görevlerini serbestçe yapabilmeleri açısından büyük önem taşımaktaydı. Kanununun 30. Maddesinde, "İşveren işyeri sendika temsilcilerinin hizmet akitlerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve

kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez" hükmü vardı. Bu hüküm sayesinde 4773 sayılı kanunun düzenlenmesine kadar Türk İş Hukukunda dar anlamda iş güvencesine sahip tek işçi kesimi, işyeri sendika temsilcileridir denilebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun; "işçi sendikası ve konfederasyonu yöneticiliğinin teminatı" başlıklı 29. Maddesi ve "sendikaya üye olup olmama hürriyetinin teminatı" başlıklı 31. Maddesi, iş güvencesi ve işçinin feshe karşı korunması kapsamında değerlendirilecek diğer hükümlerdir<sup>66</sup>.

### (3) İş Kanunlarındaki Düzenlemeler

#### i. 3008 Sayılı İş Kanunu Dönemi

Ülkemizde işçi - işveren ilişkilerine ilişkin hükümler ilk olarak 1926 tarihli Borçlar Kanununda yer almıştır. Borçlar Kanununun 313-354. maddelerinde yer alan ve iş sözleşmesini düzenleyen hükümler, 1936 tarih ve 3008 sayılı ilk İş Kanununun yürürlüğe girmesine kadar geçen süre zarfındaki iş ilişkilerine uygulanmıştır<sup>67</sup>.

Henüz tarımın ekonomide ağırlığını sürdürdüğü, modern anlamda bir sanayinin oluşmadığı koşullarda devletçi politikalar çerçevesinde Kamu İktisadi Teşekkülleri desteklenmiştir. KİT'lerin ucuz ara mal üretimiyle sermaye birikimine yaptığı katkılar oldukça önem taşımıştır. Devletçi sanayileşme politikaları, devleti en büyük işveren konumuna getirmiştir. Diğer yandan işletme ölçeklerindeki büyüme ve gelişme, işçi sayısındaki artış bu kesimle onları istihdam eden işverenler arasındaki çalışma ilişkilerinin kurallaştırılmasını zorunlu kılmıştır. Ayrıca kamu işçilerinin özel sektör işçilerine göre daha geniş koruma altına alınmasının yarattığı dengesizlikler

<sup>66</sup> Ağer, s.31.

<sup>67</sup> Manav, Hale, **İş Sözleşmesinde Feshin Geçersizliğinin Tespiti ve Hukuki Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 8.

işçi sınıfı içerisinde huzursuzluklara neden olmuştur<sup>68</sup>. Serbest fesih hakkı o tarihlerde kimsenin dokunmaya cesaret edemediği genel bir kural olduğundan, 3008 sayılı İş Kanunu iş güvencesi sağlayan hükümlerden yoksun olarak yürürlükte kalmıştır<sup>69</sup>.

Toplu iş sözleşmesi düzenine geçilmeden önce 3008 Sayılı İş Kanununun 29. maddesinde “Dâhili Talimatname” adı altında, işverence hazırlanan ve işyerinde çalışma şartlarına, disiplin, sağlık ve iş emniyetine ilişkin iç yönetmeliklerin çalışma teşkilatının onayından sonra taraflar için uyulması zorunlu olacağı öngörülmüştü. 275 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu bu düzenlemeyi kaldırmıştır<sup>70</sup>.

## ii. 1475 Sayılı İş Kanunu Dönemi

1961 Anayasası ile benimsenmiş olan sosyal devlet ilkesi çerçevesinde, devlet tarafından, sadece çalışanlara değil toplumdaki işsiz, hasta, sakat ve emeklilere de çeşitli sosyal güvenceler sağlanmıştır. Özgür ve demokratik bir toplum yaratma gayesiyle çalışanlara grev imkânı ile donatılmış sendikal hakların tanınması, sosyal içerikli yeni hak ve imkânların sağlanması, sivil toplum örgütlerinin ve meslek odalarının kurulmasının önünün açılması gibi pek çok gelişme, otoriter bir rejimin ürünü olan 3008 sayılı İş Kanununun yerini alacak yeni bir kanun ihtiyacını doğurmuştur. 1967 yılında 931 sayılı İş Kanunu işte bu amaçla çıkarılmıştır. İkinci iş kanunu olarak bilinen bu kanun Anayasa Mahkemesi tarafından şekil yönünden iptal edildikten sonra ortaya çıkan hukuki boşluğu doldurmak üzere 1971 yılında ufak bazı değişikliklerle 1475 sayılı İş Kanunu yürürlüğe konulmuştur<sup>71</sup>. 1475 sayılı İş Kanunu ile ilk kez iş akdinin feshinden önce bir bildirim süresi kabul edilmiş, işletmenin

<sup>68</sup> Hatman, Ülkü, “ 2003 Türkiye’sinde Esnekliğin İş Yasası ve Sendikal Harekete Etkileri”, <http://www.petroil-is.org.tr> 2000-2003 Yıllığı (Erişim 05. Mart 2012) s.6.

<sup>69</sup> Ağer, s.34

<sup>70</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, s.52

<sup>71</sup> Şahlanan, Fevzi, “Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri ve Temel Kavramları” , **Yeni İş Yasası Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, s.26.



devri halinde iş akdinin devamı öngörülmüş, belirli durumlarda hizmet akdinin askıda kalması sağlanmıştır.

Her ne kadar bir ihbar öneline bağlanmış olsa da 1475 sayılı kanunun 13. Maddesi ile, belirsiz süreli hizmet akitlerinin feshinde işverenin geçerli bir sebep gösterme zorunluluğu aranmamıştır<sup>72</sup>. 1475 sayılı kanunda değişiklikler öngören 1927 sayılı kanunun gerekçesinde kıdem tazminatı tanımlanırken “Kıdem tazminatı, işçilerin gelir ve iş güvenliğini sağlayıcı ve keyfi işten çıkarılma işlemlerinin işçi aleyhine doğurduğu sonuçları giderici niteliği yanında...” demek suretiyle kıdem tazminatının iş güvencesi sağlama fonksiyonuna işaret edilmiştir<sup>73</sup>.

1475 Sayılı İş Kanunu hükümlerinin ekonomik ve teknolojik gelişmelere uyum sağlayacak esnekliğe sahip olmaması özellikle taraf iradelerine gerekli serbestliği tanımaması, çalışma koşullarının tarafların ihtiyaçları doğrultusunda şekillenmesine engel teşkil etmiştir<sup>74</sup>. Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin karşısında 1475 Sayılı Kanunun bu ruha ayak uyduramaması yeni bir kanunun yapılmasını kaçınılmaz hale getirmiştir. Bu vesileyle 1475 Sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin eksiklerini gidermek amacıyla 9 Ağustos 2002 tarihli 4773 Sayılı kanun çıkarılmıştır.

### iii. 4773 Sayılı Kanunun Getirdikleri

1475 Sayılı İş Kanunumuzda 09.08.2002 tarihli ve 4773 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle iş güvencesi hükümleri Türk İş Hukuku alanına girmiştir. 4773 Sayılı Kanunla yapılan değişikliğe kadar, iş sözleşmesinin feshinin haksız olması halinde işçinin işe iadesi düzenlemesi hukukumuzda mevcut değildi. 4773 sayılı kanunun çıkış noktası, 1475 sayılı İş Kanununun öteden beri iş güvencesi açısından yetersiz olduğu için eleştirilen 13.

<sup>72</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.48

<sup>73</sup> Reisoğlu, Safa, **1927 Sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı**, Ankara üniversitesi Basımevi, Ankara, 1976, s.22.

<sup>74</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, s.45

maddesinde bir düzenleme yapmak olmuştur<sup>75</sup>. Kamuoyundan gelen tepkilerin de etkisiyle Bakanlık bu kez ilgili komisyona İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi ve Grev ve Lokavt Kanununun yeniden ele alınması ve yeni kanunların hazırlanması görevini vermiştir. Komisyon bu yeni görevini yaparken 2002 yılında Bakanlık, tam da seçim öncesine denk gelecek şekilde, Komisyonun faaliyetlerini bitirmesini beklemeksizin sadece İş Güvencesi Kanun Tasarısını Meclise sunmuş ve kamuoyunda İş Güvencesi Kanunu olarak bilinen 4773 sayılı Kanun 9 Ağustos 2002 tarihinde kabul edilmiştir<sup>76</sup>. Bununla birlikte;

- Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak,
- İşyeri sendika temsilciliği veya işçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya temsilciliğe aday olmak,
- Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idarî veya adlî makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak,
- İrk, renk, cinsiyet, medenî hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, din, siyasî görüş, etnik veya sosyal köken,
- Kadın işçilerin çalıştırılmalarının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek,
- Hastalık veya kaza nedeniyle geçici olarak devam etmemek,

<sup>75</sup> Ağer, s.39

<sup>76</sup> Güven, Ercan/ Aydın, Ufuk, **Bireysel İş Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Nisan Kitapevi, Eskişehir 2010, s.175.

gibi hususların iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep oluşturmayacağı kanunda açık bir şekilde yer almıştır<sup>77</sup>.

1475 sayılı İş Kanununda 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki halinde, süresi belirsiz akitlerde taraflardan biri öteki tarafa bir süre vererek (sürelili fesih bildirim) hiçbir neden göstermeden fesih bildiriminde bulunabiliyordu. Bu kural genel olarak süresi belirsiz hizmet akdini serbestçe yapan işçi ve işverenin günün birinde akdi yine serbestçe sona erdirebilmesi yolundaki düşünceye dayanır. Bu serbesti akdi sona erdirme zamanının seçilmesini olduğu kadar fesih nedeninin tayinini de kapsamaktaydı.

4773 sayılı Kanunla İş Kanununda yapılan değişiklikler sonucu belirsiz süreli hizmet akitlerinin feshinde akdi fesheden tarafın uymak zorunda olduğu bildirim süreleri aynen muhafaza edilmiş olmakla birlikte, akdi fesheden işverene geçerli bir sebep gösterme zorunluluğu getirilmiştir.

#### **b. 4857 Sayılı Kanun İle Getirilen İş Güvencesi Düzenlemesi Gelişimi**

15.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve ilk kez 1475 sayılı İş Kanununda değişiklik getiren 4773 sayılı kanun ile kabul edilen ve takiben 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı içinde yer alan iş güvencesi, Türk iş hukuku alanında köklü bir değişikliğe yol açmış olup, iş sözleşmelerinin geçersiz feshine karşı işçileri korumak amacıyla yeni bir düzenleme getirmiştir<sup>78</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu iş güvencesi açısından değerlendirildiğinde, en önemli düzenleme feshin geçerli sebebe dayandırılmasına ve geçerli sebebe dayanılmadan yapılan feshin hukuki sonuçlarına ilişkin 18 vd. maddeleridir. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu, iş güvencesinin kapsamını 4773 sayılı Kanuna

<sup>77</sup> Ağer, s.39

<sup>78</sup> Kar, İş Güvencesi İlke Kararları, s.23.

göre gerek işçiler gerek işyeri bakımından daha dar tutmuştur. Bu düzenleme, ülkemizde küçük ve orta boy işletmelerde çalışan işçiler esas alındığı zaman asıl korunmaya muhtaç olan işçi kesimini kapsam dışı bırakması sebebiyle eleştirilmiş olmasına karşın, 4773 sayılı Kanunda olmayan “işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir” hükmünün 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmesi iş güvencesinin amacına uygun düşmektedir<sup>79</sup>.

Kanunun iş güvencesine ilişkin hükümleri kendi içindeki bazı hükümler (İş K. 4, 11 vd. 17, 22, 25, 29 vs.) ile bağlantılı olduğu gibi Bas. İş K. m. 6 ile de bağlantı içindedir. Zira Basın İş Kanunu kendi kapsamındaki işçiler (gazeteciler) için ayrıca özel bir güvence getirmemiş, bu konuda İş K. 18, 19, 20, 21 ve 29. madde hükümlerinin kıyasen uygulanacağını belirtmiştir (Bas. İş K. 6/son). Keza 4857 sayılı İş Kanunu genel olarak sendikal faaliyet güvencesi (Sen. K. m. 31) ile işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi (Sen. K. m. 30) konusunda 4773 sayılı Kanunla getirilen güvenceye de dokunmamıştır<sup>80</sup>.

### **C. İŞ GÜVENCESİNİ DÜZENLEYEN HÜKÜMLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

İş hukukunun iş güvencesini düzenleyen hükümleri, kimi kez olumlu edimler yüklerken kimi kez de olumsuz edimler yükleyen yer yer emredici yer yer ise nispi emredici hukuk kurallarıdır. İş sözleşmeleri, sözleşme taraflarının kendi irade ve ihtiyaçları doğrultusunda şekillendirmiş oldukları ve iki taraf için hak ve yükümlülük doğuran sözleşmeler olup iş güvencesi açısından da hukuksal değer taşıyan taahhütlerdir.

<sup>79</sup> Manav, Eda, **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.28

<sup>80</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.151

Bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile işçi lehine iş güvencesinden yararlanma koşulları değiştirilerek, iş güvencesinin kapsamı genişletilebilir. Nitekim İş K 18. madde ve dolayısıyla iş güvencesinden yararlanma koşulları nispi emredici niteliktedir.<sup>81</sup> İş K m. 21/son'da hangi hükümlerin mutlak emredici düzenleme olduğu düzenlenmiştir. Bu hükmün mefhumu muhalifinden iş güvencesinden yararlanma koşullarına ilişkin İş K m. 18/1 hükmünün nispi emredici olduğu sonucuna varılabilir. Bununla birlikte iş güvencesi hükümlerinin amacının işçilerin feshe karşı korunması olduğu ve sözleşmelerle kararlaştırılacak hükümlerle daha fazla işçinin iş güvencesi kapsamına alınarak feshe karşı korunacağı düşünülürse, bu düzenlemenin nispi emredici olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır. Bu nedenle altı aylık kıdem süresinin sözleşmelerle kısaltılması, otuz işçi kriterinin azaltılması ya da bu koşulların tamamen kaldırılması veya tüm işveren vekillerinin iş güvencesinden yararlanabilmesi mümkündür.<sup>82</sup>

İş güvenliğini düzenleyen işçi ve toplumsal barışın korunmasına hizmet eden bu hükümler, kaynağını uluslararası alanda sosyal çalışma politikalarını

<sup>81</sup> Ekonomi, Münir; "Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", **İş Kanunu Toplantı Dizisi I**, İstanbul 2005, s.28; Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.213; Alpagut, Gülsevil; İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, 2005, Ankara 2007, s.85; "... 4857 Sayılı İş Kanununun 18. maddesine göre iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğu için işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması gerekir. Ancak Kanunun bu maddesi nisbi emredici bir madde olup, taraflar her zaman işçi lehine bunun aksini kararlaştırabilirler. Nitekim taraflar arasında imzalanmış işyerinde yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesinin İş Güvencesi ve İşçi Çıkarılması başlığını taşıyan 34. maddesinde iş akdinin feshedileceği durumlarda işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın 4857 sayılı İş Yasasının iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hükmünü getirmiştir. Bu durumda işyerinde çalışan işçi sayısı otuz işçinin altında olsa dahi Toplu İş Sözleşmesinin bu maddesine itibar etmek gerekirken, mahkemenin aksine düşünce ile davanın reddine karar vermesi hatalıdır." Y9HD, 26.5.2005, E.2005/12317, K.2005/19404; karar ve incelemesi için bkz. Yıldız, Gaye Burcu; "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nisbi Emredici Niteliği", **Legal İHSGHD**, 11/2006, s.902 vd.

<sup>82</sup> Yargıtay'ın bir kararına göre de, iş güvencesi bakımından otuz işçi koşulunun aranmayacağına ilişkin olarak işçi lehine getirilen düzenleme geçerlidir. Y9HD, 26.5.2005, E.2005/12317, K.2005/19404; Çil, Şahin; **İş Kanunu Şerhi**, C.1, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, s.1095-1096. Ayrıca bkz. Y9HD, 23.12.2008, E.2007/29287, K.2008/35193; Y9HD, 15.12.2008, E.2007/30344, K.2008/33716 (kişisel arşiv). Alpagut, **Kıdem Tazminatı**, s.85; Göktaş, Seracetin, "İşveren Vekilinin İş Güvencesi", **Çalışma ve Toplum EHD**, S.20, 2009/1, s.72.

teşvik ve araçları tedarik etmeye çalışan ILO'nun ilgili sözleşme ve tavsiyeleriyle şekillenmiş olduğundan evrensel genel- geçer hukuksal değere sahiptirler.

## **II. İŞ GÜVENCESİNİN KAPSAMI VE İŞ GÜVENCESİNDE HÂKİM OLAN İLKELER**

### **A. İŞ GÜVENCESİNİN KAPSAMI**

İş güvencesi hükümleri olan 4857 sayılı İş Kanunu 18, 19, 20 ve 21. Maddelerinden yararlanabilmek için, 4857 sayılı İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan olmak gerekir.

İş güvencesiyle ilgili hükümler 4857 sayılı İş Kanununun 18. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 18. Maddeye göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

158 sayılı ILO Sözleşmesi m. 2 f. 1'de, "Bu sözleşme tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olunanlara uygulanır." demiş fakat sonraki fıkrada şöyle bir hüküm getirmiştir.

" Bir üye devlet hizmet ilişkisi içinde çalışanlardan aşağıdaki kategorilerde bulunanları iş bu sözleşme hükümlerinin tamamının veya bir kısmının uygulama alanı dışında bırakabilir.

\* Belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan işçiler,

\* Süresi önceden ve makul olarak belirlenmiş deneme süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçilerden deneme süresi içinde bulunanlar,

\* Süreksiz hizmet ilişkisi içinde çalışan işçiler.”

Maddede sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakılabilecek çalışanlar sayılmıştır. Bu hükme göre, belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçiler, süresi önceden ve makul olarak belirlenmiş deneme süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerden deneme süresi içinde bulunanlar ve süreksiz iş ilişkisi ile çalışan işçiler, kapsam dışında bırakılabilecektir<sup>83</sup>.

Gerçekten, işçinin geleceğine güven duyması, sürekli olarak işini kaybetme ve dolayısıyla kendisinin ve ailesinin geçim kaynağını oluşturan ücretinden yoksun kalma endişesinin dışında tutulması, modern İş Hukukunun en temel amaçları arasında yer alır. Belirsiz süreli iş akitlerinde süreli fesih hakkının işveren tarafından hakkın kötüye kullanılması dışında herhangi bir sınıra bağlı olmaksızın kullanılabilmesi işçileri işlerinin sürekliliği konusunda büyük bir güvensizlikle karşı karşıya bırakır<sup>84</sup>.

## 1. İş Güvencesi Kapsamında Fesih İlişkin Şartlar

İşverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinde çalışan toplam işçi sayısı hesaplamada dikkate alınması gerektiğinden, işyeri kavramının belirlenmesine ihtiyaç vardır. İş güvencesine ilişkin kanuni düzenlemede belirtilen işyeri kavramının ne olduğu ancak genel hükümlerle açıklanabilir. Bu doğrultuda, İş Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen işyeri kavramı, aynı Kanunun tanımlar başlıklı 2. maddesine göre işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Sosyal sigortalar mevzuatı anlamındaki işyeri kavramı ile iş güvencesinde otuz işçi sayısına esas işyeri kavramının birbirinden farklı olduğunu, aynı iş kolunda

<sup>83</sup> Sarıbay, Gizem, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007. s.36

<sup>84</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.486

birden çok işyerinin bulunması durumunda işletmeye bağlı bütün işyerlerinin esas alınması gerektiğini belirtmemiz gerekir<sup>85</sup>. Yargıtay'ın bir kararında "İşletme düzeyinde imzalanan toplu iş sözleşmesinin aynı işverene bağlı aynı işkolunda altı adet işyerini kapsamı halinde, 4857 sayılı Kanunun 18. maddesinde yer alan otuz işçi ölçütünün belirlenmesinde bu altı işyerinde çalıştırılan toplam işçi sayısı nazara alınır." denilmek suretiyle işverenin aynı iş kolundaki işyerlerindeki toplam işçinin esas alınacağı vurgulanmaktadır<sup>86</sup>, Bu bağlamda örneğin, bir işletmeye bağlı aynı işkolunda dört adet işyerinde toplam elli işçi varsa, söz konusu dört işyerinde çalışan işçilerin hepsi de iş güvencesi kapsamında olacaklardır. Başka bir ifadeyle, örnekteki işletmeye bağlı bir işyerinde sadece beş işçi çalışsa dahi, iş güvencesi kapsamında olacaktır<sup>87</sup>. Ancak, işverene ait işyerlerinin aynı işkolunda olup olmadığı konusunda uyuşmazlıklar ortaya çıkabilmektedir. Söz konusu uyuşmazlığın sadece Toplu İş Hukuku taraflarını ilgilendiren Sendikalar Kanunu 4. m. çerçevesinde çözümlenmesi düşünülemez. Kanunda buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>88</sup>.

### a. Otuz İşçi Sayısının Tespiti

4857 sayılı İş Kanuna tabi işyerlerindeki işçilerin iş ilişkilerinde iş güvencesinin uygulanabilmesi için, işyerinin İş Kanununa tabiliği yetmemektedir. Ayrıca, böyle bir işyerinde işverenin en az kanunun aradığı

<sup>85</sup> Y9HD, 11.12.2003, E.2003/19269-K.2003/20526 K, Gökçe, Erdal, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davası**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008. s.63

<sup>86</sup> Y9HD, 11.12.2003, E: 19269, K: 20526, Koç, Muzaffer, **Tüm Yönleriyle İş Güvencesi**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 72 vd; Y9HD, 23.01.2007 2006/29128, K: 2007/441, Y 9.HD, 14.05.2007, E: 2006/25225, K: 2007/1190 [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

<sup>87</sup> Koç, M, **Tüm Yönleriyle İş Güvencesi**, s. 72 vd; Günay, Cevdet İlhan, "Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi", A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayınevi, İstanbul 2005, s. 183; Aktuğ, s.110

<sup>88</sup> Ertürk Şükran; "4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, **30. Yıl Armağanı**, Ankara 2006, s. 262'den Akt: Aktuğ, s. 110



sayıda işçi çalıştırması da zorunludur<sup>89</sup>. Kanun bu anlamda işyerinin en az 30 işçi çalıştırmasını aramaktadır (İş K. m. 18/1). Fakat bu asgari sayı tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri için geçerli değildir. Zira tarım ve orman işlerinin yürütüldüğü işyerlerinin İş Kanununa tabi olması ve dolayısıyla da iş güvencesine muhatap kılınabilmesi için orada 50'den çok sayıda işçi çalıştırılıyor olması zorunludur (İş K. m. 4). Aksi halde o işyerlerinde iş güvencesi de kendiliğinden uygulama imkanı bulamaz. O halde, iş güvencesinin söz konusu olabilmesi için tarım ve orman işyerlerinde en az 51 (50'den çok) işçinin; bunun dışında İş Kanunu'na tabi işyerlerindeyse en az 30 işçinin çalıştırılıyor bulunması zorunludur. Böylece iş güvencesi hükümlerinin her işyerinde değil belli ölçekteki işyerlerinde uygulanması sağlanmak istenmiştir. Aslında 4773 sayılı Kanunla getirilen metinde iş güvencesinin en az 10 işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilere uygulanacağı belirtiliyordu. (1475 s. İş K. 13/A). Fakat bu durum da hemen her işyerini güvence kapsamına alıp işletmeleri olumsuz etkilediği gerekçesiyle işverenler tarafından eleştiriliyordu. Öğretide ise sayının yüksek olduğu ve 5 işçiye düşürülmesi gerektiği düşüncesiyle eleştiriliyordu<sup>90</sup>.

İşçi sayısı esas alınarak yapılan düzenlemenin, Anayasa'nın eşitlik, ölçülülük ve sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu söylenebilir. İşçi sayısına yönelik olarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurunun reddedilmesi neticesinde, işçi sayısının Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı tartışması hukuken sona ermiştir<sup>91</sup>. Buna karşılık işyerinde çalışan işçinin otuzla sınırlandırılmasındaki amaç ile ortaya çıkan sonucun orantısız olduğu, ülkemizde çalışan işçilerin yarısına yakın bir bölümünün iş güvencesi

<sup>89</sup> Aksi halde işçi iş güvencesinden yararlanamaz. Bkz. 9.HD. 04.04.2005, E. 8117, K.11827, Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.212

<sup>90</sup> Ulucan, Devrim, "4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı", **İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s.23; 4857 sayılı yasa açısından bkz. Egemen, Erdal; "Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta İş Güvencesi", **Yeni İş Yasası Sempozyumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı**, İstanbul 2003, s.95; Akyiğit, **İş güvencesi**, s.212

<sup>91</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.496; Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s. 717.

dışında bırakılmasının yerinde olmadığı iddia edilmiştir<sup>92</sup>. Bu nedenlerle yapılan düzenlemenin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan aracın varılmak istenen amaca ulaşmak için gerekli, elverişli ve orantılı olması olarak tanımlanan ölçülülük ilkesine uygun olmadığı ifade edilebilir. Bu konuda işyerinde çalışan işçi sayısı esas alınarak yapılan ayırımın, güçsüzlerin korunması, sosyal adalet ve toplumsal dengenin sağlanmasını imkânsız hale getirdiği, Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesiyle çeliştiği ileri sürülmektedir<sup>93</sup>.

İşyerinde, İş Kanunu m. 2/6 şartlarına uygun asıl işveren - alt işveren ilişkisi kurulduğunda asıl işverene ait işyerinin fiziki sınırları içinde bir mal ve hizmet üretmek amacıyla değişik unsurları ve bunlar arasında iş gücünü çalıştıran alt işveren için de ayrı bir işyeri (İş K. m. 2/1, 2, 3 ve m. 3/2) olduğundan, alt işveren bu işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırıyorsa onun işçileri için de iş güvencesinden yararlanma imkânı doğacaktır. Alt işveren o işyerinde işçi sayısı otuzdan az olmakla beraber, aynı işkoluna giren başka işyerleri varsa, o takdirde, bunlarda çalışan toplam işçi göz önünde tutularak otuz ve daha fazla işçi ölçütünün bulunup bulunmadığı belirlenecektir. Alt işverenin işçileri, muvazaalı işleme dayalı bir işlemin varlığı kanıtlanmadıkça, asıl işverenin işçileri olarak hesaba katılmazlar<sup>94</sup>.

4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesi nispi emredici bir madde olup, Yargıtay kararlarında da yer aldığı üzere taraflar her zaman işçi lehine bunun aksini kararlaştırabilirler. Örneğin, Yargıtay bir kararında şöyle demiştir, “davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Nitekim taraflar arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinin iş güvencesi ve işçi çıkartılması başlığını taşıyan 24. maddesinde iş akdinin feshedileceği durumlarda iş yerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın 4857 Sayılı İş Yasası'nın iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hükmünü

<sup>92</sup> Çelik, **23. Bası**, s.215.

<sup>93</sup> Şakar, Müjdat/Yiğit Şakar, Ayşe, **İşçiye Ödenecek Tazminatlar**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2010. s.213

<sup>94</sup> Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.37; Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.193

getirmiştir. Bu durumda iş yerinde çalışan işçi sayısı otuz işçinin altında olsa dahi toplu iş sözleşmesinin bu maddesine itibar etmek gerekirken, mahkemenin aksine düşünce ile davanın reddine karar vermesi hatalıdır"<sup>95</sup>.

### b. Otuz İşçi Sayısına Dahil Edilecekler

Otuz işçi sayısına dahil olacak işçilerin tespitinde işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan işçilerin tamamının dikkate alınması gerekir. Burada önemli olan işçilerin işverene iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışmalarıdır, yoksa işlerini fiilen işyerinde ifa edip etmemelerinin, dolayısıyla da evde çalışma durumunun olmasının bir önemi yoktur<sup>96</sup>. İş sözleşmesine dayanarak çalışan bu işçilerin belirli ya da belirsiz süreli veya kısmi süreli ya da tam süreli olarak çalışması arasında fark yoktur<sup>97</sup>. Zira burada söz konusu olan iş güvencesinden yararlanacak olan işçiler değil, iş güvencesine girecek olan işyerlerinin tespitidir. Bu bakımdan mevsimlik ve çağrı üzerine çalışanlar ile iş sözleşmesinin feshi sırasında hasta, raporlu veya izinli olan işçiler de 30 işçi sayısının hesaplanmasında dikkate alınmalıdır<sup>98</sup>. Bu koşulda işçinin iş sözleşmesinin devam etmesi yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir<sup>99</sup>. Bununla birlikte kendi özel yasalarında işçi olmadıkları belirtilen sözleşmeli personel, işyerinde meslek eğitimi gören öğrenciler, stajyerler, çıraklar, alt işveren işçileri ile geçici iş ilişkisine<sup>100</sup> dayalı çalışanlar sayıya dahil edilmeyecektir<sup>101</sup>.

<sup>95</sup> 9.HD.26.05.2005,12317, **Teks. İsv. D**, Hukuk Eki Temmuz 2006.s.2-3.

<sup>96</sup> Aksi Görüş Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.713; Manav, H, s.26.

<sup>97</sup> Çelik, **24 Bası**, s. 214; Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.714; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **4. Bası**, s. 160; Manav, H, s.26

<sup>98</sup> "...İş sözleşmesi askıda olan işçiler otuz işçi sayısının tespitinde dikkate alınmalıdır" Y9HD. 13.02.2006 T.,2006/320 E., 2006/3898 K, Çil, **Şerh**, s.1021.

<sup>99</sup> Y9HD. 18.12.2009 T, 2009/247 E, 2009/37746 K., (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com); Y9HD. 24.03.2008 T, 2007/27699 E, 2008/6006 K, **Çalışma ve Toplum EHD**, 2008/3, S. 18, s.313.

<sup>100</sup> Yıllık iznini kullananın yerine çalıştırılan işçi dikkate alınmaz, bu durumda geçici işçi, kendi işverenindeki işçi sayısına dahildir. Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.714

<sup>101</sup> Çırak ve stajyerler işçi olmadıkları için 30 işçi sayısına dahil değildirler. Ancak işverene iş sözleşmesi yapan stajyerler, işçi sıfatını kazanmış olacaklarından sayının hesabında dikkate alınacaklardır, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.713-714.

İşçi sayısının hesabında belirli veya belirsiz süreli, tam ya da kısmi süreli çalışanlar, mevsimlik işlerde çalışanlar ile fesih anında raporlu izinli olanlar dikkate alınacak, buna karşılık işyerinde çalışmakla birlikte işçi sıfatını taşımayan memurlar, çıraklar, stajyerler ve geçici işçiler ile ödünç alınan işçiler dikkate alınmayacaklardır<sup>102</sup>.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin ilk fıkrasına göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde belirsiz süreli bir iş sözleşmesini fesheden işveren geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Madde metnindeki "çalıştırılan" kavramı, fesih tarihinde işyerinde fiilen/aktif olarak çalışan işçilerden ibaret değildir. Bu nedenlerle hukuken iş sözleşmesine dayalı olarak işyeri ve işverene bağlı tüm çalışanlar, sigortalı ve sigortasız olmalarına bakılmaksızın otuz sayısının hesabında esas alınmalıdır. İşyerinde çalışan ve otuz sayısının belirlenmesinde hesaba katılan işçinin iş sözleşmesine dayalı olarak çalışması yeterlidir, hangi kanun hükümlerine tabi bir iş ilişkisinin olduğunun herhangi bir önemi bulunmamaktadır<sup>103</sup>.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, otuz işçi sayısının tespitinde iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte işyerinde çalıştırılan işçi sayısı esas alınmalıdır<sup>104</sup>. Başka bir görüşe göre ise, feshin işçiye bildirildiği tarihte işyerinin normal işleyebilmesi için optimal olarak çalıştırılması gereken işçi sayısı belirlenmelidir<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul. Mart 2005. s. 154. Ekonomi, **İş Güvencesi**, s. 36; Günay, **Şerh**, s.580; Dönmez, s.193; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s.160.

<sup>103</sup> Gökçe, s. 61

<sup>104</sup> Taşkent, Savaş; "İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi", Yeni İş Yasası, **Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası**, 25-29 Haziran 2003, Çeşme, s.116; Süzek, **7. Baskı**, s.496; Eyrenci, Öner; "4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler", **Legal İHSGHD**, Ocak-Şubat-Mart 2004, S.1, s.32; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s.161; Gökçe, s.61.

<sup>105</sup> Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.37; Güzel, Ali; "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı**, İstanbul Barosu, İstanbul 2004, s.32; Soyer, Polat, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı**, s.42, dn.60.

Otuz işçinin belirlenmesinde iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan üst düzey yöneticiler, belirli süreli iş sözleşmesi ve kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar, mevsimlik ve çağrı üzerine çalışanlar, fesih sırasında raporlu ve izinli olanlar dikkate alınacaktır<sup>106</sup>.

Asıl işveren alt işveren ilişkilerinde ise alt işveren işçileri başka bir işverene bağlı oldukları için çalışan işçi sayısına dahil edilmeyeceklerdir. Ancak bunun için ortada geçerli olarak kurulmuş bir asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte uygulamada asıl işveren işçilerinin, iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmek amacıyla alt işveren işçisi gibi muvazaalı olarak gösterilmesi halinde bu işçilerin asıl işverenin işçileri olarak kabul edilmeleri ve otuz işçi ölçütünde dikkate alınmaları gerekmektedir. Buradaki amaç, asıl işverenin sırf iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmek için, aslında kendisi için çalışan işçilerini alt işveren işçisi olarak göstermesine engel olmaktır. Muvazaa iddiasının ispatı halinde de iş güvencesi hükümleri uygulanacak ve alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri olarak kabul edilecektir (İş K. m. 2/son)<sup>107</sup>.

İşçi sayısının hesabında akla gelebilecek sorulardan bir tanesi de aynı işyerinde ve aynı işverene bağlı olarak çalışmakla birlikte, kanunun açıkça iş güvencesi kapsamı dışında tuttuğu işçilerin, işçi sayısının hesabında dikkate alınıp alınamayacakları konusudur. Bahse konu olan işçiler işyerinde belirli süreli hizmet akdi ile çalışan işçiler, altı aydan az kıdemi bulunan işçiler ve işletmenin bütününe idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir. İş Kanunumuzun 18. maddesine göre bu işçiler feshe karşı korumadan yararlanamamaktadırlar. İşçilerin kendileri iş güvencesi kapsamı dışında kalsalar dahi işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılacaklardır. Otuz işçi ölçütüne, sadece işverene iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışanlar dahildir. 30 işçi hesabında sadece sigortalıların dahil olacağı şeklinde bir kaniya varmak da hatalı olacaktır.

<sup>106</sup> Çalık, s.163

<sup>107</sup> Manav, H, s.28

Böyle bir şey söz konusu olamaz. Böyle bir durum söz konusu olsaydı işverenler, feshe karşı koruma hükümlerinden kurtulmak için sigortasız işçi çalıştırmaya teşvik edilmiş olurlardı<sup>108</sup>. Mevcut düzenleme, iş sözleşmesine dayanarak çalışanların süreli ya da süresiz veya kısmi süreli ya da tam süreli iş sözleşmesine göre istihdam edilme, mevsimlik işlerde ve kampanyalı işlerde çalışmalarını arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır<sup>109</sup>. İşçi yarı zamanlı çalışsa dahi işçi sayısının tespitinde göz önüne alınacaktır. Önemli olan, işverenle hizmet ilişkisi içinde olan en az 30 işçinin işyerinde çalışmasıdır. Bu işçiler iş güvencesinden yararlanmamalarına rağmen, işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacaklardır. Çünkü burada önem taşıyan nokta, işyerinde çalışan işçi sayısıdır<sup>110</sup>.

Kural olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Ayrıca, işçi sıfatı olmayan örneğin, çırak ve stajyer öğrenciler, geçici işçiler (hasta olanların yerine geçici olarak çalışanlar) alt işverenin işçileri ve geçici iş ilişkisi gereğince geçici olarak işçiyi alan işverenin yanında çalışanlar dikkate alınmayacaktır. Ancak, geçici işçiyi veren ve iş sözleşmesi devam eden işçiler ile alt işveren açısından alt işveren işçileri sayıya dahil edilecektir. Fakat, kamu görevlisi statüsünde olan ve yasalarında işçi statüsünde kabul edilmeyen sözleşmeli personel işçi sayısının tespitinde dikkate alınmayacaktır<sup>111</sup>.

Tüm bu ölçütlere rağmen işçi sayısı tespit edilemiyor olabilir. Yargıtay'a göre, işyerinde çalışan işçi sayısı dosyaya göre belirlenemiyorsa

<sup>108</sup> Bkz, Soyer'in bu konudaki görüşü LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı Soru-Cevap - Tartışma kısmı s. 119.

<sup>109</sup> Ekonomi, **İş Güvencesi**, s. 4; Çelik, **24. Baskı**, s. 221; Güzel, **İş Güvencesi**, s.31; Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s. 39-40; Alp, Mustafa; "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", **DEÜHFD**, 2003, S.1, s. 10; Kara, s. 11.

<sup>110</sup> Topal, s.104

<sup>111</sup> Güzel, **İş Güvencesi**, s. 31; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, s. 154; Aktay/Arıcı/ Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s.160

işçi sayısı öncelikte işverenden, SSK İl Müdürlüğü ve Bölge Çalışma Müdürlüğünden sorulacak gerekirse bu hususta tanık da dinletilebilecektir<sup>112</sup>.

### c. Otuz İşçi Sayısının Aranacağı Zaman

İşyerinde en az otuz ve daha fazla işçinin çalışıyor olması koşulunun hangi zamana göre belirleneceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarih dikkate alınmalı; o işyerinde çalışan işçi sayısı bu tarihe göre belirlenmelidir<sup>113</sup>. Buna karşılık, sayı ölçütünün salt fesih anına göre belirlenmesi ölçütünün kabulü, işçi sayısının tesadüflere bağlı şekilde, bazen işyerinde çalışan işçi veya işçilerin, hatta tek bir işçinin iradesine, bazen de işverenin iradesine ya da işçi veya işverenin iradeleri dışındaki etkilerle azalması veya çoğalmasına bağlı olarak iş güvencesi gibi kurumun koruma alanına girileceği veya çıkarılacağı sonucuna götürebileceği<sup>114</sup>, sakıncalı olan bu durum dolayısıyla, Alman hukukunda kabul edilen esasın Türk hukukunda da kabul edilmesi gerektiği; dolayısıyla, işçi sayısı ölçütü yönünden işyerinin normal işleyebilmesi için en az otuz işçinin çalışmasını gerektirmesi ve bu niteliğini iş sözleşmesinin fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı tarihte var olmasının aranması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>115</sup>. Alman hukukunda fesih anında, işçi sayısı tesadüfen tespit edilecek bu sayının altına düşerse, mevcut işçi sayısı dikkate alınmamalıdır. İşyerinin normal faaliyeti için çalıştırılması gerekli işçi sayısının tespiti, işyerinde çalışan önceki işçi sayısına bakılması ve gelecekte ihtiyaç duyacağı olası gelişmelerin gerekli kıldığı işçi sayısının tahmin edilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Bu bağlamda personel, işgücü, istihdam hizmet planlamaları, personel görev şeması önemli emare teşkil eder. Ayrıca

<sup>112</sup> Keser, Hakan, **İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s.49.

<sup>113</sup> Süzek, **İş Güvencesi**, s.439, Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, **İş Güvencesi Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 165.

<sup>114</sup> Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.37; Kılıçoğlu/ Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 165.

<sup>115</sup> Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.39. Güzel, **İş Güvencesi**, s.32; Kılıçoğlu, Şenocak, **İş güvencesi**, s.165.

işverence, Sosyal Sigortalar Kurumuna, İş Kurumuna, doğrudan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yapılan bildirimler, önemli belge oluşturabileceği gibi, işyerinde kayıt dışı çalıştırılan işçilerin ve bu durumu bilenlerin tanıklıkları da güçlü bir dayanak oluşturacaktır. Yapılan araştırmalardan işçi sayısının fesih bildiriminin işçiye ulaştığı anda, işyeri açısından normal olmadığı anlaşılırsa, işyerinin, gelecekte görevlerini esasen ne kadar işçiyle ifa edebileceği üzerinde durulmalıdır. Mevsimlik çalışmanın yürütüldüğü işyerlerinde, faaliyetin yürütüldüğü sezondaki çalışan sayısı önem arz eder<sup>116</sup>.

İşyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde dikkate alınacak olan tarih iş sözleşmesinin fesh edildiği yani bildirim yapıldığı tarih olacak ancak işyerinde yeter sayıda işçi çalıştırıldığı ya da işverenin birden çok işyerinin varlığı durumunda bunların aynı işkolunda faaliyet gösterdiği, iddia edildiği durumlarda bunun işçi tarafından ispat edilmesi gerekecektir<sup>117</sup>. Eğer yazılı fesih bildirim yapılmayıp sözlü veya fiili fesih yoluna gidilmişse yine işçiye bildirim yapıldığı tarihteki sayıya bakılacaktır<sup>118</sup>.

Hizmet sözleşmesinin önelli feshi iradesi açıklandıktan sonra henüz önelleri işlemekte olan işçinin de hesaba katılması icap eder. Zira, öneller içinde hizmet sözleşmesi varlığını devam ettirmektedir<sup>119</sup>. Buna karşın, hizmet sözleşmesi feshedilen ve itiraz üzerine yargılama sonucu işe iadesine karar verilen işçinin 10 iş günlük başvuru süresi ile işverenin 1 aylık düşünme süresi içinde işyerindeki işçi sayısına katılıp katılmayacağı tartışılabilir. Başvuru gerçekleşince feshin geçersizliği kesinleştiğinden bir aylık süre içinde açık veya örtülü reddine kadar ilgili işçinin hesaba katılması isabetlidir. Yalnız, işyerindeki işçi sayısı hesaplanırken, orada çalışan işçilerin iş ilişkilerinin aynı yasaya tabiliği aranmaz, farklı yasalara tabi olanlar da hesaba katılır. Örneğin bir basın-gazete veya özel televizyon işyerindeki

<sup>116</sup> Kılıçoğlu /Şenocak, **İş Güvencesi**, s.165

<sup>117</sup> Y9HD. 30.03.2005.- E.2005/8336 K.2005/10992, Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.214 vd.

<sup>118</sup> Y9HD. 28.11.2005 T, E.2005/34667, K.2005/37461, Şahlanan, Karar incelemesi, **Teks. İşv. D**, Ağustos 2006 Eki, 2-4.

<sup>119</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.216.



gazeteci de hesaba katılır, çaycı, elektrikçi, hamal gibi işçiler de hesaba katılır<sup>120</sup>.

Hizmet sözleşmesi hukuken varlığını sürdüren ve fiilen de çalışmakta olan işçiler gibi hizmet sözleşmesi devam etmekle birlikte yıllık izin, rapor vs. gibi bir nedenle o esnada fiilen çalışmayan işçilerin de işçi sayısına katılması uygundur. Hatta doğum, yıllık izin, rapor gibi sebeplerle fiilen çalışmayan işçilerin yerine onlar gelene dek işe alınan işçiler de hesaba katılmalıdır<sup>121</sup>.

## 2. İş Güvencesi Kapsamında Fesihle İşçiye İlişkin Şartlar

### a. İşçinin İş Kanununa veya Basın İş Kanununa Tabi Olarak Çalışması

4857 sayılı İş Kanunu'nun öngördüğü iş güvencesi sisteminden, İş Kanunu kapsamına giren bir işte iş sözleşmesiyle işçi olarak çalışan ve İş K. m. 18/1' de yer alan koşulları taşıyan işçiler ile bu kanunun 116. maddesi ile öngörülmediği üzere ve Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 6. maddesinin son fıkrası uyarınca gazeteci olarak çalışanlar yararlanabilecektir<sup>122</sup>. Bunun dışında İş Kanununun uygulama alanına girmeyen işlerde<sup>123</sup>, diğer deyişle Borçlar kanununa ve Deniz İş Kanununa tabi olarak çalışanlar iş güvencesinden yararlanamayacak ve bunlar için fesih serbestisi ilkesi geçerli kalmaya devam edecektir. Bu düzenleme tarzı tüm işkolları ve istihdam olunan tüm işçiler için geçerli düzenlemeler yapılmasını öngören 158 sayılı ILO

<sup>120</sup> Bkz. ve krş. Çankaya, O. Güven/Günay, C İlhan/Göktaş, Seracettin, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.198. Sistemimizde bir işyeri oradaki asıl işe bakılarak bir İş koluna gireceğinden, orada farklı işkollarına ait işçi olmaz. Sadece somut olarak farklı işler olabilir. Ama bunlarda işyerindeki asıl işin girdiği işkolundan sayılırlar (Sen. K. m. 60), Akyiğit, **İş Güvencesi**, s. 217.

<sup>121</sup> Öğretide aksini savunanlar da vardır. Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.4; Çankaya/Günay/Göktaş, s.198.

<sup>122</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.491.

<sup>123</sup> Bkz. 4857 s. İş K. m. 4

sözleşmesine uygun düşmemektedir. Bu sebeple İş Kanunu ve Borçlar Kanununa tabi olanlar için de bir takım düzenlemeler yapıp, bu kişilerin de iş güvencesi hükümlerinden yararlanması sağlanarak bu aykırılığın düzeltilmesi temin edilmelidir<sup>124</sup>. ILO'nun evrensel düzenlemelerinin göz ardı edilmediği bu görüş tarafımızca da desteklenmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanması için, çalışanın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 1/1 maddesi ve 2/1 maddesi kapsamında iş sözleşmesi ile çalışması gerekir. Zira anılan kanunun 1. maddesinin 1. fıkrasında "Bu Kanunun amacının işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemek" olduğu belirtilirken, 2. Maddesinin 1. fıkrasında da işçi, işveren ve iş ilişkisi tanımlanarak, "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile çalıştıran arasında kurulan ilişkinin ise iş ilişkisi" olduğu açıkça ifade edilmiştir. İş sözleşmesi tarafların karşılıklı serbest iradesi ile kurulan bir iş ilişkisidir. Taraflardan birinin serbest iradesinin bulunmadığı durumda iş ilişkisinden söz edilemez<sup>125</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 116. maddesi ile Basın İş Kanunu'nun 6/son maddesi "İş Kanununun 18,19, 20,21 ve 29 uncu maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır" şeklinde değiştirilerek Basın İş Kanunu kapsamında çalışanlar (gazeteci), iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmıştır. 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 1. maddesinde hem kanunun kapsamı belirtilmiş hem de gazetecinin tanımı yapılmıştır. Maddenin birinci fıkrasında Basın İş Kanunu hükümlerinin Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki "işçi" tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. İkinci fıkrasında ise bu

<sup>124</sup> Çelik, Nuri; **İş Güvencesi**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s. 14; Güzel, **İş Güvencesi**, s. 21-22; Manav, E, s.13

<sup>125</sup> Y9HD, 17.11.2008 gün ve 2007/29821 E, 2008/31045 K, Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.36.

kanunun kapsamına giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denileceği öngörülmüştür<sup>126</sup>.

Kanunda gazeteci, bu Kanunun kapsamına giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar olarak tanımlanmış ise de kanunun kapsamı ve diğer hükümleri ve gazetecilik mesleğinin özellikleri dikkate alınmak suretiyle öğretide isabetli olarak şöyle bir tanım yapılmıştır; "Basın İş Kanunu kapsamına giren işyerlerinde başlıca geçim kaynağını teşkil etmek üzere ücret karşılığı fikir ve sanat işinde bir hizmet akdine bağlı olarak çalışan kişiye gazeteci denir"<sup>127</sup>. Bu tanıma göre, Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılmak için; Kanunda belirtilen işyerlerinde çalışmak, fikir ve sanat işi yapmak, başlıca geçim kaynağını teşkil etmek üzere ücret karşılığı ve İş sözleşmesine bağlı çalışma olmak üzere olmak üzere dört koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde deniz ve hava taşıma işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışanların kanun kapsamına girmeyeceği açıklandıktan sonra, aynı madde de bunların da istisnalarına yer verilmiştir. Buna göre;

- Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işlerinde,
- Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işlerinde,
- Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işlerde çalışanların 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında oldukları açıkça belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışanların kanun kapsamına girmeyeceği

<sup>126</sup> Kar, İş Güvencesi İlke Kararları , s.59.

<sup>127</sup> Kar, İş Güvencesi İlke Kararları, s.59.

açıklandıktan sonra, aynı madde de bunların da ayırık durumlarına yer verilmiştir. Buna göre;

- Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işlerde,
- Tarım işlerinde yapılan yapı işlerinde,
- Halkın faydalanmasına açık park ve bahçelerde,
- Bir işyerinin eklentisi durumundaki bahçe işlerinde, çalışanların İş Kanunu kapsamında olacakları belirtilmiştir.

1475 sayılı İş Kanununda 18 yaşını bitirmemiş çıraklar İş Kanunu kapsamı dışında sayılmışken, 4857 sayılı İş Kanunu'nda böyle bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu zamanında kişi 18 yaşını bitirse bile, mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını almaya devam ediyor ve gelişmesi gerekiyor ise çıraklık konumu değişmeyecektir. Çırak ile işveren arasındaki uyuşmazlık iş mahkemesinde değil, görevli hukuk mahkemesinde çözümlenmesi gerekir. Zira işveren ile çırak arasında iş ilişkisi var ise de yapılan iş gereği, çırak İş Kanunu hükümlerinden yararlanmamaktadır<sup>128</sup>.

### **b. İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışması**

Belirsiz süreli sözleşme 4857 sayılı İş Kanununun 11/1 hükmünde "iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır" şeklinde tanımlanmıştır. Bununla birlikte ne zaman sona ereceğinin veya ne kadar devam edeceğinin bilinmediği durumlarda belirsiz süreli hizmet sözleşmesinden söz etmek de doğru bir yaklaşımdır. Belirli süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, sözleşmenin süreye bağlanmış olması ve belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması için objektif nedenlerin

<sup>128</sup> Kar, İş Güvencesi İlke Kararları, s. 186.

bulunması gerekir. Anlaşılacağı gibi objektif neden olsa bile, sözleşmenin imzalandığı tarihte, iş ilişkisinin sona ereceği tarih belli değil veya belirlenebilir de değil ise, belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olur. İş sözleşmesi taraflarca açık olarak belirli bir süreye bağlanmasa bile, işin amacından belirli süreli olduğu anlaşılıyorsa Borçlar Kanunu'nun 338/1 maddesi uyarınca sözleşmenin örtülü olarak süreye bağlandığının kabulü gerekir<sup>129</sup>.

Borçlar Kanunundaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisnadır. Kanunda belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. Ancak işçinin iş güvencesi dışında kalması için başvuru alan kötüniyetli uygulamalar korunmamalıdır.

Belirli iş sözleşmelerinin bu durumu karşısında uygulamada kimi işverenler iş güvencesi hükümlerinden kaçınmanın hukuki aracı olarak belirli süreli iş akdi yapma, geçici iş ilişkisi kurma veya alt işverene iş verme gibi yöntemlere başvurabilirler<sup>130</sup>. Bu nedenle, İş Kanununun 11. maddesine göre belirli süreli iş akdinin kurulmasının koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği, sözleşmelerin zincirleme yapılıp yapılmadığı, kanunun geçici iş ilişkisine veya alt işverene ilişkin hükümlerine uyulup uyulmadığı yargı organı tarafından titizlikle değerlendirilmeli ve iş güvencesi hükümlerinden kaçınmak için ortaya çıkabilecek muvazaalı uygulamaların önüne geçilmelidir<sup>131</sup>.

İş Kanununun 18. maddesi birinci fıkrasında açıkça "...belirsiz süreli iş sözleşmesi..." denildiğinden belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş

<sup>129</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s. 202-205.

<sup>130</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.501.

<sup>131</sup> Güzel, **İş Güvencesi**, 23-26, 141. Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh-1**, 361; Süzek, **7. Baskı** s.502

güvencesi hükümlerinden yararlanma imkanı bulunmamaktadır<sup>132</sup>. Bu konuda Yargıtay önüne gelen bir davada, "akdin sona erdirildiği tarihte taraflar arasındaki hizmet akdinin belirli süreli olduğu anlaşılmaktadır. 4857 sayılı kanunun 18/1. maddesi gereğince işçinin belirsiz süreli akitle çalışması halinde feshin geçersizliği istenebilir. Somut olayda belirli süreli hizmet akdi mevcut olduğundan feshin geçersizliği, işe iade ve tazminat isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulünün hatalıdır" şeklinde karar vermiştir<sup>133</sup>.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi bir işyerinde daimi, sürekli işlerdeki sözleşmelerdir. Bir işyerinin asli faaliyetine giren tüm işler devam ettikleri için o işyeri faaliyetini sürdürdüğü sürece bu işler de devam edeceğinden belirsiz süreli iş sözleşmelerine konu olabilir. Belirli süreli iş sözleşmelerine konu olamaz<sup>134</sup>. Dolayısıyla temel olan, belirsiz süreli iş sözleşmeleridir.

Genel ilke ve 4857 sayılı İş Kanununun 9. maddesi gereği, taraflar sözleşmenin türünü serbestçe belirleyebilirler. Oysa, Kanunun 11. maddesi belirli süreli iş sözleşmelerinin hangi hallerde yapılacağını öngörmüştür. Madde kapsamına bakıldığında 9. maddenin fazla bir şey ifade etmediği anlaşılır. Zira sözü edilen 11. maddedeki koşullarda belirli süreli iş sözleşmesi yapmaya olanak veren durumlar dışında, taraflar istese de belirli süreli iş sözleşmesi yapamaz<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> Dönmez, Kazım Yücel, **İş Hukukunda Tazminatlar**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008. s.201.

<sup>133</sup> Y9HD, 22.2005, E.2004/31717, K.2005/2891, Çankaya/Günay/Göktaş, **2. Bası**, s.405.

<sup>134</sup> "Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşa geçen süre ücretinin hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Davalı işveren, güvenlik personeli olarak çalışan davacının belirli süreli hizmet akti ile çalıştığını ve aktin süre sonunda kendiliğinden sona erdiğini savunarak davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece savunmaya değer verilerek davanın reddine karar verilmiştir. Büyük alışveriş merkezlerine güvenlik hizmeti veren davalı işverenin güvenlik personeli olarak çalıştırdığı işçilerle belirli süreli akitler yaptığı anlaşılmaktadır. 4857 sayılı İş Yasasının 11. maddesine göre belirli süreli işlerde veya belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Somut olayda davacı işçinin yaptığı işi bu kritere uymamaktadır. Bu durumda iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak kabulü gerekmiştir. Y9HD, 30.12.2004, E.2004/25197, K.2004/30014, Çankaya/Günay/Göktaş, **2. Bası**, s.413.

<sup>135</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.128

Keza, belirli süreli iş sözleşmeleri esaslı bir neden olmaksızın birden fazla zincirleme yapıldığı takdirde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli olarak kabul edilir. (İş K m. 11/2) Dolayısıyla, hakim, belirli iş sözleşmelerinin zincirleme yapıp yapılmadığını; zincirleme yapıldığı takdirde esaslı bir neden olmadığından bahisle zincirleme yapılan belirli iş sözleşmelerinin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmüş olup olmadığını da incelemelidir<sup>136</sup>.

Doktrinde hakim olan görüşlere ve yargı kararlarına göre somut olayda salt süreye bağlı bir iş sözleşmesinin mevcut olması hemen işe iade davasının reddi sonucuna götürmemelidir. Zira, 11. madde, belirli süreli iş akdini yapma serbestisini sınırlandırmış ve bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi, söz konusu hükümde belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında, hakim, objektif koşulların var olup olmadığını incelemelidir. Nitekim Y9HD'sinin 14.9.2005 tarihli kararında iş sözleşmesinin sırf süreli olarak akdedilmiş olmasının işe iade davasının reddini gerektirmeyeceği; hakim tarafından İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmeleri için aranan unsurların varlığının araştırılması gerektiği; bu unsurları içermeyen sözleşmenin sırf süreye bağlanmış olmasının belirli süreli sözleşmenin varlığı ve işe iade davasının reddi için yeterli kabul edilemeyeceği vurgulanmıştır<sup>137</sup>.

Belirsiz süreli sözleşme Kanunda "iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır" denilerek dile getirilmiştir (İş K 11/1). Bununla birlikte ne zaman sona ereceğinin veya ne kadar devam edeceğinin bilinmediği hizmet sözleşmesine belirsiz süreli hizmet sözleşmesi demek yanlış olmaz. Ancak bu, değişik görünüm biçimleriyle karşımıza çıkabilir. Öyle ki, en doğal görünüm biçimi; hizmet sözleşmesi yapılırken sözleşmenin ne kadar devam edip ne zaman sona ereceğine dair herhangi bir kararlaştırmanın yapılmaması halidir. Fakat 4857 sayılı İş K'nun önceki

<sup>136</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.137

<sup>137</sup> Y9HD,14.9.2005 tarih ve E.2005/22918, K.2005/29838, Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.136; Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.251.

dönemdeki uygulamasından etkilenecek getirdiği düzenlemeye göre; Sözleşmeyi belirli süreye bağlamayı haklı kılan objektif bir olgu bulunmadan belirli sürelidir diye yapılan sözleşmelerin de belirsiz süreli sayılacağı sonucuna varmak gerekir (9HD, 21.04.2005 11025/14106). Zira kanun, Bilim Komisyonunca hazırlanan taslaktan farklı olarak, belirli süreli sözleşmeyi ilk defa yapılışında bile, süreyi haklı kılan objektif olguların varlığına bağlamış (İş K 11/1), böyle bir olgu yokken sırf taraf iradeleriyle belirli süreye bağlamayı geçerli görmemiştir. Bunun isabetli bir tutum olduğu kanısındayız. O halde, ortada sözleşmeyi süreye bağlamayı haklı kılan objektif bir olgu yokken, taraflar gerçekten karşılıklı rıza ile sözleşmenin belirli süreli (örneğin 8 ay süreli) olduğunu kararlaştırsalar bile bu sözleşme süreli değil belirsiz süreli sözleşme sayılacaktır. Burada taraf iradelerine rağmen belirsiz sürelilik söz konusudur. Kanun objektif olguların ne olacağı konusunda sadece "belirli süreli işler" veya "belirli bir işin tamamlanması" "belirli bir olgunun ortaya çıkması" gibi objektif koşullardan söz etmektedir (İş K 11/1). Çok net olmamakla birlikte, belli bir süre devam edecek örneğin otomobil tanıtım fuarı boyunca çalıştırma işinin belirli süreli işlerden sayılması uygundur. Buna karşın bir baraj işinin bitimine dek çalışma halinde baraj işinin belirli süreli iş olduğu söylenemez. Burada işin niteliği o işin belirli süreli olup olmadığını belirleyen ölçüttür<sup>138</sup>.

### **c. İşçinin Altı Aylık Kıdemini Bulması**

Türk hukukunda, Alman hukukunda olduğu gibi, feshe karşı koruma sisteminden yararlanabilmek için işçinin altı aylık kıdemi olması gerektiği ilkesi benimsenmiştir. İş Kanunu'nun 18. maddesinin 4. fıkrasındaki, "İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir" hükmü gereğince, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde hukuken kesintiye uğramış olsa dahi bu süreler

<sup>138</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.218.



birleştirilebilecektir<sup>139</sup>. Yargıtay'ın 17.1.2006 tarihli bu yöndeki kararında, "davacı ayrı iki dönemde çalışmış olsa bile her iki dönemin altı aylık kıdem tespitinde birleştirilerek hesaplanması gerekir. Davacının davalı işyerinde iki dönem çalışması birleştirildiğinde 6 aydan fazladır. Mahkemece, son dönem çalışmasının 6 aydan az olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi hatalıdır" sonucuna varılmıştır<sup>140</sup>.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin 4. fıkrası gereği, aynı işverene bağlı olarak farklı işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilmesinde, iş sözleşmelerinin aynı nitelikte, işyerlerinin aynı işkolunda ve aynı coğrafi sınırlar (ülke) içerisinde olması şart değildir. İşçinin birbirinden farklı işyerlerinde geçen çalışma süresinin birleştirilmesi için işverenin aynı olması yeterlidir. Bu nedenlerle, farklı işverenlere ait farklı işyerlerindeki çalışma sürelerinin birleştirilmesi hukuken mümkün değildir. Şirketler topluluğu veya holding bünyesinde farklı tüzel kişiliklere sahip işverenlere ait işyerlerinde geçen çalışma sürelerinin toplanması ise ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Bu hususta şirketler topluluğu veya holding bünyesinde çalışan bir işçinin kıdemini hesaplamasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Şirketler topluluğu veya holding bünyesinde farklı şirketlere/işverenlere ait farklı işyerlerinde, holdingleşme ve esnek iş gücü ihtiyacının bir gereği olarak kabul edilen geçici iş ilişkisi ve iş sözleşmesinin devri esasına dayalı olarak çalışıldığında, çalışma sürelerinin birleştirileceği tabiidir. İş güvencesi uygulama alanının işyeri ve işletme ölçüsünde sınırlandırılması, şirketler topluluğu veya holding bünyesindeki farklı şirketlerin birbirinden bağımsız işverenler ve tüzel kişilikler olması yönünden, şirket topluluğu ya da holding

<sup>139</sup> Ergin, s.75

<sup>140</sup> Y9HD, 17.1.2006, E.2005/37159, K.2006/363, Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Kanunu Şerhi I**, s.434, dn. 128; Aynı işyerinde fasıllı geçen sürelerin birleştirilmesi gerekliliği yönündeki diğer kararlar için bkz.: Y9HD, 28.12.2004, E 20387/K 29800; Y9HD, 12.01.2005, 2004/28186, K 2005/562, Çankaya/Günay/Göktaş, **2. Bası**, s.368-370.

bünyesinde farklı şirketlerde geçen çalışma sürelerinin kural olarak birleştirilemeyeceği ileri sürülmektedir<sup>141</sup>.

Altı aylık kıdem süresinin başlangıcı, işçinin işe başladığı tarihtir<sup>142</sup>. İş sözleşmesinin imza edildiği, yürürlüğe girdiği veya işçinin işe başladığı veyahut işveren tarafından sosyal sigortalar kurumuna verilen işe giriş bildirgesinde bildirilen işe başlama tarihinin birbirinden farklı olması halinde, altı aylık kıdem süresinin başlangıcına esas olacak tarihin somut olarak tespiti gerekebilir. Özellikle altı aylık kıdemi tartışmalı bir işçi tarafından açılan işe iade davasında, işçinin işe başladığı tarihin belirlenmesi önem taşımaktadır. İşe iade yargılamasında uyuşmazlık, davacının fiilen işe başladığı gerçek tarihin tespit edilmesi ile çözümlenmelidir. Bu konuda sigorta kayıtlarının tek başına kesin delil niteliği taşımadığının, işçinin altı aylık kıdem süresinin başlangıcına ilişkin maddi vakıaların tanık ve sair her türlü delille ispatlanabileceğinin ve iş mahkemesinin resen araştırma yapması gerektiğinin belirtilmesinde yarar bulunmaktadır<sup>143</sup>.

İş akdinde bir deneme süresi kabul edilmişse, kuşkusuz bu deneme süresi işçinin kıdeminden sayılır. Bunun gibi, aynı işveren yanında çalışmak koşuluyla altı aylık sürenin tamamının İş Kanununa ve/veya iş güvencesi hükümlerine tabi olarak geçirilmiş olması da gerekli değildir. Örneğin daha önce çalışılan işyerinin işçi sayısı nedeniyle iş güvencesi dışında kalması, orada geçirilen sürelerin dikkate alınmamasını gerektirmez. Öte yandan, işyerinin devredilmesi halinde, devralan işveren, hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olduğundan (İş K. m. 6/2) altı aylık sürenin hesabında önceki sürelerin göz önünde tutulması gerekir<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> Gökçe, Erdal, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davası**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 65.

<sup>142</sup> Gökçe, s. 65

<sup>143</sup> "Davacı işçinin altı aylık kıdem olup olmadığı araştırılmalıdır.", Y9HD, 22.4.2004, E.2004/6849, K.2004/9039. Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s.582,

<sup>144</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.497.

İş Kanununun 18. maddesinin 2. fıkrasında, altı aylık kıdem hesabında bu kanunun 66. maddesindeki sürelerin dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Oysa, söz konusu 66. maddede yer altına inip çıkma, çocuk emzirme süreleri gibi günlük çalışma süresinden sayılan haller düzenlenmiştir. Bu sürelerin günlük iş süresinden sayılmasının işçinin altı aylık kıdemini belirlemesi açısından bir önemi yoktur<sup>145</sup>. Nitekim bilim kurulu taslağında böyle bir hüküm yer almamaktaydı. İş Kanununun 18. maddesinde iş akdinin askıya alındığı sürelerle ilişkin herhangi bir sınırlama yer almadığına göre daha önce belirttiğimiz tüm askı sürelerinin diğer deyişle işçinin fiilen çalıştığı günlerin değil iş akdinin devam süresinin altı aylık kıdem süresinin belirlenmesinde hesaba katılması gerekir<sup>146</sup>.

İşçinin iş güvencesinin dışında kaldığı altı aylık süre içinde, işveren işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırırsa da, henüz altı aylık kıdemi olmayan işçinin iş akdini İş K. m. 18 vd. yer alan koşullara ve usule tabi olmaksızın İş K m. 17'ye göre sona erdirebilir. Bu durumda iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçi olayın özelliğine göre fesih hakkının kötüye kullanıldığını ileri sürerek kötüniyet (koşulları varsa ihbar) tazminatı isteyebilir<sup>147</sup>.

Bu hükmün amacı ve anlamı, işçiye en az altı ay süre çalışması koşuluyla feshe karşı himaye sağlamak ve işverene bu süre zarfında işçiyi tecrübe etmek imkânını vermektir<sup>148</sup>. Altı aylık süre zarfında iş sözleşmesinin feshinde 18. maddede düzenlenen geçerli sebepler aranmaz. Süreli fesih yoluyla iş sözleşmesinin feshi mümkündür (İş K m. 17). Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere, işçinin feshe karşı koruyucu hükümlerden yararlanmasını engellemek amacıyla, işverenin iş sözleşmesini altı aylık sürenin bitimine bir kaç gün kala feshetmesi, dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı geçersiz

<sup>145</sup> Şahlanan, Fevzi, "4857 Sayılı Kanunun Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri ve Sözleşmenin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri", 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, s.85; Eyrenci, **4857 sayılı Kanunla Getirilen Düzenlemeler**, 322; Süzek, **7. Baskı**, s.498.

<sup>146</sup> Aynı yönde Y9HD, 15.9.2006, 21611/22886, **Çalışma ve Toplum EHD**, 12, s.261-267

<sup>147</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 498.

<sup>148</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.167.

kılınabilir<sup>149</sup>. Ayrıca, Alman hukukundaki hakim görüşe uygun olarak, Borçlar Kanunu'nun 154. maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle, feshi geçersiz kılmak ve bekleme süresini fesih anında dolmuş gibi kabul etmek gerekir<sup>150</sup>.

Geçici iş ilişkisiyle (ödünç iş ilişkisiyle) çalışan işçinin altı aylık kıdemi, 4857 sayılı Kanunun 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<sup>151</sup>.

Çıraklık ilişkisi ise, İş Kanunu'nun 4. maddesindeki istisnalar arasında sayıldığından, altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınmaz<sup>152</sup>. Stajyerlikte de geçen süre kural olarak 6 aylık kıdem hesabında göz önünde bulundurulmaz. Ancak stajyer olarak geçirilen süre, stajyerliğin İş Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında anlamında iş sözleşmesi akdiyle kurulan iş ilişkisi kapsamında gerçekleştirilmiş olması hâlinde sürenin hesabında dikkate alınacaktır<sup>153</sup>.

İş Kanunu'nun 18. maddesinde, bekleme süresi, işyeri ve işletme bazında düzenlenmiştir. Altı aylık süre, holding veya konsern dikkate alınarak kaleme alınmamıştır. Dolayısıyla, holding veya konsern bünyesinde yer alan farklı tüzel kişilikleri haiz şirketlere ait işyerlerinden geçirilen süreler, kural olarak toplanmaz<sup>154</sup>. Buna karşılık taraflar, başka işyerine nakil kapsamında, açıkça veya örtülü olarak altı aylık kıdem sürelerinin birlikte toplanarak hesap edileceğini kararlaştırmaları halinde, kıdem süreleri birleştirilir. Bununla birlikte, doktrinde, holding bünyesinde başka bir işletmede çalıştırılabilmeye yönelik anlaşmaların, doğruluk ve dürüstlük kuralı çerçevesinde, işçinin iş

<sup>149</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.441; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, s.167.

<sup>150</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.167.

<sup>151</sup> Kılıçoğlu, Şenocak, **İş Güvencesi**, s.170

<sup>152</sup> Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.35.

<sup>153</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.170

<sup>154</sup> Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.36.

güvencesi hükümleri açısından mağdur edilmemesi ve böylece onun holding bünyesinde önceki işletmede geçirdiği sürelerin kıdem hesabında dikkate alınacağı şeklinde yorumlanması gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir<sup>155</sup>.

Yargıtay'a göre işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla işverenin iş sözleşmesini altı aylık sürenin bitimine birkaç gün kala feshetmesi, dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı geçersiz kılınabilir. Yargıtay bu şekilde hüküm tesis ederek kötü niyetli uygulamaların önüne geçmek istemiştir<sup>156</sup>.

Altı aylık kıdem koşulunun öngörülmesi bir yandan işçinin iş güvencesinden yararlanmasında belirli bir süreyle iş yerine sadakat göstermesi diğer yandan işverenin belirli bir süreyle işçiyi işe uygunluğu bakımından deneme imkanına sahip olması amacını güder<sup>157</sup>. Soyer'e göre, bu amaca ancak altı aylık sürenin İş Kanununa ve güvence hükümlerine tabi olarak geçirilmiş olması halinde ulaşılabileceğini söylemek mümkün değildir. Bu bakımdan örneğin, dört ay uçucu personel olarak istihdam edilen bir işçinin sağlık nedenleriyle yer hizmetlerine alınması durumunda kidedinin bu tarihten itibaren yeniden başlayacağını kabul etmek, feshe karşı koruma hükümlerinin amacıyla bağdaşmaz. Aynı sonuç, örneğin işverenin Deniz İş Kanununa tabi olan gemisinde aşçı olarak çalıştırdığı bir işçiyi otel işletmesine nakletmesi halinde de geçerlidir. Benzer şekilde, daha önce çalışılan işyerlerinin işçi sayısı açısından güvence kapsamı dışında kalmış olması da orada geçirilen sürelerin dikkate alınmamasını gerektirmez<sup>158</sup>. Kıdem getiriliş amacı işverenin işçinin sadakatini ve işe uygunluğunu denemek ise, işçinin aynı işverenin farklı işyerlerinde altı aylık kıdem süresini dolduracak biçimde çalışmış olması durumunda, işvereni bu hususları denetlemekten mahrum eden bir durum söz konusu olmamalıdır. İşveren aynı işçi hakkında sahip olduğu denetleme imkanını yitirmiş

<sup>155</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 173

<sup>156</sup> Y9HD. 23.02.2009 T, 2008/1307 E, 2009/3265 K, Çil, **Yargıtay İlke Kararları**, s. 214-215.

<sup>157</sup> Topal, s. 137.

<sup>158</sup> Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s. 35.

bulunmamaktadır. Bu açıdan işçinin bu süreyi muhakkak güvence hükümlerine tabi olarak geçirmesini aramak kanunun gerçekleştirmek istediği amacı sağlamayacaktır. 18/1'in açık ifadesi gereğince, aynı işyerinde fakat farklı işverenler nezdinde geçen çalışmalar bakımından 6 aylık kıdem dikkate alınacaktır<sup>159</sup>.

#### d. İşçinin Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmaması

İş K. anlamında iş güvencesinden yararlanabilmenin bir başka koşulu, ilgili işçinin kanuni manada (İş K. 18/son) üst düzey yönetici olup işveren vekili niteliği taşımasıdır. Böyle bir sınırlama 158 sayılı sözleşmede açıkça yer almamakla birlikte belki sözleşmenin 2/5. maddesi kapsamında düşünülebilir. Ancak Alman hukukunda da böyle bir sınırlama yoktur. İş güvencesi yönetici işçiler açısından da uygulanır. Sadece, işverenin işe iade yerine tazminata karar verilmesini istemesi halinde bunun için gerekçe göstermesi bunlarda uygulanmaz<sup>160</sup>.

Hukukumuzda İşveren vekili kavramı iki farklı kanunda düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanununa göre işveren vekili, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselerdir. 2821 Sayılı Sendikalar Kanununa göre ise işveren vekili, işveren sayılan gerçek ve tüzel kişiler ve tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları adına işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili olanlardır.

Bu iki kanundaki tanımlardan yola çıkarak, İş Kanunu çerçevesinde bir ustabaşı da genel müdür de işveren vekiliyken Sen. K. da sadece genel müdürün işveren vekili sayılacağı söylenebilir<sup>161</sup>. Böylece İş Kanunundaki

<sup>159</sup> Tepecik, İsmail, "İş Güvencesine İlişkin Uygulama Sorunları ve Yargıtay Kararları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, Tartışma ve Değerlendirmeler, s. 190,

<sup>160</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.225.

<sup>161</sup> Ancak Yargıtay bir kararında Genel Müdür Yardımcısını da Sendikalar Kanunu anlamında işveren vekili saymıştır. HGK. 26.01.2000-9-24/4, Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.225.

işveren vekili tanımının daha geniş kapsamlı, Sendikalar Kanunundakinin ise daha dar tutulduğu görülmektedir. Bu tutumun işin doğasına uygun olduğu açıktır. Fakat hangi kanun anlamında olursa olsun işveren vekilini "işveren adına hareket yetkisine sahiplik" ve (işyerinde işletmede) "yönetim görevinde bulunmak" biçiminde iki ögenin belirlediği söylenebilir. İşveren vekili sayılabilmek için (İş K. çerçevesinde) onun sahip olduğu yetkinin ve yönetim görevinin genişlik derecesinin önemi yoktur. Yetkisi ve görevi hangi düzeyde olursa olsun, o, kendisine bağlı birimdeki işçilere karşı işverenin otoritesini yansıtır, temsil eder. Yönetim görevi ve temsil yetkisi arttıkça, işverenin işyerine/işletmeye ilişkin politikalarının belirlenmesinde de söz sahibi olduğu görülür. İşçiler işverenden çok onunla muhatap olurlar, onun aldığı ve/veya uyguladığı kararlardan/işlemlerden etkilenirler. Ancak bu etkilenme sadece ilgili işçiler açısından değil işveren bakımından da geçerlidir. Zira işveren vekilinin bu sıfatla yetkisi çerçevesinde işçilere karşı yaptığı hukuki işlemlerden ve yükümlülüklerinden işveren vekili değil, doğrudan doğruya işveren sorumludur (İş K m. 2/4). O halde işveren vekili sıfatı işçilere ve bildirim, önlem alma vs gibi hallerde de devlete karşı söz konusudur. İşverene karşı işveren vekili konumu işlemez. O, işverene karşı (aralarındaki hukuki ilişkinin durumuna göre) işçi/memur yahut sözleşmeli personel gibi bir konumda bulunabilir onun işçilere karşı işveren vekili statüsünde bulunması, işverenle arasındaki hukuki ilişki gereği işverene karşı sahip olduğu hak ve borçları bertaraf etmez. Örneğin eğer işverene hizmet sözleşmesiyle bağlıysa, (genel müdür konumunda bile olsa) işverene karşı bu sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmekle yükümlü olduğu gibi haklarını da talep edebilecektir. (İş K m. 2/5) Bu da gösteriyor ki, işyerindeki/işletmedeki görev/yetki düzeyi ne olursa olsun işveren vekili, aralarındaki hukuki ilişki çerçevesinde işverenin otoritesine bağlıdır ve işverenin çeşitli işlemleriyle karşılaşabilir. Bunlar arasında, aralarındaki hukuki ilişkinin işverence sona erdirilmesi dahi bulunabilir. Fakat işveren vekiliyle işveren arasındaki hukuki ilişkinin hizmet sözleşmesi niteliği taşıması durumunda, işçi sıfatı bulunan bu kimsenin işverenin keyfi fesih işlemlerine karşı iş güvencesine sahip bulunup bulunmadığı problemleriyle karşılaşılır. Nitekim iş güvencesinden

yararlanabilmek için ilgili işçinin üst düzey işveren vekili niteliği taşıması önemlidir<sup>162</sup>.

İşvereni temsil edecek konumda olan ve işyerine işçi alma ve çıkarma konusunda yetki sahibi olan işveren vekillerinin, bir bakıma işverene oldukça yakın ve onun güvenine sahip oldukları düşünülürse, bu güven ilişkisi çerçevesinde güvenin sarsıldığı durumlarda iş ilişkilerinin bir gerekçe gösterme zorunda olmaksızın daha kolay sona erdirilmesi yolunun açık olması gerekir. Kaldı ki bu durumda olan kimseler kendi sözleşmelerinde özel güvenceler getirme olanağına da sahiptirler. Ayrıca kapsam dışı kalan işveren vekilleri hakkında İş Kanunu'nun 17. maddesi hükümleri geçerliliğini korumaktadır. İşveren bu kişilerin hizmet akitlerini feshederken bildirim sürelerine uymak, aksi halde ihbar tazminatı ve koşulları varsa kıdem tazminatı ödemek zorundadır. Fesih hakkının kötüye kullanılması halinde ise işçinin ihbar tazminatı dışında bildirim sürelerinin üç katı tutarında kötüniyet tazminatı isteme hakları vardır. Görüldüğü gibi İş Güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalanlar tamamen korumasız bırakılmamışlardır<sup>163</sup>.

Yüksek Mahkeme işyerinde mali işler grubunda finans direktörü ve genel müdür yardımcılığı vekili olan davacının işletmenin bütününe sevk ve idare eden konumunda bulunduğu, işletme bazında sorumluluğu nedeniyle burada işten çıkartma yetkisinin aranmayacağı, işveren vekili yardımcısı sıfatını taşıması ve genel müdür konumunda kişinin yetkilerini kullandığını sabit görerek iş güvencesinden yararlandırmamıştır<sup>164</sup>.

Kısaca özetlemek gerekirse; Kanun iş güvencesinin kapsamı dışında kalan üç grup işveren vekili saymıştır. Bunlar: İşletmenin bütününe idare eden işveren vekilleri, işletmenin bütününe idare eden işveren vekili yardımcıları ve işyerinin bütününe idare eden ve işe alma ve çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir.

<sup>162</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s. 226

<sup>163</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.166.

<sup>164</sup> Çil, Şahin, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi**, Yargıç Güven Çankaya'ya Armağan Semineri, s. 40.



Yasaya göre; bu görevlerdeki üst düzey yönetici olan işveren vekillerinin iş sözleşmeleri süreli bildirim yoluyla feshedilebilecek, bu kişiler işe iade edilmesine ilişkin kanun hükümlerinden yararlanamayacak, feshin geçersiz nedenle yapıldığı belirlense bile, bu pozisyondakilere işe iadeye ilişkin İş Yasası'nın 18, 19 ve 21. maddesi hükümleri ile kanunun 25. maddesinin son fıkrası uygulanmayacaktır<sup>165</sup>.

### **e. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi**

Türkiye tarafından 1994 yılında onaylanmış Milletlerarası Çalışma Teşkilatı'nın 158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi hakkındaki Sözleşmesinin 4. maddesi, "işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilmez" hükmünü getirmiştir.

İşçinin işe iade talebinin geçerlilik kazanabilmesi, işçinin kendi iradesi dışında kaynaklanmış bir sebepten dolayı işten ayrılmış olma durumlarında ortaya çıkar. İşçinin kendi iradesi dışında işten ayrılmış olmasının en çok rastlanan örneği iş sözleşmesine işveren tarafından son verilmiş olmasıdır. İşçinin iradesinin hilafına cereyan etmiş olan bu tür durumların önüne geçilebilmesi için İş Kanunu iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesini şartlara bağlamış, şartlara bağlamakla kalmamış bunun haksız bir fesih olması durumunda işçinin işe iade kurumundan yararlanmasını kanun hükmü olarak düzenlemiştir.

Öte yandan iş sözleşmesinin sürekliliği ilkesi iş sözleşmesinin sonsuza kadar devam edeceği anlamını taşımamaktadır. Kimi kez iş sözleşmeleri kendiliğinden sona erer kimi kez de tarafların tek taraflı irade beyanıyla da sona erer. İşte kanun tek taraflı irade beyanıyla sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçiyi koruma amacıyla iş güvencesi kapsamında koşullara bağlayıp, aynı zamanda işe iade davasıyla güvence altına almıştır.

<sup>165</sup> Çalık, s. 161.

İşe iade davasında önemli olan hususlardan birisi belirsiz süreli iş sözleşmesini tek taraflı iradesi doğrultusunda sona erdiren tarafın işveren olmasıdır. İş Kanunu'nun 18. maddesindeki düzenleme gereğince, işveren tarafından yapılan fesihler dışında iş sözleşmesini sona erdiren diğer nedenlere dayanılarak işe iade davası açılması mümkün değildir. Bu doğrultuda iş sözleşmesinin tarafların anlaşması suretiyle sona erdirilmesi fesih niteliği taşımadığından, iş güvencesine ilişkin koruyucu hükümler tatbik edilemez. Tarafların anlaşması suretiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bir başka deyişle ikale anlaşması ve fesih birbirinden farklı hukuki kavramlardır. Fesih tek taraflı ve yöneltmesi gerekli irade beyanı ile kullanılan bir haktır, ikalede karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına ihtiyaç vardır<sup>166</sup>. Tarafların anlaşması suretiyle iş sözleşmesinin sona erdirildiğinin iddia edildiği uyuşmazlıklarda taraf iradelerinin titizlikle incelenmesi gerçek iradenin araştırılması, fesih veya anlaşma olgusunun tespiti, sosyal ve ekonomik yönden zayıf durumdaki işçinin korunması gerekir<sup>167</sup>.

İşçi ile işveren iradelerinin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. Bu sebeple ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilmemektedir<sup>168</sup>. Yargıtay kararlarıyla da sabit olduğu üzere, bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararı olması gerekmektedir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak ele alınmalıdır<sup>169</sup>. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında "...Sakat statüsünde çalışan davacının performansının düşük olduğu gerekçesi ile iş sözleşmesinin feshedilmek istendiği, ancak iş güvencesi hükümlerinin getireceği külfetlerden kaçınmak amacıyla iş sözleşmesinin anlaşma suretiyle sona erdirildiğine dair belgenin davacıya imzalatırıldığı, davacıya anlaşma karşılığında ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ve son aya ilişkin ikramiyesinin ödendiğinin belirtildiği

<sup>166</sup> Gökçe, s.50

<sup>167</sup> Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.32.

<sup>168</sup> Kılıçoğlu/ Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 99.

<sup>169</sup> Y9HD, 16.03.2009 T, 2008/21649 E, 2009/6957 K,; Y.9.HD; 08.04.2008 T, 2007/27825 E, 2008/7827 K, , Manav H, s.32

anlaşılmaktadır. Ancak iş sözleşmesi feshedilecek işçiye zaten ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer işçilik alacaklarının ödenmesi kanun gereğidir. Davacının söz konusu tazminat ve alacakların ödenmesi için iş sözleşmesinin anlaşma ile sona erdirilmesini istemesinde somut olay bakımından makul bir yararı bulunmamaktadır." şeklinde vermiş olduğu kararında makul yarar kavramını açıklığa kavuşturmuştur<sup>170</sup>.

Uygulamada bazı işçilerin kıdem tazminatı almak ve işsizlik sigortasından yararlanmak için işveren ile anlaşarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesini talep etmesi, akabinde işe iade davası açtıkları görülmektedir, Bu durumda bu talebin reddi gerekecektir<sup>171</sup>.

## B. İŞ GÜVENCESİNDE HAKİM OLAN İLKELER

### 1. Uygulamadaki İlkeler

#### a. Son Çare İlkesi (ultima-ratio)

Feshin son çare olması ilkesi kanuni bir düzenleme içinde yer almamış olmasına rağmen İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde "... bu uygulamaya giderken işverenden beklenen, feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli fesih kavramına uygun yorum yapılırken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır" şeklinde yer almıştır. Bununla birlikte doktrin, feshin son çare olması ilkesinin

<sup>170</sup> Manav, H. s.32

<sup>171</sup> "...kıdem ve ihbar tazminatı tutarı ile diğer sosyal haklarımın tarafıma ödenmesi halinde ayrılabilceğimi... arz ederim" diyerek kendi iradesiyle sözleşmenin feshedilmesini istediği anlaşılmaktadır. Davacı yargılama aşamasında dilekçenin baskı altında alındığını ileri sürmüştü de, iradesinin sakatlandığını ispatlayamamıştır. Bu sebeple de işe iade talebinin reddine karar verilmesi..." Y9HD, 27.12.2004, E 2004/32081, K, 2004/29589, Çankaya/Günay/Göktaş, 2. Bası, s. 440; Alpagut, Gülsevil; "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s.245.

iş güvencesinin özünde bulunduğunu, bu sebeple feshin son çare olarak düşünülmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>172</sup>. İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde esasında işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebebiyle yapılacak fesihler bakımından, feshi önleyebilecek şekilde işçiyi eğitime ya da başka bir işte çalıştırma gibi bazı yöntemlere başvurulması ve bunların yetersizliği halinde feshin son çare olarak uygulanması esasına yer verilmiştir<sup>173</sup>. Ancak doktrinde sadece işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesihlerde değil, işçinin yetersizliği veya davranışları nedeniyle yapılacak fesihlerde de feshin son çare olması gerektiğine ilişkin ilkeye uyulması gerektiği belirtilmektedir<sup>174</sup>.

İşverenin geçerli bir fesih yapabilmesi için belirtilen koşulların gerçekleşmesi yeterli değildir. Bundan başka, iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde, süreli feshi önleyebilecek daha hafif önlemlere başvurulması ve bu alternatif önlemler alınsa da bu ilişkiyi sürdürmenin mümkün olmaması halinde feshin son çare olarak uygulanması gerekir<sup>175</sup>. Diğer bir söyleyişle, fesihle ulaşılmak istenen sonuca ölçülülük ilkesi uyarınca sözleşmeyi sona

<sup>172</sup> Engin, Murat; "İşletme Gerekleri İle Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi", **Legal İHSGHD.**, 2004/2, s. 540; Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, s. 226; Süzek, s. 538-539; Aksi görüş için bkz: Ekmekçi, Ömer, **Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, Legal İHSGHD, 2004/1, s. 168. Yazar gerekçenin bağlayıcı olmaması sebebiyle ilkenin uygulanmasının zorunlu olmadığını savunmaktadır. Manav, H, s. 51.

<sup>173</sup> Ekmekçi, Ömer, "Sunulan Tebliğlerin Değerlendirilmesi", İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s. 173.

<sup>174</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.539; Çelik, s. 227; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **2. Baskı**, s. 158.

<sup>175</sup> Güzel, Ali, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (ultima ratio) İlkesinin Gözetilmesi", **Çalışma ve Toplum EHD**, 2005/1., s.57 vd; Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.50-51; Tuncay, Geçerli Neden, s.24-25; Çelik, 23. Bası, s. 227-228.; Ulucan, **İş Güvencesi**, 43 vd; Taşkent, **İş Güvencesi**, s.37; Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, **Legal İHSGHD**, Ocak- Mart, S.1 2004, s.34. Mollamahmutoğlu, s.578-580; Engin, E. Murat, **İş sözleşmesinin İşletmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi**, Beta Basım, İstanbul, 2003, s.60, 65, 90 vd. Başterzi, Süleyman, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri", **AÜHFD**, 2005, S.3, s.58 vd; Aksi görüşte, Ekmekçi, Ömer, Yargıtay'ın İşe İade Davalarına, İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, **Legal İHSGHD**, S.1, 2004, s.168; Süzek, **7. Baskı**, s.538.

erdirmeyen başka önlemlerle ulaşmak mümkün ise yapılan fesih geçersiz sayılır<sup>176</sup>.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde yer alan son çare ilkesine Yargıtay da kararlarında yer vermiştir. Nitekim verdiği bir kararda; işletmesel kararla varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka bir işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken, feshi başvurulmaması gerekir. Kısaca "fesih son çare olmalıdır" ilkesi gözetilmelidir<sup>177</sup>. Yargıtay'a göre, iş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren TMK 2. maddesi uyarınca yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmamalıdır<sup>178</sup>.

Kanun'un gerekçesinde, iş sözleşmesinin feshine son çare olarak başvurulması, işletmeye, işyerine ve işe ilişkin nedenler varlığı halinde düşünülmesi gerektiği belirtilmekle birlikte, işçinin yetersizliği ve davranışına ilişkin nedenler halinde, işçinin performansı ve uyumu ile ilgili konularla sınırlı olarak yapılacak feshlerde de uygulanma kabiliyetine sahip olmalıdır. Bu anlamda, işveren, fesihten önce, işçiyi başka bir işte çalıştırmak veya eğitime tabi tutarak yeni bir işe uyumunu sağlamak ve tüm bu yollar denendikten sonra feshi son çare olarak düşünmek zorundadır<sup>179</sup>.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan feshlerde, önce işçiye ihtarın verilmesi gerektiği; feshin, davranışın tekrarı halinde gündeme gelmesinin ultima ratio (son çare) ilkesinden kaynaklıdır. Söz konusu ilke uyarınca, işçinin işyerinin ve çalışma yerinin değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı da araştırılmalıdır. Ancak, işçinin çalışma yerinin değiştirilmesinin fesihten önce

<sup>176</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.539.

<sup>177</sup> Y9HD. 16.12.2004, E.27003/K.27998. **Legal İHSGHD** S. 6, 2005, s. 728-729; Aynı şekilde 9.HD. 20.12.2004, E.14475, K.28303 **Legal İHSGHD**. S. 6, 2005, s. 726; Y9HD. 16.12.2004, E.27003, Aktay, Arıcı, Kaplan Senyen, s.193.

<sup>178</sup> Y9HD. 25.2.2008- E. 2008/3735, K.2008/2001, Aktay/Arıcı/Kaplan-Senyen, s.193.

<sup>179</sup> Kandemir, Murat, "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, SBArD 2005, S.6, s. 327.

uygulanabilir bir tedbir olması için, işyerinde boş bir çalışma yerinin mevcut olması, işçinin feshi gündeme getiren davranışının başka çalışma yerinde yapmayacağına dair objektif bir ipucunun olması, yani, işçinin davranışının çalıştığı yere özgü olması ve nihayet işçinin boş çalışma yerinde çalıştırılmaya devam ettirilmesinin işverenden beklenebilir olması zorunludur<sup>180</sup>.

Gerçekten işletme gerekleri veya işçinin yeterliliği ya da davranışları nedeniyle süreli feshi önleyebilecek daha hafif önlemler konusunda birçok örnek verilebilir<sup>181</sup>. Her şeyden önce, işyerinde sürekli fazla çalışma yapılıyorsa, önce fazla çalışma uygulamasından vazgeçilmeli, buna rağmen işgücü fazlası söz konusu ise işçi çıkarmaya gidilmelidir<sup>182</sup>. Bununla beraber olayın özelliğine göre fesihden önce fazla çalışmaların kaldırılmamış olması yapılan feshi her zaman geçersiz kılmayabilir. Örneğin, üretim bölümünden işçi çıkartılırken idari personelin fazla çalışmaya tabi tutulması veya bunun tersi feshin geçersiz sayılması sonucunu yaratmaz. Başka bir ifadeyle, küçük bir işyeri söz konusu değilse işyerinin tümünde değil, işten çıkarılanın çalıştığı bölümde aynı işi yapanların fazla çalışmalarının kaldırılmamış olmasının varlığı aranmalıdır. Çünkü önemli olan yön, fesihle ulaşılmak istenilen amacın söz konusu önlemlerle gerçekleştirilebilir nitelikte olup olmadığıdır<sup>183</sup>.

<sup>180</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.205.

<sup>181</sup> Engin, Murat, **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi**, Beta Basım, İstanbul 2003, s.92 vd; Güzel, **İş Güvencesi**, s.68, 76; Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.11; Ulucan, **İş Güvencesi**, s.43-44; Çelik, 222-223'den Akt: Süzek, s. 540.

<sup>182</sup> Bu yönde örnek Yargıtay kararı bkz. Y9HD, 8.7.2003, E. 12442, K. 13123 Karar incelemesi, **Teks. İşv. D**, Ekim 2003, 32-35; Ayrıca bkz. Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.11; Engin, **İşletme Gerekleriyle Fesih**, 92-93.

<sup>183</sup> Şahlanan, Fevzi, "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Ankara, 2005, s.100; Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.55; Çelik, **23. Bası**, s.227; Süzek, **7. Baskı**, s.541.

## b. Objektif Seçim Kriteri İlkesi (Sosyal Seçim İlkesi)

Yargıtay son senelerde verdiği kararlarında, işletmenin işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle birden çok işçinin iş sözleşmesinin feshinde çıkarılacak işçilerin seçimi konusunda 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinde düzenlenmeyen, sosyal seçim kriterlerine yer vermiştir. Sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığının belirlenmesine ilişkin olarak verdiği bir karara göre; "İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen göstermemek, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır<sup>184</sup>.

Yargıtay başka bir kararında "objektif kriterlerin" göz önünde tutulmasını istemekte, olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapmakta ancak bu kavramı açıklığa kavuşturmamaktadır. İşçilerden bir kısmının sözleşmesi feshedildiğinde, işveren zorunlu olarak bir seçim yapmak durumunda kalmaktadır. Kuskusuz işverenin bu seçim konusunda tümüyle serbest olduğu kabul edilemez. İş mevzuatımızda sosyal seçim ne de objektif kriterler konusunda bir düzenleme yer almadığına göre işverenin seçim serbestisinin sınırını Anayasada ve İş Kanununda pozitif dayanağı bulunan eşitlik ilkesi oluşturur. İşverenin geçerli bir süreli fesih için 18/1'de yer alan nedenler yanında son çare ilkesini uygulaması ve eşitlik ilkesini ihlal etmemesi gerekir<sup>185</sup>.

<sup>184</sup> Y9HD. 15.5.2006, E.10807, K.13509 Kılıçoğlu, Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s.878; Y9HD. 3.4.2006, E. 4878, K.8253 karar ve kararı incelemesi için bkz. Alpagut Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut mudur? **Sicil İHD**. 4.12.2006, 95.105; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, s.194.

<sup>185</sup> Çelik, Nuri, İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklere Sebepiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, **Sicil İHD**, Aralık 2006, s.8-10; Birben, Erhan: İşletme Gereklere Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları, **DEÜHFD**, 2006, S. 2, s.24; Ulucan, Devrim; İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, **Legal İHSGHD** 2007/14, s.505; Süzek, **7. Baskı**, s. 545.

İş Kanununda gerek "sosyal seçim kriterleri" gerekse "objektif kriterler" konusunda bir düzenleme yoktur. Kanuni dayanağı olmayan somut kriterlere göre işvereni, çıkarılacak işçilerin seçimi konusunda zorlamak, fesih hakkına getirilen bir sınırlamadır<sup>186</sup>. İşveren fesih hakkının kötüye kullanılması ve kanuni sınırlamalar dışında istediği işçinin iş sözleşmesini feshedebilir. Ancak, yönetim yetkisi kapsamında bu hakkını kullanırken keyfi (TMK. m. 2) ve bazı durumlarda eşit işlem yapma borcuna aykırı davranamaz (İş K. m. 5 ve m. 18/1 a, b, d). Keyfi davranışın varlığını iddia eden işçi bu durumu ispatlamalıdır<sup>187</sup>.

## 2. Uygulanması Önerilen İlkeler

### a. Menfaatlerin Tartılıp Değerlendirilmesi İlkesi

İş sözleşmesinin kurulması ve ifası ile bağlantılı olan menfaatler bu ilke bakımından önem taşımaktadır. İş sözleşmesi ile bağlantılı olmayan menfaatler dolayısıyla fesih yapılamaz. Bu nedenle işverenin özel yaşamına ilişkin menfaatlerinden dolayı yapılan fesih geçersiz sayılır. İşverenin işyeri ve işletmesi ile ilgili menfaatlerinin iş sözleşmesinin devamına olanak verip vermediği tespit edilmelidir<sup>188</sup>.

### b. Beklenilmezlik İlkesi

İşveren fesih yerine, sonuç itibarıyla iş sözleşmesini sona erdirmeyecek başka bir tedbire başvurabilecek bir durumdayken feshe gitmemesini öngören, iş sözleşmesinin keyfi sona erdirilmesini engelleyen bir ilkedir.

<sup>186</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, s.194, 222 vd.

<sup>187</sup> Çelik, **23. Bası**, s.227; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, s.195.

<sup>188</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.181.



Fesih hukukunda beklenilebilirlik kriterleri, istihdamın devamı olanağının olup olmadığı, fesih yerine daha hafif tedbirlerin alınmasının mümkün olup olmadığı, sorun giderici nitelikte geçici tedbir alınmasının mümkün olup olmadığı, işçiye yeniden eğitim veya mesleki eğitim verilmesinin mümkün ve yararlı olup olmayacağı, işletmenin istihdamın devamından olumsuz etkilenip etkilenmeyeceği ve bu durumun işletmeye ekonomik yük getirip getirmeyeceği gibi ölçütlere göre denetlenebilir<sup>189</sup>.

### c. Orantılılık İlkesi

Temel hakların sınırlandırılmasında kullanılan aracın, amacın gerçekleştirilmesi için uygun ve gerekli olmasını, amaçla aracın ölçüsüz bir oran içinde olmamasını ifade eden orantılılık ilkesi, ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirilen bir ilkedir. Dar anlamda orantılılık, alınan belli bir tedbirin, karşı tarafa ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi anlamına gelir. Gerek Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına gerek karşılaştırmalı hukuka gerekse Alman Federal İş Mahkemesinin kökleşmiş içtihatlarına göre ölçülülük ilkesi uygunluk (elverişlilik), gereklilik ve orantısallık ilkelerini içermektedir<sup>190</sup>.

### d. Öngörü İlkesi

İlerde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen ama durum hakkında fikir yürütülen bir ilkedir. Diğer bir deyişle tahmindir. Geleceğe ilişkin bir olayın değerlendirilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, tahmin, yapılacak değerlendirmelerde önemli bir rol oynar. Sözleşmelerin feshinde de sözleşmenin feshinin haklı olup olmadığının değerlendirilmesinde, gelecekte vuku bulacak olaylar belirleyicidir. Şüphesiz, iş ilişkisinin sona erdirilmesinde de, işçinin işe devam etmesine engel olan sebepler belirleyici olmaktadır.

<sup>189</sup> Manav, E, s.168.

<sup>190</sup> AYM., 4.10.1989 gün, K.1989/27; Manav, E, s.169.

Geçmişte gerçekleşen olaylar, sadece gelecek açısından bir sonuç çıkarmada işe yaramakta, gelecekte beraber çalışma imkânını ortadan kalktığına ilişkin bir emare teşkil etmektedir. Feshin meşruluğu sadece geçmişteki olaylara dayanılarak belirlenemez. Geçmişteki olayların geleceğe yönelik etkileri bu anlamda belirleyici olur. Gerçekten de, sözleşmenin feshinin sosyal açıdan haklılığı, iş ilişkisinin geleceğe ilişkin olarak zedelenmesini şart koşar. Bir başka deyişle, iş sözleşmesi, iş ilişkisinin, sözleşmenin feshedildiği andan itibaren zedelenildiği tahminine dayalı olarak sona erdirilmektedir<sup>191</sup>.

#### e. Eşit İşlem İlkesi

İşverenin eşit işlem yapma borcu nisbi nitelikte bir borçtur. İşverenin her durumda işçilere mutlak anlamda eşit davranma yükümlülüğünden söz edilemez. Kişi hak ve özgürlüklerine mutlak olarak uyulmasını gerektiren durumlarda, işyeri düzenine ilişkin işlemlerde, sosyal yardımlar konusunda mutlak olarak eşit işlem yapılması gerekirken; farklı işçiler arasında işe alma, ücretler, iş sözleşmesinin feshi konularında nisbi bir eşit işlem yapma borcundan söz edilir<sup>192</sup>.

İş sözleşmesinin feshinde kural olarak işverenin mutlak anlamda eşit davranma borcu yoktur. İşveren birden fazla işçinin aynı şekilde feshe neden olacak davranışlarda bulunması halinde istediği işçiyi işten çıkarmak konusunda serbest olmalıdır. Ancak işverenin işçinin dili, ırkı, cinsiyeti vb. nedenlerle veya sendikal nedenlerle sözleşmeyi feshetmesi halinde mutlak anlamda eşit işlem ilkesinin varlığı kabul edilerek, eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımları uygulanmalıdır. Bu sebepler dışında yapılan fesihlerde işverenin mutlak olarak eşit davranma borcu bulunmamakla birlikte, işveren fesih serbestisini dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanmalıdır. Örneğin

<sup>191</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 212.

<sup>192</sup> Uşan, M. Fatih; "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?" **Legal İHSGHD**, 8/2005, s.1627.

aynı olaya karışan işçilerden verimi ve kıdemi en çok, kusuru en az olanın işten çıkarılması halinde, işverenin işçilere eşit davrandığından söz edilememelidir<sup>193</sup>.

### III. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA FESİH VE FESHİN GEÇERSİZLİĞİ

#### A. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA FESİH

##### 1. İş Güvencesi Kapsamında Fesihle Esasa İlişkin Şartlar

###### a. Feshin Geçerli Bir Sebebe Dayanması Zorunluluğu ve Geçerli Fesih Kavramı

İş Kanunu madde 18'e göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde altı aylık kıdemi bulunan ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi veya işçilerin iş sözleşmelerini feshetmek isteyen işveren geçerli bir fesih için feshi, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir nedene dayandırmak zorundadır. Bu maddeyle işverenin keyfi hareketi engellenmiş ve işverenin tek taraflı iradesi işçiyi koruma amacıyla sınırlandırılmıştır.

Gerek ILO'nun düzenlemelerine gerekse ülkemizdeki kanuni düzenlemelere göre aşağıdaki nedenler fesih için geçerli neden teşkil etmez.

- Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak.
- İşyeri sendika temsilciliği yapmak.

---

<sup>193</sup> Manav, E, s.181.

- Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.

- Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.

- 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek.

- Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendi (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.

18. maddenin gerekçesinde belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilmesi hali için, 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nde belirlendiği üzere, geçerli bir sebep bildirme zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca geçerli sebebin neler olabileceği madde içinde düzenlenmiştir. İşçinin iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Geçerli sebep geniş kapsamlı bir kavram olduğu için bu düzenleme ile söz konusu kavrama objektif ölçülere uygun bir içerik kazandırılmaya çalışılmış ve bazı örnekler verilmiştir<sup>194</sup>.

İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, hangi durumlarda geçerli sebeplerden sayılacağı ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak kabul edileceği ise ancak yargı kararları ile zaman içinde belirginleşebilecektir. Özellikle Kanunun 25. maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı nedenlerle fesih olgusunu, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak; maddi olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farklı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir. Bu alanda konunun gerektirdiği ölçüler içinde

<sup>194</sup> Akı, Erol / Altıntaş, Olcay / Bahçivancılar, İbrahim, **Uygulamada İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.28.

ülke koşullarını da dikkate alarak iki fesih türü açısından geçerli olacak ayrımları yapmak ve farklılıkları ortaya koymak yargının yanı sıra öğretinin katkıları ile sağlanacaktır.

Bu madde bakımından geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir<sup>195</sup>.

## **b. Feshin Geçerliliği İçin Gerekli Nedenler**

### **(1) İşçinin Kişiliğine İlişkin Geçerli Nedenler**

İşçinin kişiliğine ilişkin şartlar işçinin yeterliliğinden ve işçinin davranışlarından kaynaklanan sebeplerdir. Bu sebepler iş ilişkilerinde olumsuzluklar yaratacak düzeyde olması ve iş ilişkisini çekilmez kılması gerekir. Yani işçinin kişiliğine bağlı bu sebepler doğrudan işe ve iş ilişkisine olumsuz etkilerde bulunması gerekir.

O halde, sosyal hayatta toplum tarafından kabul görmeyen işçinin kişiliğine bağlı tutumları işyerini, işi ve iş ilişkisini olumsuz etkilemediği taktirde iş ilişkisinin sona erdirilmesi için geçerli neden olamaz. Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında şöyle denilmektedir, "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu geçerli sebepler İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde

<sup>195</sup> Akı/Altıntaş/Bahçivancılar, s. 28.

olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli bir sebep olabilirler. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre 01.10.2004 günü mesai bitiminde işverenin bazı işçileri işten çıkarması üzerine, davacının işten çıkarılanları ve kendisinin de işten çıkarılıp çıkarılmadığını öğrenmek üzere işverenin açıklama yapması için yemekhanede yaklaşık 40 işçi ile mesai bitiminden saat 20'ye kadar toplandığı, bu konuda güvenlik güçleri tarafından tutanak tutulduğu, davacının savunmasının alındığı ve bu durumu kabul ettiği anlaşılmıştır. Bu durumda feshin haklı nedene dayanmadığı anlaşılmakla birlikte davacı ve arkadaşlarının kendi davranışlarından kaynaklanan nedenle işyerinin normal yürüyüşü aksamıştır. Bu davranış işyerinde olumsuzluklara neden olmuştur. Bu hali ile feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilerek dava reddedilmelidir"<sup>196</sup> demiştir.

### **i. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Nedenler**

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenler onun bireysel nitelikleri ve yetenekleriyle ilgili iş ilişkisini olumsuz yönde etkileyen veya çekilmez hale getiren nedenlerdir.

İş Kanunu madde 18'in gerekçesinde verilen örneklere göre işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimle çalışma, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmama, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği, sık sık hastalanma, çalışamaz duruma gelmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden

<sup>196</sup> Y9HD. 02.05.2005, E. 12359, K. 15192, **Teks. İşv. D**, Aralık 2005, s.44-45,

kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir<sup>197</sup>. Bu tür sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, yargılama aşamasında fesih nedeninin geçerli olup olmadığı, bilirkişi marifeti ile işyerinde ve işyeri kayıtları üzerinde tespit ettirilmektedir<sup>198</sup>.

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında her şeyden önce işçinin yeterliliğinden (yetersizliğinden) kaynaklanan nedenlerin geçerli neden oluşturduğu hükme bağlanmıştır. Geçerli feshe neden olan yetersizliğin fiziki yetersizlik ve mesleki yetersizlik olmak üzere ikiye ayrımı mümkündür. Fiziki veya mesleki yetersizliğin söz konusu olduğu hallerde geçerli nedenle süreli fesih hakkının doğumu için işçi kusurunun varlığı gerekli değildir<sup>199</sup>.

İşçinin fiziki yetersizliği iş akdinin feshini makul ölçüler içinde gerekli kılıyorsa geçerli bir fesih nedenidir. Bununla beraber işçinin fiziki yetersizliği tek başına geçerli bir neden olmayıp söz konusu yetersizliğin işyerinin normal işleyişini bozması ve iş görme borcunun gerektiği şekilde başka bir deyişle işçinin yetersizliği ile yapmakta olduğu iş arasında bir illiyet bağının kurulması zorunludur<sup>200</sup>. Bu konudaki yetersizlik esas itibarıyla işçinin hastalığı veya kazaya uğraması nedeniyle ortaya çıkar<sup>201</sup>.

<sup>197</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, s. 191.

<sup>198</sup> “Davalı işveren, 4857 sayılı İş Kanununun 19/1 maddesinde yer alan işçinin yeterliliğinden kaynaklanan geçerli sebebe dayanarak gösterdiği savunması çerçevesinde; diğer işçilerin vardiya performansı çizelgesi, talimat, zaman etüd formu, fırınlarla ilgili çizimler sunmuştur. Davacının verimliliğinin tespiti teknik bilirkişi yoluyla mümkündür. Çelişkili tanık anlatımlarına göre hüküm kurulması hatalıdır. Mahkemece uzman bilirkişi yardımı ile işyerinde keşif yapılarak yaptırılan işin standartlara uygun olup olmadığı uygun ise davacının makul bir süreçte aynı işi yapan diğer işçilere göre bir performans düşüklüğü gösterip göstermediği, böyle bir performans eksikliği varsa bunun geçicimi yoksa sürekli mi olduğu ve bunun sonucunda bir üretim düşüklüğü meydana gelip gelmediği saptanmalı, bu durumlar 18. madde içeriğinde değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Kabule göre ise; feshin geçersizliğine bağlı olarak verilen tazminat ve boşta geçen süreye ilişkin ücretle ilgili kararlar tespit niteliğinde karılılardır. Böyle olunca süre olarak belirlenmeleri yeterli olup ayrıca, rakamsal itilamı da gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Yazılı nedenle eksik araştırma ve soruşturma ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, Y9HD. 24.06.2004. **E. 3740, K. 15625, Çim. İşv. D.**, Eylül 2004, s.63-64.

<sup>199</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.507.

<sup>200</sup> Güzel, Ali, **İş Güvencesi**, s.44-45; Süzek, **7. Baskı**, s.508.

<sup>201</sup> Ulucan, **İş Güvencesi**, s.48; Tuncay, A. Can, “Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları”, İş Kanunu Toplantı Dizisi, IV, Aralık 2007, s.21; Kılıçoğlu-Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s.507 vd; Güzel, **İş Güvencesi**, s.50 vd; Alpagut, Gülsevil, “İş

Hastalık veya kaza nedeniyle uzun süre işe devamsızlık kural olarak bir geçerli fesih nedenidir. Bu konuda İş Kanununda bir düzenleme getirilmiştir. Anılan kanunun 18. maddesinin f fıkrası uyarınca "Hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık" geçerli bir neden oluşturmaz. Adı geçen hükme göre ise "(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74. maddedeki sürenin bitiminde başlar"<sup>202</sup>.

Fiziki yetersizlik, hastalık, kaza gibi nedenlerle ortaya çıkan başlangıçtaki koşullara göre işçinin işinde çalıştırılmasını olanaksız kılması yanında başka bir işte de çalıştırılmasını olanaksız kılması halinde geçerli fesih nedeni oluşturan çalışma gücü eksikliğidir. Kesin veya geçici, tam veya kısmi olmasına göre iş sözleşmesi üzerindeki etkisi farklı ise de Türk Hukukunda hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi fiziki yetersizlik halleri işçinin belirli bir süre işe devamını engellediği takdirde haklı fesih nedeni kabul edilir (İş K. m.25/bent I). Buna karşılık sık sık hastalanma ve bu nedenle devamlı olmamakla birlikte sık sık işe gelememe, hastalığı veya rahatsızlığı nedeniyle işe geç gelme, zihni ve fiziki güç azalması sonucu işe yoğunlaşamama, aynı çalışma temposunu sürdürememe, spontan dikkatsizlik gibi haller işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerini oluştururlar<sup>203</sup>.

Belli bir yaşa (örneğin TİS ile öngörülen bir yaşa ulaşma, emeklilik için kanunen aranan yaş ve diğer koşullara) gelmiş olmanın işverenin sözleşmeyi feshi bakımından tek başına geçerli bir sebep oluşturmayacağı da belirtilmelidir ILO'nun 162 sayılı Yaşlı İşçiler Tavsiye Kararında da yaşlılara iş

---

**Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi**", III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum s.213; Süzek, **7. Baskı**, s.508.

<sup>202</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.508.

<sup>203</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.723



güvencesi sağlanacağı (II/5-c) ve belirli bir yaşta işe son verilmesini zorunlu kılan kanun ve diğer hükümlerin de bu prensip ışığında değerlendirileceği belirtilmektedir (IV/22). Buna karşın İş Yasasının iş güvencesiyle ilgili madde gerekçesinde işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olmanın da geçerli fesih nedeni olarak algılandığı görülür<sup>204</sup>.

Zira hukuk sistemimizde ne çalışma için belli bir azami yaş sınırı vardır ne de otomatik emeklilik veya işverence emekliye sevk olgusu. Ancak yaşı ilerlemiş kimselerin birçok işte istenildiği ve gerektiği gibi verimli çalışmadığı da gerçektir. Örneğin 75 yaşındaki bir özel güvenlik görevlisi işçinin güvenlik sağlama işinin gereği gözükken koşma ve seri hareketleri gerekli düzeyde yapabileceği söylenemez. Bu yüzden yaşlı kabul edilebilecek yaşa gelmiş işçilerin bu durumunun ek bazı olgularla da desteklenmesi ve onları başka şekilde istihdamın mümkün veya makul gözükmediği hallerde yaşlılığın bir fesih nedeni olabileceği söylenebilir. Bu ek olgu genellikle işçinin verimsizliği, dikkat kaybı vs. gibi somut durumlar olarak karşımıza çıkar ve yaşlılığın geçerli bir fesih nedeni olup olamayacağının her somut olayda ona ek verilerle birlikte değerlendirilmesi uygun olur. Bu bağlamda ait olduğu sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık (emeklilik) aylığı için aranan koşulları sağlayan bir işçinin sözleşmesinin sırf bu yüzden feshini geçerli görmek mümkün değildir ve nitekim uygulamada Yargıtay'ın da bu kanıda olduğu görülmektedir<sup>205</sup>. Ancak o işyerinde/işletmede personel fazlalığı olduğu (kamu kesiminde norm kadro usulü vs. ile) saptanmışsa ve işverenin bu işçisi de başka bir birimde/görevde (belki de İş K. 22 uyarınca yapılan değişiklik önerisini ilgili işçi kabul etmediği için) çalıştırılmıyorsa, işverenin böylesi belli yaşa ulaşmış işçinin sözleşmesini feshetmesi makul gözükmektedir. Tabii bir yandan yaşlı işçinin sözleşmesi feshedilirken diğer yandan aynı birime/aynı göreve yeni işçi alımına da gidilmemelidir. Böyle bir şey, kural olarak fesih sebebinin geçersizliği sonucuna götürür. Ama işçi yaşının yol açtığı dikkat ve

<sup>204</sup> Hük. Tas. 19. m. gerekçesinden, Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.260.

<sup>205</sup> Bkz. Y9HD. 14.02.2005, E. 28938, K. 4129 fakat krş. Y9HD. 04.12.2003, E. 19328, K. 20055, Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.260

özen kaybı ve verimsizlik vs. gibi bir gerekçeyle işten çıkarılmışsa, aynı işe yeni bir elemanın alınması, ona yönelik fesih sebebinin geçersizliğine götürmez<sup>206</sup>.

İşyerinde işçi çıkarmayı zorunlu kılan işletme gerekleri söz konusu ise, bu nedene dayanarak iş akitleri feshedilirken öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanmış işçilerin seçilmesi mümkündür<sup>207</sup>. Nitekim bazı Yargıtay kararlarında salt emekliliğe hak kazanmanın geçerli fesih nedeni oluşturmadığı, mevzuatımızda iş akdi ile çalışan bir kişi için çalışma yaşı üst sınırı olmadığı belirtilmiş, ancak işverence ileri sürülen işletme gerekleri ve işgücü ihtiyaç fazlası bulunmadığı için yapılan fesihler geçersiz sayılmıştır. Görüldüğü gibi, işçinin salt yaşlılığı veya yaşlılık aylığına hak kazanması feshin geçerli olup olmadığı konusunda tek başına bir anlam ifade etmemekte, geçerli fesih nedeni olarak İş K. m. 18/1'e uygun şekilde işçinin fiziki veya mesleki yetersizliğinin veya işletme gereklerinin varlığı gerekmektedir. Esasen yetersizliğin varlığı halinde, geçerli fesih yaşlılık veya emeklilik nedeniyle değil anılan nedene dayalı olarak gerçekleşmiş olacaktır<sup>208</sup>.

İşçi gerektiği kadar çalışmıyorsa, dinamizm, inisiyatif kullanma, çabuk karar alma vb. konularda eksiklikler gösteriyorsa mesleki yetersizliğe dayanan geçerli fesih nedenleri ortaya çıkabilir. Aynı şekilde, işçinin yaptığı işe yatkın olmaması, mesleğe uyum yetersizliği, işe yoğunlaşmasının ve dikkatinin azalması, aynı çalışma temposunu sürdürememesi, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği gibi haller mesleki yetersizliğe diğer deyişle verim ve performans eksikliğine dayanan geçerli fesih nedenleridir<sup>209</sup>.

<sup>206</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s. 260.

<sup>207</sup> Süzek, **7. Baskı**, 510 ve 573.

<sup>208</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 510

<sup>209</sup> Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.9. Süzek, Sarper, İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976, s.126-127; Centel, Tankut: "Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları", **Mercek D**, Nisan 2003, s.11-12.

Mesleki yetersizliğin geçerli fesih nedeni oluşturabilmesi için iş ifası bakımından gerekli olan mesleki kabiliyet ve uygunluğun fesih anında işçide kısmen veya tamamen bulunmaması icap eder<sup>210</sup>. Kanunun gerekçesinde de ifade edildiği üzere işçinin aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışması sözleşmenin feshi için geçerli neden sayılmalıdır. Performans düşüklüğü olarak niteleyebileceğimiz bu durumun objektif olarak saptanması gerekir. Bu bağlamda işyerlerinde performans değerlendirme sistemlerine başvurulmalıdır. Yılda en az bir kez yapılması icap eden performans değerlendirmelerinde öncelikle işçinin görev tanımı yapılmalı, özellik ve yetenekleriyle işe uygunluğu ve değerlendirme için bir standardın belirlenmesi gerekmektedir. Performans kriterlerini, işyerinin özelliğine göre ihtiyaçlarını ve yapılan işleri dikkate alarak işyeri yönetimi belirler<sup>211</sup>.

## ii. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Nedenler

İşçinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesi hâlinde iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshi mümkündür. Kanun koyucunun işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin süreli feshine izin vermekle, işverenin, işçinin haklı feshe neden olabilecek ağırlıkta olmayan sözleşmeye aykırı davranışlarına uygun bir tepki gösterebilmesini mümkün kılmayı amaçlamaktadır. Bu anlamda iş sözleşmesinin feshi, süresiz bir iş ilişkisi içersine giren işverene, işçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışlara devam etmesi rizikosundan kaçabilmesi için iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı vermektedir<sup>212</sup>.

İş güvencesi hükümlerinin temel amacı işçiyi korumaktır. Bu nedenle işçinin herhangi bir davranışının sonucunda sözleşmeyi feshetme yoluna

<sup>210</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.339; Süzek, Sarper; "İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih", **A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul 2005, s.573; Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.726.

<sup>211</sup> Demir Fevzi, "Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama", **Legal İHSGHD**. S. 10, 2006, s.476.

<sup>212</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.370.

gitmek hem iş güvencesi hükümlerinin ruhuna aykırı olur hem de feshin son çare olması ilkesiyle bağdaşır nitelikte olmaz. Bu yüzden işçinin davranışlarının fesih nedeni olabilmesi için öncelikle bu davranışların iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri ihlal edecek bir boyuta varmış olması gerektiği sonucuna varabiliriz.

O halde işçi kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bu aykırı davranışlar sonucu iş ilişkisi olumsuz yönde etkilenmişse bu işçinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden olabilir. İşçinin kusur ve ihmali olmamasına rağmen sözleşmeye aykırı davranmış ya da davranışları iş ilişkisine herhangi bir olumsuz etkide bulunmamışsa bu durumda işçinin davranışlarından kaynaklı fesih yoluna gitmek için geçerli bir neden teşkil etmez.

İş Kanunu'nun gerekçesine göre, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler 25. maddede belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir. Gerekçede işçinin davranışından doğan sebeplere şunlar örnek verilmiştir: İşverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller. Yine gerekçeye göre, işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması hâlinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bu davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Doktrindeki bir görüşe göre; İş Kanunu'nun gerekçesinde, işçinin davranışları

nedeniyle yapılan fesihlerle ilgili olarak verilen bazı örneklerin, geçerli fesih ve haklı fesih arasındaki ayrımı belirsiz hale getirdiği doğrultusunda haklı olarak eleştirilmektedir<sup>213</sup>. İşçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin 25. maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmayan nedenler olduğu gerekçede ifade edilmiş olmakla beraber, bu ayrımı ortaya koyacak bir kıstas getirilmemiştir. Kanun koyucunun, bu noktada yargı ve doktrine görev yüklediği ifade edilmektedir<sup>214</sup>.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği, işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Bu iki halde, doğrudan doğruya iş sözleşmesinin hiç ifa edilmemesi ya da kötü ifası söz konusu olmaktadır. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığına da bu bağlamda tespiti gerekir. Bu iki tespitten sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağına tespiti gerekir. İş sözleşmesinin işçinin davranışı nedeniyle feshi için işçiye ayrıca, ihtar edilmesi; ihtardan sonra işçinin davranışını tekrar etmesi durumunda İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca savunmasının alınması da zorunludur<sup>215</sup>.

İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için iş sözleşmesinin ihlal edilmesi şarttır. Bir başka anlatımla, işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığını şart koşar. İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı akdedilen iş sözleşmesinden anlaşılabilmesi gibi; kanuni hükümler de işçiye bir takım yükümlülükler yükleyebilir. Örneğin, İş Kanunu'nun 77. maddesinin 1. fıkrası, İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin

<sup>213</sup> Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.44-45.

<sup>214</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.372

<sup>215</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.373

13. Maddesi vb. Bu bağlamda, işçinin üstlendiği yükümlülük ile somut olarak yerine getirdiği arasında olan ve olması gereken karşılaştırması yapılır. İlk planda, işçinin kusurlu olarak (kasten veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. İşçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır. Alman Federal İş Mahkemesi, istisnai durumlarda kusurun ispat edilmesinin güç olduğu hallerde, işçi tarafından iş sözleşmesinin ağır ihlali söz konusu ise, (örneğin, ağır hakaretler, işyerinin güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, saldırı) işçinin davranışına dayalı fesihleri, işçinin kusuru ispat edilemese bile haklı olarak, geçerli saymaktadır<sup>216</sup>.

Yargıtay kararlarına göre işçinin davranışlarından dolayı iş sözleşmesini ihlal ettiğini bazı davranışlarından örnekler vermek gerekirse; işçinin nöbet yerini terk etmesi, işçinin işyerinde kavga etmesi, işçinin izin almadan işyerini terk etmesi, amirine kötü sözler söylemesi, işçinin geç gelmeyi alışkanlık haline getirmesi vb. davranışlar örnek olarak sayılabilir.

İşçinin davranışlarına dayanan geçerli fesih sebepleri değerlendirilirken, işçinin fiili kadar, bunun tezahür şeklinin de önem taşıdığı göz önünde bulundurulması gerekir. Nitekim normalde mazur görülebilecek fiilin tezahür şekline göre geçerli bir sebep oluşturması söz konusu olabilir. Ayrıca işçinin davranışlarına dayanan geçerli fesih sebepleri değerlendirilirken, işverenin işyerinde düzeni ve disiplini sağlama hakkı ve işçilerin birtakım kurallara uymamalarına göz yumulmasının, ilerisinde daha önemli kurallara uymama eğilimi ile sonuçlanabilecek davranışlarının dikkate alınması gerekir. Bu çerçevede örneğin, işçinin amirleriyle sık sık gereksiz tartışmalara girmesi

<sup>216</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.376.

veya işçiler arasında huzursuzluk yaratmak somut olayın özelliklerine göre, geçerli fesih sebebi oluşturabilir<sup>217</sup>.

İşçinin yetersizliği veya davranışlarına ilişkin geçerli sebepler açısından önemli bir unsur da, işyerinde görülen işin ve işçinin yaptığı işin niteliğidir. Bu bağlamda; bir bankada, lüks bir lokantada veya giyim mağazasında çalışan işçinin yaratması gereken müşteri memnuniyetinin ve uyması gerekli davranış kurallarının diğer işçilerle aynı olmayacağı açıktır. İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler, işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ya da etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli bir sebep sayılamaz<sup>218</sup>.

İşçinin davranışlarından dolayı fesih yoluna gitmeden önce işveren tarafından işçiye davranışın tekrarlanmaması gibi istemlerle ihtar çekilmesi gerekir. İş sözleşmesinin feshi için ihtar şarttır. Ancak işçinin yetersizliğinden ya da işyerinin işletmenin veya işin gereklerinden kaynaklı olarak iş sözleşmelerinin feshinde ihtar koşulu aranmaz.

İşçinin davranışından dolayı iş sözleşmesinin feshi için ön aşama olan yukarıda değindiğimiz ihtar zorunluluğu İş Kanunu'nun gerekçesinde de ifadesini bulan ultima-ratio prensibinden doğar. Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak başvurusudur. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır. Gerçekten de, iş sözleşmesinin, feshi son çare olarak gündeme gelmesi gerektiğinden, iş ilişkisinin tek taraflı olarak sona erdirilmesinden önce, kural olarak işçiye davranışı nedeniyle ihtarın yapılması gereklidir. Aksi takdirde geçerli bir feshin varlığından söz edilemez. Ölçülülük ilkesi, hukuk düzeninin bir tarafa,

<sup>217</sup> Ekmekçi, Ömer; "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine", **Mercek D**, Temmuz 2003, s.102 vd.

<sup>218</sup> Ekmekçi, **İş Kanununda Yargı Süreci**, s.102 vd.

diğer tarafın hukuki konumuna müdahale etme hakkı verdiği durumlarda geçerli olan bir ilke olduğundan, bu ilke uyarınca diğer tarafa, karşı edimi yerine getirme hususunda bir kez daha fırsat verilmelidir. Bu amaçla, karşı tarafa iş görme edimini sözleşmeye uygun bir şekilde özenli olarak yerine getirebilmesi için ek süre tanınmalıdır. Ölçülülük ilkesi, işçinin ilk önce uyarılmasını; başka bir anlatımla, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin gereği gibi ifa edilmemesi hâlinde feshe oranla daha hafif bir çare olarak ihtarin seçilmesini emreder<sup>219</sup>.

## **(2) İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Geçerli Nedenler**

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme anayasal temelini sözleşme ve girişim özgürlüğünde (AY 48) bulan işverenin işletmesi ile ilgili konular hakkında karar verme hak ve özgürlüğünden kaynaklanır. Ancak aynı hükümde iş akdinin feshi "geçerli bir sebebe" dayandırılmak suretiyle işverenin girişimci olarak karar özgürlüğü ile işçilerin işlerini koruma hakları yani anayasal çalışma hakkı (AY 49) arasında bir denge kurulmuştur. Başka bir anlatımla, ekonominin ve teknolojinin gerekleriyle işçinin feshe karşı korunması adalete uygun bir biçimde dengelenmeye çalışılmaktadır<sup>220</sup>.

İşyerinden kaynaklanan geçerli sebepler; işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebilir. İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle İşin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesidir. İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin

<sup>219</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 391

<sup>220</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 526.



uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir<sup>221</sup>.

İşçinin şimdiye kadarki işyeri ortadan kalkmışsa ve ayrıca işçi işyerinin başka bir bölümünde veya işletmeye ait başka bir işyerinde tekrar işe alınamıyorsa, işçiye mesleki eğitim verilemiyorsa, çalışma koşulları değiştirilemiyorsa işveren işletme gerekleri dolayısıyla sözleşmeyi feshedebilir. İşletme gerekleri sebebiyle fesih, işverenin işyeri veya işletmedeki personel sayısını azaltma amacından kaynaklanır. İşletme gerekleri sebebiyle feshin geçerli olabilmesi için, işyerinde fazla işgücünün olması gerekmektedir. Eğer işveren işletme gereklerine dayanarak ifa güclüğü dolayısıyla işçilerin üretimini değiştirmek, işyerinde yenilik yapmak istiyorsa, işletme gerekleri sebebiyle fesih söz konusu olmaz<sup>222</sup>.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin geçerli neden oluşturabilmesi için, bu sebeplerin öncelikle işçinin işini doğrudan veya dolaylı olarak etkileyerek, çalıştırılmaya devam ettirilmesi ihtiyacını ortadan kaldırması gerekmektedir<sup>223</sup>.

İşyeri dışı nedenlerin geçerli neden oluşturabilmesi için, dış etkenler sonucu işyerinde iş azalmalı ve bunun sonucunda da personel fazlası olmalıdır. İşyeri içi nedenlerin geçerli neden oluşturabilmesi için de işverenden işletme yönetiminde sözleşmenin feshi dışında başka bir davranışta bulunması beklenmemeli ve işveren kararının sonucunda işçiye ihtiyaç kalmamalıdır<sup>224</sup>. Gerek işyeri içi gerek işyeri dışı nedenler, işçinin işini doğrudan veya dolaylı olarak etkilemeli ve işçinin işyerinde çalıştırılmaya devam etmesi olanağını gerçekten ortadan kaldırmalıdır<sup>225</sup>.

<sup>221</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, s. 192.

<sup>222</sup> Manav, E, s.129.

<sup>223</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.733; Süzek, **7. Baskı**, s.536-537.

<sup>224</sup> Manav, E, s.131

<sup>225</sup> Güzel, Ali, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (ultima ratio) İlkesinin Gözetilmesi", **Çalışma ve Toplum EHD**, 2005/1, s.166; Kılıçoğlu, Mustafa; "İş Güvencesi Hukukunda Feshin Geçerli Sebebe

• Toplu işçi Çıkarmalar ve İşletme Gereklere: Uygulamada işletme gereği fesihler çoğu kez toplu işçi çıkarma şeklinde gerçekleşmektedir. İş Kanununun 29. maddesinde toplu işçi çıkarmalar ayrıca düzenlenmiştir. Adı geçen maddenin 1. fıkrasına göre işveren "ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarabilir. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca da "İşyerinde çalışan işçi sayısı; a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin, b) 101 ile 300 arasında ise en az yüzde on oranında işçinin, c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin, işine 17. madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılır<sup>226</sup>."

• Ekonomik, Yapısal, Teknolojik Nedenlerin Feshi Zorunlu Kılması: Anayasanın 48. maddesi ile güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü işletmesel karar alma özgürlüğünün anayasal temelini oluşturur. Bu nedenle, işveren örneğin işletmenin veriminin veya rekabet gücünün artırılması için reorganizasyona (yeniden yapılanmaya) gitme ya da daha yeni ve farklı bir teknolojiyle çalışma yönünde işletmesel kararlar verebilir. Bu kararlar hatalı hatta işletmenin menfaati açısından isabetsiz de olabilir. Yargı organı işvereni işletmesi açısından daha isabetli karar almaya zorlayamaz<sup>227</sup>. Nitekim, Yargıtay'ın da birçok kararında "İşveren, amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir" denilmek suretiyle bu görüşe yer verilmektedir<sup>228</sup>. Ancak işletmesel kararlar fesih nedeni yapıldığı takdirde yargı denetimine tabidir<sup>229</sup>. İşverenin işletmesel karar alabilme özgürlüğünün sınırı yasadaki iş güvencesi kuralları diğer deyişle fesih için geçerli neden gösterme yükümlülüğüdür. İş Kanunu geçerli neden olarak işverenin işletmesel kararlarını değil işletmenin, işyerinin veya işin

---

Dayandırılmasına İlişkin Yargıtay Uygulaması", **Yargıç Güven Çankaya'ya Armağan Semineri**, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara, 2008, s.45.

<sup>226</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 526.

<sup>227</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 526

<sup>228</sup> Y9HD, 27.11.2006, 22752/31085, Taşkent, Savaş, **Açıklamalı-İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu**, , 2. Baskı, İstanbul 2008, s.158. Y9HD, 4.12.2006, E. 23819, K. 31666, **Çalışma ve Toplum EHD**, 13, 219-221. Y9HD, 11.9.2006, E. 18576, K. 21357, **YKD**, Ocak 2007, 65-68. Y9HD, 16.4.2007, E. 7965, K. 10625, **Çalışma ve Toplum EHD**, 15, 281-283.

<sup>229</sup> Tuncay, **İşe İade Davaları**, s.24.

gereklerinden kaynaklanan nedenleri esas almaktadır. Bunun anlamı, işverenin kendi kararını gerekçe göstermek suretiyle geçerli bir işletme gereği doğduğunu savunamaması, yapılan feshin işletme gereklerine dayandığı için geçerli olduğunu kanıtlamak zorunda olmasıdır<sup>230</sup>.

- Ekonomik Güçlükler: Geçerli bir feshin söz konusu olabilmesi için ekonomik güçlüğün gerçek olması gerekir. İşverence ileri sürülen ekonomik güçlüklerin mevcut olup olmadığını yargıç araştıracaktır<sup>231</sup>. O halde genel bir ekonomik krizin varlığı halinde diğer koşullarında gerçekleşmesi durumunda işverenin iş sözleşmesini feshetmesi için geçerli bir neden varsayılabilir. Yani bu ekonomik krizin işletmeyi olumsuz yönde etkilemesi; satışlarda, siparişlerde, karda azalmalara sebep olmuş ve iş ilişkisinin devam edemez boyuta ulaşmış olması gerekir.

- Yukarıda sayılan ve yeniden yapılanma, teknolojik değişimler, iş gücü fazlasının ortaya çıkması gibi nedenlerin varlığı ve bu nedenlerin iş yerine olumsuz etkide bulunmuş olması ve iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmesi durumunda iş sözleşmesinin işletmenin, işyerinin veya işin niteliğinden kaynaklanan nedenlerden dolayı geçerli fesih nedenlerinin var olduğu düşünülebilir.

## 2. İş Güvencesi Kapsamında Fesihle Usule İlişkin Şartlar

Hukukumuzda kural olarak fesih kararını bildiren tek taraflı ulaşması gerekli irade beyanları için herhangi bir yazılı veya sözlü şekil şartı aranmamıştır. Ancak İş Kanununun 19 maddesi kapsamındaki iş güvencesiyle çalışan işçilerin iş sözleşmelerini feshetmek isteyen işveren bu fesih beyanını yazılı olarak yapmak zorundadır. Bu kuralın istisnası ise haklı nedenlerle yapılan fesihlerde karşımıza çıkar. Yani işveren derhal feshi

<sup>230</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s.472-473; Süzek, **7. Baskı** s.528.

<sup>231</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 530.

gerektiren haklı bir nedenin varlığında işçi iş güvencesi kapsamında olsa bile işveren yazılı koşula uymadan iş sözleşmesini sözlü olarak feshedebilir.

#### **a. Fesih Bildiriminin Yazılı Olarak Yapılması**

Yazılı şekil şartı işverenin İş K. madde 18'e giren fesih nedenlerine dayanarak sözleşmeyi feshetmek istediğinde uyması gereken fesih usulüdür.

İş K m. 109'da, bu kanuna göre yapılması gereken bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, tüm fesih bildirimlerinin yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Ancak, kanundaki bu kural yazılı yapılmamış bildirim geçerliliğini etkilememekte, bildirim yapıldığının ispatlanması bakımından gerekli sayılmaktadır. Dolayısıyla, yazılı olarak yapılmamış fesih bildirimleri geçerli kabul edilecek ancak, ispatlanması sırasında yazılı belgeye dayanılması hakim tarafından istenecektir<sup>232</sup>.

4857 sayılı İş K'nun 109. maddesindeki genel düzenlemenin yanında, kanunun 19. maddesinde bu konuda istisnai bir hüküm yer almaktadır. İş K'nun 19. maddesine göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Dolayısıyla, bu kural gözetilmeden yazılı olarak yapılmamış ve nedeni açıklanmamış fesih bildirimlerinin geçersiz sayılması gerekecektir. Ancak, İş Yasası'nın 19. maddesindeki bu kuralın İş K'na göre yapılacak tüm fesih bildirimlerini kapsamadığı, yalnızca iş güvencesi kapsamındaki fesihlerle ilgili olduğu öğretide genel olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin bildirim süresi verilerek işten çıkarılmalarında veya haklı nedenle yapılacak iş sözleşmesi fesihlerinde fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmaması bildiriminin geçerliliğini etkilemeyecektir<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> Çalık, s.74.

<sup>233</sup> Çalık, s.75

Fesih bildiriminde yazılı şekle uyulması koşulunun geçerlilik mi yoksa ispat şartı mı olduğu konusu tereddüt uyandırmaktadır. Bildirimlerin yazılı yapılması kuralı, geçerlilik şartı olarak kabul edilirse, bu şarta uyulmaması, bildirim hiç yapılmamış gibi sonuç doğuracak; ispat şartı olduğunun kabulü durumunda ise, bildirim yapan taraf bildirim yapıldığını, tarihini veya içeriğini kanıtlayabilmek için mahkemeye mutlaka yazılı belge sunmak zorunda kalacaktır<sup>234</sup>. Kural olarak, iş hukukunda geçerlilik şartı bakımından iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması esası benimsenmemiştir (İş K. m. 8/1). Bir işçinin işverenini yazılı iş sözleşmesi yapmaya zorlaması da pek mümkün görünmemektedir. Fakat kanun koyucu, işçinin bir iş sözleşmesine dayalı olarak çalıştığını senetle ispatına yarayacak çeşitli kanuni düzenlemelere de yer vermiştir. İş Kanunlarında bu tür hükümlerin bulunması usulün senetle ispat zorunluluğunun iş sözleşmesinin ispatı bakımından da geçerli olacağından hareketle işçiyi koruyucu bir yaklaşımın göstergesidir. İş sözleşmesinin yazılı olarak akdedilmediği hallerde işçi, işverenden yazılı bir belge verilmesini isteyebileceği gibi, esasen işveren bununla kanuni olarak yükümlüdür. Yine her işveren gemi adamına çalışma ve kimlik karnesi vermeye mecburdur. Ayrıca işten ayrılan işçiye işveren tarafından çalışma belgesi verilmesi gerekmektedir (İş K. m. 28)<sup>235</sup>.

Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, m. 19/1'de iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin süreli feshiyle sınırlı bir koşul olarak öngörülmemiştir. Aksine, madde, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından süreli fesih yoluyla feshi yanında haklı nedenle feshine de uygulanacak bir ifadeye yer vermektedir. Zira feshin türüne değinilmeksizin işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmak zorunda olduğu vurgulanmaktadır. Bu nedenle m. 19/f.1 hükmü iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshinde de

<sup>234</sup> Sevimli, K. Ahmet; "İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı", **Çim. İsv. D.**, Mart 2003, C.17, S.2, s. 22.

<sup>235</sup> Topal, s.72.

uygulanması icap eden bir hüküm niteliğindedir<sup>236</sup>. Bir görüşe göre, fıkra hükmüne göre iş sözleşmesinin türü zikredilmediğinden bildirim süresi öngörülen belirli süreli iş sözleşmelerinin fesih bildiriminin de bu fıkra hükmü uyarınca yapılması gerekir<sup>237</sup>.

### **b. Fesih Sebebinin Açık ve Kesin Olarak Bildirilmesi**

Fesih sebebinin açık ve kesin olarak yazılı bir şekilde bildirilmesi İş Kanunu'nun 19. maddesinin düzenlemesi kapsamındadır. Fesih nedeninin sarıh bir şekilde ortaya konulması tartışmaları önleyecek ve işçinin feshin geçersiz bir nedene dayandırma çabalarını ciddi biçimde sınırlayacaktır. Çünkü böyle bir fesih kanuni olarak ispat ve geçerlilik şartı olabilecek yeterliliktedir.

İşveren, yazılı bildirimde feshin nedenini açık ve kesin olarak belirtmek zorundadır (m.19/f.1). Bu hükme göre, sözleşmenin feshedildiği ifadesi yanında fesih nedeni, belirli, somut bir olay veya durum olarak tartışmaya yol açmayacak açıklıkta ve kesinlikte gösterilmelidir. Bu itibarla "davranışlarınızdan ötürü", "işyerinin içinde bulunduğu durum nedeniyle" gibi ifadeler kullanılması halinde feshin nedeninin açık ve kesin bir şekilde belirtildiği söylenemez<sup>238</sup>.

İş güvencesi kapsamında olan işçilere yapılacak fesihlerde, fesih nedeni tereddüde yer vermeyecek kadar açık olmadığı ve yazılı yapılmadığı takdirde, fesih bildirimini geçerli sayılmayacak, işçinin işe iadesine kadar uzanan sonuçlar doğuracaktır. İşçiye fesih gerekçesinin açık ve kesin bir biçimde bildirilmesi zorunluluğu İş Kanunu'nun 19. maddesinde özellikle vurgulanmıştır. Bu hükümde fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması yanında, fesih nedeninin bildirilmesi yükümlüğü iş güvencesi kapsamındaki işçilerle

<sup>236</sup> Demir, Fevzi, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 4. Bası, İzmir 2005, s.127

<sup>237</sup> Demir, **İş Hukuku Uygulaması**, s. 127-128

<sup>238</sup> Y9HD, 27.10.2003, E.18040/2003, K.18119/2003, Çil, **Şerh**, C.I, s.279.

ilgilidir ve bu işçileri kapsamaktadır. Bilindiği gibi; deneme süresini tamamlamamış işçilerin iş sözleşmesinin feshinde, işyerinde 6 ayını doldurmamış işçilerle 30 işçinin altında işçi çalıştıran işyerlerinde, işçinin iş sözleşmesinin feshinde fesih sebebinin açık olarak bildirilmesine gerek bulunmamaktadır<sup>239</sup>.

### c. Feshin Makul Bir Süre İçinde Yapılması

Geçerli bir fesih nedeninin doğması halinde işverenin hangi süre içinde sözleşmeyi feshedebileceği konusunda İş Kanununda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Geçerli fesih nedenlerinin farklı özellikler taşıması nedeni ile haklı nedenle fesih hakkının kullanılması konusunda İş K. m. 26/1'de öngörülmüş olan hak düşümü süresinin (altı işgünü) geçerli fesihler için getirilmemiş olması isabetlidir. Süreli fesihlerde, fesih bildirimının geçerli fesih nedenini ortaya çıkmasından itibaren iyi niyet kurallarına göre makul bir süre içinde yapılması uygun olacaktır<sup>240</sup>. Yargıtay, örneğin telefonla rahatsız etme eyleminin meydana gelmesinden dört ay, işçinin savunmasının alınmasından üç ay sonra iş akdinin sona erdirilmiş olmasını, feshin makul ve hakkaniyete uygun bir süre içinde kullanılmadığı şeklinde değerlendirmiştir<sup>241</sup>.

İşverenin fesih hakkını ne zaman kullanması gerektiği Kanunda gösterilmemiştir. Ancak geçerli nedenin mevcudiyetine rağmen işverenin fesih hakkını uzunca bir süre geçtikten sonra kullanmış olması veya geçerli nedenin artık mevcut olmadığı uzunca bir süre sonra kullanmış olması halinde feshin geçerli olduğunu söylemek hukukta istikrar ve güven bakımından doğru olmadığı gibi işçi üzerinde fesih tehdidinin bir baskı aracı

<sup>239</sup> Çalık, s. 76

<sup>240</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.170-171; Güzel, **İş Güvencesi**, s.80; Demir, **İş Hukuku Uygulaması**, s.186; Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.56; Süzek, **7. Baskı**, s.551.

<sup>241</sup> Y9HD, 2.10.2006, E. 17797, K.25426 ve Avcı 'nın incelemesi Sicil, 5, 90-93. Yüksek mahkemenin makul süreye ilişkin diğer kararları için bkz. Y9HD, 14.2.2005, E. 1827, K. 4204 Çankaya-Günay-Göktaş, 1. Bası, s.510-511. Y9HD, 27.1.2005, E. 26072, K. 2011, Çankaya-Günay-Göktaş, 1. Bası, s.108, dn. 197'den Akt: Süzek, **7. Baskı**, s. 551

olarak kullanılmasına yol açar. Bu itibarla Kanunda bir sürenin öngörülmemiş olmasından, feshin her zaman yapılabileceği gibi bir sonuç çıkarılamaz<sup>242</sup>.

Kanunda iş sözleşmesinin feshi için gerekli ilgili düzenlemenin yapılmamış olması işverenin keyfi davranarak istediği bir zamanda sözleşmeyi feshedebilme yetkisi tanımaz. O halde iyiniyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde işveren makul bir sürede sözleşmeyi feshedebilir. Makul süre, her olayın somut özelliğine göre değişen özellik gösteren ve mahkeme tarafından belirlenen sürelerdir. Yargıtay bir kararında makul süreyle ilgili şöyle bir karara varmıştır: "4857 Sayılı Kanun'un 26. maddesinde düzenlenen 6 iş günlük hak düşürücü süre aynı kanunun 25. maddesindeki koşulların bulunması hâlinde uygulanacak olup, Kanunun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen geçerli fesih hallerinde uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. "Geçerli fesih nedeni bulunması hâlinde işverenin eylemi öğrendikten sonra makul süre içinde fesih hakkını kullanmış olması yeterlidir"<sup>243</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, fesih hakkı yenilik doğurucu bir hak olarak, hak düşürücü sürenin dolması ile sona erer. Fesih hakkında diğer yenilik doğurucu haklarda olduğu gibi, zamanaşımı süresine değil; hak düşürücü süreye bağlılık söz konusudur. Kanun koyucu, İş Kanunu'nun 26. maddesinde, süresiz fesihler ile ilgili olarak, altı günlük nispi, bir yıllık mutlak hak düşürücü süre öngörmüştür. Buna karşılık, İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca yapılacak süreli fesih ile ilgili olarak açıkça bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Dolayısıyla işveren, kural olarak, geçerli fesih nedeninin doğumundan itibaren belli bir süre içinde fesih hakkını kullanmakla yükümlü değildir. Alman hukukunda da benzer sonuca ulaşılmıştır. Bu gibi durumlarda, işçi bakımından ortaya çıkabilecek belirsizliğin ortadan kaldırılması için, yenilik doğurucu beyanın kullanılmasına güven ilkesinden hareketle sınırlama getirilmektedir. Bir başka anlatımla, bu gibi durumlarda

<sup>242</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, 197; Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.748.

<sup>243</sup> Y9HD 12.9.2005 T, E.2005/ 24429, K.2005/29361, Kılıçoğlu, /Şenocak, **Şerh**, Cilt 1, s. 1245.



hak düşürücü süreye bağlanmayan süreli fesih açısından işçiyi belirsizliklere karşı korumak için "hakkın etkisizleşmesi" müessesesi devreye girer<sup>244</sup>. Fesih hakkının etkisizleşmesine rağmen işverenin iş sözleşmesini feshetmesi, caiz olmayan bir hakkın kullanımını oluşturur. Fesih hakkının etkisizleşmesi için şu üç şartın gerçekleşmesi zorunlu olmalıdır.

Birincisi, geçerli fesih nedeninin doğumundan itibaren uzun bir süre geçmiş olmalı ve işveren bu süre zarfında iş sözleşmesini feshetmek yönünde suskun kalmalıdır. (süre unsuru)

İkincisi, işverenin bu davranışı, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak işverenin fesih hakkını kullanmayacağı yönünde işçi nezdinde haklı bir güven uyandırmalıdır.

Üçüncüsü ise, işçinin, iş sözleşmesinin artık feshedilmeyeceği hususunda kendisini hazırlamasıdır. Bu son iki şart, "durum(olgu) unsuru" olarak nitelendirilmektedir. Federal İş Mahkemesinin görüşü de bu yöndedir. Geçerli fesih maddesinde belirtilen sürelerde ölçü olamaz. Süre unsuru, somut olayın özellikleri ile birlikte değerlendirilmelidir. Burada belirleyici rolü, somut olayın özelliklerini ifade eden "durum (olgu) unsuru" oynayacaktır. Sırf uzun bir sürenin geçmesi fesih hakkını etkisizleştirmez. Aksine somut olayın özelliklerine göre işçinin karşı tarafın iş sözleşmesini feshetmeyeceği şeklinde güvenini haklı kılıyorsa, kısa bir sürenin geçmesi hâlinde de fesih hakkı etkisizleşebilir. Örneğin, işveren, geçerli fesih nedenini öğrenmesinden kısa bir süre sonra, işçinin ücretini arttırmışsa, işçiyi övmüşse işverenin fesih hakkının etkisizleştiği kabul edilebilir<sup>245</sup>.

<sup>244</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt I, s. 1245

<sup>245</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt-I, s.1245-1246

#### d. İşçinin Savunmasının Alınması

158 sayılı ILO sözleşmesinin 7. maddesine uygun olarak getirilen İş Kanununun 19. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25. maddenin 2 numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Kanunun gerekçesine göre de "Belirsiz süreli iş sözleşmesi, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshediliyor ise, ona önce hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilecektir. Kuşkusuz, İş Kanunu m. 25'in 2 numaralı bendindeki şartlar gerçekleşmiş ise, işveren buna göre bildirimless fesih hakkını kullanabilecektir<sup>246</sup>.

Hukukun yerleşmiş kuralı hatta hukukun temel amacı olan adaleti gerçekleştirmenin önemli araçlarından birisi savunmadır. Hukukun özünde var olan savunma hakkını iş hukukunun dışında tutmak evrensel normlara, anayasaya ve hukuk ruhuna uygun düşmez. Zaten Anayasaya göre de hiç kimsenin savunma hakkı engellenemez. Temel norm olan Anayasanın bu hükmüne aykırı düşebilecek bir kanun maddesi düzenlenemez. Bu yüzden işçinin davranışları ve verimsizliğinden kaynaklı fesih halinde işçinin savunması alınmadan iş sözleşmesi feshedilemez.

İşçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, bildirimli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. Hüküm işverene savunma alma yükümlülüğünü, sadece iş sözleşmesinin feshinden önce yüklemektedir<sup>247</sup>. İşçiye gönderilecek savunmaya davet yazısında, davranışı veya verimi ile ilgili sebebin açık yazılması ve belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı veya buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma

<sup>246</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.746.

<sup>247</sup> Y9HD.21.04.2008 T. E. 2008/11193, K. 2008/9563, Y9HD. 23.06.2008, E. 2007/42733, K. 2008/17109, Keser, s. 59.

vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması gerekmektedir<sup>248</sup>.

İş K. m. 19/son "işverenin 25. maddenin 2 numaralı bendinde gösterilen sebeplerle fesih hakkının saklı tutulduğunu; yani, işverenin "ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine" giren hallerde işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple, derhal, önelsiz ve kıdem tazminatı feshettiği durumlarda savunma alınmasına gerek olmadığını belirtmektedir<sup>249</sup>. Kanuni bir zorunluluk olmadığı halde böylesi durumlarda da işverenin kendiliğinden savunma alma yoluna gidebileceği gibi TİS veya iş sözleşmesiyle savunma alma yükümü getirilebileceğine kanuni bir engel yoktur<sup>250</sup>. Buna göre, işverenin iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/2 maddesindeki nedenlerle feshettiği iddiasında bulunduğu ve bu konuda yazılı fesih bildirimini sunduğunda, savunma almadan sözleşmesinin feshinin geçersiz olacağını ifade etmek mümkün olmayacaktır. Yani başka bir ifade ile, haklı sebeple yapılan bildirimsiz fesihlerde İş K. m. 19 daki yazılı bildirim, fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi ile savunma alınması koşulları aranmayacaktır<sup>251</sup>. Zira, işverenin kendince haklı bir sebebe dayanarak İş Kanunu'nun 25. maddesine göre bildirimsiz fesih yoluna başvurmasına rağmen, fesihte dayanılan sebebin haklı sebep sayılabilecek nitelikte olmaması, geçerli bir neden dahi sayılamayacak nitelikte olması ya da sözü edilen nedenin maddi vakıa olarak hiç gerçekleşmemiş olması da söz konusu olabilecektir. Bu yüzden İş K. m. 25/II'ye göre yapılmış bir fesihte işverenin 19. maddede belirtilen usule uyma mecburiyeti bulunmamaktadır<sup>252</sup>. Kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir.

<sup>248</sup> Y9HD. 24.09.2008 T. E.2008/2909 K.2008/24572; Y9HD. 02.06.2008 T. E. 2007/39366, K. 2008/13348. Ayrıca bkz Ekonomi, Münir, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", **Çim. İşv. D**, Mart 2003, Ek, s.14.

<sup>249</sup> Y9HD, 24.2.2003, E 2003/22581, K 2003/3229; Y9HD, 23.12.2004, E. 20205, K. 29229; Y9HD, 30.12.2004, E 2004/28160, K 2004/29944; Y9HD, 31.01.2005, E. 31609, K. 2521, Çankaya/Günay/Göktaş, 2. Bası, s.516, 513, 512-513, 508 vd.; Ayrıca bkz. Demir, **İş Hukuku Uygulaması**, s.267; Süzek, **7. Baskı**, s.553.

<sup>250</sup> Akyigit, **İş Güvencesi**, s.840; Keser, s.60.

<sup>251</sup> Y9HD. 26.05.2008, E. 2008/17442, K. 2008/12581, Keser, s. 61.

<sup>252</sup> Y9HD. 24.02.2004 E. 2003/22581 K. 2004/3229, Fevzi Şahlanan Karar İncelemesi, **Teks. İşv. D**, Ocak 2005, S.301, s.57-59. Aksi görüş için bkz." haklı nedenle yapılan

Aksi halde işverenin, iş sözleşmesini 25/2'ye göre feshettiğini belirtmesi ile iş güvencesi hükümleri bertaraf edilmiş olacaktır. Bu durum işvereni tamamen keyfi tutum ve davranışlara sevk edebilecektir. Bu nedenle böyle bir görüşün savunulması iş hukukunun temel felsefesi olan işçiyi koruma ilkesinin ihlal edilmesi anlamı taşır.

### (1) Savunmanın Alınma Zamanı

İşçinin savunmasını almamakla birlikte fesih bildiriminde nedenini açık ve kesin olarak gösteren ve mahkemede de bunu ispat eden işverene karşı feshin geçersizliği kararı alınamayacaktır görüşü ileri sürülebilir. Fakat Kanunun bu hükümleri bir bütün içinde amaçsal yoruma tabi tutulduğunda, işçinin iş sözleşmesinin savunması alınmadan feshedilmesi halinde feshin geçersizliğine karar vermek icap eder<sup>657</sup>. Aksi halde m.19/2 hükmü, iş güvencesi bakımından anlamsız bir düzenleme haline gelmiş olur<sup>253</sup>.

İşveren sözleşmeyi feshetmeden önce işçiye savunmasını hazırlaması için makul bir süre vermelidir. Makul süre iş sözleşmesine sebep olan işçinin davranışlarının ve yetersizliğinin somut özelliklerine göre belirlenir. Makul süre net bir anlam taşımamakla beraber işvereni süre bakımından sınırlamadığı anlamına gelmez. Makul süre konusunda uyuşmazlıklar ortaya çıktığında somut olayın özelliklerine göre mahkeme tarafından uyuşmazlık giderilir ve makul süre belirlenir. Fesihten önce işçinin savunmasının alınmadığı tespit edilirse feshin geçersizliğine hükmedilebilir. Örneğin Yargıtay bir kararında: "...davacının hizmet akdi davalı işveren tarafından işçinin yetersizliği sebebiyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Bu tür fesihlerde

---

feshi, geçerli feshe tahvil ederken, işverenin İş Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen şekle riayet edip etmediğinin araştırılması gerekir. Süreli fesih, yazılı olarak yapılmamış veya fesih nedeni açık ve seçik yapılmamış ya da duruma göre, işçinin savunması alınmamışsa, tahvil mümkün olmayacaktır Kılıçoğlu, / Şenocak; Geçersiz Feshin Başka Bir Hukuki İşleme Dönüşmesi (Konversion). **Yarg. D.**, Temmuz 2007- Cilt 33 S:3, s.245-256; Süzek, **7. Baskı**, s.553; Cinoglu, Şükran; İşe İade Davalarında 4857 Sayılı Kanunun 19. Maddesinin 1. Fıkrası İle 25. Maddesinin Son Fıkrasının Karşılaştırılması, **Sicil İHD**, Aralık 2006, S:4, s.62.

<sup>253</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.748.

4857 sayılı Yasa'nın 19/2 maddesi gereğince işçinin savunmasının alınması gerekir. Davalı işveren fesihden önce işçinin savunmasının alındığına dair kanıt dosyaya sunmamıştır. Bu sebeple davacının davasının kabulü gerekirken yazılı şekilde reddedilmesi hatalıdır<sup>254</sup>. şeklinde hüküm tesis ederek durumu aydınlatmıştır.

## (2) Savunmanın Şekli ve Usulü

Savunmanın biçimi ve yöntemi hakkında yasada herhangi bir kurala yer verilmiş değildir. Savunma hakkının amacına uygun olarak, işçiye verimsizliğinden veya davranışından kaynaklanan fesih nedeni yazılı olarak bildirilmeli, savunma için işçiye uygun bir süre tanınmalı, yazılı ya da tutanakla tespit edilmek koşuluyla sözlü<sup>255</sup> savunmasını vermediği takdirde, savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı hatırlatılmalıdır. İşçinin savunmasının alınmasının gerekmesine rağmen, bu yola başvurulmadan önce sözleşme feshedilmiş ise, salt bu nedenle feshin geçersizliği söz konusu olacaktır<sup>256</sup>. 158 Sayılı ILO Sözleşmesinin 7. maddesine uygun olarak getirilen bu zorunluluk, hukuki dinlenilme hakkının bir görünümü olarak ortaya çıkmaktadır<sup>257</sup>. İşçiye bu hatırlatmanın yapılması elden olabileceği gibi noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektupla da yapılabilir. Önemli olan bildirim işçinin eline varmasını sağlamaktır. Şayet işçi savunma davet yazısını almazsa veya alıp da savunmaya belirtilen gün ve vakitte haklı bir mazereti olmaksızın gelmezse, kendisine daha önce ihtar verildiği sırada yapıldığı gibi bunu bir tutanakla tespit etmek zorunludur. Savunması

<sup>254</sup> Y9HD. 30.12.2004, E.2004/29012, K.2004/29975. Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh** Cilt-1, s.494.

<sup>255</sup> Topal, s. 77; Ekonomi'ye göre; "işçi eğitimi, bilgi birikimi yönünden olaya etkili olacak konuları aktarmak suretiyle yazılı savunma vermede zorlanıyorsa, savunmasını tutanağa geçirilmek üzere sözlü de yapabilmesine imkan verilmesi, işin özüne uygun görülmelidir. Bu şekilde yapılacak bir savunmada işçinin bir iş arkadaşının, örneğin işyeri sendika temsilcisinin veya işyeri işçi temsilcisinin hazır bulundurulmasını istemesi de makul karşılanmalıdır." Ekonomi, **İş Güvencesi**, s. 14.

<sup>256</sup> Ekonomi, **İş Güvencesi**, s. 14; Güzel, **İş Güvencesi**, s. 85; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 162; Demir, Fevzi, **İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri**, T. Haber-İş Sendikası Yayınları No: 24/2003 İzmir 2003, s. 18 ; Topal, s. 77.

<sup>257</sup> Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s. 57.

alınmadan bir işçinin belirsiz süreli hizmet akdi feshedilemeyeceği için savunma almaya yönelik bütün bu işlemler ve tutanaklar İş Kanununda ispat şartı olmaktan çok feshin geçerlilik şartı değerindedir<sup>258</sup>.

## B. GEÇERSİZ FESİH VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKLARI

### 1. Geçersiz Fesih Kavramı

Geçersiz fesih, işverenin, iş sözleşmesini geçerli bir nedene dayanarak feshetmiş olduğunu düşündüğü durumlarda aslında bu fesih nedeninin iş sözleşmesini feshetmek için geçerli sebep oluşturmadığının mahkemece tespit edilmesidir.

İş Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasında 158 sayılı ILO sözleşmesinin 5. ve 6. maddelerine hemen hemen paralel şekilde süreli fesih için geçerli neden oluşturmayan haller sayılmıştır.

Bir görüşe göre Kanunda kullanılan "feshin geçersizliği" tabiri, genel anlamda geçersizliği; yani feshin iş sözleşmesi üzerinde hüküm ve sonuç doğurmaması, sözleşmenin aynen devam etmesi anlamını taşımamaktadır; feshin geçersizliği sözü, 25. maddedeki haklı nedenle feshin hukuki sonuçları ile buradakilerin ayırt edilmesini sağlamak amacıyla, feshin kanuna aykırılığını belirtmek için kullanılmıştır<sup>259</sup>. Aynı yöndeki bir görüşe göre de, kullanılan ifadeye rağmen kanun hükmünün, tam bir geçersizlik yaptırımı getirdiği söylenemez; çünkü, geçersizlik yaptırımı, fesih bildirimini geçersiz kılar; bozucu yenilik doğuran hak olan fesih işlemi iş sözleşmesi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaksızın iş ilişkisi devam eder<sup>260</sup>. Benzer bir görüş de, burada mutlak anlamda bir geçersizliğin söz konusu olmadığı, geçersizlik tespitinin işverene seçimlik bir hak olarak iki yönde yükümlülük

<sup>258</sup> Topal, s. 77.

<sup>259</sup> Çelik, **İş Güvencesi**, s.44; Çelik, **23. Bası**, s.237.

<sup>260</sup> Süzek, **7. Baskı** s.614; Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.760.

getiren sonuç doğurduğu, Kanunun, feshin geçersiz sayılması üzerine iş ilişkisinin hiç bozulmamış gibi devam edilecek şekilde bir düzenleme getirmediği düşüncesindedir<sup>261</sup>. Buna karşılık bir görüş, Kanunun, feshin geçersiz sayılarak iş ilişkisinin, kural olarak, hiç sona ermemiş gibi devam etmesini; işverenin, bunu kabul etmemesi halinde de tazminat ödemesini öngördüğü kanısındadır<sup>262</sup>. Bir başka görüş, feshin geçersizliğini "işe iade" bağlamında ele almakta ve feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde iş sözleşmesinin mahkeme süresince askıda kaldığı ve İş K. m.66/c hükmüne uyan bu süre zarfında işverenin iş vermekle temerrüde düştüğünün kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir<sup>263</sup>. Şu halde öngörülen düzenleme feshin geçersizliği noktasında, işverenin işçiye işe başlatmış olması ile başlatmamış olmasına göre farklılık göstermektedir<sup>264</sup>.

Feshin geçersizliği kararı kesinleştiği zaman işveren işçiye işe almak ve işçiye boşta geçen sürenin ücretini ve diğer haklarını ödemek zorundadır. İş K.m.21' e göre işveren, başvurusu üzerine işçiye bir ay içinde işe başlatmak; işe başlatmadığı takdirde de tazminat ve boşta geçen süreye ilişkin en çok dört aya kadar ücret ve eklerini ödemek zorundadır<sup>265</sup>. Her ne kadar İş Kanununun 21. maddesinde işverence yapılan feshin geçersizliğinden söz ediliyorsa da, mahkeme tarafından bu konuda verilen karar mutlak anlamda, genel hükümlere uygun, yargının karar vermesiyle hemen devreye giren bir geçersizlik değildir<sup>266</sup>. İş K. m. 21'de, mahkeme kararından sonra tarafların davranışlarına göre etkili olabilecek, kanunda özel olarak düzenlenmiş kendine özgü bir geçersizlik öngörülmüştür<sup>267</sup>. Bir başka görüşe göre, feshin geçersizliği sonucu işe iadeye karar verilmesi halinde, iş sözleşmesinin mahkeme süresince askıda kaldığı ve "işçinin işinde her an iş görmeye hazır

<sup>261</sup> Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.16.

<sup>262</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.760.

<sup>263</sup> Demir, **İş Hukuku uygulaması**, s.150.

<sup>264</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı** s.760.

<sup>265</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.583.

<sup>266</sup> Çelik, **24. Bası**, s.236-237; Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.16; Şahlanan, Kapsam, s.19; Mollamahmutoğlu, **3. Baskı** s.760; Alp, Feshe Karşı Koruma s.23; Uçum, Mehmet; "İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları", Karar İncelemesi, **Legal YKİ**, 2/2006, s.185.

<sup>267</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 580

bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği" (İş K.m.66/c) süre içerisinde "işverenin iş vermekte temerrüde düştüğü" nün (BK.m.325) kabul edilmesi gerekir<sup>268</sup>.

## 2. İş Sözleşmesinin Haklı ve Geçerli Nedenlerle Feshi

Derhal fesih, olağanüstü fesih gibi adlarla da anılan haklı nedenle fesih, gerek belirli süreli ve gerekse belirsiz süreli sözleşmelerde uygulama alanı bulur. Haklı fesih, sözleşme taraflarından birinin kanunca öngörülen bir nedene dayanarak hizmet sözleşmesini derhal (süre vermeden) sona erdirmesi anlamına gelir. Haklı neden deyimindense, sözleşmeye bu şartlarla devamı o taraf için artık çekilmez kılan objektif bir sebep" anlaşılır. 4857 sayılı İş K. çerçevesinde işçiye sözleşmeyi derhal fesih imkanı veren nedenler tartışmasız biçimde İş K. m. 24'te düzenlenmiştir.

İş Kanununun 25. maddesine bakıldığında işverene haklı sebeple derhal fesih hakkı veren nedenler dört bent altında düzenlenmiş ve bu fesih sebeplerinin ayrıntılı olarak sayılmış olduğu görülmektedir. Bu bentler şu şekilde belirtilmektedir. Sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı sebepler, işçinin gözüne alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim sürelerini aşması. Ayrıca tartışmalı da olsa TSGLK m. 45'de işveren lehine haklı fesih nedeni bulunmaktadır<sup>269</sup>.

Fesih bildirim süresi içinde iş sözleşmesinin derhal feshine olanak veren haklı bir neden ortaya çıkması durumunda, işveren ya da işçi bildirim süresinin sona ermesini beklemeden iş sözleşmesine son verebilir<sup>270</sup>.

<sup>268</sup> Demir, **İş Hukuku Uygulaması**, s.245.

<sup>269</sup> Topal, s.31

<sup>270</sup> Çalık, Şefik, **İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005. s.87



İşveren bakımından hizmet sözleşmesinin feshini haklı kılan nedenler de tıpkı işçinin gibi değişik kanunlarda düzenlenmiştir (İş K. m. 24, 25 - Den. İş K. m. 14/1-3 vb).

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında yer alan geçerli fesih nedenleri diğer deyişle kısaca işletme gerekleri olarak özetleyebileceğimiz işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri ile işçiye ilişkin nedenler olarak nitelendirebileceğimiz işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenler esas itibarıyla 158 sayılı ILO sözleşmesinin 4. maddesinden alınmıştır. Aynı şekilde, Avrupa Birliği ülkelerinde kabul edilen iş güvencesi sistemlerinde de geçerli fesih nedenlerinin bu iki temel nedene dayandığı ifade edilmektedir<sup>271</sup>.

İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, hangi durumlarda geçerli sebeplerden sayılacağı ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak kabul edileceği ise ancak yargı kararları ile zaman içinde daha da belirginleşebilecektir. Bu sebepler kanunun gerekçesinde açıklandığı üzere işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde engelleyen sebeplerdir<sup>272</sup>.

Geçerli sebep kavramı Türk İş Hukukuna iş güvencesi sisteminin girmesi ile dahil olmuş bir kavramdır. Bu açıdan haklı sebep kavramı geçerli sebep kavramından daha öncesine dayanan ve daha eski bir kavram olarak Türk İş Hukukunda kullanılmaktadır. Geçerli sebep kavramı güvenceye tabi olan işçilerin iş sözleşmelerinin bildirimli feshinde söz konusu olup İş Kanununun 18. maddesinde yer almaktadır. Haklı sebep kavramı ise hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmeleri için söz konusu olabilen, İş

<sup>271</sup> Süzek, 7. Baskı, s.505

<sup>272</sup> Dönmez, İş Hukukunda Tazminatlar, s.217

Kanununun 24 ve 25. maddelerinde derhal fesih hakkı kapsamında yer almaktadır<sup>273</sup>.

Türk Hukukunda 4773 sayılı Kanuna kadar işverenin süreli fesih hakkının kullanımı için aranmayan sebep gösterme zorunluluğu, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshi bakımından öngörülme suretiyle işverenin keyfi fesihlerinin önü kesilmiş olmaktadır<sup>274</sup>. Buna göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı ay kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır<sup>275</sup>.

158 sayılı Sözleşmenin 4. maddesinin hemen hemen aynen çevirisi olan İş Kanunu 18. madde hükmüne göre fesih için geçerli neden, ya işçinin yeterliliğine veya davranışlarına ilişkin bir neden, yani işçinin kişiliğine ilişkin bir nedendir ya da işyerinin veya işin gereklerine dayanan bir neden, yani işyerine ilişkin bir nedendir. Ancak bu ifade, "geçerli neden"in, "haklı neden"den ayrışması için gerekli kriterleri içermemektedir. Kanunun gerekçesinde "... geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler işçinin iş görme borcunu kendisinden veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir, denilmek suretiyle geçerli neden kavramı açıklanmaya çalışılmaktadır<sup>276</sup>. Buna göre, geçerli neden, iş sözleşmesine hemen son

<sup>273</sup> Topal, s. 26

<sup>274</sup> Manav, E, s.113.

<sup>275</sup> Akı/Altıntaş/Bahçivancılar, s.27

<sup>276</sup> 4857 sayılı İş Kanunu ve 18. Maddenin Gerekçesi, 158 Sayılı Sözleşmenin 4. maddesinin aynısı olmakla birlikte Gerekçede verilen örnekler Alman Federal İş Mahkemesinin kararlarından seçilmiştir; bu kararların pozitif dayanağını oluşturan pozitif düzenleme ise 158 sayılı sayılı Sözleşme metninden çok farklı bir mahiyette olup "feshi

vermeyi gerektirecek ağırlıkta olmamakla birlikte işçinin iş görme borcu üzerinde ciddi bir olumsuz etki doğurarak gerektiği şekilde ifasına olanak vermeyen neden şeklinde tanımlanabilmektedir<sup>277</sup>.

Mollamahmutoğlu'na göre geçerli neden, işletmeye, işyerine zarar vermeksizin iş ilişkisinin devamını olanaklı kılmayacak ağırlıkta bir neden olarak tanımlanabilir. İşçinin fizik yetersizliği veya işletmeye, işyerine ilişkin ekonomik, mali ve teknik nedenler, şayet işletmeye veya işyerine zarar vermeksizin başka bir işte çalıştırılmasını olanaksız kılıyorsa fesih için geçerli neden oluşturabilirler<sup>278</sup>.

Geçerli fesih söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir<sup>279</sup>.

Geçerli neden, ahlak ve iyi niyet kuralları bakımından sözleşmeye derhal son vermeyi haklı kılacak ağırlıkta olmayan buna karşılık işçi çalıştırılmaya devam edildiği takdirde işyerini olumsuz şekilde etkileyecek mahiyette, işçiye veya işyerine ilişkin her olay veya durumdur. Buna göre, geçerli nedenlerin önceden dökümünü yapmak mümkün olmadığı gibi isabetli olmayacağından her uyuşmazlıkta yargıç tarafından değerlendirilmektedir<sup>280</sup>.

Haklı sebeple fesihte, taraflar arasındaki güven ilişkisini zedeleyen sözleşmeye devamın beklenmesinin dürüstlük kurallarına aykırılık

---

sosyal yönden haklı kılan nedenler" şeklinde bir temel ölçüt içermektedir, Güzel, **İş Güvencesi**, s. 41.

<sup>277</sup> Öğreti de Gerekçedeki ifade esasında geçerli nedeni tanımlamaktadır, bkz. Ulucan, **İş güvencesi**, s.25; Mollamahmutoğlu, **7. Baskı**, s.722

<sup>278</sup> Mollamahmutoğlu, **7. Baskı**, s. 723

<sup>279</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 506

<sup>280</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.723

oluşturacağı olgular söz konusudur<sup>281</sup>. Geçerli nedenlerin daha hafif nitelikte olması, sözleşmenin feshinde önellerin tanınmasını ve feshe maruz kalan işçinin bu yolla korunmasını sağlar<sup>282</sup>. Sözleşmenin feshine neden olan sebebin haklı sebep mi geçerli sebep mi olduğu hususunda belirleyici nokta, feshe neden olan davranışın ağırlığı ve bu anlamda iş ilişkisine etkisidir. Somut olay çerçevesinde işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan borcuna aykırı davranışının ağırlığı, kusurlu bir davranış söz konusu ise, kusurun ağırlığı, bu davranış sonucunda bir zarar meydana gelmişse zararın türü ve miktarı, davranışın işyeri düzeni ve iş barışını, taraflar arasındaki güven ilişkisini ne ölçüde etkilediği dikkate alınarak bu ayırım yapılmalıdır<sup>283</sup>. Yapılacak objektif değerlendirme sonucu feshe neden olan davranış, bildirim süresi içinde iş ilişkisinin devamını beklenilmez kılıyorsa, sözleşmenin feshi için bir haklı nedenin varlığı kabul edilmelidir. Buna karşın işçinin sözleşmesinin feshine sebep olan neden, iş ilişkisinin devamını tam anlamıyla çekilmez hale getirmiyor ve taraflar arasındaki güven temelini çökmesine sebep olacak ağırlıkta olmayıp, işin normal işleyişini bozuyor, işyeri düzenini olumsuz yönde etkiliyor ve bu nedenle makul ölçüler çerçevesinde, işverenden iş ilişkisinin devamı beklenemiyor ise, işveren için İş K. m.18 ve devamı hükümleri uyarınca geçerli nedenle fesih hakkı doğacaktır<sup>284</sup>.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler, ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma, gösterdiği niteliklere göre beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği, sık sık hastalanma, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini

<sup>281</sup> Alpagut, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı- Geçerli Neden Ayırımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Sicil İHD**, Mart 2006, s.72.

<sup>282</sup> Alpagut, **İş Güvencesi**, s.217.

<sup>283</sup> Alpagut, **İş Güvencesi**, s.217-218; Süzek, s.517.

<sup>284</sup> Süzek, **İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih**, s.577-578; Arslan, Arzu, "Feshin Geçersizliği ve İşe İade Talebinin Süresi- Geçerli Neden/Haklı Neden Ayırımı ve Feshin Hakkaniyete Uygunluğu", (Karar İncelemesi), **Çalışma ve Toplum EHD**, S.15, 2007/4, s.163; Deniz, Demir, "Haklı Neden-Geçerli Neden Ayırımı", **Çalışma ve Toplum EHD**, S.14, 2007/3, s.164-165.

gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir. İşçinin davranışlarından doğan sebepler 25. maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek, işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir de diğer kişilerle ilişkilere girmek, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak, sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak, amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller verilebilir<sup>285</sup>.

### 3. Geçersiz Feshin Benzer Kavramlardan Farkı

#### a. Geçersiz Feshin Usulsüz Fesihten Farkı

Usulsüz fesih, iş sözleşmelerinin kanunda öngörülmüş olan fesih usulüne uyulmadan feshedilmesi halleridir. Örneğin; bildirim sürelerine uyulmama, işçinin savunmasının alınmaması gibi usuli şartlara uyulmaması halleridir. Yani İşveren İş K m. 25/1 bendindeki sağlık nedenlerine veya aynı maddenin 3. bendindeki zorlayıcı nedenlere dayalı olarak sözleşmeyi bildirimsiz olarak feshederse, yapılan fesih usulsüz fesih olmaktadır<sup>286</sup>.

Belirsiz süreli bir iş akdi taraflarca bildirim öneli verilmeksizin veya eksik verilerek feshedilmiş ya da peşin ödemeye fesih bildirimi önellerine ilişkin

<sup>285</sup> Akı/Altıntaş/Bahçivancılar, s.29

<sup>286</sup> Anadolu, F. Kerim, **İş güvencesi ve Kıdem Tazminatı**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2002, s.151.

ücret ödenmemiş veya eksik ödenmişse bir usulsüz fesih ortaya çıkar. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde fesih bildiriminde bulunma zorunluluğu hem işçi hem de işveren tarafı için öngörüldüğünden usulsüz fesih bu zorunluluğu yerine getirmeyen işveren gibi işçi için de söz konusu olabilir<sup>287</sup>. İş sözleşmesi toplu iş sözleşmesi ile kabul edilen prosedüre ve şartlara uyulmadan bozulmuşsa ya da taraflar arasındaki sözleşmede özel bir usul izleneceği kararlaştırılmış olmasına rağmen bu usule uyulmamışsa yapılan fesih yine usulsüz bir fesih sayılacaktır<sup>288</sup>.

Usulsüz fesih bildiri, usulüne uygun bir fesih bildiri gibi iş sözleşmesini sona erdirir ve işçinin usulüne uygun fesih halinde talep edebileceği hakları ortadan kaldırmaz. İşverence iş sözleşmesinin bildirim süresi verilmeksizin feshi halinde, bildirim süresi hizmet süresine dahil edilir. Bu süre içerisinde işçiye yeni haklar tanıyan yeni bir toplu sözleşme hükmü yürürlüğe girmişse, bunun da dikkate alınması gerekmektedir<sup>289</sup>.

Usulsüz fesih, geçerli bir fesih gibi iş sözleşmesini sona erdirmesine karşın usulsüz fesihte bulunan taraf için bir takım yaptırımlar ortaya çıkar. Usulsüz feshе maruz kalan taraf, sözleşmeyi fesheden taraftan bildirim süresine ilişkin ücret tutarında ihbar tazminatı talep edebilir (İş K.m.17/3).

Usulsüz fesih, iş sözleşmesini sona erdirirken; geçersiz fesih kanundaki koşullar çerçevesinde iş sözleşmesini sona erdirmez. Geçersiz fesih halinde, işçinin sözleşmesi hiç kesintiye uğramaksızın devam eder. Ancak işverence geçersiz fesih yapılmış, mahkemece işe iade kararı verilmiş ve işçinin işe başlamak üzere işverene başvurmuş olmasına rağmen, işveren işçiyi işe

<sup>287</sup> Çenberci, Mustafa, **İş Kanunu Şerhi** 5. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara, 1984, s. 128, Süzek, **7. Baskı**, s. 469; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 146; Kaplan, Emine Tuncay, **İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları**, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1987 s. 65 vd.; Saracel, Nükhet: "**İhbar Tazminatı Kavramı**", Prof. Dr. İhsan Tarakçioğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, CM, S. 1-2, Ankara 1999, s.53.

<sup>288</sup> Topal, s. 204.

<sup>289</sup> Bkz. Y9HD, 28.2.1978 T, 1978/15693 E, 1978/3379 K; YİBK, 24.6.1959 T, 1959/31 E, 1959/26 K.; Y9HD, 1.3.2004 T., 2004/13738 E., 2004/3888 K. Bkz. Süzek, s.469, dn.57; Y9HD. 11.12.1966 T., 1966/252 E., 1966/1236 K, Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.677.

başlatmazsa, işverenin işçiye iş güvencesi tazminatı ödemesi gerekmektedir. Böyle bir durumda işverenin işçiye işe başlatmaması ile yeni bir fesih yaptığından söz edilir<sup>290</sup>. İşverence işçiye işe başlatmamak suretiyle yapılan bir fesih halinde, işveren bildirim sürelerine uymamışsa veya bildirim sürelerine ilişkin ücreti peşin olarak ödememişse, aynı zamanda usulsüz fesih de söz konusu olacağı için işverenin ihbar tazminatı da ödemesi gerekmektedir. İşçiye geçersizliği tespit edilen ilk fesih nedeniyle, daha önce bildirim süresine ilişkin ücreti ödenmiş olsa bile, bu feshin yapıldığı tarih ile işe başlatmama tarihi arasında geçen süre dikkate alınmak suretiyle aradaki fark ödenmelidir<sup>291</sup>. Mahkemece işe iadeye karar verilmiş olmasına rağmen, işçinin işe başlatılmaması ve işverence iş güvencesi tazminatı ödenmesi halinde artık geçersiz fesihten söz edilemez. Bu durumda iş sözleşmesinin geçerli bir fesih ile sona erdiği kabul edilir<sup>292</sup>.

### **b. Geçersiz Feshin Haksız Fesihten Farkı**

Hukuk sistemimizde iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde, süreli iş ilişkilerinde, süreli fesih hakkının doğumu, "işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından" ya da "işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan" nedenlere dayandırılmış (İş K. 18/1) ve bunu ispat yükü de kural olarak işverene yüklenmiştir (İş K 20/2). Buna karşılık haklı nedenle derhal fesih hakkı tamamen farklı nedenlere dayanır. İş akdinin taraflarından birisi için dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisine devam çekilmez (katlanılmaz) hale gelmişse yani İş Kanununun 24. ve 25. maddelerinde yer alan haklı fesih nedenleri ortaya çıkmışsa, lehine fesih hakkı doğan taraf bildirim sürelerini beklemezsizin iş akdini haklı nedenle derhal feshedebilir. Söz konusu nedenler olmaksızın sözleşme feshedilmişse bir haksız fesih ortaya çıkar<sup>293</sup>.

<sup>290</sup> Manav, E, s. 243.

<sup>291</sup> Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.16-17, Demir, **İş Hukuku Uygulaması**, s.245; Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.767.

<sup>292</sup> Manav, E, s. 243.

<sup>293</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 490.

İş Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen geçerli nedenler, 25. maddede sayılan haklı neden derecesine ulaşmayan, o ölçüde ağır olmayan nedenler olup, süreli fesih bildirimine hak kazandırır. İşveren bildirim sürelerine uymak ve koşulları varsa kıdem tazminatı ödemek suretiyle iş akdini feshedebilir. Oysa İş Kanununun 25. maddesinde öngörülen haklı fesih nedenleri ortaya çıkmışsa işveren bildirim sürelerini beklemeksizin ve duruma göre (İş K. m. 25/II'de sayılan hallerde) kıdem tazminatı da ödemedi iş akdini derhal sona erdirebilir. 18. maddedeki şartlar gerçekleşmeden yapılan fesihler geçersiz fesih ve 25. maddedeki şartlar gerçekleşmeden yapılan fesihler de haksız fesih olur<sup>294</sup>.

Geçerli sebep olmadan yapılan fesihlerde olduğu gibi, haklı sebep olmadan yapılan fesihler de geçersiz fesih gibi kabul edilir. İş güvencesi kapsamında olan bir işçinin sözleşmesinin ne geçerli sebep ne de haklı sebep gösterilmeksizin feshedilmesi halinde geçersiz fesih söz konusu olur ve bu fesih hukuka aykırı bir fesihtir. Buna karşın, iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçinin sözleşmesinin haklı sebep gösterilmeksizin yapılan feshi, haksız fesih olarak kabul edilir. Ancak bu haksız fesih, geçerli bir fesih gibi iş ilişkisini sona erdirir. İş güvencesi kapsamında olmayan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı sebep gösterilmeksizin feshi halinde yapılan fesih, tahvil suretiyle süreli feshi dönüşür ve bildirim süresi verilmemiş olması nedeniyle usulsüz fesih ve somut olayın şartlarına göre kötüniyetli fesih söz konusu olabilir. Belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde ise, işveren tazminat yaptırımıyla karşılaşır. Ancak gerek belirli gerek belirsiz süreli iş sözleşmesinin bu şekilde haksız feshi, geçerli bir fesih gibi hüküm ve sonuç doğurur<sup>295</sup>.

İş sözleşmesinin belirli süreli olması halinde, kanunda öngörülen haklı nedenler mevcut değilse fesihten (haksız fesih) bahsedilip bahsedilemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Belirli süreli iş sözleşmesi, hukuki mahiyetinin feshi imkan vermemesi ve bu itibarla tarafların süre doluncaya

<sup>294</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 490.

<sup>295</sup> Manav, E, s. 244.



kadar sözleşmeyle bağlı kalma yükümlülükleri ve feshin ancak, olağanüstü bir fesih olarak yani çok ayrık bir şekilde ahlak ve iyi niyet kuralları bakımından taraflardan birince akdin çekilemez olmasına yol açan haklı nedenlerle mümkün olması karşısında, kanunen haklı neden bulunmadan belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin dolmasından önce bozulması, fesih (haksız fesih) olarak değil, temerrüt olarak nitelenebilir; işveren yönünden bu, alacaklı temerrüdüdür<sup>296</sup>.

### c. Geçersiz Feshin Kötü Niyetli Fesihten Farkı

Hizmet akdinin kötüniyetle feshinde kötüniyetin somut olarak ortaya konulması gerekir. Kötüniyetli davranışların belirlenmesinde, insanlar arasındaki ilişkilerin değerlendirilmesi gerekir.

İşveren tarafından iş sözleşmesini fesih amacına uygun olmayan bir şekilde kullanılmış olabilir. İyi niyet ve dürüstlük kurallarına riayet etmeden son çare olan fesih yoluna işveren keyfi ve işçiye zarar vermek kastıyla gitmiş olabilir. Böyle bir durumda iş sözleşmesinin kötü niyetle feshedildiği düşünülebilir. Geçersiz fesihten ise İş Kanunu madde 18’de düzenlenmiş olan geçerli fesih nedenlerine dayanmadan iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesidir. Görüldüğü gibi geçersiz ve kötüniyetli feshin birbirinden kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir. Zira kötüniyetle yapılmış bir fesih aynı zamanda geçersiz fesih nedenlerine de dayanıyor olabilir. Kötü niyetle yapılmış olan feshin ispatı kötüniyet tazminatına hak kazanabilmek açısından önem taşır.

İşveren iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshederken herhangi bir neden göstermek zorunda değildir. Yani güvence kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmeleri, bildirim sürelerine uymak veya peşin ücret ödemek suretiyle hiçbir sebep gösterilmeksizin feshedilebilir. Süreli fesihte kural fesih serbestisi olmasına

<sup>296</sup> Mollamahmutoğlu, 3. Bası, s.642.

karşın<sup>297</sup>. süreli fesih hakkına, hakkın kötüye kullanılması ilkesi dolayısıyla bir sınırlama getirilmiştir<sup>298</sup>. Taraflar belirsiz süreli iş sözleşmesini kanuni sürelerle uyarak feshetmekle beraber, fesih hakkı sosyal gayerinden uzaklaştırılmış olabilir, bu takdirde de fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusudur<sup>299</sup>. Bununla birlikte, bu sınırlama İş K.m.17 bağlamında sadece işveren bakımından getirilmiştir. Fesih hakkının işçi tarafından kullanılması kişi özgürlüğü anlamında değerlendirilmektedir. Nitekim işçinin iş sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanması kural olarak çok nadiren ortaya çıkan bir durumdur. İşçinin fesih hakkını kullanırken dürüstlük ve objektif iyi niyet kurallarına aykırı davranışı da fesih hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edilir. Özellikle işçi tarafından yapılan zamansız fesihler, güç durumda olan işvereni daha da zor duruma sokmak amacıyla yapılan fesihler, işvereni olumsuz etkilediği için kötüniyetli fesih olarak kabul edilir. Ancak İş Kanununda kötü niyetli fesihler ve buna ilişkin yaptırımlar sadece işveren bakımından düzenlendiği için, işçi tarafından fesih hakkının kötüye kullanılması halinde MK m. 2 uygulanarak; genel hükümlere göre tazminata hükmedilir<sup>300</sup>. TMK m. 2 gereği işveren fesih hakkını kötüye kullanamaz<sup>301</sup>. Aksi takdirde işveren İş K. m.17/6 uyarınca kötüniyet tazminatı veya Sendikalar K. m. 31/7 gereğince de sendikal tazminat yaptırımıyla karşılaşır. Bu bağlamda iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sözleşmesini feshederken, işveren kural olarak bir sebep göstermek zorunda olmamasına karşın, her somut olayda feshin keyfi olarak yapılıp yapılmadığı objektif olarak tespit edilmelidir<sup>302</sup>.

Özetle, iş sözleşmesinin işverence kötüniyetli feshi halinde gündeme gelebilecek kötüniyet tazminatı kanunun açık hükmü gereği iş güvencesinin uygulanma alanı dışındaki işçiler için uygulanacaktır. (İş K. 17/6). Bunun doğal sonucu ise iş güvencesinden yararlanabilecek işçilerin sözleşmelerinin

<sup>297</sup> Y9HD, 24.9.1992 T, 1992/3164 E., 1992/10375 K., Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.690.

<sup>298</sup> Manav, E, s. 252.

<sup>299</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, s.184.

<sup>300</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.477, Manav, E, s. 252.

<sup>301</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s. 690.

<sup>302</sup> Manav, E, s. 253.

kötüniyetli feshinde kötüniyet tazminatı istenemeyeceğidir. Onlar ya iş güvencesini işletecek ya da bunu seçmezse (sadece iş güvencesini kaybetmekle kalmayıp) genel hükme göre kötü niyet tazminatı isteme hakkını da yitirecektir. Yani her iki hakkını da kaybedecektir. Nitekim Yargıtay da bu yönde bir anlayış içerisindedir<sup>303</sup>.

#### 4. Geçersiz Feshin Geçerli Sayıldığı Haller

##### a. Kanuna Göre İşçinin İşe Başlamak İçin Başvurmaması

4857 sayılı Kanunun 21. maddesi, iş güvencesi kurumunu ilk olarak düzenleyen 4773 sayılı Kanun ile hemen hemen aynı esasları kabul etmiştir. Ancak 4773 sayılı Kanunda başvurmamanın sonuçlarına ilişkin olarak bir farklılık bulunmaktaydı. 4773 sayılı Kanun ile eklenmiş 1475 sayılı K. m. 13/D'de, işe iade kararından sonra işçinin işe başlamak üzere başvuruda bulunmaması durumunda feshin geçerli sayılacağı, m. 13/E'de ise işçinin dava sırasında yeni bir işe girmiş olması sebebiyle eski işine dönmek istememesi halinde, bu durumu altı işgünü içinde eski işverenine yazılı olarak bildireceği, bu durumda iş sözleşmesinin işverence geçerli sebeple feshedilmiş sayılarak buna ilişkin hukuki sonuçların doğacağı düzenlenmişti<sup>304</sup>.

O halde İş Mahkemesi tarafından verilen işe iade kararının işe iade, tazminat ve ücret alacağı yönünden sonuç doğurması için, işçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmalıdır. İşçi bu süre içinde

<sup>303</sup> "... iş güvencesi kapsamında kalan işçinin seçimlik olarak gerekirse feshin geçersizliği ya da bunu yerine kötüniyet tazminatı isteyebileceği sonucuna varılamaz. İş güvencesi kapsamında bulunan ve feshin geçersizliğini istemeyen işçi kötüniyet tazminatı isteğinde bulunamaz.", Y9HD, 12.09.2005, E. 24784, K. 29252, Cankaya/Günay/Göktaş, **2. Bası**, s.46 vd.; Bkz. Akyiğit, **İş Güvencesi**, s. 331 ve öğretide bkz Süzek, **7. Baskı**, s.476-477;

<sup>304</sup> Sarıbay, s. 219.

başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. İşçi on günlük hak düşürücü süre içinde başvuru yapmazsa, iş güvencesi tazminatı ve boшта geçen ücret alacağına hak kazanamaz<sup>305</sup>. İşçinin süresinde işe başlamak amacıyla işverene başvuruda bulunmaması, davanın açılmaması ve davanın reddi ile aynı hukuki sonucu doğurur. Böylece, fesihle birlikte ihbar ve kıdem tazminatları ödenmeyen işçi, bu haklarını talep edebilir<sup>306</sup>.

Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre, İş K. m. 21/5'teki "fesih geçerli bir fesih sayılır" ifadesinin isabetli olduğunu kabul etmek güçtür. Feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme veya özel hakem kararının kesinleşmesinden sonra, sırf işçinin işverene başvurmaması nedeni ile feshin geçerli sebeple yapıldığının kabulü tutarsızlık oluşturur. Gerçekten mahkeme kararıyla geçersiz olduğu kesinleşen fesih işçinin süresinde işverene başvurmaması ile geçerli hale gelemez. Kanunun buradaki ifadesi şöyle olsaydı belki daha doğru olurdu. "İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise işveren sadece geçerli bir fesih varmış gibi bunun sonuçlarından sorumlu olur"<sup>307</sup>.

İşçinin işe iade için süresinde işverene başvurmaması halinde işçi, mahkemece tespit edilecek en çok dört aya kadar olan boшта geçen süreye ilişkin ücret ve eklerini talep edebilmeli; ancak mahkemece takdir edilecek iş güvencesi tazminatını isteyememelidir. İşverenin tazminat ödemek suretiyle işçiyi yeniden işe başlatmama hakkı olduğu gibi, işçinin de tazminat hakkından vazgeçerek tekrar eski işyerinde çalışmama hakkına sahip olması yerinde bir çözüm olacaktır<sup>308</sup>. Yani bu görüş doğrultusunda işçi feshe itiraz

<sup>305</sup> Eleştirisi için bkz. Taşkent, **İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi**, s.128; Eyrenci, "4857 sayılı Kanunla Getirilen Düzenlemeler", **Legal İHSGHD**, S.1 2004, s.37; Alp, **Feshe Karşı Koruma**, s.26-27.

<sup>306</sup> Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.61; Güzel, **İş Güvencesi**, s. 110; Ekmekçi, **İş Kanununda Yargı süreci**, s.138.

<sup>307</sup> Manav, E, s. 404.

<sup>308</sup> Eyrenci, **4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Düzenlemeler**, s.37; Akı, Erol, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşçilerin Topluca İşten Çıkarılmaları", **Mercek D**, Yıl:10, S.40, Ekim 2005 , s.96-101; Akı, Erol, "İş Sözleşmesinin Feshi ve Feshe İtiraz ve Geçersiz

davasını kazandığı takdirde isterse işe başlayabilmeli, isterse davayı kazandığı tarih itibariyle kıdem ve ihbar tazminatlarını alabilmelidir. Ancak doktrinde bir diğer görüş, söz konusu düşüncenin kanuni bir dayanağının olmadığını ileri sürmektedir<sup>309</sup>.

İşçinin işe başlamak için mahkemenin iadeye ilişkin kararı kesinleştikten sonra, 10 gün içinde işverene başvurması zorunludur. Bu süre hak düşürücü süre olup mazeretsiz olarak kaçırılmasında geçersiz olan fesih geçerli feshe dönüşür. Yargıtay'ın konuyla ilgili dikkat çeken bir kararı şöyledir: "Somut olayda davalı alt işveren yargılama sırasında, davacı işçiyi işe başlaması için davet etmiş, davacı buna olumsuz cevap vermiştir. Boşta geçen süre ücret alacağı ve diğer haklar yukarıda belirtilen hükümler uyarınca, işçinin başvurusuna bağlıdır. İşçi işe başlamak için başvurmadığına göre, fesih geçerli hale gelmiştir. Geçerli fesih halinde ise davalı işveren sadece bunun hukuki sonuçlarından sorumludur. Bir başka anlatımla, artık boşta geçen süre ücret ve diğer haklardan sorumlu tutulamaz. Fesih geçerli hale geldiğinden davanın reddi gerekir<sup>310</sup>".

## **b. Öğreti ve İçtihatlarla Göre Geçersiz Feshin Geçerli Sayıldığı Haller**

### **(1) İşçinin Süresinde Dava Açmaması**

İş Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden

---

Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara 2006, s.302.

<sup>309</sup> Uşan, Fatih; "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", **Kamu-İş**, C.10, S.1, 2008, s.11.

<sup>310</sup> Y9HD, 25.12.2006, E.2006/27238, K.2006/33878; Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt-2, s. 95-96.

anlaşıldığı üzere bu süre hak düşürücü süredir. Hak düşürücü süre (sukutu hak süresi), doğrudan doğruya hakkı ortadan kaldıran süredir<sup>311</sup>. Bu nedenlerle işçi, fesih bildiriminden tebliğinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açmalıdır. İş mahkemesi, davanın süresinde açılıp açılmadığını resen araştırmak zorundadır<sup>312</sup>. İşçinin geçersiz bir sebeple sözleşmesinin feshi halinde, süresi içinde feshin geçersizliğini ileri sürerek, işe iadesini talep etmemesi halinde, fesih geçerli hale gelir<sup>313</sup>. Karşılaştırmalı hukuka, örneğin Alman Feshe Karşı Koruma Kanununa baktığımızda da buna ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'na göre, işçinin feshin geçersizliğini süresi içinde ileri sürmemesi halinde, fesih baştan itibaren geçerli bir fesih gibi hüküm ve sonuç doğurur<sup>314</sup>.

## (2) İşçinin Başvurudan veya İşe Başlamaktan Vazgeçmesi

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmak isteyen işçi "kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde ise başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur" (İş K m. 21/5)<sup>315</sup>. Süresi içinde yaptığı başvurunun daha sonra geri alınması m. 21/5 hükümlerine göre başvuruda bulunmamış gibi değerlendirilmesi icap eder<sup>316</sup>.

Buna karşılık süresi içinde başvuruda bulunmasına ve işveren tarafından işe başlatılmak istenmesine rağmen işe başlamaktan vazgeçen işçinin davranışının nasıl değerlendirileceği tartışma yaratacak niteliktedir.

<sup>311</sup> Gökçe, s.99-100.

<sup>312</sup> Yargıtay'ında bu yönde vermiş olduğu kararlar ışığında, bir aylık dava açma süresi hak düşürücü süre olup, mahkeme tarafından resen nazara alınmalıdır. Y9HD, 09.12.2004, E.2004/11325-K.2004/24373, ve aynı yönde Y9HD, 10.3.2005, E.2005/5170-K.2005/7898, Çankaya A/Günay/Göktaş, **2. Bası**, s.357.

<sup>313</sup> Y9HD, 11.4.2006, E.2006/8251, K.2006/9411; Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt.2, s.46-47; Y9HD, 3.10.2006, E.2006/22131, K.2006/25707; Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt.2, s. 119-120.

<sup>314</sup> Manav, E, s. 488.

<sup>315</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 581.

<sup>316</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s. 763.

İşçinin, bu durumda başvuruda bulunmayan işçi gibi mütalaa edilerek m. 21/5 hükmü uyarınca feshin geçerli sayılacağı ve işverenin geçerli feshin sonuçlarından sorumlu tutulabileceği söylenebilir. Ancak işverenin işe başlatma isteğine ve beyanına rağmen işe başlamaktan vazgeçen işçinin davranışının istifa olarak kabulü ve daha önce peşin ücret ödemesi ile kıdem tazminatı almış ise bunları iade yükümü yanında usulsüz feshin sonuçlarından sorumlu tutulması daha isabetli bir çözüm olarak görülmektedir<sup>317</sup>.

### (3) İşçi Henüz Dava Açmadan İşyerinin Kapanması

Doktrinde bir görüşe göre, işverence işçinin sözleşmesi geçerli neden gösterilmeksizin feshedilmiş olmasına rağmen, bir aylık dava açma süresi içinde işçi henüz dava açmadan işverenin işyerini kapatması halinde, işçi ancak ödenmemişse ihbar tazminatı ve şartları oluşmuşsa kıdem tazminatı talep edebilir. Diğer bir ifade ile, işverence fesihte geçerli bir neden gösterilmemiş olmasına rağmen, fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur<sup>318</sup>. Ancak bizce, mahkemece feshin geçersizliği tespit edilirken, fesih bildirimiminin yapıldığı anda var olan fesih sebeplerine göre tespit edilir. Bu nedenle, işveren fesih bildiriminde bulunduktan sonra işyerini kapatmış olsa dahi, işçi süresi içinde feshe itiraz davası açtığı taktirde, yargılamaya devam edilerek feshin geçerli olup olmadığı tespit edilmelidir.

<sup>317</sup> Aynı yönde Aktay, Nizamettin, "İşe İade Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Karar İncelemesi", **Sicil İHD**, S.3, Eylül 2006, s.107; yine aynı yönde Y9HD. 9.10.2007 E.21601, K.29856, Ünlü, Vahap, "İşverenin Davetine Rağmen İşçinin İşe Başlamaktan Vazgeçmesi", **Sicil İHD**, S.8, Aralık 2007, s.84; Çil, "İşe İade Davasının Sonuçları", s. 47.

<sup>318</sup> Manav, E, s. 496.

#### **(4) İşçinin Dava Süreken Başka Bir İşte Çalışması**

Öğretide Akyiğit'çe savunulan ve bizim de katıldığımız görüşe göre; "işçi açıkça bir daha o işe dönmek istemiyorum" demedikçe onun bu tutumundan iş güvencesinden/davadan vazgeçme olarak yorumlanmaması uygun olur, kısacası bu yüzden işçinin feshe itiraz hakkı veya itiraz etmişse de yargılama sona ermeyip kaldığı yerden devam etmelidir. Zira davayı kazandığı takdirde işe başlatılmak üzere başvurup başvurmamak ve çalışıp çalışmamak (sonucuna katlanmak koşuluyla) işçinin bileceği bir şeydir. Keza uygun başvuru üzerine işveren onu işe başlatıp başlatmayacağı da bu aşamada bilinemez. 4773 sayılı Kanunla 1475 sayılı İş Kanununa eklenen maddeden (1475 sy. İş K. 13/E) farklı olarak 4857 sayılı İş K. bu konuda hüküm içermese de yukarıda sunulan çözümün geçerli olacağını düşünmekteyiz<sup>319</sup>.

### **C. FESHİN GEÇERSİZ OLDUĞU DURUMLAR**

#### **1. Geçerli Bir Sebepin Bulunmaması**

##### **a. Kanunlarda Geçerli Kabul Edilmeyen Sebepler**

#### **(1) Sendika Üyeliği veya Sendikal Faaliyetlere Katılmak**

Fesih için özellikle sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmanın geçerli bir sebep olmayacağı, işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olduğu,

<sup>319</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.311.



işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda ve bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az altı ay en çok bir yıllık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmişti. 1475 sayılı İş Kanununa 13, 13A, 13B, 13C ve 13D maddeleriyle getirilen bu değişiklikler ile iş güvencesi uygulaması hukukumuzda girmiş, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshi bakımından artık işverenin geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu ilk olarak bu değişiklik ile getirilmişti<sup>320</sup>.

Kanunun iş güvencesi hükmünden yararlanamayan işçiler bakımından durumu 1475 sayılı kanunun 4773 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki durumu gibidir. Yani bu işçilerin iş sözleşmelerinin feshi için işverenin bir geçerli sebep gösterme zorunluluğu yoktur. Sadece Sendikalar Kanununa göre sendikal nedenlerle iş sözleşmesi feshedildiği takdirde ispat yükümlülüğü işverene düşmektedir. Bunun dışında geçerli neden gösterme zorunluluğu yoktur. Yani 30'dan az işçi çalıştıran veya 6 aydan az kıdemi olan işçi çalıştıran bir işverenin iş sözleşmesini feshederken herhangi bir sebep göstermek zorunda değildir. Ancak kanundaki usule uymak zorundadır. Bu usuller bütün işçilere uygulanır. 17. maddedeki bildirim süreleri iş güvencesi kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın bütün işçilere uygulanmak zorundadır<sup>321</sup>.

Sendikalar Kanunu'nun 31/6. maddesine göre "... sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21. madde hükümleri uygulanır." Ancak, İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz" (Sen. K. m. 31/6)<sup>322</sup>. Görüldüğü üzere iş güvencesi

<sup>320</sup> Aktay, A. Nizamettin, "4773 Sayılı Yeni İş Güvencesi Kanunu ve Getirdiği Yeni Düzenlemeler", **Kamu – İş D**, 2003, c:7, s. 2.

<sup>321</sup> Mollamahmutoğlu, Hamdi, "4857 Sayılı kanunun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler", **Kamu-İş D**; C:7, S: 4/2004.

<sup>322</sup> Narmanlıoğlu Ünal, "İş Güvencesi Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi", **Legal İHSGHD**, S. 5, 2005, s. 239 vd; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, s.185.

kapsamında olan bir işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı iş sözleşmesinin feshinde ödenecek tazminat, İş K. m. 21/ 1 'e göre iş güvencesi tazminatıdır. Yargıtay'da verdiği bir kararda "Sendikalar Kanununun değişik 31/6. maddesine göre, sendika üyeliği veya sendikal faaliyet sebebiyle iş sözleşmesinin feshi halinde İş Kanununun 18-21. madde hükümleri uygulanacağından ayrıca sendikal tazminat talep" edilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>323</sup>.

## (2) İşyeri Sendika Temsilciliği Yapmak

İşyeri sendika temsilciliğinin fesih nedeni olmayacağı İş K' nun 18. maddesinde belirtilmiştir. Sadece bu nedene dayanarak işyeri sendika temsilcisinin sözleşmesinin feshedildiği durumlarda yapılan fesih geçersizdir. İş sözleşmesine son verilen işçi geçersiz olan bu feshe karşı mahkemeye başvurabilir. İş Kanunu 20. maddeye dayanarak feshe itiraz davasını sadece işyeri sendika temsilcisi açabilir. Sendikaya böyle bir hak tanınmamıştır.

4773 sayılı Kanunla getirilen ve 4857 sayılı İş Kanunu ile de içeriği değiştirilmeyen yeni hükme göre, işyeri sendika temsilcilerinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümleri uygulanır. İşyeri sendika temsilcilerinin temsilcilik güvencesinden yararlanabilmeleri için iş sözleşmelerinin işveren tarafından temsilcilik sebebine dayanarak bildirimli ya da haklı sebep olmaksızın feshi gerekir<sup>324</sup>. Temsilcinin iş sözleşmesinin temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshi halinde, İş K. m. 21/1 çerçevesinde işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir. Sendikalar Kanununun 30. maddesinde yapılan değişiklik ile işyeri sendika temsilcilerinin durumu 4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümlerine tabi tutulmuş ve işyeri sendika temsilcilerinin

<sup>323</sup> Y9HD. 27.12.2004, E 20181, K 29411, Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.1431-1432. Y9HD. 7.10.2004 - E.21425, K.22545, **Legal İHSGHD S. 5**, 2005, s. 299; Güzel, **İş Güvencesi**, s. 130

<sup>324</sup> Demir, Fevzi, "İşyeri Sendika Temsilciliği", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, C.2, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s.1570;

önceden sahip oldukları ayrıcalıklı durum ortadan kaldırılarak, işyeri sendika temsilcileri de diğer işçilerin sahip olduğu güvence kapsamına çekilmiştir. Buna karşın işyeri sendika temsilcilerinin sözleşmesinin geçersiz feshi halinde ödenmesi gereken tazminat miktarı işçinin en az bir yıllık ücreti tutarındadır<sup>325</sup>.

Doktrinde bir görüş işçiler arasındaki farklı güvencelerin yaratacağı sorunların giderilmesi amacıyla işçilerle işyeri sendika temsilcileri arasında farklı güvence sistemlerinin getirilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ve bu nedenle yeni düzenlemenin isabetli olduğunu kabul etmiştir. Nitekim gerek işyeri sendika temsilcileri gerek işçiler bakımından mutlak bir işe iade anlayışının kabulü ve işin mutlaka devamının sağlanması her zaman için faydalı ve gerçekçi olmayacaktır<sup>326</sup>. Ancak işyeri sendika temsilcisinin sözleşmesi sendikal faaliyet dışında başka bir sebeple feshedilmiş ve bu sebebin geçerli sebep oluşturmadığı tespit edilmişse, işe iade edilmemesi halinde ödenecek tazminat miktarı en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarındadır<sup>327, 328</sup>.

İş güvencesi kapsamında olan işyeri sendika temsilcisi, sözleşmesinin sendikal sebeple feshedilmiş olduğunu kendisi ispatlamak zorunda olmasına karşın; iş güvencesi kapsamında olmayan işyeri sendika temsilcisinin sözleşmesinin sendikal sebeple feshi halinde işverenin feshin sendikal nedene dayanmadığını ispatlaması gerekmektedir. İş güvencesi kapsamında

<sup>325</sup> Ertürk, Şükran; "İşyeri Sendika Temsilcisi ve Güvencesi", **Legal İHSGHD**, 13/2007,s.20-21; Güzel, **İş Güvencesi**, s.134-135.

<sup>326</sup> Çelik, **23. Bası**, s.432-433.

<sup>327</sup> Ertürk, **Sendika Temsilcisi ve Güvencesi**, s.29.

<sup>328</sup> Temsilcinin iş sözleşmesinin feshinde Sen. K.m.30 gereği İş Kanununun iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenleme karşısında, bu hükmün sadece iş güvencesi hükümleri kapsamında olan bir temsilci için uygulanabileceğini görmekteyiz. Taşkent, **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**, s.65; Demir, **İş Hukuku Uygulaması**, s. 380-381; Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.67-68. Aksi görüş için bkz. Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.7; Çankaya/Günay/Göktaş, **2. Bası**, s.135; Akı/Altıntaş/Bahçıvanlar, s.133; Ertürk, **Sendika Temsilcisi ve Güvencesi**, s.22.

olan ve olmayan işyeri sendika temsilcileri arasında yaratılan bu farklı durum doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmektedir<sup>329</sup>.

### **(3) Bir Hakkı Takip veya Bir Yükümlülüğü Yerine Getirmek Üzere İşveren Aleyhine Adli veya İdari Makamlara Başvurmak**

Uygulamada en çok rastlanan ve işçinin önemli hak ve özgürlükleri ile ilgili geçersiz fesih nedenleri kanunda açıkça öngörülmüştür. Kanunun gerekçesinde de bu konuda şu anlatıma yer verilmiştir: "Maddede ayrıca özellikle fesih için geçerli sebep oluşturmayacak hususlar da tek tek ve ayrıntılı bir biçimde sayılmıştır. Böylece iş yasaları ile özellikle güvence altına alınmış olan bazı hak ve özgürlükler hiçbir şekilde fesih için geçerli bir sebep oluşturamayacaklardır." Bu konu yoruma yer vermeyecek bir biçimde hükme bağlanmıştır<sup>330</sup>.

İşçi iş ilişkisi devam ederken, sözleşmeden ve kanundan kaynaklanan haklarının ödenmemesi veya kullanımına engel olunması nedeniyle hak arayışına girerek işvereni kurumlara (Bölge Çalışma Müdürlüğü, SGK vb.) şikayet edebilir, alacaklarının tahsili için dava açabilir veya icra takibi başlatabilir. İşçinin bu tür hak aramaya yönelik davranışları üzerine işverenin iş sözleşmesini feshetmesi ve işçinin bunu kanıtlaması durumunda feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekir<sup>331</sup>.

Ancak böyle bir durumda, belirtilen nedenlerin varlığını işçi kanıtlamak zorunda olacaktır. Zira 4857 sayılı İş Kanununun 20/2 maddesi uyarınca, geçerli nedeni ispat yükümlülüğü işverende iken, feshin başka bir nedene dayandığını iddia etmesi durumunda işçi bu iddiasını ispat etmek durumundadır.

<sup>329</sup> Çelik, **23. Bası**, s.413.

<sup>330</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.547

<sup>331</sup> Y9HD 13.10.2008 gün ve 2008/31189 E., 2008/26512 K, Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.384.

#### (4) Irk, Renk, Cinsiyet, Medeni Hal, Siyasi Görüş ve Benzeri Nedenler

Ayrımcılık, birey veya bireylerden oluşan bir grubun, bir takım özellikleri veya nitelikleri bakımından haksız muamele görmesidir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı 5. Maddesine göre iş ilişkisinde, dil, din, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi görüş, mezhep vb. nedenlerle ayırım yapılamaz. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise " işveren biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik dolayısıyla doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamaz" kuralı öngörülmüştür. Bu kural gereğince doğrudan ayrımcılığın yanı sıra dolaylı ayrımcılık da yasaklanmış fakat kanunda tanımlanmamıştır. İşveren açısından fesih nedeni teşkil eden aynı davranışlarda bulunan işçilerden yalnız birisinin iş sözleşmesinin feshi dolaylı ayrımcılık ve dolayısıyla eşit işlem borcuna aykırılık teşkil eder<sup>332</sup>.

Her şeyden önce eşitlik ilkesinin en önemli uygulanma şekli olan ayırım yasağı geniş bir alan içinde işverenin işten çıkarmalarda seçim serbestisini sınırlar. Ayırım yasağı Anayasanın 10. İş Kanununun 5. ve 18. ve Sendikalar Kanununun 31. maddelerinde düzenlenmiştir. Üzerinde tartıştığımız konuyu doğrudan ilgilendiren İş Kanununun 18. maddesinin 3/a, b, d fıkraları uyarınca, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve ayırım yasağına giren ve benzeri nedenlerle iş akdinin feshi geçersizdir. Bu durumda, sadece hükümde sayılanlar değil, ayırım yasağı oluşturan benzeri nedenler de feshi geçersiz kıldığından, işverenin fesih serbestisinin geniş bir biçimde sınırlandırıldığı görülmektedir<sup>333</sup>.

<sup>332</sup> Y9HD, 22.11.2010 T, 2009/34436 E, 2010/34029 K, Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.384.

<sup>333</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 547.

Burada genel olarak eşitlik ya da haksız ayırım yasağı ilkesinin vurgulandığını söyleyebiliriz. İş K. m. 18/3-d fıkrasındaki bu tür olgular haklı bir neden yoksa işçinin işe alınmasına ve iş ilişkisi içinde ayırım yapılmasına da gerekçe olamaz<sup>334</sup>.

### **(5) Kadın İşçilerin Çalıştırılmalarının Yasak Olduğu Sürelerde İşe Gelmemeleri**

Hamilelik ve doğumun, İş K. m. 18/3-e bendinde fesih için geçerli neden sayılmayacağı belirtildiğine göre, d bendindeki durumun onun dışında kalan hallere özgülenmiş olması gerekir. Öyle ki, e bendinde işçinin işe devamına engel olmasa da hamilelik ve doğum geçerli bir fesih nedeni olamayacak demektir.

İş K. m. 74'e göre, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki hafta daha eklenir. Bu süre içerisinde devamsızlık sebebiyle kadın işçinin sözleşmesi feshedilemez. İş K. m.74'deki devamsızlık hakkını kullanarak işe gelmeyen işçinin sözleşmesinin bu sebeple feshi halinde, bu fesih İş K. m.18/3-e'ye göre geçersiz fesih olur.

Yargıtay'ın bir kararında 24 haftalık hamile olan davacı işçi, .... anemisi olduğunu, davalı işyerinin soğuk, zeminin ıslak olması nedeniyle çalışma koşullarının sağlığını olumsuz etkilediğini, doktor raporu ile durumu belgelediği halde günlük çalışma süresinin 11-12 saati aştığını, rahatsızlığı nedeniyle işe gidemediği günler gerekçe gösterilerek işten çıkarıldığını ve feshin geçersizliğini ileri sürmüştür. Yargıtay'a göre de, altı aylık hamile olan işçinin çalışma koşullarından kaynaklanan rahatsızlıkları sebebiyle

<sup>334</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s. 255.

devamsızlığı konusundaki mazeretleri haklı kabul edilmelidir. Bu nedenle yapılan fesih geçersizdir<sup>335</sup>.

### **(6) Hastalık veya Kaza Nedeniyle Bekleme Süresinde İşe Geçici Devamsızlık**

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin 1. Fıkrasının b bendinin 2. cümlesi uyarınca "a alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum, gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesinin bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin iş yerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar." İşçinin aralıksız raporlu olduğu süre, bekleme süresini geçtiğinde işverenin haklı fesih hakkı doğar<sup>336</sup>. Sık sık rapor alması durumunda toplam raporlu olduğu süre, bekleme süresi içinde kalsa bile, sık sık rapor alması işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise işçinin iş sözleşmesini bildirimli veya süreli olarak feshedebilir<sup>337</sup>.

Kanun bu hükümde işçinin hastalığının fesih için geçerli bir neden oluşturup oluşturmadığı noktasında açıklama içererek hastalık veya kaza nedeniyle İş K. 25/I-b bendinde belirtilen bekleme süresi içinde işçinin işe devamsızlığının fesih için geçerli neden oluşturmayacağına işaret etmektedir. İş K 25/I-b'de ise kusursuz hastalık ve kaza ile doğum/gebelik yüzünden devamsızlık olgusu düzenlendiği gibi tedavi edilemez nitelikte hastalığa tutulduğu ve çalışmasında sakınca bulunduğu sağlık kurulunca saptanan işçiden de söz edilmektedir. Şimdi İş K. 18/3-f bendindeki hastalık ve kazaya "kusursuz hastalık ve kaza" ile "tedavi edilemeyen ve işçinin işyerinde çalışmasını sakıncalı kıldığı sağlık kurulunca saptanan hastalık" olgularına dayalı devamsızlığın girdiğini söyleyebiliriz. İşçinin bu yüzden devamsızlığı

<sup>335</sup> Y9HD, 17.6.2004, E.2004/2841, K.2004/15146.

<sup>336</sup> Bekleme sürelerinin TİS veya bireysel iş sözleşmesi ile işçi lehine uzatılması mümkündür. Bu durumda bu süre dikkate alınacaktır. Y9HD, 19. 01.2009 T. E. 2008/9714 K.2009/73, Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s. 387.

<sup>337</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s. 246.

varsayılan fesih bildirim sürelerini 6 hafta aşana kadar<sup>338</sup> fesih için geçerli neden oluşturamaz<sup>339</sup>. Ancak Öğretide, yasada aranan sürenin devamsızlığa yol açmasa da eğer hastalık işçinin verimini etkilemişse, böyle bir durumda fesih için geçerli neden oluşturacağı da dile getirilmiştir. Bir olayda İşçi için ağır ve tehlikeli işte çalışamaz (hiç bir işte değil) raporu verilmiştir ve kıdemine göre çok az bir süre sonrasında da sözleşmesi işverence feshedilmiştir. Yargıtay başka işte çalıştırma imkanı yoksa bunun geçerli sebep olacağını kabullenmiş gözükmektedir<sup>340</sup>. Fakat bu süreyi aştığında ise zaten bir haklı fesih nedeni niteliğine bürünür ama aynı zamanda fesih için geçerli neden olarak da algılanmalıdır<sup>341</sup>. Burada bir defadaki devamsızlık kadar sıkça ve fakat ayrı ayrı tarihlerde yaşanan raporlu sürenin de anılan süreyi toplamda aşması halinde de geçerli sebebin varlığı kabul edilmelidir. Uygulamanın da böyle cereyan ettiğini söyleyebiliriz. Yalnız İş K. 18/3-f hükmünün dikkat çekilen bu yanı, hastalık veya kazanın kusurlu olup olmadığına değinmeden İş K. 25/1-b'deki süreye atıf yaptığıdır. Fakat kusurlu hastalık halinde zaten daha az süre devamsızlık haklı neden oluşturduğundan (İş K. 25/1-a), bunun fesih için geçerli neden oluşturacağı öncelikle düşünülmelidir. Aksi halde sözleşmeye devamı çekilmez kılarak haklı neden oluşturan bir olgunun geçerli neden olamayacağı sonucuna varılır ki, böyle bir tutum isabetli gözükmeyiz<sup>342</sup>.

İş Kanununun m. 25/1-b'ye göre, işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı, hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde belirtilen hallerin işçinin iş yerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. O halde maddedeki öngörülen bekleme süresinde geçici devamsızlık m. 18/3 anlamında geçerli bir fesih nedeni

<sup>338</sup> İşçinin tedavi edilemez ve işyerinde çalışmasını sakıncalı kıldığı sağlık kurulu raporuyla saplanan bir hastalığa yakalanması halinde de bunun haklı neden (ve geçerli sebep) oluşturabilmesi için varsayımsal fesih bildirim önelini 6 haftadan fazla aşan bir devamsızlığa yol açması gerekir Kanunun açık hükmü (İş K. 25/1-b, f.2) karşısında başka bir sonuca varmak isabetli olmaz. Akyiğit, **İş Güvencesi**, s. 257.

<sup>339</sup> Taşkent, **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**, s. 39.

<sup>340</sup> Y9HD. 06.03.2006, E. 3213, K.5521 K, Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.257.

<sup>341</sup> Y9HD, 23.01.2006, E. 38380/915 K, 29.01.2004-500/1490, Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.257.

<sup>342</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s. 257.



oluşturmayacak, ancak bu sürenin aşılması halinde işveren iş sözleşmesini m. 25/1-b'ye göre derhal feshedebilecektir. Kaplan Senyen'e göre, bu düzenleme 158 sayılı ILO sözleşmesinin 6. maddesiyle uyumlu değildir, Zira 6. Madde hükmünde, söz konusu olan sadece f fıkrasındaki hastalık veya kaza (kendi kusurundan kaynaklanmayan) durumu değil, işçinin kendi kusurundan doğan hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlığının da geçerli bir neden olarak kabul edilemeyeceğini hükme bağlamıştır<sup>343</sup>.

### (7) İşyerinin Devri

İşyerinin devrinin tarafların fesih hakkına etkisi İş Kanununun 6. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra göre "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 derhal fesih hakları saklıdır"<sup>344</sup>.

Esasen işyerinin veya bir bölümünün devri ne İş K. 24 ne de İş K. 25'de haklı sebeple derhal fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Taraflar bu nedene dayanarak iş akdini derhal feshederlerse, haksız fesih yapmış olurlar ve buna ilişkin hukuki sonuçlar doğar. Ancak kuşkusuz gerek devreden ve devralan işverenler gerek işçi açısından devir dışında sözleşmeyi derhal fesih yetkisi veren haklı nedenlerden biri gerçekleşmişse örneğin işçinin ücreti ödenmemiş (İş K m. 24/2) veya işçi sadakat borcuna aykırı davranmışsa (İş K m. 25/2) karşı taraf lehine haklı nedenle fesih hakkı doğar. Esasen bu hususa İş K m. 6/5'de "işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır" denilmek suretiyle açıkça yer verilmiştir<sup>345</sup>.

<sup>343</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, s.196.

<sup>344</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.187.

<sup>345</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.187.

Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrası, işyerinin veya bir bölümünün devri halinde, devir tarihinde mevcut iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralana geçeceğini amir bir hüküm olarak ifade etmektedir. Bu hüküm bağlamında, mevcut iş sözleşmeleri, devreden işverenden devralan işverene, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın, kanundan dolayı bütün hak ve borçlarıyla intikal etmiş olmaktadır. Bunun için gereken yegane kanuni koşul, hukuken bir işyeri veya bir bölümünün devredilmiş bulunmasıdır. Kanunun nazara aldığı devir, işyerinin veya bir bölümünün "hukuki bir işleme dayalı olarak devridir. Bu nedenle, miras yoluyla intikal dışındaki hukuki işleme dayanan tüm devirler, m. 6 kapsamında değerlendirilecektir. Kanunun bu düzenlemesine göre, devir, devreden ve devralan işveren bakımından süreli fesih hakkı için geçerli neden oluşturmaz. Her iki işveren, 5. fıkra hükmünde ifade edildiği üzere "ekonomik (mali neden de ekonomik kavramı içinde düşünülmelidir) ve (Kanundaki "ve" edatı "veya" olarak anlaşılmalıdır) teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı" hallerde, yani; işletmeye veya işyerine ilişkin nedenlerle süreli fesih haklarını kullanabilirler<sup>346</sup>.

Bu nedenle devreden ve devralan işverenlerin, işyerinin işsiz olarak devri konusunda anlaşma yapmak suretiyle işçilerin sözleşmesini feshi halinde, söz konusu fesih geçersizdir<sup>347</sup>. Ancak devreden veya devralan işveren ekonomik bakımdan güç durumda olmaları veya devralınan işyerinde reorganizasyona gidildiği veya teknolojik değişiklikler yapılacağı gibi gerekçelerle iş sözleşmesini geçerli sebebe dayalı olarak feshedebilir<sup>348</sup>.

İşveren, işyerinde faaliyetin durdurulduğu iddiasıyla fesih bildiriminde bulunur ve bildirim süresi sona ermeden önce işyerini devrederse, feshin geçerli ya da geçersiz olduğunu tespit edebilmek için, feshin asıl sebebinin işyerinin devri mi yoksa işyerinde faaliyetin durdurulması mı olduğuna

<sup>346</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s. 208-210.

<sup>347</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.188.

<sup>348</sup> İşçinin iş sözleşmesinin feshine esas olan sebep işyerinin devri ise, devralan işverenin ekonomik, teknolojik ve organizasyona ilişkin sebepler gösterememesi halinde geçersiz fesih söz konusu olur. Süzek, **7. Baskı**, s.188.

bakmak gerekmektedir. İşveren fesih bildirimini yapıldığı sırada basiretli bir işveren olarak işletmenin faaliyetinin durdurulamayacağını biliyor idiye ve buna rağmen sözleşmeyi feshetmiş, ardından işyerini devretmişse, feshin asıl sebebinin işyerinin devri olduğu kabul edilir. Bu nedenle de geçersiz fesih söz konusu olur. Ancak bu tür olaylarda sözleşmesi bu şekilde feshedilen işçi, henüz devir işlemi gerçekleşmeden, işverenden iş ilişkisinin yeniden kurulmasını talep edebilir. Buna karşın işçinin bu talebinin kabul edilebilmesi için, bildirim süresinin bitiminden önce işyerinde faaliyetin durdurulması gerekçesinin yersiz olduğunun ortaya çıkmış olması gerekmektedir<sup>349</sup>.

### (8) İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkını Kullanması

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için her şeyden önce işçinin bir ücret alacağı bulunmalıdır. İşçinin temel (çıplak) ücretinin ödenmemesi halinde bu hakkın kullanılabilmesi kuşkusuzdur. Bunun gibi, Süzek'e göre geniş anlamda ücretin diğer deyişle ücret eklerinin örneğin ikramiyenin ödenmemesi halinde de işçiler bu hakkını kullanabilmelidir<sup>350</sup>. İş görmekten kaçınma hakkının doğabilmesinin diğer koşulu işverenin ödeme gününden itibaren yirmi gün<sup>351</sup> (bilim kurulu taslağında on gün) içinde işçilerin ücretlerini tamamen veya kısmen ödememiş olmasıdır<sup>352</sup>. Bilim kurulu taslağının gerekçesinde de belirtildiği gibi bu süre, iyi niyetli işverenin, sürekli bir iş ilişkisi içinde geçici olarak ödeme zorluğu içinde olabileceği düşünülerek getirilmiş ve işçilerin en kısa bir gecikmede hemen işi bırakmaları olasılığı ve bu yoldan ortaya çıkabilecek olumsuzluklar önlenmeye çalışılmıştır. Bu süre

<sup>349</sup> Manav, E. s.287.

<sup>350</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.329.

<sup>351</sup> Yirmi günlük sürenin uzun olması ve her ay ücretlerin geç ödenmesine yol açabileceği nedeniyle eleştirisi için bkz. Eyrenci/Taşkent/Uluçan, 1. Baskı, s.106-107. Sur, Melda, İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncaya Armağan, İstanbul, 2005, s.398; Süzek, **7. Baskı**, s.329.

<sup>352</sup> Yirmi günlük gecikmenin varlığının kanıtlanamadığına ilişkin bir Yargıtay karar için bkz. Y9HD, 14.9.2005, E. 23047, K. 29849, **Teks. İşv. D**, Aralık 2006, Hukuk Eki, 6-7. Ücretlerin ödenmesinde yirmi günlük gecikme olmamasına karşın işin bırakılması nedeniyle işverence yapılan feshin geçerli olduğu yönündeki bir yüksek mahkeme karar için bkz.111), 27.11.2006, 22919/31264, **Legal İHSGHD**, 14, 722-724.

geçtikten sonra işçinin çalışmaya zorlanmasının ise Anayasa ile güvence altına alınan angarya yasağına aykırılık oluşturacağı düşünülmüştür. İşçiler yirmi günlük sürenin sonunda bu haklarını kullanmasalar bile, ödemede gecikmenin devam etmesi halinde sürekli borç ilişkisinin özelliği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını gecikme devam ettiği sürece kullanabilirler<sup>353</sup>.

İş K. m. 34/2'ye göre, ücreti ödenmediği için kanundaki koşullar çerçevesinde iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçinin sözleşmesi bu nedenle feshedilemez. Bu hüküm çerçevesinde işçinin kanuni hakkı olan iş görmekten kaçınması, sözleşmenin feshi için geçerli bir neden oluşturmaz<sup>354</sup>.

Yargıtay'ın bir kararına göre, "... anılan ikramiyelerin ödenip ödenmediği, ödenmiş ise tarihi kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmalı; davacının eyleminin İş Kanunu'nun 34. maddesi kapsamında kalıp kalmadığı ve dolayısıyla feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir<sup>355</sup>."

İş görme borcunu yerine getirmekten kaçınan işçilerin de sadakat borcuna uygun davranmaları gerekir. İşçilerin bu davranışı, kendilerine tanınmış hakkın sınırları içinde kalmalı, sadece çalışmaktan kaçınma biçiminde ortaya çıkmalı, ödenmemiş ücret alacağına ulaşma dışında bir amaç taşımamalıdır<sup>356</sup>. İşçiler, bu davranışı gerçekleştirirken doğruluk ve bağlılığa uymayan bu tutum içine girerlerse, örneğin işyerini işgal ederlerse, işyerine giriş çıkışa ve çalışmak isteyenlere engel olurlarsa, makinaları

<sup>353</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 330.

<sup>354</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.332; Seracettin Göktaş, **Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**, Ankara 2008, s.126. İşçilerin iş sözleşmesinin İş K.m.34 anlamında iş görmekten kaçınma hakkını kullanmaları sebebiyle feshi halinde İş K.m.17 vd. hükümlerinin ve bu maddelerdeki yaptırımların uygulanacağı konusunda bkz. Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.520.

<sup>355</sup> Y9HD, 25.6.2007, E.2007/15548, K.2007/20595; Göktaş, **Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**, s.125, dn.299. Benzer yönde bkz. Y9HD, 14.4.2007, E.2007/11016, K.2007/11509; **Çalışma ve Toplum EHD**, S.15, 2007/4, s.267-268.

<sup>356</sup> Çil, **Şerh**, cilt II, 2377; Süzek, s. 332.

durdururlarsa<sup>357</sup> işveren İş K. m. 25/2 gereğince iş akitlerini haklı nedenle derhal feshedebilir.

### (9) Kanuni Greve Katılmak

2822 sayılı TİSGLK 42. maddesi, kanuni bir grev kararının alınmasına katılma, böyle bir kararın alınmasını teşvik etme, böyle bir karara katılma veya böyle bir greve katılmaya teşvik etme sebepleriyle bir işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilemeyeceğini kabul etmiştir. Kanuni bir greve katılanlarla, işyerinde çalışmayı arzu edip de işveren tarafından çalıştırılmayan işçilerin iş sözleşmeleri grevin sona ermesine kadar askıda kalır. Bu, iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların grev sonuna kadar donması olarak da ifade edilebilir<sup>358</sup>.

İşveren tüm işlemlerinde olduğu gibi ikramiye ödemesi yaparken de, aynı durumdaki işçilere farklı işlem yapamaz. Bu nedenle ödenmesi gereken tarihten üç ay geçmesine rağmen ödenmeyen genel anlamda ücret olarak kabul edilen ikramiye için işçilerin bireysel kararlarına dayalı olarak işi bırakmaları kanun dışı grev olarak nitelendirilemez. Bunun sonucunda da bu şekilde yapılan fesih geçersizdir<sup>359</sup>.

### b. Doktrinde ve İçtihatlarda Geçerli Kabul Edilmeyen Sebepler

#### (1) Emeklilik

<sup>357</sup> Y9HD, 14.9.2005, 23047/29849, Çil, **Şerh**, cilt II, 2377'den Akt: Süzek, **7. Baskı**, s.332.

<sup>358</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **4. Baskı**, s. 513.

<sup>359</sup> Geçerli neden oluşturmayan söz konusu durumlar ve benzerleri, iş güvencesinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin kötüniyetle feshedildiği konusunda bir ölçüt oluşturabilir, Günay, Cevdet İlhan, **İş Hukuku, Yeni İş Yasaları**, Ankara-2003, s.460.

Kanunda üzerinde durulması gerekli olan önemli bir konu da, emekliliği hak etmiş olmanın geçerli bir fesih nedeni olup olmayacağıdır. Bu konuda bir düzenleme yoktur. ILO'nun 166 sayılı İşverenin Girişimiyle İş İlişkisinin Sona Ermesine İlişkin Tavsiye Kararında, kural olarak emekliliğe hak kazanmanın fesih için geçerli bir neden oluşturmayacağına istisnasını ülkelerin iç mevzuatı veya uygulamasının fesih nedeni olarak öngörmesinin oluşturacağı ifade edilmiştir<sup>360</sup>.

Yargıtay'da salt emekliliğin fesih için yeterli olamayacağına, ancak işyerinden kaynaklanan diğer nedenlerle birlikte olması halinde geçerli neden olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir. Nitekim Yargıtay<sup>361</sup>, özelleştirme nedeniyle memur ve sözleşmeli personelin 4046 sayılı Kanunun 22. maddesi gereğince istihdam fazlası olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakillerinin yapıldığı bir işyerinde iş sözleşmesi ile çalışan personelden emekliliği gelenlerin iş sözleşmelerinin feshedilmesinin işletmenin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanması nedeniyle feshin geçerli olduğuna karar vermiştir<sup>362</sup>.

Emeklilik yaşına ulaşmak, özellikle 65 yaşına ulaşmakla, iş sözleşmesinin usulüne uygun ifasının artık mümkün olmadığı veya işçinin veriminde bir azalmanın meydana geldiği karine olarak da kabul edilemez. İşçinin işe uygunluk ve kabiliyetinde aksamanın kabul edilebilmesi için, yaşa bağlı normal verim düşüklüğünden daha fazla bir düşüşün olması şarttır. Yaşa bağlı performans düşüklüğü, işyerinde işveren açısından katlanılmayacak aksaklık ve bozulmalara sebep olmalıdır. Yaşa bağlı normal performans düşüklüğüne işveren katlanmalıdır. Bu bağlamda belirtelim ki, yaşlanma sorunu, insanın yaşına bağlı bir sorun değildir. Yaşlanma kişisel bir

<sup>360</sup> Yargıtay'a göre, emekliliğe hak kazanması nedeniyle İş sözleşmesi feshedilen işçinin fesihten önce savunmasının alınmamış olması işe, iadeyi gerektirir. Y9HD. 22.11.2004 - E.10510, K.25974. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, s. 171.

<sup>361</sup> Y9HD. 13.12.2004 - E.28790/K.27501, **Legal IHSGHD** S. 8, 2005, s. 734-735.

<sup>362</sup> Y9HD. 9.3.2005 - E.236/K.7733, **Legal IHSGHD** S. 8, 2005.

süreçtir. Psiişik ve cismani performans kabiliyeti üzerinde yaşa bağlı olmayan birçok faktör etkilidir<sup>363</sup>.

Yargıtay, 8.5.2006 tarihli kararında, işyerinde personel fazlalığı bulunması halinde, sosyal seçim kriteri olarak, hizmeti 30 yılı bulan ve emekliliğe hak kazanmış olanların işten çıkartılacak işçilerin seçiminde göz önünde bulundurulmasını mümkün görmektedir<sup>364</sup>.

Uygulamada bazı işletmelerde, özellikle personel yönetmeliklerinde diğer deyişle iç yönetmeliklerde (bazen de toplu iş sözleşmelerinde) iş akdinin feshine ilişkin olarak yaş sınırı öngören düzenlemeler yer almaktadır Yargıtay'ın, toplu iş sözleşmesinde yer alan böyle bir hükmün 55 yaşını dolduran tüm işçilere istisnasız olarak uygulanması halinde yapılan feshin geçerli olacağına ilişkin kararı bulunmaktadır<sup>365</sup>. Adı geçen yönetmeliklerde azami bir yaş sınırına (genellikle altmış yaş) ulaşan ve emeklilik hakkını elde eden işçinin sözleşmesinin bildirim sürelerine uyulmak suretiyle feshedilebileceği hükme bağlanmaktadır. Bu durumda söz konusu kayıtların, İş K. m. 18/1'de yer alan ve geçerli nedenle feshin işçinin yetersizliği veya davranışlarına ya da işletmenin veya işyerinin gereklerine dayanması

<sup>363</sup> Kılıçoğlu, Şenocak, **İş Güvencesi**, s.349.

<sup>364</sup> Y9HD., 8.5.2006 tarih ve E. 2006/1080-K.2006/12947 sayılı kararına göre: "işyerinde personel fazlalığı bulunması hâlinde, sosyal seçim kriteri olarak, hizmeti 30 yılı bulan ve emekliliğe hak kazanmış olanların işten çıkartılacak işçilerin seçiminde göz önünde bulundurulması mümkün ise de, somut olayda, davalı banka Yönetim Kurulunun 15.6.2004 tarihli kararında görev düzeyinde norm kadro belirlenmiş olup, bazı görev unvanları için belirlenen norm kadronun mevcut kadrodan fazla ya da eşit olduğu, bazı görevler için ise mevcut kadrodan az olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre mevcut kadro belirlenen norm kadrodan az ya da eşit olduğu takdirde personel fazlalığından söz edilemeyecektir. Dosya içeriğine göre bir kısım görev unvanları açısından personel ihtiyacının ortaya çıktığı ve davalı işverence fesihten sonra çok sayıda personel alımına başvurulduğu anlaşılmaktadır. Şu halde davacının görev unvanı için belirlenen norm kadroya göre personel fazlalığı da söz konusu değildir". Benzer kararlar için bkz. Y9HD, 8.5.2006 tarih ve E.2006/1686-K.2006/12904; Y9HD, 8.5.2006 tarih ve E.2005/33884 - K.2006/12922; Y9HD, 8.5.2006 tarih ve E..2005/39078, K.2006/12939, Kılıçoğru, Şenocak, **İş Güvencesi**, s.352.dn.1374.

<sup>365</sup> Bkz. Y9HD, 15.5.2006, E. 12635, K.14038 ve Demir'in değerlendirmesi, **Sicil İHD, 8**, 110-125

gerektiğini öngören hüküm karşısında geçerli olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir<sup>366</sup>.

Belirtilen nedenlerle, tek başına söz konusu kayıtlara dayanılarak yapılacak fesihler emredici kurallara ve eşitlik ilkesine (ayrımcılık yasağına) aykırılık nedeniyle geçersiz sayılacak ve buna ilişkin hukuki sonuçlar doğacaktır. Bununla birlikte, bazı iş ve mesleklerde belirli yaşa ulaşma yeterlilik kaybını da beraber getirir. Örneğin, pilotlar, profesyonel sporcular, modeller, güvenlik görevlileri, ağır ve yıpratıcı işlerde çalışanlar için yaptıkları işe uygun yaş sınırlaması kayıtlarının getirilmesi kabul edilebilir<sup>367</sup>. Bu gibi objektif nedenlerin varlığı halinde eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz, işçiler arasında farklılık yaratılması haklılaştırılmış olur<sup>368</sup>.

## (2) Eşit İşlem İlkesinin İhlali

Eşitlik bir ilke olarak çalışma yaşamının bütün sùjeleri arasında; işçilerle işçiler, işçilerle işverenler ve işverenlerin kendi aralarında gözetilmesi gereken bir ilkedir. Görünürde basit olmakla birlikte gerçekte önemli hukuksal güçlükler ortaya çıkaran bu ilke, şekli anlamda, kişiler arasındaki farklılıkları dikkate almayı yasaklamaya yönelik iken maddi anlamda, tam tersine bu eşitsizliklerle farklı durumlara uygun kurallar koyarak mücadele etmeye yöneliktir. Eşit davranma borcu, nispi, göreceli nitelikte bir işveren borcudur. Gerçekten de ayırım yasağının mutlak olduğu sınırlı nedenler dışında eşit davranma borcu nispi bir nitelik taşır; eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin kişisel özelliklerini ortadan kaldırmadığından işveren farklı işçiler arasında sözleşme özgürlüğüne dayanarak işe alma, ücretler ve iş ilişkisine son verme

<sup>366</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.510.

<sup>367</sup> Alpagut, Gülsevil; "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşması İle Sona Ermesi", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 11. Toplantı**, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s.24-25. Alp, Mustafa; "Personel Yönetmeliği İle Yaş Sınırı Getirilmesi", **Legal YKİ.**, 4/2007, s.188. Ulucan, Devrim; "4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı", **İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s.59.

<sup>368</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.512.



konularında nispi bir eşit davranma borcu altındadır, yani ayırım yapma kastı bulunmaksızın, haklı nedenlerle farklı davranabilir<sup>369</sup>.

İş Kanununun 5. maddesinde işverenin ayırım yapmama borcu özel olarak düzenlenmiş ve iş akdinin feshinde bu kurala aykırı davranan işverenin, işçiye yoksun bırakıldığı diğer hakları yanında dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat ödeyeceği öngörülmüştür. Yargı organı gerekirse iş akdinin feshinde olayın taşıdığı özelliklere inmek suretiyle bir adalet arayışı içine girecek, eşitlik ilkesi açısından değerlendirildiğinde işverence hakkaniyete aykırı bir uygulama yapılıp yapılmadığını saptayacaktır. Çünkü daha önce belirtildiği gibi eşitlik ilkesinin temeli adalet ve hakkaniyet düşüncesidir<sup>370</sup>.

Eşit davranma borcunun ihlal edildiği iddialarına karşı işveren yaptığı feshi ve sözleşmesi feshedilecek işçi konusundaki tercihini haklılaştırabilir. Gerçekten fesihle ayırım yapılmasını haklı gösterecek birçok neden bulunabilir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiği söylenemeyecektir. İşletmede söz konusu işçiye duyulan ihtiyaç geçmiş yıllardaki tutumu (sicili), verimliliği vb. haller işverence yapılan ayırımın haklı gerekçesini oluşturabilir<sup>371</sup>.

Yargıtay'ın 2006 tarihli bir kararına göre, eşit davranma borcuna aykırı şekilde iş sözleşmesinin feshinin yaptırımı, feshin geçersizliği değildir<sup>372</sup>. Böyle bir fesih koşulların varlığı halinde haksız fesih olarak değerlendirilebilir.

Haklı nedenlerin varlığı halinde, iş ilişkisinin eşit işlem ilkesine aykırı şekilde feshi, feshi geçersiz kılmaz. Ancak bu durumda haksız fesihten söz edilebilir. Nitekim eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımı İş K.m.5'te düzenlenmiştir. Yargıtay'ın 2007 yılında verdiği bir karara göre ise, aynı durumda olan işçilerden bir kısmının işine son verilip, bir kısmı işyerinde

<sup>369</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.537.

<sup>370</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.411.

<sup>371</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.413.

<sup>372</sup> Y9HD, 10.4.2006, E.2006/7385, K.2007/9027; Çil, **Eşit Davranma Borcu**, s. 293-295.

çalıştırılmaya devam edildiği zaman, eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olur<sup>373</sup>. Bu borca aykırılığın yaptırımı, İş K.m.5/6 da dört aylık ücrete kadar bir tazminat ödenmesi ve işçinin yoksun kaldığı hakların verilmesi şeklinde belirlenmiş olmasına karşın, bu durumda eşit işlem ilkesine aykırı olarak sözleşmesi feshedilen işçi işsiz kalmaktadır. Bu nedenle işverence feshin geçerli bir şekilde yapıldığından söz edilemez. İşçinin işe iade edilmesi gerekmektedir. Ancak işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı her durumda feshin geçersizliği veya haklı nedenin ortadan kalktığı sonucuna varmak doğru olmaz<sup>374</sup>.

### (3) Mobbing

Mobbing, işçilere karşı, işveren veya diğer çalışanlar tarafından cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin tekrarlanan her türlü kötü muamele, tehdit, baskı, şiddet ve aşağılamayı içeren davranışlar olarak tanımlanabilir. Her tür incitici ve küçük düşürücü tutum ve davranış işyerinde yapılan mobbing kavramı içerisinde yer alabilecektir. Mobbing kavramının içerisinde yer alan bu davranışlar çok çeşitli, doğrudan ve dolaylı olacak tarzda ama planlı, bilinçli, güdülenmiş olan saldırgan davranışlardan oluşmaktadır. Ancak, günlük geçici, bir kereye mahsus bu tarz davranışlar ile karşılaşma ise, mobbing olarak kabul edilmeyecek, bir davranışın mobbing olarak değerlendirilebilmesi için, bireyin iş yaşamında sistematik olarak psikolojik yıldırmaya uğramış olması gerekecektir. Zira, mobbing sürecinde mobbing mağdurunu en fazla etkileyen mobbingin sıklığı, tekrarı ve süresidir. Psikolojik şiddet arttıkça ve süresi uzadıkça, etkisi de artmaktadır. Ancak, herkesin psikolojik şiddete dayanması farklı olacağından göreceği zarar da farklı olmaktadır<sup>375</sup>.

İşveren işyerinde çalışan işçilerden birinin sözleşmesini iş görme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle fesheder ve işçi

<sup>373</sup> Y9HD,18.9.2007, E.2007/28933, K.2007/26947; Çil, **Eşit Davranma Borcu**, s.296-298.

<sup>374</sup> Manav, E, s. 297.

<sup>375</sup> Keser, s. 188-189.

daha sonra bu feshin geçersizliği için dava açarak, kusurlu davranışının kendisine uygulanan mobbingden kaynaklandığını iddia ve ispat ederse, feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmelidir. Mobbing işçinin kusurlu davranışını hukuka uygun hale getirerek, kusuru ortadan kaldırır. Nitekim işçinin mobbinge maruz kalması ve bu nedenle iş görme borcunu yerine getirememesinde işverenin de kusuru bulunmaktadır. İşverenin iş sözleşmesinden doğan borçlarından birisi de işçiyi gözetme borcudur. Bu borç kapsamında işveren işçinin kişilik haklarını korumalı, işçinin çalıştığı iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri almalı ve işçiye insanca çalışabileceği bir ortam yaratmalıdır<sup>376</sup>. İşveren mobbing oluşturan tacizlerin devamını engellemek için gereken önlemleri almalıdır. İşçiye psikolojik tacizde bulunanların uyarılması, gerekirse işyerlerinin değiştirilmesi, gerektiği taktirde sözleşmelerinin feshedilmesi bu önlemlere örnek olarak verilebilir<sup>377</sup>.

Mobbingin amacı, işveren karşısında işçiyi kötü göstermek ya da işi ona çekilmez kılmak, işyerinde yokmuş gibi davranmak, dışlamak ve bu suretle onun iş sözleşmesini bizzat kendisinin feshetmesini sağlamaktır. İşveren, bu tür durumlarda mobbing kurbanı işçinin yanında olmalıdır. Mobbing, işçinin psikolojik rahatsızlığa uğraması tehlikesini de barındırdığından, işveren mobbing kurbanı işçisini korumak için gereken tedbirleri almalıdır. örneğin, mobbing uygulayan diğer işçileri uyarmalıdır. Fransız İş Kanunu da, mobbing olaylarının gerçekleşmemesi için, işletme yöneticisine, gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemektedir. Alman hukukunda, mobbing kural olarak, geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, Mobbing neticesinde mobbing kurbanı işçinin şeref ve haysiyeti, kişilik hakları veya sağlığı ağır ihlale maruz kalmışsa, işveren, mobbing uygulayanların sözleşmesini haklı

<sup>376</sup> Bayram, Fuat; "Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", **Legal İHSGHD.**, 14/2007, s.554 vd. İşçinin temel hak ve özgürlüklerinin daha fazla korunabilmesi amacıyla İş Kanununun bazı hükümlerinde değişiklik yapılarak, psikolojik taciz konusunda kapsamlı bir düzenlemeye gidilmesi konusunda bkz. Güzel, Ali, Ertan, Emre; "İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk", **Legal İHSGHD.**, 14/2007, s.548-549.

<sup>377</sup> Manav, E, s. 242.

nedenle derhal feshedebilir. Keza, mobbing uygulayıcısının, kurbanı işçinin bir hastalığa yakalandığını farketmesine rağmen (farketmek zorunda olduğu zaman dahi) mobbinge devam etmesi haklı fesih nedeni sayılmalıdır<sup>378</sup>.

İş Hukukumuzda başlı başına bir fesih nedeni olarak giren cinsel taciz, bir kişinin iş ilişkisi içinde işçiye karşı kendi veya üçüncü kişi lehine cinsel nitelikte çıkar sağlamak amacıyla yaptığı davranışlar olup, kavramsal olarak mevcudiyeti için failin, alışkanlık niteliği bulunmasa bile, aynı ya da benzer davranışları tekrarlama (repetition) icap eder<sup>379</sup>. Örneğin, bu tanım uyarınca bir işçinin kadın iş arkadaşına birlikte yemeğe çıkma daveti, bir defalık davranış olarak cinsel taciz oluşturmazsa da reddedilmesine rağmen tekrarlanması cinsel taciz oluşturur. Bir görüşe göre, cinsel taciz (harcelement sexuel), manevi tacizin (harcelement moral, psikolojik taciz, mobbing) özel bir şekli olup bu ikincisi, bir kişinin kişiliğine, haysiyetine fizik ve ruhsal bütünlüğüne tecavüz mahiyeti taşıyan, bu kişinin işini tehlikeye sokan veya iş ortamını alçaltan; özellikle davranış, söz, işlem, jest, yazı şeklinde tezahür eden haksız her tutumdur<sup>380</sup>.

#### (4) İşçinin, İşverenin Fazla Çalışma Talebini Reddetmesi

Fazla çalışmayla ilgili düzenleme İş K. 41, 42. ve 43. maddelerde bulunmaktadır. Buna göre, ilk olarak ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi sebeplerle işverence fazla çalışma yaptırılabilir. Fazla çalışma, İş K.'da yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışma olarak tanımlanmaktadır(m.41). İkinci tür fazla çalışma ise, gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde, yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işverenin

<sup>378</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.44.

<sup>379</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.611.

<sup>380</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi** s.440.

işçilerin hepsi veya bir kısmına yaptırabileceği fazla çalışmadır (m/42) Üçüncü tür fazla çalışma ise, seferberlik sırasında bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Bakanlar Kurulunun alacağı kararla gündeme gelebilecek olan fazla çalışmadır (m.43).

Zorunlu ya da olağanüstü nedenler dışında işverence işçiye fazla çalışma yaptırılabilmesi için, işçinin fazla çalışmaya mutlaka onay vermesi gerekmektedir. İşçinin onayı olmaksızın işçiye fazla çalışma yaptırılmak istenmesi ve işçinin fazla çalışmaya kalmaması ya da fazla çalışma yapmayı reddetmesi nedeniyle sözleşmesinin feshi halinde, söz konusu fesih geçersizdir<sup>381</sup>.

Yargıtay'ın bir kararına göre, "İşçiden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmeliğe uygun olarak fazla çalışma yapması için onay alınmamış olması zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılmasını gerektiren bir durumun da bulunmaması, işçinin fazla çalışma yapmak istememesinin işe gelmeme olarak değerlendirilememesi, iş sözleşmesinin feshinin esas nedeninin işçinin fazla çalışmaya kalmama eylemine dayanması, iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayanmadığını göstermektedir"<sup>382</sup>.

### **(5) İşçinin, İşverenin Baskısı Sonucu İstifa Dilekçesi Vermesi**

Yargıtay'ın bir kararına göre, işçinin işverence istifaya zorlanması, aksi taktirde iş sözleşmesinin feshedileceği ve tazminatlarının kendisine ödenmeyeceğinin ve kendisine sektörde iş bulması konusunda yardım edilmeyeceğinin söylenmesi ve bunun sonucunda işçinin 2.12.2003 tarihinde

<sup>381</sup> Y9HD., 2.3.2005, E.2004/27418, K.2005/6716; Çankaya/Günay/Göktaş, **2. Bası**, s.676; Y9HD., 23.12.2004, E.2004/17276, K.2004/29157; Çankaya/Günay/Göktaş, **2. Bası**, s. 745-746.

<sup>382</sup> Y9HD. 07.07.2008, E.2008/19612, K. 2008/18982, Keser, s. 222.

istifa dilekçesi verdiği, ancak işverence yapılan feshin 1.12.2003 tarihini taşıdığı, bu nedenle işçinin sözleşmenin feshinden sonra verdiği istifa dilekçesinin gerçek istifa iradesini taşımadığı görülmektedir. Bununla birlikte, işverence işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan bir fesih sebebi gösterilmeksizin İş K. m. 18'e aykırı şekilde fesih yapıldığı için geçersiz fesihten söz edilir<sup>383</sup>.

İşverenin zorlamasıyla işçi tarafından istifa dilekçesinin verilmesi ve bu istifa dilekçesine dayanarak iş sözleşmesinin feshedilmesi objektif iyiniyet ve ahlak kurallarına aykırı olduğu gibi bu istifa dilekçesi geçerli bir fesih nedeni teşkil etmez. Nitekim yukarıdaki kararından anlaşıldığı gibi yüksek mahkemenin de uygulaması bu yöndedir.

## **2. Feshin Usulüne Uygun Olarak Yapılmaması**

### **a. Feshin Yazılı Olarak Yapılmaması**

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde değindiğimiz feshin yazılı olarak yapılması konusunda İş Kanunu'nun 19. maddesinde düzenleme yapılmış olup bu usuli şartta uyulmadan yapılan fesih geçersiz sayılır<sup>384</sup>.

### **B. Fesih Sebebinin Bildirilmemesi**

Fesih bildiriminde Kanunun aramış olduğu şartlardan biri de İş K m. 19/1 maddesine göre fesih nedeninin bildirilmesidir. Aksi takdirde bu usuli şartta uyulmadan yapılan fesih geçersiz sayılır. İş K m. 19'da işveren iş sözleşmesini feshederken fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde belirtmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Buna göre işveren feshin dayanabileceği;

<sup>383</sup> Y9HD. 11.1.2005, E.2004/9237, K.2005/502; Çankaya/Günay/Göktaş, **2. Bası**, s.729-730.

<sup>384</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. İş Güvencesi Kapsamında Fesihte Usule İlişkin Şartlar.

işçinin yeterliliğinden, işçinin davranışlarından veya işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesih nedenlerini fesih bildiriminde açık ve kesin bir şekilde belirtmesi gerekir. Bu prosedür feshin geçerlilik şartıdır<sup>385</sup>.

### **c. İşçinin Savunmasının Alınmaması**

İş Kanununun 19. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez." Aksi taktirde fesih geçersiz olur<sup>386</sup>.

### **d. Fesihte Son Çare İlkesine Uyulmaması**

Fesih için gerekli sebepler doğmuş olsa bile daha hafif önlemlerle sorun çözülebilecekken iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmesi feshi geçersiz kılar. Feshin yerine imkan varsa daha hafif bir önlemin uygulanması adalet ve hakkaniyete de daha uygun düşer<sup>387</sup>.

### **e. Objektif Seçim Kriterlerine Uyulmaması**

Yargıtay'ın yerleşmiş kriteri haline gelen objektif seçim kriteri, olayın özelliğine göre değerlendirmenin yapılması ve bu değerlendirme sonucu iş ilişkisinin çökmez hale geldiğinin ispatıyla iş sözleşmesinin feshedilmesidir. Buna uyulmadan yapılan fesihler Yargıtay tarafından kabul edilmemekte ve feshin geçersizliğine karar verilmektedir<sup>388</sup>.

<sup>385</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. İş Güvencesi Kapsamında Fesihte Usule İlişkin Şartlar.

<sup>386</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. İş Güvencesi Kapsamında Fesihte Usule İlişkin Şartlar.

<sup>387</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. İş Güvencesi Kapsamında Fesihte Usule İlişkin Şartlar.

<sup>388</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. İş Güvencesi Kapsamında Fesihte Usule İlişkin Şartlar.

### 3. Fesihte Bildirilen Geçerli Sebebin İspatlanamaması

TMK m. 6'da belirtilen, "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan herbiri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür." Şeklindeki genel ispat yükü kuralı 6100 sayılı HMK'nda da benimsenmiş ve m. 190'da, "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir" hükmü getirilmiştir.

4857 sayılı İş K. m. 20/2 ise, "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükü işverene aittir" demiş ve burada işverene bir yükümlülük yükleyerek işçiyi külfetten kurtarmıştır. Burada yeni bir düzenleme getirilmiş olup genel ispat yükü kuralı ters çevrilmiştir.

Aslında oldukça faydalı bir düzenleme olmuştur. Çünkü, işçinin 18. maddeye göre feshin geçersizliğini ispatlaması delil bulmakta zorlanacağından oldukça güçtür. İşverenin fesihte gösterdiği geçerli sebebi mahkeme huzurunda ispatlayamaması halinde feshin geçersizliğine ve dolayısıyla işçinin işe iadesine karar verilecektir.

## IV. FESHE İTİRAZ VE İTİRAZ USULÜ

İş kanununa göre feshe itiraz, iş sözleşmesi feshedilen ve geçerli bir feshin doğmadığını düşünen işçinin bu geçersizliğin mahkemece tespiti ve işe iadesini gerekirse bu süre içindeki alacaklarını temin etmek için başvurduğu hukuki bir yoldur.

İşçinin feshe karşı korunması, feshin geçerli nedenlere dayandırılmasını ve fesih bildirimine karşı dava hakkının kullanılabilmesini gerektirir. 158 sayılı ILO Sözleşmesinde, hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanısında olan bir işçinin mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkının olduğu, işçinin hizmet



ilişkinine son verme işlemine karşı makul süre içinde itirazda bulunmaması halinde, bu hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılacağı belirtilmektedir (m. 8)<sup>389</sup>. Bu düzenlemenin ışığında; İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; “iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir”.

Temel hukuka dayanan savunma imkanlarından olan itiraz; davalının, davacının ileri sürdüğü olguları veya dava sebebini inkar etmeyip, bir hakkın doğumuna engel olan veya hakkı sona erdiren olguları ileri sürmesi, durumu maddi hukuka ilişkin yeni olgulara ve hukuki sebeplere dayandırmasıdır. Davalı, itiraz teşkil eden bir durumu ileri sürmemiş bile olsa, dava dosyasındaki bilgiden bu itirazın varlığı anlaşılıyorsa, hakimin bunu resen dikkate alması gerekmektedir<sup>390</sup>.

## A. FESHE KARŞI İŞ MAHKEMESİNDE DAVA AÇMA

İşçi 1475 sayılı İş Kanunu döneminde olduğu gibi İş Kanunundan doğan her türlü uyuşmazlığı ve bu arada işten çıkarılmış olması nedeniyle eski işine iade istemini şikayet yolu ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Müdürlüğüne bildirmiş olabilir. 4857 sayılı İş Kanununda feshin geçersizliği ve işe iade ile ilgili uyuşmazlığının çözümünde özel olarak İş Mahkemeleri görevlendirilmiş bulunduğundan Çalışma Müdürlüklerinin böyle bir şikayeti incelememesi, işçiye doğrudan dava yolunu göstermesi ya da feshin geçersizliği ile ilgili dava açılmamış ise istemi işçinin alacakları yönünden incelemeye alması uygun olacaktır. Nitekim, feshin geçersizliği davasının bir aylık hak düşürücü süre içinde açılması zorunlu olduğundan ve diğer yandan işçinin Çalışma Müdürlüğüne bu konuda yaptığı başvuru, hak düşürücü

<sup>389</sup> Sarıbay, s.101.

<sup>390</sup> Kuru, Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 18. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.372-373.

sürenin işlemlerini durdurmuyacağı için bu sürenin geçirilmesi, işçi bakımından hak kaybına yol açacaktır. Bu durumda işçi haklı olsa bile dava açmadığı ve işe iade kararı alamadığı için işyerinde işe başlayamayacak ve feshin geçerli bir nedene dayanmamasının diğer hukuki sonuçlarından yararlanamayacaktır<sup>391</sup>.

## 1. Dava Açma Hakkı

### a. İşçinin Dava Açma Hakkı

Feshe itiraz davasının bir tarafı iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçi, diğer tarafı ise işçinin sözleşmesini fesheden işverendir. Feshe itiraz davası bizzat işçinin kendisi tarafından açılabilir gibi avukatı ya da üyesi olduğu sendikaya verdiği yetki belgesi ile sendika avukatı tarafından da açılabilir. Yargıtay'ın bir kararına göre "Dava davacının Mayıs 2004 tarihinde üye olduğu sendikaya verdiği yetki belgesine dayanılarak sendika vekili tarafından açılmıştır. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 22. maddesi gereğince sendika üyeliği notere tasdik ettirilen sendika üye fişinin sendikaya verilmesi ve sendika tüzüğünde belirtilen yetkili organın kabulü ile kazanılır...<sup>392</sup>". Yargıtay'ın bir başka kararına göre, "Fesihden sonra bir aylık dava açma süresi içinde üye olan işçi adına sendikaca açılan işe iade davasının incelenmesi gerekir<sup>393</sup>."

<sup>391</sup> Akı/Altıntaş/Bahçivancılar, s. 132-133.

<sup>392</sup> Y9HD, 17.3.2005, E.2005/6146, K.2005/8732; Çankaya/Günay/Göktaş, **2. bası**, s.664-665; Yargıtay'ın bir diğer kararına göre sendikanın işçi adına dava açabilmesi için işçinin çalıştığı işkolunda örgütlenmiş olması şarttır. Davacı işçinin farklı işkoluna giren bir işyerinde çalıştığına ortaya çıkması halinde, sendika ile üyelik ilişkisi sona erdiği için, sendikanın işçi adına dava açması mümkün değildir. Fakat sadece bu durum dolayısıyla dava reddedilmez. Davacı işçiye davasını bizzat yada vekil aracılığı ile takip edebilmesi için ek süre verilmeli ve bunun sonucuna göre uyumsuzluk hükme bağlanmalıdır. Y9HD, 22.5.2006, E.2006/10869, K.2006/15169; **Çalışma ve Toplum, EHD**, 2006/3, S.10, s.142.

<sup>393</sup> Y9HD, 30.9.2004, E.2004/4865, K.2004/21086, Çankaya/Günay/Göktaş, s. 739-740.

Yukarda belirtilmiş olduğu gibi iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olduğu durumlarda en çok menfaati bulunan kişi işçidir. Dolayısıyla dava açma hakkı kural olarak işçidedir. Yine yukarıda açıkladığımız üzere, bazı istisnai durumlarda işçinin yerine, işçinin bilgi ve iradesi dahilinde üyesi olduğu sendika tarafından da feshe itiraz davası açılabilir.

İşe iade davasında işçi öncelikle işe dönmeyi istemektedir. İş güvencesinin anlamı, iş ilişkisinin ayakta tutulmasıdır. Bu hak kişinin sağ olması şartına bağlı olduğundan mirasçılara geçmeyecektir. İşe iade haricinde kalan işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer hakları ile işverence işe başlatılmadığı takdirde kazanacağı tazminatın mirasçılarca alınıp alınmayacağını ise işçinin ölümünden önceki iradesi belirleyecektir<sup>394</sup>.

#### **b. Mirasçıların Dava Açma ve Açılmış Davaya Devam Etme Hakkı**

İşe iade davası, esas olarak işçinin işe iadesini amaçladığı ve işçinin ölümünden sonra işe iade edilmesi mümkün olmadığı için, bu davayı açma hakkı mirasçılara geçmeyecektir. Fakat, işçinin dava devam ederken ölmüş olması halinde, davanın hangi aşamasında ölmüş olduğuna göre mirasçıların elde edecekleri haklar değişecektir<sup>395</sup>.

158 sy. sözleşmenin tanınmasını emrettiği bir alternatif çözüm tarzı, 4857 sayılı İş Kanununa alınmamış, sadece bu çözüm (feshin geçersizliği ve işe iade çözümü) ile konu geçiştirilmiştir. Durum böyle olunca, AY. m. 90 gereği olarak, İş K. ve 158 sy. sözleşme çatışmasında 158 sy. sözleşmenin getirdiği çözüm esas alınarak sonuca varılması ihtimali akla gelebilir. Yani kanunda yer almamış olmasına rağmen, hakim somut olayın özelliklerini de dikkate alarak (feshin geçersizliği ve işe iade yerine) geçerli bir sebebi olmadığı halde feshin geçerliliğine ve bir miktar tazminata (veya uygun bir

<sup>394</sup> Sarıbay, s.102.

<sup>395</sup> Sarıbay, s.103.

diğer telafi yoluna) karar verebilecektir. İşte bu tutum benimsenirse; sözleşmesi feshedildikten sonra itiraz süresi içinde dava açmadan veya açıp ta henüz sonuçlanmadan ölen bir işçinin mirasçılarının feshe itiraz davası açmalarını veya işçinin açtığı davaya devamlarını da mümkün ve anlamlı kılacaktır. Zira mirasçılar dava açarak (veya açılmış davaya devam ederek) hiç değilse iş güvencesi tazminatını (ve 4 ay daha önce dolmamışsa, işçinin ölümü tarihine kadar boşta geçen sürenin ücret vs. haklarını) alabileceklerdir. Fakat ilgili işçi öldüğü için feshin geçersizliği ve işe iade mümkün ve uygulanabilir değildir. Kısacası ilgili işçinin ölümüyle birlikte itiraz davasının davacısı ve neticesi/içeriği zorunlu bir değişime uğramaktadır. Böyle bir tutum, sözleşmesi geçerli bir neden olmadan feshedilen ve yaşayıp çözümden sonra ölen işçiyle henüz itiraz süresi veya yargılama sürecinde ölen işçinin mirasçılarını da farklı konuma sokmamış olurdu. Nitekim Türk İş Hukuku öğretisinde de ilgili işçi davayı açmadan ölmüşse mirasçılarının davayı açamayacağı ve fakat davayı açtıktan sonra ölmesi durumunda mirasçılarının açılmış bu davayı sürdürerek hiç değilse boştaki süre ücretinin karara bağlanmasının yapılabileceği söylenmektedir<sup>396</sup>. Kural olarak dava takip yetkisi, dava konusu hakkın dava ehliyetine sahip bulunan hamiline ait olmaktadır. İşe iade davasında da davayı takip yetkisi, iş sözleşmesinin taraflarına yani işe iade davasına konu uyuşmazlığın taraflarına aittir. İstisnai bazı hallerde bir kimsenin taraf ve dava ehliyetine sahip olmasına rağmen, belirli davalar yönünden davayı takip etme ehliyetinin olmadığı ve davayı takip yetkisinin hukuki ilişkinin tarafları dışında üçüncü bir kişiye geçtiği görülür. İşçinin işe iadesi yanında ücret ve tazminat gibi diğer talepler davanın konusunu oluşturmaktadır. İşçinin ölmesinin işe iade davası ve sonuçlarına etkisi ile talep haklarının mirasçılara intikali meselesi, iş sözleşmesinin kendine özgü özellikleri ve miras hukukunun genel prensipleri doğrultusunda çözümlenmelidir<sup>397</sup>. Yargıtay'a göre ise, işçinin yargılama sırasında ölmesi halinde, işe başlamak üzere işverene başvurusu imkansız hale gelmiştir. Bu sebeple ölen işçinin mirasçılarına boşta geçen en çok dört

<sup>396</sup> Tuncay, **İş Güvencesi**, 11; Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.284.

<sup>397</sup> Gökçe, s. 86.

aya ilişkin ücret ve eklerinin ödenmesine ilişkin hüküm hatalıdır<sup>398</sup>. Yargıtay'ın bu görüşü Mollamahmutoğlu tarafından haklı olarak eleştirilmektedir. Feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin başvuru yapmadan önce ölümü halinde işverenin hukuka aykırı fiili yaptırımsız kalmış olmaktadır. Halbuki böyle bir durumda işçinin işe başlamak üzere başvuracağı varsayılmalı ve buna göre mirasçılar boşta geçen süre ücreti ve eklerini talep edebilmelidir<sup>399</sup>.

Buna karşın, muris ölmeden önce feshin geçersizliğine ilişkin dava açmış ve açtığı dava kesinleşmiş, işe iadesini talep etmiş ve işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmamış ve daha sonra işçi ölmüşse, artık mahkemece verilen tazminat hakkı murisin malvarlığı kapsamına girdiği için mirasçılar ücret ve diğer haklarla birlikte bu tazminatı da talep edecekleri kuşkusuzdur<sup>400</sup>.

## 2.Davanın Konusu

### a. Feshin Geçersiz Sayılması ve İşe İade

İşçi tarafından İş Kanununun 20. maddesine dayanılarak açılan davanın konusu işverence yapılmış olan feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iadedir. Bu nedenle iş güvencesi hükümlerine tabi olan işçi işe iade ile birlikte kötüniyet veya sendikal tazminat isteyemez<sup>401</sup>.

<sup>398</sup> Y9HD, 6.11.2006, E.2006/20109, K.2006/29326; **İst. Bar. D.**, C.81, S.1, 2007, s. 258-260.

<sup>399</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s. 757

<sup>400</sup> Gökçe, s. 86.

<sup>401</sup> Narmanlıoğlu, **İş Güvencesinde Sendikal Tazminat**, s.249-251. Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.66. Alpagut, **İş Güvencesi**, s.239-240; Çil, Şahin, "Sendikal Tazminat" (Karar İncelemesi), **Legal İHSGHD.**, 2005/6, s.670-671, 677; Karşı görüşte, Engin, Murat, **İşe İade ve Uygulama Sorunları**, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul 2007, s.84; Süzek, **7. Baskı**, s.562.

İş sözleşmesinin devamlılığını sağlayarak işçiyi korumayı hedefleyen iş güvencesi kurumu, kanuna göre geçerli nedene dayanmayan fesih işlemlerini bertaraf eden bir işleve sahiptir. Sözleşmesi feshedilen işçi mahkemeye başvurarak geçerli nedene dayanmadığını düşündüğü bir fesih işleminin geçersizliğine karar verilmesini isteyebilir. Mahkemenin işçinin talebi yönünde vereceği karar, fesih işlemi hiç yapılmamışçasına bir etki doğurarak iş sözleşmesinin ayakta kalmasını sağlayacaktır. Bu bağlamda iş güvencesi kapsamındaki işçinin "iş sözleşmesinin feshi işlemi" işe iade davasının konusunu oluşturacaktır. Davanın konusu tazminat değil, doğrudan feshin geçersiz sayılması ve işe iadedir. İşçinin işe iade istemiyorum diyerek tazminat isteme hakkı bulunmamaktadır<sup>402</sup>.

İşçinin itirazı, feshin geçersizliğine ve buna bağlı kanuni sonuçlarına (m.21) yönelik olduğundan, işçi, feshe itirazla birlikte kanunun ödemelerini, iş sözleşmesinin sona ermesine bağladığı hakları (ihbar tazminatı kıdem tazminatı) talep etmesi düşünülemez. Çünkü böyle bir talep itirazın konusu (feshin geçersiz olduğu iddiası) ve kanunun geçersizliğe bağladığı sonuçla (feshin geçersizliğine bağlı olarak işçinin işe iadesi) çelişir<sup>403</sup>. Aynı şekilde kullandırılmayan yıllık ücretli izin alacaklarının da talep edilmesi mümkün değildir; zira bu alacaklar kanun gereği iş sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel hale gelirler; işçinin feshin geçersizliği ve işe iade yanında yıllık ücretli izin alacağının da hüküm altına alınmasını istemesi hukuken bağdaşmaz taleplerdir. Feshin geçersizliği ve işe iade yanında yıllık ücretli izin alacağı talebini içeren bir davada yıllık ücretli izin alacağı talebini tefrik ederek kabul eden alt mahkeme kararı Yargıtay tarafından feshin geçersizliği ve işe iade talebi ile ilgili dava beklenmeksizin karar verildiği gerekçesiyle bozulmuştur; Yargıtay'a göre izin alacağı sözleşmenin sona ermesi halinde muaccel hale geleceğinden aynı davada işe iade talebinin sonucunun bekletici mesele yapılarak izin ücreti talebinin değerlendirilmesi gerekir<sup>404</sup>.

<sup>402</sup> Sarıbay, s. 105-106.

<sup>403</sup> Y9HD. 11.9.2003, E.14994/2003, K.14267/2003. Çil, **Şerh**, C.I. s.295-296.

<sup>404</sup> Y9HD. 10.01.2005, E.2004/29557, K.2005/109, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.751.

İş Hukuku öğretisi ve yargısal içtihatlarla göre İş K. m. 20 uyarınca açılan iş güvencesine ilişkin dava seri muhakeme usulüne tabi olduğundan, bu davada sadece feshin geçersizliği ve işe iade ile buna bağlı sonuçlar ele alınır. Buna karşılık sözlü yargılama usulüne tabi olan ihbar ve kıdem tazminatları, ücretler vb. alacaklar iş güvencesi yargılamasının konusuna girmediklerinden işe iade davası ile birlikte talep edilemezler<sup>405</sup>.

İş güvencesi hükümleri kapsamında olan bir işçinin sözleşmesinin geçersiz feshi halinde, işçi işe iade talebi yerine kötüniyet tazminatı talep edemez. Doktrinde aksi yönde ileri sürülen bir görüşe göre ise, işçinin feshe itiraz davasını kazanmış olması halinde dahi işe dönmek istememesi veya işe başlama olanağına fiilen sahip olmaması halinde işe iade yerine kötüniyet tazminatı veya sendikal tazminat talep etme hakkı olmalıdır<sup>406</sup>. Ancak kanunun bu konuyla ilgili maddesinin yorumunda böyle bir sonuca ulaşamayız.

### **b. İşe İadeye Bağlı Maddi Haklar**

Temel istem, feshin geçersizliğinin karar altına alınması hususudur. O halde, sadece feshin geçersizliği iddiası bulunduktan sonra, buna bağlı diğer kalemlerin açıkça talep edilmesi mümkün ve isabetli olursa da, zorunlu değildir. Zira, işçinin işine iadesi ve en çok 4 aya kadar boşta kalınan sürenin ücreti vs. işçilik hakları ile iade sonrası işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek iş güvencesi tazminatı hep feshin geçersizliğine bağlı, deyim yerindeyse onun bağlı niteliğinde olgulardır. Bu yüzden, feshin geçersizliği talep ve iddiasıyla karşılaşan hakim veya hakemin kendiliğinden diğer kalemlere de karar vermesi uygun olur<sup>407</sup>. Feshin geçersizliğine bağlı diğer

<sup>405</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 563.

<sup>406</sup> Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.66.

<sup>407</sup> Nitekim Yargıtay'da bu kanıdadır. Gerçekten yüksek mahkemeye göre; "... işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti talep olmasa da re'sen dikkate alınmalıdır." Y9HD, 10.01.2005, E. 27210, K.157; 07.02.2005, E. 1608, 3299 K.;

kalemleri bizzat kanun belirlediğinden, davacı tarafından ayrıca talep edilmesine davacının talebiyle bağlılık kuralının (HMK m. 26) ihlalinden söz edilemez. Keza davacı açıkça, sadece feshin geçersizliğinin tespitini isteyip diğer kalemleri talep etmediğini belirtmişse, bu durumda bu davanın gerçek bir tespit davası olmadığı ve yine diğer iş güvencesi kalemlerini de içerdiği söylenebilir. Kaldı ki, böyle bir talepte pek hukuki yarar bulunmadığı gibi mahkeme bir bütün olarak takdirine sunulan iş güvencesi sisteminin işçi tarafından kırılarak örselenmesine de imkan tanınmadığını söylemek mümkündür. Ancak bir ihtimal olarak şu tartışılabilir; İşçinin iş güvencesinin örneğin işe başlatılmama halinde yahut boşta geçen süre bakımından ödenecek kaleminden açıkça vazgeçmesi caiz görülürse, artık bu vazgeçilen kısmın davada ele alınamayacağı sonucuna varılabilir. Fakat Aktuğ'a göre; işçinin iş güvencesinden vazgeçebilmesi ancak fesih gerçekleştikten sonra ve bütünlük içinde olabilir<sup>408</sup>. Zira iş güvencesi, feshin geçersizliği, işe iade, boşta geçen sürenin ücret ve diğer hakları ile hüküm sonrası işe başlatılmama halinde ödenecek tazminattan oluşan bir pakettir. Bundan ya paket olarak vazgeçilir ya da paket olarak karara bağlanır<sup>409</sup>.

### 3. Davalı Taraf

#### a. Husumetin Yönelileceği Kişi veya Kurum

İşe iade davasının karşı tarafı yani davalısı iş sözleşmesini fesheden işverendir. Bu işveren gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar da olabilir.

Anlaşılabacağı üzere feshe itiraz davasında pasif husumet işverene aittir. İş K. m. 2/1'e göre işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ve tüzel kişiliği

---

31.01.2006, E. 100, 2354 K.; 24.01.2005, E. 27521, 1146 K., 22.12.2004-13301/29110, Akyiğit, **İş Güvencesi**, s. 291.

<sup>408</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s. 292.

<sup>409</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.292.



olmayan kurum ve kuruluşlar da işveren sayıldığı için, işveren sıfatıyla tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara da dava açılmasının mümkün olduğu düşünülebilse de, doktrinde tüzel kişiliği olmayan toplulukların feshe itiraz davasında husumete ehil sayılabilmelerinin sıkıntı yaratacağı ileri sürülmektedir. Nitekim dava sonuçlandığı zaman, tüzel kişiliği olmayan topluluğa nasıl icra takibi yapılacağı, tebligatın hangi adrese yollanacağı, sürenin ne zaman başlayacağı, davayı kimin yürüteceği gibi sorunlar oluşacaktır. Kural olarak yalnız gerçek ve tüzel kişilerin taraf ehliyeti olmasına karşın, tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara (örneğin adi şirketlerde ortaklara) açılan davalarda, davanın konusu paradan başka bir şey ise, husumet bu kurum ya da kuruluşları oluşturan tüm gerçek kişilere karşı hep birlikte yöneltir<sup>410</sup>.

Ancak fesihden sonra bir işveren değişikliği yaşanmışsa itirazın kime yöneltileceği bir ayırımla ele alınmalıdır. Buna göre;

- Eğer fesihden sonra işveren ölmüşse yerine mirasçıları geçeceğinden davada mirasçıların hasım gösterilmesi gerekir.

- Fesihden sonra işverenin kişiliğinde bir değişiklik olmuşsa, örneğin ticaret şirketi (tüzel kişi) işverenin tür değiştirmesi yahut başka ticaret şirketleriyle birleşmesi veya katılması durumunda davanın yeni tür şirkete, birleşme halinde birleşim sonucu oluşan yeni şirkete ve katılma halindeyse kendisine katılan şirkete karşı açılması uygun olur.

- İşyerinin başkasına devri halindeyse, işyerinin devrinden sonra fesih halinde sorun olmadığını, itirazın devralana yöneltileceğini belirtmeliyiz. Zira sözleşmeyi zaten o feshetmiş olup devredenin olayla bir ilgisi yoktur<sup>411</sup>.

Bu tür durumlarda yukarıdaki gibi husumetin yöneltileceği kişi tespit edildikten sonra feshe itiraz davası açılabilir.

<sup>410</sup> Manav, E, s.353.

<sup>411</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.288.

Açılan bir işe iade davasında kendisinin taraf olamayacağını ileri süren işverenin bu iddiası mahkeme tarafından sadece sigortalı işe giriş bildirgesine bakılarak kabul edilemeyecektir. Bunun yanı sıra tanıklar dinlenmeli, işçinin fiilen çalıştığı işyeri ve diğer tüm deliller araştırıldıktan sonra bu iddia değerlendirilmelidir<sup>412</sup>.

### **b. Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinde Husumet**

İş K. m. 2/6'ya göre; bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya 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 işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda ise alt işveren işçilerinin işe iade davasını kendi işverenlerine yönelmeleri gerekmektedir. Zira işçiyi işe iade edecek olan alt işverendir. Asıl işverenin, alt işveren işçisini kendi işyerinde işe başlatma mükellefiyeti olmadığı gibi, alt işverenin de işçiyi asıl işverenin işyerinde işe başlatması için zorlama imkanı yoktur<sup>413</sup>. Ancak İş K. m. 2 hükmü gereğince asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır<sup>414</sup>. Bu durumda alt işveren işçisinin açacağı işe iade davası sonucunda doğabilecek iş güvencesi tazminatı yada işsiz kalınan sürenin dört aylık ücretinden asıl işverenin de müteselsil sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu durumda asıl işverenin dava sonunda işçi lehine

<sup>412</sup> Y9HD. 13.11.2003 T, 2003/18903 E., 2003/ 19184 K., Bilgili, **İşe İade Davaları**, s.140

<sup>413</sup> Y9HD. 15.3.2005 T, 2005/4783 E, 2005/8577 K, Çankaya/Günay/Göktaş, **2. Bası**, s.881.

<sup>414</sup> Y9HD. 12.05.2008 T.,2008/17081 E., 2008/12162 K., **İst. Bar. D**, Cilt 82, S. 5, 2008, s. 2663; Y9HD. 10.12.2007 T., 2007/32136 E., 2007/37354 K., **Teks. İşv. D**, Hukuk 26, Sayı 341, 2008, s.7.

hükmedilen parasal haklardan sorumlu olabilmesinin davada taraf gösterilmesi şartına bağlı olduğu düşünülse de Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarıyla dava sonucunda alacağın miktar olarak belirlenmeyip sadece ödemenin kaç aylık ücret tutarında olacağının belirlenmesi sebebiyle bu şekilde verilen bir tespit hükmünün zaten cebri icra yoluyla takibi mümkün olmadığından, alt işveren tarafından ödenmeyen parasal hakkın tahsili amacıyla yeni bir alacak davasıyla asıl işverenin taraf olarak gösterilmesinin gerekeceği belirtilmektedir<sup>415</sup>.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi hukuka uygun kurulduğunda, alt işveren hukuki açıdan bağımsız işveren sıfatını korumaktadır. Bu nedenlerle işe iade davası, asıl veya alt, işçinin bağlı olduğu işverene karşı açılmalıdır. Belirtilen kuralın bir sonucu ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin hukuka uygun olması halinde, alt işverenin işçisi tarafından asıl işveren aleyhine açılan işe iade davasının husumet yönünden reddi neticesi ortaya çıkmaktadır<sup>416</sup>. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanun hükümlerine aykırı veya muvazaalı kurulduğu hallerde, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi olarak kabul edildiğinden işe iade davasını asıl işverene karşı açmaları, işe iade kararının asıl işveren hakkında verilmesi gerekir. Yargıtay'ın örnek bir kararına göre, belediye tarafından temizlik ve çöp nakil işinin ihale ile alt işverene verildiği hadisede, Yargıtay temizlik hizmetinin belediyenin asli işlerinden olduğunu, bu nedenlerle kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin 4857 sayılı İş Kanununun 2/5-6. maddelerine aykırı ve geçersiz sayılacağını tespit ederek, davalı Belediye açısından davanın kabulüne, (İşçinin Belediyedeki işine iadesine) diğer davalı alt işveren açısından ise davanın reddine karar vermiştir<sup>417</sup>.

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş

<sup>415</sup> Şahlanan, Alt İşveren İşçisinin İşe İade Davası( Karar İncelemesi), **Teks. İşv. D**, S. 300, Aralık 2004, s.39 vd.

<sup>416</sup> Y9HD, 16.12.2004, E.2004/11757, K.2004/28052, Çankaya/Günay/Göktaş, **2. Bası**, s.891.

<sup>417</sup> Y9HD, 30.5.2005, E.2005/4421, K.2005/19804, Kazancı İctihat Bilgi Bankası.

sözleşmesinin alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde, sözleşmede taraf sıfatı bulunmadığından, işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boшта geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır. Davanın sadece asıl işverene karşı açılması halinde ise, husumette yanılmaya göre durum değerlendirilmelidir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazalı olmadığı, kısaca asıl-alt işveren ilişkisi bulunduğu iddia edildiği husumetin tevcihinde hata kabul edilerek, alt işverene dava dilekçesi tebliğ edilerek, davalı taraf olarak davaya kabul edilmelidir. Davacı tarafın muvazaa veya asıl işveren alt işveren ilişkisinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7 maddesindeki koşulları kapsamında kalmadığı iddia edildiğinde ise, davaya asıl işveren bakımından devam edilmeli ve sonuçta muvazaa bulunmadığı, asıl alt işveren ilişkisinin yasaya uygun kurulduğu kabul edildiği takdirde ilişkisinin tarafı olmayan asıl işveren yönünden feshin geçersizliği nedeniyle işe iade davasının husumetten reddi gerekir<sup>418</sup>.

### c. Geçici İş İlişkisinde Husumet

İş Kanunu madde 7/1 göre; işveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur.

Kazanç amacı gütmemesi gereken geçici iş ilişkisi, benzer işlerde çalıştırılma, işçinin yazılı onayı ve geçici olma şartlarına bağlı olarak

<sup>418</sup> Y9HD. 01.12.2008 T. 2008/6287 E, 2008/32587 K., Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.836

kurulabilir. Geçici iş ilişkisinde, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi devam etmektedir, işçinin bir başka işverenin hesabına geçici ve belirli bir süre için çalışması amaçlanır<sup>419</sup>. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür. Bu durumda, işçi ile işveren arasında mevcut iş sözleşmesi, işveren ile geçici iş ilişkisi arasında kurulan geçici işçi teminine yönelik sözleşme, işçi ile geçici iş ilişkisi kurulan işveren arasında kurulan iş ilişkisine benzer hukuki ilişki olmak üzere üçlü bir ilişki meydana gelmektedir. Söz konusu üçlü ilişki karşısında, iş sözleşmesi feshedilen işçi tarafından açılacak işe iade davasında husumetin kime yöneltmesi gerektiği çözümlenmelidir<sup>420</sup>.

Geçici iş ilişkisinde, işçinin asıl işvereni, ödünç veren işveren olduğundan feshin geçersizliği ve işe iade davasının tarafı bu işveren olacaktır. İşverenin işçisini geçici olarak başka bir işveren nezdinde çalışmaya göndermesi halinde tüm özlük hakları yönünden asıl işverenine bağlılığı söz konusu olur. Ancak, işverenin muvafakati ile başka bir gerçek veya tüzel kişiye tabi olarak ödünç iş ilişkisi içinde işçinin çalıştırılması, işçiyi çalıştıranın (iş sözleşmesi ile bağlı olduğu) gerçek veya tüzel kişinin işverenlik sıfatını etkilemez<sup>421</sup>.

İşçinin ödünç esnasında sözleşmesinin ödünç verence feshi halinde, itirazın ödünç verene yöneltmesi gerekir. Zira, ödünç işçinin ödünç esnasında bile tek işvereni ödünç verendir. Her ne kadar kanun "işçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle (ödünç alanla) olan ilişkisine de uygulanır" diyorsa (İş K. 7/4) da,

<sup>419</sup> Geçici iş ilişkisi amacı ve hukuki sonuçları yönünden, 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu gereği özel istihdam büroları tarafından yerine getirilen iş aracılığı ve alt işverenlik müessesinden farklıdır. İş aracılığında işçi ile işçi arayan işveren arasında (süreklili) bir iş sözleşmesi kurulmaktadır. Alt işveren ilişkisinde ise alt işverenin işçileri asıl işverenin işyerindeki yardımcı ve alt işlerde çalışmakta, asıl işveren ile alt işverenin işçileri arasında herhangi bir iş ilişkisi bulunmamaktadır. Gökçe, s.94.

<sup>420</sup> Gökçe, s.94.

<sup>421</sup> Y9HD 12.10.1998 T, 1998/11704 E., 1998/14289 K., Kar , **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.836

bunun ödünç alana karşı itiraz davası açmaya imkan verdiği söylenemez. Çünkü ödünç alan, ödünç işçinin sözleşmesini fesih hakkına sahip olmadığı gibi dava sonucu işe iade edilirse onu işe başlatmaya da yetkili değildir. Deyim yerindeyse kendisinin olmayan bir işçiyi kendisinin olmayan bir işyerine kabule imkanı yoktur. Bu imkansızlık o kadar belirgindir ki, ödünç sözleşmesinde işçinin fesih halinde ödünç alana karşı itiraz davası açabileceği belirtilse de (eğer muvazaa yoksa) durum böyledir. Fakat itiraz davası "ödünç verenle birlikte sorumluluk" çerçevesinde ödünç veren ve ödünç alana birlikte yöneltilebilir. Bu durumda ödünç alanın, işe başlatma ve iş güvencesi tazminatından (birlikte) sorumluluğu, ödünç verenin tutumuna göre gündeme gelir veya gelmez. Ama boşta geçen sürenin ücretinden birlikte sorumluluk ödünç veren işçiyi işe başlatsa da başlatmasa da mevcuttur. Ancak, kanuni azami ödünç süresinin (18 ayın) tüm tarafların ortak rızasıyla aşılması durumunda da, işçinin sözleşmesinin ödünç alana devredildiği kabul edilmelidir. İşte böyle hallerde, artık ödünç ortadan kalkacağından ödünç verenin işçinin sözleşmesini fesih hakkı yoktur. Çünkü, o işçinin işvereni sıfatını kaybetmiştir. Sadece ödünç alanın sözleşmeyi fesih hakkı vardır ve onun feshi halindeyse itirazın sadece ona yöneltilmesi gerekir<sup>422</sup>.

#### **d. Tüzel Kişiliği Olmayan Topluluklarda Husumet**

Kural olarak yalnız gerçek ve tüzel kişilerin taraf ehliyeti olmasına karşın, tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara (örneğin adi şirketlerde ortaklara) açılan davalarda, davanın konusu paradan başka bir şey ise, husumet bu kurum ya da kuruluşları oluşturan tüm gerçek kişilere karşı hep birlikte yöneltilir. Eğer davanın konusu para ise müteselsil sorumluluk söz konusu olur<sup>423</sup>.

<sup>422</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.290.

<sup>423</sup> İşverenin miras ortaklığı olması halinde de mirasçıların hepsine karşı dava açılmalıdır, Kuru/Aslan/Yılmaz, s.241-242.

Uygulamada en çok rastlanılan tüzel kişiliği olmayan topluluklar adi ortaklıklardır. Kanunda adi ortaklıklarla ilgili tanıma yer verilmemiş olmakla beraber yeni TBK m. 620 ve devamı maddelerinde adi ortaklık sözleşmesine yer verilmiştir. TBK m. 620'ye göre; adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Adi ortaklık işyerinde çalışan bir işçinin yapacağı feshe itirazda ortaklığı mı yoksa ortakların tümünü hasım göstereceği konusuna gelince; 4857 sayılı İş Kanunu işvereni tanımlayan hükmünde "işçi çalıştıran tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları" işveren sayarken (İş K. 2/1), kişiliği olmayan bu kurum ve kuruluşun kamu yoksa özel kesime mi ait olacağını belirtmemiştir. Anılan hüküm özel hukuka ait olup da tüzel kişiliği bulunmayan kurum ve kuruluşları da kapsar denirse, sistemimizde tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığın işveren sayılacağı ve feshe itirazın da ona yöneltileceği sonucuna varılır. Nitekim anılan hükme ilişkin gerekçe de bu yönde bir anlayış dile getirilmiştir. Öğretide Akyiğit haklı olarak adi ortaklığın tüm ortaklarına dava açılması gerektiği kanaatindedir<sup>424</sup>.

Uygulamada karşılaşılan ve tüzel kişiliği olmayan, İş Hukuku açısından öneme sahip diğer bir topluluk, ortak girişimdir. Hukuk Genel Kurulunun 8.10.2003 tarih, 2003/12-574-564 sayılı kararında vurgulandığı üzere ortak girişim iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklık türü olup, bu ortaklığın tek başına tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Ortak girişimin tüzel kişiliği olmadığından ve dava dilekçesinde her iki şirketin gösterilmesi ve dava dilekçesinin ortak girişimi oluşturan her iki şirkete ayrı ayrı tebliğ edilmesi, taraf teşkilinin sağlanması gerekir<sup>425</sup>.

<sup>424</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.291.

<sup>425</sup> Y9HD 03.11.2008 T, 2008/36889 Esas, 2008/29872 K, Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.837

#### 4. Görevli ve Yetkili Mahkeme

İş K. m. 20/1'e göre, "İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimiminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür."

Görevli ve yetkili mahkemeye ilgili düzenleme İş Mahkemeleri Kanununda bulunmaktadır. Bu nedenle görevli mahkemeyi tayin ederken İş Mahkemeleri Kanunu'nun ilgili düzenlemelerinden yararlanır.

##### a. Görevli Mahkeme

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi gereğince, İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden veya İş Kanununa dayanan her türlü iddialarından doğan hukuki uyuşmazlıklar ile ilgili olarak iş mahkemeleri görevli olacaktır. Ancak öğretilde Kuru/Arslan/Yılmaz'a göre İş Kanununa tabi olmayan işçilerin açacakları davalara iş mahkemelerinde bakılmaz. Bu davalar müddeabihin değerine göre sulh veya asliye hukuk mahkemelerinde görülür<sup>426</sup>. 6100 sayılı HMK'na göre, İş Kanunu, Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundan doğan ve Sosyal Sigortalar Kurumu ile sigortalılar arasında çıkan uyuşmazlıklara, bunu yanında diğer kanunlarla iş mahkemelerine bırakılan dava ve işlere bakar. Asliye Hukuk Mahkemesi ancak İş Mahkemelerinin olmadığı yerlerde HSYK'nın görevlendirmesiyle iş uyuşmazlıklarına bakabilir<sup>427</sup>. Bu durum ayırık kalmak üzere işe iade davalarına bakmakla görevli mahkemeler İş Mahkemeleridir. Nitekim İş Kanununun 20/1. maddesinde de iş sözleşmesi feshedilen işçinin iş

<sup>426</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 808, dp. 2.

<sup>427</sup> Pekcantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 12. Bası, Ankara, 2011, s. 90-91.



mahkemesinde dava açabileceği belirtilmiştir. İş Mahkemelerinin olmadığı yerlerde ise bu tür davalara o yerde görevlendirilecek mahkeme tarafından bakılacaktır (İş Mah. K 1/3)<sup>428</sup>.

İş Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde iş davalarına bakmak üzere bir Asliye Hukuk Mahkemesi görevlendirilir. İş davalarına bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesine açılan dava "iş mahkemesi sıfatıyla" açılmamış ise mahkeme görevsizlik kararı veremez. Bu durumda, Asliye Hukuk Mahkemesi ara kararı ile davaya "iş mahkemesi sıfatıyla" baktığını belirterek davaya bakmaya devam eder<sup>429</sup>. Yargıtay'ın bir kararında "Osmanlı ilçesinde müstakil İş Mahkemesi kurulmuş olmadığına göre esasına işaret edilip davaya iş mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken davanın Asliye Hukuk Mahkemesine açılmış olması nedeniyle görevsizlik kararı verilmiş olması doğru değildir." denilmiştir<sup>430</sup>. Birden çok Asliye Hukuk Mahkemesi kurulmuş olan yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun belirlediği İş Mahkemesinde iş davaları görülür.

### **b. Yetkili Mahkeme**

Yetkili mahkeme konusunda İş Mahkemeleri Kanunu gereğince; davalının ikametgahındaki yani işçinin çalıştığı işyerinin bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkili olduğunu söyleyebiliriz. (İş Mah. K. 5) Görüldüğü üzere yetkili mahkemenin belirlenmesinde önemli olan işin yapıldığı yer başka anlatımla işyeridir. Dolayısıyla davanın açılacağı yetkili mahkeme işyerinin bulunduğu yer mahkemesidir.

Bununla ilgili bir Yargıtay kararı şöyledir; "Taraflar arasındaki ilişki, aylık sabit ücret ve başarı primi ödenmesi karşılığında avukatlık hizmeti gördürülmesinden ibarettir. Davacı zaman zaman şirket merkezine giderek

<sup>428</sup> Manav, H, s.69.

<sup>429</sup> Kuru, s. 3848; Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.811.

<sup>430</sup> Y9HD, 26.09.1980, E. 1980/8527-K. 1980/9621, Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.811.

bu hizmeti yürütmüştür. Bu itibarla görev yönünden itirazın reddi ile işin esasına girilmesi yerinde olmuştur. Bununla birlikte davalı şirketin merkezi İstanbul'un Kartal İlçesinde olduğu halde, İşçinin şirkete ait bir kısım işleri Cağaloğlu'nda bulunan bürosundan yürüttüğü gerekçesiyle dava İstanbul İş Mahkemesinde açılmıştır. Davacının serbest avukat olarak çalışmalarını yürüttüğü büroya göre yetkili İş Mahkemesinin belirlenmesi yerinde değildir. Bu yerde işverene ait bir kısım işlerin yürütülmesi avukatlık bürosunun işverene ait işyeri olarak değerlendirilmesini gerektirmemektedir. Davanın işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi için yetkisizlik kararı verilmesi gerekirken mahkemece işin esasına girilerek hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir<sup>431</sup>.

Üstelik yetkili İş Mahkemelerinin yetkisini bertaraf eden bir yetki anlaşması da geçerli görülemez fakat onların yanında bir başka mahkemenin de yetkili kılınması mümkün ve geçerlidir. Yetkili mahkeme bağlamında üzerinde durulabilecek bir nokta; Büyükşehir Belediyesi sınırları içinde yer alan ve o ilin adıyla anılan mahkemeler ile Büyükşehir Belediyesi sınırları içindeki ilçelerdeki mahkemelerden hangisinin yetkili mahkeme olarak görüleceğidir. Böyle bir durumda yetki çakışması söz konusu olup Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 14.11.2002 tarih ve 520 sayılı kararı ile konu çözüme bağlanmıştır. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'ndan sonra da aynı kurulun 27.12.2004 tarih ve 636 sayılı kararı ile soruna çözüm getirilmiştir. Buna göre, Büyükşehir Belediyesi sınırları içinde kalsa da ilçenin adıyla kurulu müstakil iş mahkemesinin yetkisi halen varlığını sürdürür. Fakat 5213 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki uyuşmazlıklar bakımındansa onların bağlı buldukları ağır ceza merkezlerindeki müstakil iş mahkemelerinde görülmesi gerekir<sup>432</sup>.

<sup>431</sup> Y9HD. 15.11.2005- E. 19797, K. 36172, Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.276.

<sup>432</sup> Bu yönde bkz. Y9HD. 21.04.2005, E. 11694/14123 K.; 24.03.2005 E. 8561/9868 K.; 24.03.2005 E. 8651/9869 K.; 24.03.2005 E. 8652/9870 K. Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.277.

## 5. Dava Açma Süresi

İş sözleşmesi yazılı olarak feshedilen işçi, işveren tarafından fesih nedenini açık ve kesin bir biçimde belirtilmediği takdirde, yapılan feshin nedeninin geçerli olmadığını ileriye sürerek, fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde İş Mahkemesine dava açıp feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade edilmesini isteyebilecektir (m. 20). İşçinin işe iade davası açabileceği bir aylık sürenin başlangıcı önceleri uygulamada duraksama yaratmıştır. Şöyle ki işveren derhal fesihte bulunmuş olduğu takdirde sorun yoktur. Bu durumda bir aylık dava açma süresi tebligatın alındığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Ancak işveren süreli fesihte bulunduğu takdirde, bir aylık süre işçiye yapılan yazılı bildirim tarihinden mi yoksa bildirim süresinin sona ereceği tarihten itibaren mi başlayacaktır? Anılan maddede "fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren" denildiğine göre, maddenin lafzi yorumundan çıkan sonuca göre sözleşme ister derhal isterse süreli olarak feshedilmiş bulunsun davanın, yazılı olarak fesih bildiriminin yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde açılması gerekir<sup>433</sup>.

### a. Dava Açma Süresinin Niteliği

158 sayılı ILO Sözleşmesi madde 8/3'e göre, iş sözleşmesi feshedilen işçi bu feshe karşı makul bir süre içinde itirazda bulunmamışsa, bu hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılır. İş K. m. 20 uyarınca işçinin iş sözleşmesinin fesih bildiriminde sebep gösterilmeden veya geçerli bir sebep gösterilmeden feshedildiği iddiasıyla fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir aylık süre içinde dava açması veya özel hakeme başvurması gerekir. İşçinin fesih bildiriminin usulüne uygun şekilde yapılmamış veya savunmasının alınmamış olması halinde de aynı süre içinde dava açma hakkı vardır. Dava açma süresinin kısa bir süre olarak öngörülmüş olmasının temel amacı işvereni,

<sup>433</sup> Y9HD, 11.12.2003 T, E.20424 , K 20629 sayılı kararına göre "... açık olan madde hükmüne göre fesih tarihinin değil, feshin bildirildiği tarihin esas alınması gerektiği " Şahin Çil, **Şerh**, C.I, Ankara 2004, s.374-375.

işçinin feshe karşı korunma hakkından yararlanıp yararlanmayacağı, kendisine karşı dava açılıp açılmayacağı ve iş ilişkisinin devam edip etmeyeceği konusunda en kısa zamanda aydınlatmaktır<sup>434</sup>.

Bu sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğunun tespiti gerekmektedir. Zira hak düşürücü süreler kesindir ve belirlenen süre içinde yerine getirilmezse hak kaybına yol açar<sup>435</sup>. Yargıtay ve öğreti bu sürenin hak düşürücü süre olduğunu, bu sebeple mahkemenin davanın süresinde açılıp açılmadığını kendiliğinden gözetmesi gerekeceğini belirtmektedir. 4857 Sayılı İş Kanununun 20. Maddesi uyarınca iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri süren işçinin, fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile dava açması gerekir. Bu süre hak düşürücü süre olup, resen dikkate alınması gerekir<sup>436</sup>.

Bir görüşe göre İş K. m. 20/1 hükmü nisbi emredici olduğundan itiraz süresinin sözleşmelerle arttırılması mümkündür. Ancak, Mollamahmutoğlu sürenin hukuki niteliği itibari ile hak düşürücü olması ve hak düşürücü sürelerin kesin süreler olması nedeniyle bunun mümkün olamayacağı kanaatindedir<sup>437</sup>.

Bu itibarla, Bölge Müdürlüğüne şikayet veya hastalık nedeniyle rapor alınması<sup>438</sup>; idari itiraz<sup>439</sup> dava açma süresini kesmez. Hak düşürücü olması nedeniyle bu süre içinde dava açmayan veya özel hakeme başvurmayan işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz; geçerli bir fesih halinde talep

<sup>434</sup> Manav, E, s. 367.

<sup>435</sup> Manav, H, s. 69.

<sup>436</sup> Y9HD. 06.04.2009 T. 2008/24160 E., 200979522 K, **Teks. İşv. D**, Hukuk 44, Sayı 359, Şubat 2010, s.5.

<sup>437</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.752.

<sup>438</sup> Y9HD. 20.2.2006, E. 571, K.3912, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.752.

<sup>439</sup> Bu konudaki yargı kararları ve öğreti görüşleri için bkz. Kar, Bektaş, "İşe İade Davasında Yargılama Hukuku Sorunları", **Ank. Bar. D**, Yıl:66, S. 1, 2008, s. 93-94.

edebileceği haklardan (ihbar tazminatı, kıdem tazminatı) ve koşulları varsa genel hükümlere göre maddi ve manevi tazminattan yararlanabilir<sup>440</sup>.

İşçinin dava açması bakımından uyması gereken süreler yalnızca iş güvencesi kapsamındaki işçilerin bildirimli feshiyle sınırlı değildir. İş Yasası'nın 25/2 maddesi hükümlerine dayanılarak işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği durumlarda da feshin haksız ve geçersiz olduğunu ileri sürerek işe iade talebiyle mahkemeye başvurduğunda aynı süreler geçerli olacaktır. İşçi bu süreyi geçirdikten sonra işe iade talep hakkını yitirmesine karşın, feshin haksızlığının saptanmasını isteyerek ihbar tazminatı ve koşulların varlığı durumunda kıdem tazminatını talep amacıyla dava açmasının engeli bulunmamaktadır<sup>441</sup>.

### **b. Dava Açma Süresinin Başlangıcı**

İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir.

Başka bir deyişle, işverence yapılan yazılı fesih bildiriminin işçiye ulaştığı an bir aylık hak düşümü süresinin işlemeye başladığı tarihtir. İşveren iş akdini bildirim sürelerine uyararak feshetmişse, işçi davayı iş akdinin sona ermesi tarihi olan bildirim sürelerinin sonunda değil feshin kendisine bildirildiği tarihten itibaren bir ay içinde açmak zorundadır. İş güvencesine, ilişkin amaçların ve sonuçların bir an önce gerçekleşmesi için dava açma

<sup>440</sup> Özkes Muhammet, "İşe iade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, Aralık 2006, s.34.

<sup>441</sup> Çalık, s.189.

süresi kısa tutulmuştur. Bu süre geçirildikten sonra dava açılmaz ve yapılan fesih geçerli bir feshin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur<sup>442</sup>.

Öğretide Kılıçoğlu ve Şenocak'a göre; Kanunun bu düzenlemesinin hakkaniyete uygun olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Çünkü işçi genelde kendisine yapılan fesih bildiriminde yazan tarihe bakmaktadır. Halbuki kanunun lafzından sürenin fesih bildiriminin tebliğ tarihinden itibaren başlayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Sözü edilen düzenlemenin ikinci sakıncası 18. maddede belirtilen altı aylık kıdem süresinin hangi tarihe göre hesaplanmasında göze çarpmaktadır. Yargıtay feshin tebliği tarihine göre hesaplama yapmaktadır. Halbuki feshin, tebliğ tarihinden ileriki bir tarihi taşıması hâlinde işçi altı ayı aşkın çalışmasına rağmen tebliğin altı aydan önce yapılması nedeniyle iş güvencesinden yararlanması mümkün olmayacaktır<sup>443</sup>.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden ötürü işçilerin iş sözleşmesinin toplu olarak feshinde de benzer süreler söz konusudur. Toplu işçi çıkarılmasına ilişkin bildirim işveren tarafından Çalışma Bölge Müdürlüğü'ne verilmişse, fesih bildirimini bu sürenin tamamlanmasından itibaren yapılabilecektir. İşveren Çalışma Bölge Müdürlüğü'ne bildirdiği tarihte aynı zamanda işçilere fesih bildiriminde bulunmuş olsa bile, fesih bildirimleri 30 günlük sürenin sonunda işlemeye başlayacaktır. İşçiler Çalışma Bölge Müdürlüğü'ne ve İŞKUR'a bildirimden itibaren 30 günlük süre tamamlandıktan sonra bir ay içinde dava açabilecekler veya özel hakeme başvurabileceklerdir (İş K. m. 29). Bu bakımdan, işveren eğer, 30 günlük süre dolmadan işçilere fesih bildiriminde bulunmuşsa, bu bildirim dava açma

<sup>442</sup> Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.14-15; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, s.139-140; Çelik, **23. Baskı**, s.238; Alpagut, **İş Güvencesi** s.239; Akı, **Feshe İtiraz ve Sonuçları**, s.295-296; Aksi görüşte, Ucum, Mehmet, "İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar", **Legal İHSGHD.**, 4/2004, s.1303 vd; Çil, **Şerh**, Cilt-2, 1294; Dava açma süresinin bildirim süresinin sonunda başlamamasının yaratacağı hukuki sorunlar için bkz. Uçum, **İşe İade Dava Açma Süresi**, s.1303 vd; Güzel, **İş Güvencesi**, 90-91; Süzek, **7. Baskı**, s. 559-560.

<sup>443</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 472-473.

süresini başlatmayacaktır. Nitekim, maddede fesih bildirimlerinin 30 günlük süreden sonra hüküm ifade edeceği açık olarak belirtilmiştir<sup>444</sup>.

## **6. İspat Yükü**

### **a. Genel Olarak İspat Yükü**

İspat yükünün kime ait olduğu hususu, usûl hukukunda son derece önemlidir. Çünkü hâkim, olayın ispat edilememiş olması hâlinde ispat yükü kuralına dayanarak, ispat yükü üzerine düşen tarafın aleyhine karar verecektir. Zira belirsiz kalan vakıya, gerçekleşmemiş kabul edilir. Türk Medeni Kanunu madde 6 uyarınca, kanunda aksi öngörülmedikçe, bir vakıyadan kendi lehine haklar çıkaran taraf, o vakıyı ispat etmelidir. Zira, bu madde, ispat yükü kuralını tam olarak yansıtabilecek şekilde kaleme alınmamıştır. Bu sebeple ispat yüküne ilişkin genel kuralın, mehzaz kanundaki ifadesine daha uygun olmak üzere, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda da tekrar düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesine göre, "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir"<sup>445</sup>.

### **b. İş Güvencesinde İspat Yükü**

Kanunda, ispat konusunda genel kural bu olmasına rağmen, işverenin işçinin iş sözleşmesini feshetmesi üzerine işçi tarafından açılan işe iade davasında fesih nedeninin geçerli olmadığına ispatı işçiye değil fakat fesihte gösterilen nedenin İş Kanunu'nun 18. maddesine uygun ve geçerli olduğunun ispatı işverene ait olacaktır. Çünkü İş Kanunu yukarıda açıklanan genel

---

<sup>444</sup> Çalık, s.190.

<sup>445</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.444.

kuralın aksini emretmiş bulunmaktadır. Nitekim İş Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasına göre; "Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". Elbette işçi de kanunun iş güvencesi sağlayan hükümlerinden yararlanmaya hakkı olduğuna dair olguları (işyerinde 30 ve daha çok işçi çalıştığını, işyerinde en az altı aylık kıdemi bulunduğunu) ortaya koymak ve buna ilişkin bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmak ya da masrafını vererek ilgili mercilerden getirtmek durumundadır.

Kanunun ispat yüküne ilişkin düzenlemesine göre, işveren fesih için gösterdiği geçerli nedenin varlığını ispat etse bile, işçi feshin başka bir nedene dayandığı iddiasını ispat ettiği takdirde fesih geçersizdir. Bu durumda işverenin kötü niyetli olduğu da sübut bulmuş olur. Ancak işçi, kötüniyet tazminatı talep edemez. Zira bu tazminat, Kanunun, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin kötü niyetle feshi haliyle sınırlı olarak öngördüğü bir yaptırımdır. Bu vesileyle belirtelim ki iş güvencesi kapsamındaki işçinin, iş güvencesi hükümlerine göre işe iade talebiyle dava açmak yerine ihbar ve kıdem gibi diğer işçilik hakları yanında kötüniyet tazminatı talebiyle dava açması mümkün değildir. Çünkü bir kere daha vurgulayalım ki madde 17'de kötüniyet tazminatı 18. maddenin 1. fıkrası uyarınca Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçilere tanınmıştır. Aynı şekilde Yargıtay'ın kararlarında da ifade edildiği üzere iş güvencesi kapsamındaki işçinin İş K. madde 18,19, 20 ve 21 hükümlerine müracaat yerine bağımsız olarak sendikal tazminat talebinde bulunması da hukuken mümkün değildir; zira iş güvencesi kapsamında kalan bir işçinin feshin geçerli nedenle yapılmadığını ileri sürmemesi Kanundaki düzenleme gereği geçerli bir feshin mevcut olduğu sonucunu doğurur; bu durumda feshin sendikal nedenle yapıldığı iddiasında bulunmak ve sendikal tazminat talep etmek çelişkili bir durum olur<sup>446</sup>.

Hukukumuzda genel hükümlere bakıldığı zaman kural, herkesin iddiasını kanıtlamakla yükümlü olması iken; iş güvencesi hükümlerine

<sup>446</sup> Mollamahmutoğlu, 3. Bası, s.753-754.



bakıldığında, işçi lehine ispat yükünün yer değiştirdiğini görmekteyiz. İspat yükünün işçi lehine yer değiştirmesi, İş Kanunu ile öngörülen iş güvencesi sisteminin amacına da uygun düşmektedir. Nitekim işverenin geçerli şekilde sözleşmeyi feshini geçerli sebep göstermesine bağlayan bir sistemde asıl olan iş ilişkisinin devamıdır. Bu nedenle geçerli nedenin oluştuğunu, olağan durumun aksini iddia eden işveren ispat etmelidir. İş Kanununda ispat yüküne ilişkin olarak yapılan bu düzenleme 158 sayılı ILO Sözleşmesine de uygundur. Bu Sözleşmenin 9/2-a maddesine göre geçerli bir nedenin bulunduğunu ispat yükü işverene aittir<sup>447</sup>.

İşveren ispat yükünü yerine getirirken ilk olarak feshin şekli koşullara uygun olduğunu kanıtlamalıdır. Bunun için de fesih bildirimini yazılı şekilde yapıldığını, belli sebeplerle yapılan fesihlerde işçinin savunmasını aldığını, yazılı fesih bildiriminde fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirttiğini göstermelidir. Daha sonra fesih nedenlerinin içeriğini, yani feshe neden olan geçerli sebebin varlığını ispatlamalıdır. İşveren işçi özlük dosyası, işyeri kayıtları, sigorta kayıtları, tutanaklar, tanık beyanları, keşif, bilirkişi incelemesi gibi her türlü ispat aracından yararlanabilir<sup>448</sup>.

Yargıtay'a göre de "İşveren iş akdini geçerli sebebe dayanarak feshettiğini ispatla mükelleftir. Randımansız çalıştığından bahisle iş akdini fesh eden işveren, işçinin performansına ilişkin ölçümlene sistemini yeterli açıklıkta Mahkemeye ibraz etmeli ve bu durumu belgelemelidir"<sup>449</sup>. Esasen bu düzenleme kanunun getirdiği iş güvencesi sistemiyle uyumludur. Belirsiz süreli iş akitlerinin bildirim sürelerine uyulmak suretiyle her zaman sona erdirilebildiği bir sistemde asıl olan fesih serbestisi (ve Medeni Kanuna göre asıl olan iyiniyet) olduğundan, işverenin kötüniyetini ispat yükü işçiye düşer. Buna karşılık fesih bildirim hakkının kullanılabilmesini ancak geçerli kanuni

<sup>447</sup> Güzel, **İş Güvencesi**, s.95; Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.99.

<sup>448</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.99; Manav, E, s.380.

<sup>449</sup> Y9HD, E. 2003/19529, K. 2003/20591 sayılı kararı, **Legal İHSGHD**, S.2, 2004, s.676-679. İşe iade davasında ispat yükü, deliller ve bu konudaki Yargıtay kararları konusunda geniş bilgi için bkz. Kar, Bektaş, "İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller", **Legal İHSGHD**, S. 7, 2005, s.1006 - 1039 vd.

nedenlerin varlığına bağlayan iş güvencesi sisteminde asıl olan iş ilişkisinin devamı olduğundan, geçerli bir fesih nedeninin oluştuğunu yani olağan durumun aksini iddia eden işveren (İş K. 25'de de olduğu gibi) ispat yükü altındadır<sup>450</sup>.

Örneğin, iş güvencesinde iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği ve işe iade davasında, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması normal bir durumdur. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmelerinin hangi hallerde yapılacağı öngörülmüştür. Sözü edilen 11. maddede belirtilen koşullarda belirli süreli iş sözleşmesi yapmaya olanak veren durumlar dışında taraflar istese de belirli süreli iş sözleşmesi yapamaz. O halde normal olan durum belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmadır. Bunun aksini iddia eden davalı işveren, sözleşmenin belirli süreli olduğunu ispat etmek zorundadır<sup>451</sup>.

### c. İşçinin Feshin Başka Bir Nedene Dayandığını İddia Etmesi

İşçi, fesih işleminin işverenin gösterdiği nedene değil de başka bir nedene dayandığı (örneğin sigorta primlerini ödemediği için işvereni Sigorta Kurumuna şikayet ettiği veya sendikaya üye olduğu vb bir nedenle işten çıkarıldığı) iddiasında ise, bu iddiasını ispatla yükümlü olacaktır (m.20/2). İşçi bu iddiasını ispat edemez ise acaba işverenin yaptığı fesih işlemi kendiliğinden yani ayrıca ispata gerek kalmaksızın geçerli sayılacak mıdır? Herhalde bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Şöyle ki, işçi iddiasını ispat edemese bile işverenin, feshin dayandığı nedenin İş Kanunu'nun 18/1. maddesi kapsamında geçerli bir nedene dayandığının ispatı gerekir<sup>452</sup>.

İşçinin, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda ise ispat külfeti tersine dönecek ve işçi, bu iddiasını kendisi ispatla yükümlü olacaktır. Doktrinde Mollamahmutoğlu aksi yönde görüş belirtmiştir. Bu

<sup>450</sup> Süzek, 7. Baskı, s.613.

<sup>451</sup> Kar, İş Güvencesi İlke Kararları, s.549.

<sup>452</sup> Akı, Altıntaş, Bahçivancılar, s.138-139.

görüŖe göre: ispat yükünün işverene yüklendiği uygulamanın dayanağı olan 158 sayılı ILO Sözleşmesinin benimsediği çözümün uygulanması gerektiğini, bir başka ifadeyle ispat yükünün tarafların sunduğu deliller çerçevesinde hakimde oluşacak kanaate göre belirlenmesinin daha isabetli bir çözüm olacağını ileri sürmektedir<sup>453</sup>.

İşe iade davası açan işçi, işverenle aralarında bir iş sözleşmesinin varlığını kendisi ispat edecektir. Zira, işçi ile işveren arasında bir iş sözleşmesinin yokluğunu işverenin ispat etmesi mümkün değildir. İş sözleşmesinin işverence feshedilmiş olduğunu da bunları iddia eden işçinin ispat etmesi gerekecektir<sup>454</sup>. Kanunda dava açma süresinin fesih bildiriminin tebliğinden itibaren başlayacağı bildirilmiştir. Tebliğ ise yazılı olarak ispatı mümkün olan bir husustur. Yazılı olarak bir fesih yapılmadığı takdirde de her türlü delille ispatı mümkün olacaktır. Yargıtay bir kararında, "...Sözleşmenin davalı tarafından feshedildiğini iddia eden davacının bu iddiasını kanıtlaması gerekir"<sup>455</sup> diyerek iş sözleşmesinin işverence feshedildiğini işçinin ispatlayacağına hükmetmiştir.

İşçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle işveren tarafından feshedildiği iddiasında ise bunu kendisi ispat etmek zorundadır. Bunu ispat ettiği takdirde de İş Kanunu m. 21'de düzenlenen en az dört, en çok sekiz aylık iş güvencesi tazminatı yerine, Sendikalar Kanunu m. 31'de düzenlenen bir yıllık ücret tutarındaki tazminatı talep edebilecektir. Buna göre işçinin en az bir yıllık ücret tutarında tazminat talep edebilmesi için temsilcilik faaliyeti, sendika üyeliği veya sendikacılık faaliyeti nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini ispat etmesi gerekmektedir<sup>456</sup>. Sendikal nedenlerle iş sözleşmesinin feshinin ispatında işçi öncelikle, bir sendikaya üye olduğunu ve bunun işverence bilindiğini<sup>318</sup>, akabinde ise sendikal nedenlerin feshe

<sup>453</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.752-753.

<sup>454</sup> Alp, **Feshe Karşı Koruma**, 20; Kar, **İş Güvencesinde İspat Yükü**, Legal İHSGHD, S.7, 2005, s.1007; Sarıbay, s.139.

<sup>455</sup> Y9HD, 30.12.2005, E. 2004/24866, K. 2005/1085, Çankaya/Günay/Göktaş, 1.bası, s.730.

<sup>456</sup> Manav, H, s.94.

etken olduğunu ispatlamakla yükümlüdür. İşçinin bu durumu ispatlaması halinde, bu neden feshi geçersiz kılacağından, işverenin geçerli neden savunması üzerinde durulmayacaktır. Zira bu nedenlerin ispat edilmesi halinde kanun gereği fesih geçersiz kabul edilmektedir<sup>457</sup>.

Gerek işverenin geçerli sebebin varlığını gerek işçinin işverenin gösterdiği sebebin dışında bir sebeple feshin yapıldığını ileri sürmesi halinde, bu vakıalar hukuki bir işlem olmadığı için, takdiri delillerle ispat edilebilir<sup>458</sup>. İş sözleşmesinin feshinde ispat yükünün içeriği fesih sebeplerine göre farklılık gösterir. İşletme gerekleri nedeniyle yapılan feshlerde, feshin temel koşulu ve ispatın konusu işçinin işgücü fazlası haline gelmiş olmasıdır. İşveren ilk olarak işçinin yaptığı işi sürdürme olanağı olmadığını, ikinci olarak da feshin son çare olması ilkesi gereği işçinin başka bir yerde ya da işte çalıştırılması imkanı olmadığını ispatlamalıdır. İşverenin, işçinin davranışlarından kaynaklanan sebeple fesihte, güven ilişkisini sarsan ya da çökerten nitelikte bir davranışın varlığını; işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerle fesihte de performans düşüklüğünü ispatlaması gerekmektedir<sup>459</sup>.

## 7. Yargılama Süreci

### a. Yargılama Usulü

Türk medeni yargılamasında başlıca dört çeşit yargılama usulü kabul edilmekteydi. Bunlar, yazılı, basit, sözlü ve seri yargılama usulleridir. 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise sadece iki temel yargılama usulü düzenlenmiştir. Bunlar, yazılı (m. 118-

<sup>457</sup> Y9HD. 14.12.2009 T, 2009/11733 E, 2009/34774 K, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.

<sup>458</sup> Özekes, Muhammet; "Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı**, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Mayıs 2005, İstanbul, s.146; Engin, Murat, "İş Sözleşmesinin Feshinde İspat Sorunları", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.164.

<sup>459</sup> Manav, E, s.382.

186) ve basit (m. 316-322) yargılama usulleridir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda genel bir yöntem olarak yazılı yargılama usulü benimsenmiş olup, diğer yargılama yöntemleri ile ilgili olarak, çeşitli maddelerde yazılı yargılama usulünden farklı yönleri yer almıştır<sup>460</sup>.

Davanın açıldığı mahkemeye veya uyuşmazlığın niteliğine göre uygulanacak yargılama usulü farklı olacaktır. Örneğin, Asliye Hukuk Mahkemelerinde asıl yazılı yargılama usulü uygulanırken, Sulh Hukuk Mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır. Kanunda yazılı yargılama usulü ayrıntılı olarak düzenlenmiş, basit yargılama usulü ise temel özellikleri ve farklı noktalarıyla belirtilmiş, hüküm bulunmayan hallerde yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir (m. 322/1).

Basit yargılama usulü, adından da anlaşılacağı üzere dava malzemesinin sınırlandırılması suretiyle daha basit, daha kısa, daha seri bir yargılama usulüdür. Basit yargılama usulü, daha çabuk sonuçlandırılması gereken, kısa bir incelemeye ihtiyaç duyan ve daha kolay bir inceleme ile sonuçlandırılabilir dava ve işler için kabul edilmiş bir usul olup bunun için şekilcilik azaltılmış, süreler kısaltılmıştır<sup>461</sup>.

İş davalarında uygulanacak yargılama usulü, kural olarak, sözlü yargılama usulüdür. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 316. maddedeki düzenlemeyle Sulh Hukuk Mahkemelerine basit yargılama usulü getirilmiştir. Bu nedenle, sözlü yargılama usulü, en geniş uygulama alanını İş Mahkemelerinde bulmaktadır (İş Mah. K. m.7/I, c.1). Bu usule sözlü yargılama usulü denilmesinin nedeni, burada layihalar safhasının olmaması, tarafların iddia ve savunmalarını mahkemeye sözlü olarak bildirebilmeleri ve hakimin tarafların sözlü açıklamalarından edineceği kanaate göre hüküm vermesidir<sup>462</sup>.

<sup>460</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.586.

<sup>461</sup> Yılmaz, Halil, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İş Yargılamasında Ne Değişti?", **Sicil İHD**, S.24, 2011, s.190.

<sup>462</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, **18. Baskı**, s. 552; Korkusuz, **İşe İade Yargılama Yöntemi**, s.18.

İş güvencesi uyuşmazlığında yargılama yöntemi olarak kanun "seri yargılama usulü" nü öngörmüştür(İş K. 20/3) . Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu'nu değiştiren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 316. maddesindeki düzenlemeye göre iş uyuşmazlıklarıyla ilgili davalar basit yargılama usulüne göre çözülür. Buna göre dava ve davaya cevap verme dilekçe ile olur(m. 317/1). Süre iki hafta olarak belirlenmiştir( 317/2). Bu yargılama usulünde replik- düplik aşaması yoktur( 317/3). Bu aşamadan sonra ön inceleme ve koşulları varsa tahkikat başlar( m.320). Basit yargılamaya ilişkin hükümlerde boşluk bulunan hallerde boşluğun yazılı yargılama yöntemi hükümlerinden hareketle doldurulması gerekir<sup>463</sup>. İş güvencesi yargılamasının diğer İş Hukuku (işçilik hakkı) taleplerinden farklı yargılama yöntemine tabi kılınması, bununla birlikte anılan diğer kalemlerin de yargılanmasına engel olarak görülür<sup>464</sup>.

Yargıtay, işe iadeye ilişkin taleplerin seri yargılama usulüne göre, buna karşılık ihbar, kıdem tazminat ve diğer işçi alacakları konusundaki isteklerin daha önce görüldüğü gibi sözlü yargılama usulüne tabi olması (İş Mah.K m. 7) nedeniyle bunların aynı davada bir arada görülmesinin mümkün olmadığı görüşündedir. Yüksek mahkemeye göre "İşçinin işe iadesiyle ilgili isteklerin yanında işçilikten doğan diğer tazminat alacaklarının da istenmesi halinde, bu talepler yönünden yargılama yapılması, işe iade davasının kanun koyucunun öngördüğü süre içinde seri yargılama usulüne göre görülüp sonuçlandırılmasına engel oluşturur. İşe iade davası dışında kalan diğer hak ve alacaklar ile ilgili davalar ise sözlü yargılama usulüne tabidir. Bu nedenle işe iade ile birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır. Somut olayda mahkemece davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi yanında ihbar tazminatının da hüküm altına alınması hatalıdır<sup>465</sup>.

<sup>463</sup> Pekcantez/ Atalay/Özekes,s. 587-589.

<sup>464</sup> Bkz. yukarıda "davanın konusu" bölümü.

<sup>465</sup> Y9HD, 11.9.2003, 14994/14267, **YKD**, Nisan 2004, s.546-548. Aynı yönde, Y9HD, 5.7.2004, 12516/16973, **İHSGHD**, 5, s.308-311. Y9HD, 24.9.2007, 14002/27728,

İş Mah. K. m. 7'ye göre, İş Mahkemelerinde kural olarak tek celsede karar verilmesi gerekir. Fakat uygulamada böyle bir dava dosyasına rastlamak güçtür. Bu nedenle, uygulamada geliştirilen yöntemle, deliller ikinci duruşmada incelenmektedir. Ancak, sözlü usul niteliği nedeniyle, bu delillerin diğer tarafa tebliğine gerek yoktur. Hakim, delillerin incelenmesinden sonra sözlü yargılama aşamasına geçer ve taraflara iddia ve savunmalar hakkında görüşlerini açıklayabilmeleri için dilekçe vermelerini ister<sup>466</sup>.

Mahkeme kararlarının Yargıtay'da bozulması halinde HMK hükümlerine göre bozma kararı doğrultusunda işlem yapılmak üzere dava dosyası ilgili mahkemeye iade edilmekle birlikte m. 20/3 hükmü uyarınca Yargıtay bir ay içerisinde kararını vereceğine göre, bozma halinde davayı esastan alıp kesin olarak karara bağlayacak demektir<sup>467</sup>.

## b. Yargılama Süresi

İş K. m. 20/3'e göre, feshin geçersizliğinin tespiti için açılan dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen hükmün temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin karar verir (m. 20/III). Madde gerekçesinde feshin geçersizliğine ilişkin davanın seri muhakeme usulüne göre kısa sürede sonuçlanmasının amaçlandığı açıklanmıştır. Fakat günümüzde hemen hemen hiçbir davanın bu kadar kısa sürede sonuçlanması mümkün değildir. Uygulamada 3 yıl kadar süren davalara rastlanmaktadır. Yargılamanın süresi de yargılama usulüne ilişkin olarak yeni yürürlüğe giren 6100 sayılı kanundan etkilenecektir.

---

**İHSGHD**, 16, s.1544-1545; Yargıtayla aynı görüşte, Eyrenci-Taşkent-Ulucan, s.139; Ekmekçi, Ömer; "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Legal İHSGHD.**, 2004/1, s.169 vd; Tuncay, **İşe İade Davaları**, s.28; Akı-Altıntaş-Bahçivancılar, s.136; Aksi görüş için bkz. Güzel, **İş Güvencesi**, s.98 vd.; Demir, **İş Hukuku Uygulaması**, s.236-237; 104-105; Süzek, 7. Baskı, s.567.

<sup>466</sup> Korkusuz, **İşe İade Yargılama Yöntemi**, s.19.

<sup>467</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.754.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla basit yargılama usulünde yapılan yeni düzenlemede genel hatlarıyla sadece dava ve cevap dilekçesi şeklinde, dilekçe aşamasına yer verilmiş cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi yani replik düplik safhası çıkarılmıştır. Ön inceleme ve tahkikat aşamaları birleştirilmiş, ilk duruşmada ön incelemeye ilişkin işlemlerin de yapılmasına imkan tanınmıştır. Kural olarak ilk duruşmadan sonra, en fazla iki duruşmada tahkikatın tamamlanması, çok özel durumlarda duruşma sayısının arttırılması amaçlanmıştır. Sözlü yargılama ve hükmün verilmesinin aynı duruşmada yapılması ve hükmün de kural olarak aynı duruşmada tüm unsurlarıyla tefhimi düşünülmüştür. Yargılamanın daha kısa sürede sonuçlandırılabilmesi için, davanın takipsiz bırakılması halinde bir defa dosya işleminden kaldırıldıktan sonra, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş, iddia ve savunmanın değiştirilip genişletilmesinin başladığı an öne çekilmiş, duruşmalar arasında süreler kısa tutulmuş, tahkikat işlemlerinin kısa sürede tamamlanması öngörülmüştür<sup>468</sup>.

6100 sayılı HMK'nun 316. maddesi göre iş uyuşmazlıkları basit yargılama usulüne tabi dava ve işlerden olmakla birlikte daha önce belirttiğimiz üzere İş Kanununun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. O halde İş Mahkemelerindeki yargılama usul ve süresi yukarıda belirtmiş olduğumuz değişikten etkilenmiş durumdadır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir. Kanun koyucu isabetli olarak işe iade davasının mümkün olduğu kadar kısa sürede sonuca bağlanmasını istemekte, bu amaçla aşağıda görüleceği gibi işe iade davasının fesih bildirimünün tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde açılmasını öngörmekte (İş K. 20/1) ve yargılamanın belirtilen sürede sonuçlandırılmasını hükme bağlamaktadır. Ne var ki, İş Mahkemelerinin ve Yargıtay'ın dava yükü

---

<sup>468</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 586-589



göz önünde tutulduğunda feshin geçersizliğine ilişkin davaların öngörülen sürelerde sonuçlandırılması güç görünmektedir<sup>469</sup>.

İş K. m. 20/3'de yer alan feshe itiraz davalarının iki ay içinde sonuçlandırılacağına ilişkin süre, mahkemeye direktif veren bir süre olduğu için düzenleyici niteliktedir. Bu sebeple, mahkemenin bu sürede davayı sonuçlandıramayıp, daha sonra verdiği kararlar da geçerlidir<sup>470</sup>.

Temyiz hakkının kullanımı bakımından İş Mah. K. 8/1 uyarınca 8 günlük süre geçerlidir. Temyiz üzerine soruna eğilen Yargıtay'ın ise konuyu bir ay içinde kesin olarak karara bağlaması gerekir. (İş K. 20/3) Uyuşmazlığın Yargıtay'ca kesin olarak karara bağlanmasının anlamı, artık o konunun bir daha tartışma konusu olmayacağı bir hukuki gerçeklik içinde çözüldüğüdür. Zira mevcut sistemde Yargıtay kararına karşı yerel mahkemece ısrar mümkün olmadığı gibi tashihi karar (karar düzeltimi) yolunun da kapalı tutulduğu (İş Mah. K. m. 8/son) gerçektir. Fakat Yargıtay'ın sorunu kesin olarak karara bağlayabilmesi için yerel mahkemece verilen kararı içeren dosyanın kesin karar verilmeye yetecek olgunlukta tekemmül etmiş bulunması şarttır. Yoksa hiç veya yeterli araştırma/inceleme yapmadan verilmiş yerel mahkeme kararının temyizi üzerine Yargıtay'ın dosyanın bu haliyle uyuşmazlığı bir ay içinde kesin bir çözüme bağlaması beklenemez<sup>471</sup>.

## B. FESHE KARŞI ÖZEL HAKEME BAŞVURMA

### 1. Genel bilgi

İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde geçen “toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa” ibaresinin Anayasa Mahkemesinin

<sup>469</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.754; Akı, **Feshe İtiraz ve Sonuçları**, s.306-307; Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.299; Süzek, **7. Baskı**, s.566.

<sup>470</sup> Özekes, **Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları**, s.144; Günay, **İş Davaları**, s.1188.

<sup>471</sup> Aktuğ, s.299.

19.10.2005 tarih 2003/66 esas ve 2005/72 sayılı kararıyla iptal edilmiş<sup>472</sup> olduğunu belirterek konuyu ele almakta fayda bulunmaktadır. Buradan anlaşılmaktadır ki toplu iş sözleşmesine hüküm koymaya gerek kalmadan tarafların kendi aralarında anlaşarak uyuşmazlığı hakeme götürme yetkileri bulunmaktadır. Aynı zamanda bu iptal kararı iş sözleşmesi feshedilmeden önce tahkim anlaşması yapmanın geçersiz olduğu manasını taşımaktadır.

İş davalarının esas olarak iş mahkemelerinde görülmesi kabul edilmektedir. İş Kanunu'nun 20. maddesinde ve madde gerekçesinde, İş Mahkemelerindeki iş yükünün azaltılması ve uyuşmazlıkların kısa sürede sonuçlanması amacıyla işe iade davasının özel hakeme götürülmesi yolu açılmıştır<sup>473</sup>. Özel hakemde yapılan yargılamada genel itibariyle İş Mahkemelerinin yargılama usulü uygulanır. Dolayısıyla Özel Hakemde de 6100 Sayılı HMK'daki yargılama usulü uygulanacaktır.

## 2. Tarafların Anlaşması Halinde Özel Hakeme Başvurma

158 sayılı ILO Sözleşmesi m.8/1'e göre de, iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanmaksızın feshedildiği kanısında olan işçi, iş mahkemesine veya işverenle anlaşarak özel bir hakem kuruluna ya da hakeme başvurabilir. Bu durumda eğer işverenle bir anlaşma var ise İş K. m. 20/1 uyarınca, sözleşmesi feshedilen işçi, feshin geçersizliğini ileri sürerek, fesih bildirimiminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde özel hakeme başvurabilir.

Uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesi ancak tarafların iş sözleşmesinin fesih bildirimiminin tebliğinden sonraki bir ay içinde bu hususu kararlaştırmaları halinde geçerli olur<sup>474</sup>.

Diğer bir ifade ile, tarafların iş sözleşmesinin yapılması veya devamı sırasında iş sözleşmesinin feshine ilişkin çıkacak uyuşmazlıkların özel

<sup>472</sup> Meşe Yazılım HİP.

<sup>473</sup> Gökçe, s.79.

<sup>474</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.163-164; Güzel, **İş Güvencesi**, s.94-95; Manav, E, s.365.

hakeme götürüleceğine ilişkin olarak yaptığı anlaşmalar geçersizdir<sup>475</sup>. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olmaması ve irade fesadı hallerini taşıyamaması gerekmektedir<sup>476</sup>. Tarafların özel hakeme gitme konusunda anlaşmış olmaları halinde uyuşmazlık İş Mahkemesince değil, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde özel hakemce çözülür.

### 3. Özel Hakem Kaydının Şekli

İşe iade davasına ilişkin uyuşmazlığın tarafların anlaşmasıyla özel hakem tarafından çözümlenmesi, sözleşme sona erdikten sonra yürürlüğe yeni giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 412/3. maddesi gereği yazılı şekilde yapılacak tahkim anlaşması ile mümkündür. İşçinin serbest iradesinin bulunmadığı hallerde, iş sözleşmesinin kurulduğu veya devam ettiği sırada sözleşmede veya sözleşmenin eki niteliğindeki personel yönetmeliğinde yapılacak değişiklikle tahkim yoluna gidileceğinin kararlaştırılması işçi açısından geçersiz kabul edilmelidir<sup>477</sup>. İşe iade davası için tahkime gidilmesi kanuni düzenleme ile mümkün hale getirilirken, bireysel

<sup>475</sup> Müjgan Yücel, "İş Güvencesi Kapsamında Özel Hakem Şartı" (İş Kanunu madde 20)", **Legal İHSGHD**, 4/2004, s.1355; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.164; Eyrenci, Öner; "4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler", **Legal İHSGHD**, S.1, 2004, s.36; Ulucan, A. Can; "İş Güvencesi", Karar İncelemesi, **Çim. İşv. D**, Mart 2004, s. 76. Aksi görüş için bkz. Ekonomi, Münir; "Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi", **Çim. İşv. D. Özel Eki**, C.17, S.2 Mart 2003, s.25.

<sup>476</sup> İşçi ve işverenler arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri 5521 sayılı Kanunun birinci maddesi gereğince İş Mahkemeleridir. Doğal yargıcı iş yargıcısıdır. İşe iade davalarında 4857 sayılı Kanunun 20. maddesi gereğince ayrı hüküm getirilmiştir. "Taraflar arasında uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür " tümcesi yeni bir yargı yeri getirmektedir. Başka bir anlatımla Yasa Koyucu "özel hakem" kurumunu feshe bağlı bir sonuç olarak görmüştür. Hükümün sözünden de bu anlaşılmaktadır. İşçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olduğu iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında işverene hukuken bağımlı olduğu tartışmasızdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatları ile iş görür. Denetim altındadır. İrade serbestliği yoktur. Ancak fesihle bağımlılık ortadan kalkar. Gerek metodoloji gerek taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, işe iade davalarının özel hakeme götürülmesinin ancak iş sözleşmesinin feshinden sonra anlaşma - sözleşme ile mümkün olacağı sonucuna götürür. Aksi halde işçinin iradesi dışında kendisinin yabancı olduğu bir yargılama sürecine zorlanması söz konusu olur. Kanunun amacı dışında bir sonuç doğar. Hükümün bu fıkrasının önceki düzenlemesindeki "Toplu İş Sözleşmesinde hüküm varsa veya ..." tümcesinin Anayasa Mahkemesinin 19.10.2005, 2003/66 E 2005/72 Sayılı Kararı ile iptal edilerek işçinin iradesine üstünlük tanınması yukarıdaki gerekçeyi doğrulamaktadır." Y9HD, 26.5.2008, E.2008/10997, K.2008/12660, Manav, E, s.366.

<sup>477</sup> Yücel, İş Güvencesinde Özel Hakem, **Legal İHSGHD**, S.4, 2004, s.1357.

iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan diğer iş davaları için tahkime gidilememesinin, karışıklığa yol açacağı, ayrıca iş mahkemelerinin yükünün azaltılması yönündeki amacın sonuçsuz kalacağı belirtilmiştir<sup>478</sup>.

İşe iade davasına ilişkin uyuşmazlığın özel hakem tarafından çözümlenmesinin mümkün olduğu ikinci hal, toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunmasıdır. İş Kanunu'nun 20. maddesindeki özel hakeme ilişkin bu hükmün, özellikle toplu iş sözleşmesi bakımından hak arama hürriyeti, kanuni hakim güvencesi, yargı yetkisinin Türk mahkemelerine ait olması yönünden Anayasa'nın 9, 36, ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür<sup>479</sup>. İş Kanunu'nun 20. maddesine uygun ve geçerli bir şekilde kararlaştırılan özel hakem şartı, işe iade davasına ilişkin uyuşmazlığın özel hakem tarafından çözümlenmesi sonucunu doğurur<sup>480</sup>.

Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olmaması ve irade fesadı hallerini taşıması gerekmektedir.

#### 4. Özel Hakemin Görev Alanı

Tarafların özel hakeme gitme konusunda anlaşmaları halinde özel hakem sadece feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi tazminatı ile en çok dört aya kadar boşta geçen süre ücretine ilişkin uyuşmazlıkları çözer. Yetkisi dahilinde olmayan ücretli izin ve sözleşmeden doğan diğer alacaklar hakkında karar veremez<sup>481</sup>.

<sup>478</sup> Gökçe, s.80.

<sup>479</sup> Güzel, **İş Güvencesi**, s.92, Yücel, Müjgan, "İş Güvencesi Kapsamında Özel Hakem Şartı", **Legal İHSGHD**, S.1 2004, s.1363, Aksi görüş için Çelik, **23. Bası**, s.223.

<sup>480</sup> Gökçe, s.81.

<sup>481</sup> "... İş hukuku ve yargılaması mevzuatında 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 ve akabinde 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı kanunlar ile feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı

Diğer bir deyişle özel hakem koşulu sadece iş aktinin feshinin geçerli olup olmadığı ve bunun hukuki sonuçları yani iş güvencesi konusunda geçerlidir. Bu konular dışındaki uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümlenmesi gerekir. Yargıtay bir kararında şu anlatıma yer vermiştir: "4857 sayılı Kanun ile feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıkları dışında kalan iş uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenebileceğine dair bir kural bulunmamaktadır. Somut olayda hakem kurulu feshin geçersizliği ve sonucu olan istekler dışında yıllık ücretli izin alacağı ile sözleşmeden doğan ücret alacağına da karar vermiştir. Belirtilen bu düzenlemeler karşısında, hakem kurulunun ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Anılan istekler bakımından uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi gerekir<sup>482</sup>.

## 5. Özel Hakem Kararlarının Niteliği

Özel hakem tarafından verilmiş olan kararlar mahkemeler tarafından verilmiş karar niteliğindedir. Dolayısıyla hakem kararları mahkeme ilamları gibi hüküm doğurup, mahkeme ilamı gibi de icra edilebilirler.

## 6. Özel Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları

İş sözleşmesinde taraflar uyuşmazlıkların hakem yoluyla çözülebileceğini kararlaştırmışlarsa, hakem kurulu ancak 4857 Sayılı Kanun gereği feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi tazminatı ile

---

uyuşmazlıkları dışında, iş uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenebileceğine dair bir kural bulunmamaktadır. İş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümleneceği 5521 sayılı kanunun 1. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. HUMK.'nun 533. maddesinin 4 ç bendi uyarınca "hakemler yetkileri dahilinde olmayan meseleye karar veremezler." Aksi halde bu bozma nedenidir.", Y9HD., 22.3.2004, E.2004/5846, K.2004/5621; Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.814.  
<sup>482</sup> Y9HD., 22.3.2004, E. 5846, K. 5621 ve Akyiğit Karar incelemesi, **Tühis D**, Ağustos-Kasım 2004, 106-123; Süzek, **7. Baskı**, s.562.

boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağı uyuşmazlıklarını çözer<sup>483</sup>. Eğer bunların dışında bir uyuşmazlık için hakem yoluna gidilmiş ve uyuşmazlık hakem tarafından karara bağlanmışsa bu karar Yargıtay tarafından bozulur. Buradan anlaşıldığı gibi iş ilişkisiyle ilgili hakem kararlarının temyiz mercii Yargıtay'dır ve hakem kararlarına karşı kanun yolu açıktır. Yargıtay, iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümleneceğini, HUMK 533. maddesinin 4. bendi uyarınca hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan meseleler hakkında karar veremeyeceğini ve bu nedenle de hakem kurulunca ücretli izin ve sözleşmeden doğan ücret alacaklarına karar verilemeyeceğini belirtmiştir<sup>484</sup>.

## V. FESHE İTİRAZIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

### A. DAVANIN REDDİ VE FESHİN GEÇERLİ SAYILMASI

Feshe itiraz davası sonucunda işçinin iddiaları sabit görülmezse, işverence geçerli sebep gösterilmek suretiyle fesih yapılmışsa, işçi iş

<sup>483</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s. 814-815.

<sup>484</sup> Hakem Kurulunca işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre için dört aya kadar ücret alacağına miktar belirtilerek karar verilmesi hatalıdır. Ayrıca feshin geçersizliği ve sonucuna bağlı iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre için ücret alacağı istemleri için maktu harç ve vekalet ücretine karar verilmesi gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere iş hukuku ve yargılaması mevzuatında 15 Mayıs 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 ve akabinde 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı kanunlar ile feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıkları dışında, iş uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenebileceğine dair bir kural bulunmamaktadır. İş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümleneceği 5521 sayılı kanunun 1. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. HUMK.'nun 333. maddesinin 4ç bendi uyarınca "hakemler yetkileri dahilinde olmayan meseleye karar veremezler". Aksi halde bu bozma nedenidir. Somut olayda hakem kurulu feshin geçersizliği ve sonucu olan istekler dışında yıllık ücretli izin alacağı ile sözleşmeden doğan ücret alacağına da karar vermiştir. Belirtilen bu düzenlemeler karşısında, hakem kurulunun Ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Anılan istekler bakımından uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi gereken hakem kurulunca izin alacağı ve sözleşmeden doğan ücret alacağı hakkında görevsizlik kararı yerine esasına girilerek hüküm verilmiş olması isabetsiz bulunmuştur."

güvencesi kapsamında bir işçi değilse, dava bir aylık hak düşürücü süre içinde açılmamışsa davanın reddine karar verilir.

Mahkeme tarafından feshin geçerli olduğu sonucuna varıldığında, iş sözleşmesi feshin yapıldığı andan itibaren sona ermiş sayılacak ve işe iade istemi reddedilecektir. Bu durumda işveren sadece sözleşmenin hukuki sonuçları ile sorumlu olacak ve işçi, ödenmeyen kıdem tazminatı ile başkaca işçilik haklarını talep edebilecektir. İş Kanunu m. 21/5'de de yer aldığı üzere, yapılan feshin geçerli bir fesih sayılması halinde, işveren bunun sadece hukuki sonuçları ile sorumlu olacaktır. İş sözleşmesi feshedilen işçi, kendisine ihbar önelleri verilmemiş veya ihbar tazminatı peşin olarak ödenmemişse bunu işverenden talep edebilecek, şartları varsa kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin vb. haklarını da talep ve dava edebilecektir<sup>485</sup>.

Reddi gerektiren kapsama ilişkin koşullar;

- İşçinin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması.
- İşyerinde 6 aylık kıdeme sahip olmaması,
- İşyerinde 30 işçiden az işçi çalışması ve
- İşçinin işveren vekili konumunda olmasıdır.

Bu koşulların varlığı halinde de, verilecek ret kararının ihbar ve kıdem tazminatı taleplerine bir engel oluşturmadığı söylenmelidir. Sadece kıdeminin 6 aydan az olduğu şeklinde ise, işçi bir yılın altında kalan çalışma süresi nedeni ile kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağına hak kazanamayacaktır. Ancak işçinin iş güvencesi kapsamında kalmadığının kesinleşmiş karar ile tespiti ve 4857 sayılı İş Kanununun koşullarının oluşması halinde işçi aynı kanunun 17. maddesinde belirtilen kötüniyet tazminatı ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenen

---

<sup>485</sup> Manav, H, s.99-101.

sendikal tazminatı isteme hakkına sahip olabilecektir<sup>486</sup>. Feshin geçersizliği ve işe iade davasının süresinde açıldığı ve işçinin iş güvencesi kapsamında kaldığı durumlarda ise, dava mahkemece işverenin iş sözleşmesini ya feshetmediğini ya da feshetmekle birlikte yasaya uygun geçerli veya haklı bir nedene dayandığını kabul etmiş olacaktır. Bu hüküm, işçinin işe iade davasında haksız olduğunu belirleyen bir tespit hükmü niteliğindedir<sup>487</sup>.

## **B. DAVANIN KABULÜYLE FESHİN GEÇERSİZ SAYILMASI VE İŞE İADE KARARI**

Yargı organı feshin geçersizliğine karar verirse olaya İş Kanununun 21. maddesi uygulanır. Adı geçen maddenin ilk üç fıkrasına göre, "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir".

Mahkeme kararında işverence yapılan feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine, davacının kanuni sürede başvurusuna rağmen işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin kıdemi, feshin şekli göz önüne alınarak taktiren işçinin dört (en çok sekiz) aylık ücreti olarak belirlenmesine, davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın

<sup>486</sup> Çil, **Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, S.1, Kış 2008, s. 44.

<sup>487</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s. 700.



kesinleşmesine kadar en çok dört aya kadar ücretinin davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesi hususlarına yer verilecektir<sup>488</sup>.

İş K. m. 21/1'e göre işçinin m. 20 çerçevesinde, işverenin fesih bildiriminde bulunurken sebep göstermediği veya gösterdiği sebebin geçerli neden oluşturmadığı iddiasıyla açtığı dava üzerine, yapılan yargılama sonucunda fesih bildiri yapan işverenin sebep göstermediği veya gösterdiği sebebin geçerli neden olmadığı tespit edildiğinde, mahkemece feshin geçersizliğine hükmedilir<sup>489</sup>. Davanın kabul edilmesi halinde feshin geçerli bir sebebinin olmadığı, dolayısıyla geçersiz olduğu iş ilişkisinin uyuşmazlık konusu fesihle sona ermediği tespit edilmiş olur. Bu nedenle davanın kabulü feshin geçersiz olması sonucunda işçinin işe iade edilmesi gerektiği anlamına gelir.

Geçerli nedene dayanmayan fesih, geçersizdir. Ancak geçersizliğe atfedilen anlam Kanunda açık değildir. Buna karşılık m. 21/f. I hükmünün ifadesi dikkate alındığında, geçerli nedene dayanmayan feshin hukuki sonuçları; işçinin işine iadesi; işe iade edilen işçiyi işverenin işe başlatma zorunluluğu; bu zorunluluğu yerine getirmediği takdirde tazminat ödeme yükümlülüğü olarak öngörülmüştür. Buna göre bu düzenlemenin, 158 sayılı Sözleşmede öngörülen çözümlerin bir kombinasyonu olduğu görülmektedir.<sup>490</sup>

İş Kanunu'nun 21. maddesindeki düzenleme sonucunda, mahkeme kararıyla taraflar arasındaki uyuşmazlığın açık ve kesin bir biçimde çözümlenmemesi, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve diğer haklarıyla ilgili alacağının işçinin kanuni süresinde işverene başvurusu, tazminat alacağının işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından işe başlatılmaması şartına bağlanması, kararın icrası aşamasında yeni sorun, dava ve tartışmaların

<sup>488</sup> Aslında yasada işe iade yönünde bir karar verileceğine dair hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay uygulaması ile yerleşmiş bir ibaredir. Açılan dava feshin geçersizliği kararı verilmesi olup. ayrıca işe iadesine karar verilmesi kanuni bir gereklilik değildir, Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.699

<sup>489</sup> Manav, E, s. 416.

<sup>490</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.759-760.

ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu nedenlerle yapılacak kanun değişikliğinde, işe iade davasında verilecek hüküm fıkrası açık bir biçimde düzenlenmelidir<sup>491</sup>.

## C. İŞÇİNİN İŞVERENE BAŞVURUSU

### 1. Başvuru Süresi

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmak isteyen işçi "kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır, İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur" (İş K. m. 21/5). Feshin geçerli nedene dayanmadığı konusunda kesinleşen mahkeme kararına rağmen on günlük hak düşümü süresi içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmamasını geçerli feshin hukuki sonuçları bağlandığından, işçi sadece koşulları varsa ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanır. Buna karşılık, hak düşümü süresinde başvurmayan işçi İş K. m. 21/1 ve 3'de yer alan iş güvencesi tazminatı ile en çok dört aya kadar boşta kalan sürelerle ilişkin ücreti ve diğer haklarını talep edemez<sup>492</sup>.

İş mahkemesinin işe iade ile ilgili kararı sekiz günlük süresinde taraflardan biri tarafından temyiz edildiği takdirde, dava Yargıtay'a intikal edecektir. İşe iade davaları ile ilgili Yargıtay'ın temyiz incelemesinin özelliği, vereceği kararın kesin olmasıdır (İş K. m. 20/3). Yargıtay'ca nasıl karar verirse verilsin, buna karşı bir kanun yolu söz konusu değildir<sup>493</sup>. İşe iadeye ilişkin olarak verilen bu karar taraflarca 8 gün içinde temyiz edilmediği takdirde kesinleşmiş olacaktır. Bu takdirde kararın kesinleştiği taraflara iş

<sup>491</sup> Gökçe, s.140.

<sup>492</sup> Y9HD, 8.7.2003, E 12444/13125 K, **İşv, D.** Temmuz 2003, s.17-18. Y9HD, 22.11.2006 E 11483/30849 K, **Çalışma ve Toplum EHD**, S.13, s.260-261

<sup>493</sup> Sarıbay, s.199.

mahkemesi tarafından tebliğ edilecek, bu tebliğ tarihini takip eden bir sonraki günden itibaren de işçinin işverene başvurabileceği on günlük süre başlayacaktır<sup>494</sup>.

Dava dosyasından işçinin kararın tebellüğ tarihine bakılacak ve bu tarihten itibaren on işgünü sayılacaktır. Sürenin hesabında tebliğin yapıldığı gün dikkate alınmayacak, ertesi günden itibaren onuncu günün olduğu tarihte on işgünü süre bitecektir. Bir diğer husus da, son günün tatil gününe geldiği hallerde, süre tatilin ertesinde ilk işgününde sona ermiş kabul edilecektir. Başvuru süresi niteliği itibariyle hak düşürücü bir süredir<sup>495</sup>. Maddede işçiye tebliğden itibaren on işgünü içinde başvuruda bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Tarafların iddia veya savunması olmasa dahi başvurunun süresinde yapıldığı hakim tarafından kendiliğinden nazara alınır. İşçi başvurmazsa başvuru ile elde edeceği imkanları kaybeder ve fesih geçerli hale gelir (m. 21/5).

On iş günlük süre, hak düşürücüdür; bu süre içinde işçinin başvuruda bulunmaması, işvereni bu yükümlülükten kurtarmakla kalmaz; aynı zamanda yapılan feshi geçerli hale getirir. Yani buradaki anlamı ile iş sözleşmesini sona erdirmiş olur ve sadece buna ilişkin hukuki sonuçları doğurur (m.21/4)<sup>496</sup>. Bu süre içinde işçi işverene başvurmuş ve bu başvuru sonucu işveren işçiyi işe davet etmiş ancak işçi işe başlamamışsa işçi işverene hiç başvurmamış gibi değerlendirilir. Yargıtay'ın da kararları bu yöndedir. Yargıtay'ın ilgili bir ilke kararının özeti şöyledir. İşçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, işçi işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun

<sup>494</sup> Y9HD. 22.01.2010 T, 2009/13727 E, 2010/834 K, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com); Y9HD. 21.12.2009 T, 2008/13206 E, 2009/36177 K, **Legal İHSGHD**, S. 25, 2010, s. 353.

<sup>495</sup> Güzel, **İş Güvencesi**, s.110; Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.593; Demir, **İş Hukuku Uygulaması**, s.239; Çankaya/Günay/Göktaş, **2. Bası**, s.291; Sarıbay, s. 200.

<sup>496</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.762.

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 olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir<sup>497</sup>.

## 2. Başvuru Usulü

Kanunun düzenlemesi, işçinin başvurusunu bir şekil şartına bağlamamıştır. İşçi işyerinde hazır bulunmak suretiyle başvurabileceği gibi, bu konuda iradesini işverene gönderebileceği yazılı bir ihbarname ile de açıklayabilir. Ancak ispat kolaylığı açısından başvurunun yazılı ve özellikle noter aracılığı ile yapılmasında yarar vardır. İşçinin başvurusu, geçersizliğine karar verilen, fesihden sonra tekrar devam ettirilmesi gündeme gelen iş ilişkisinde iş görme edimine hazır olduğunu beyan etme iradesidir. Yargıtay uygulaması bu yöndedir<sup>498</sup>. Dolayısı ile bir şekle tabi olmadığı gibi, işçi adına vekili bu şekilde bir beyanda bulunabilir. Zira her ne kadar iş görme edimi işçiye sıkı sıkıya bağlı bir hak ise ve bizzat işçinin hazır bulunması gerekse de, burada iş görme edimini yerine getirmeye hazır olma beyanı vardır. İş görme edimi başvuruyu takiben, işverenin işçiyi işe davet etmesi üzerine yerine getirilecektir<sup>499</sup>.

Kanun başvurunun nasıl yapılacağı konusunda bir açıklık içermemekle beraber İş K. m. 109 hükmü gereği yazılı başvuru gerektiği akla gelebilirse de anılan yazılı şeklin bile geçerlilik koşulu olmadığı dikkate alınarak başvurunun (kanıtlanmak şartıyla) yazılı veya sözlü yapılması mümkündür<sup>500</sup>. Yazılılık halinde işverene/işveren yetkili birimine dilekçe verme yahut işverenin

<sup>497</sup> Y9HD. 14.10.2008 gün 2008/29383 E, 2008/ 27243 K, Çil, Şahin, **İş Hukuku Yargıtay ilke Kararları, 4. Baskı**, Turhan Kitapevi, Ankara 2011, s. 395.

<sup>498</sup> Y9HD.01.12.2008 gün ve 2008/42499 E, 2008/32929 K. Meşe Yazılım HİP.

<sup>499</sup> Kar, **İş Güvencesi ilke Kararları**, s. 795.

<sup>500</sup> Bu yönde bkz. Mollamahmutoglu, **3. Baskı**, s.593; Demir, **Geçerli Sebep Fesih** s.496; Akyigit, **İş Güvencesi**, s. 316.

kullandığı elektronik posta adresine elektronik mektup göndererek veya işverenin (yetkilisinin) kullandığı cep telefonuna kısa mesaj yollayarak da yapılması mümkün ve geçerlidir. Önemli olanı, işçinin tebliğ edilen yargı kararı gereği işe başlama isteğini kesin olarak içeren (kendisinden böyle bir anlam çıkarılan) bir irade açıklamasının kanuni süresinde işverenin (veya işveren yetkilisinin) bilgisine bir şekilde sunulmasıdır. Demek ki geçerli/uygun bir başvurudan söz etmenin ilk koşulu; işçinin işe başlama konusunda kesinlik arz eden bir irade açıklamasının bulunması gereğidir<sup>501</sup>.

İşe iade yargılaması ertesinde iş güvencesine ilişkin sonuçların tümü işçinin işverene başvurması koşuluna bağlandığından, başvurunun yapıldığının ispatı çok önemlidir. İşçinin başvuruda bulunduğunu her türlü delille, tanıkla veya yazılı olarak ispat etmesi mümkündür<sup>502</sup>. İşçinin dava sonucunda verilen işe iade kararıyla lehine gelişen hukuksal durumda hak kaybına uğramaması için başvuru süresi ve yöntemine dikkat etmesi, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvuruyu ispatı mümkün bir vasıtayla yapması uygundur<sup>503</sup>. Unutulmamalıdır ki, işçinin işe başlama iradesinin kararın kesinleşmesinden itibaren on işgünü içinde işverene ulaşması gerekmektedir. Bu bakımdan başvurunun bizzat değil de noter ya da posta vasıtasıyla yapıldığı hallerde, postada geçecek sürenin de dikkate alınması çok önemlidir. Başvuru hususunda işçinin iradesi, söz konusu bildirimden noter ya da postaya verildiği tarihte değil, muhatabı işverene ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğuracağından, postada yaşanacak gecikmeler hak kayıplarına sebep olabilecektir. Kararın kesinleşmesinden hemen sonra yapılacak başvuruların noter ya da posta yoluyla yapılmasında herhangi bir sakınca bulunmamakla birlikte, on işgünü olan sürenin dolmasına bir iki gün kaldığı hallerde başvurunun bizzat yapılması daha sağlıklı olacaktır<sup>504</sup>.

<sup>501</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s. 316.

<sup>502</sup> Sarıbay, s. 201.

<sup>503</sup> Gökçe, s. 146.

<sup>504</sup> Demir, **İş Hukuku Uygulaması**, 240.

Öğretide bu şekilde görüşler olmasına rağmen Yargıtay bir kararında aynen, “Somut olayda davacı vekili işe iade dosyasının kesinleştiğine dair kararı 04.02.2005 tarihinde tebellüğ etmiştir. Müvekkilinin işe başlatılması için ihtarnameyi noterden 15.02.2005 tarihinde göndermiştir. Davacının kanuni 10 iş günü içerisinde işe başlatılması konusunda davalıya başvurduğu kabul edilmelidir. Çünkü Pazar günleri işgününden sayılmaz. Böyle olunca, mahkemenin kanunda 10 iş günü olarak işe başlamak için başvuruyu düzenleyen süreyi, 10 gün olarak algılayarak süresinde başlama talebinde bulunulmadığı kabulü isabetli olmamıştır”<sup>505</sup>. ve yine “İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmele birlikte tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez”<sup>506</sup>. demek suretiyle işçinin işe başlatılma talebini içeren ihtarname için iş günü ve postadaki gecikme konusuna vurgu yapmıştır. Fakat postadaki normal sürenin bilinmemesi nedeniyle yine ortada bir belirsizlik bulunmaktadır. Kanaatimizce hem iş günü uygulamasında noterlerin çalışma günleri açık ve net olduğundan hem de postada gecikme süresindeki belirsizliğin ortadan kaldırılması için işçinin 10 işgünü içerisinde notere başvurmuş olmasının yeterli sayılması daha isabetli olacaktır.

#### **D. YARGILAMA SÜRECİNDE MEYDANA GELEN OLAYLARIN DAVAYA ETKİSİ**

Bu olaylar dava devam ederken meydana gelen ve hukuki sonuçlar doğuran olaylar olup kimi kez davanın konusuz kalmasına kimi kez davanın tarafında değişikliğe ya da taraf eksikliğine sebep olabilen olaylardır.

##### **1. İşçinin Davadan Feragati**

<sup>505</sup> Y9HD, E:2008/25997, K:2010/13749, T:17.05.2010, Meşe Yazılım HİP.

<sup>506</sup> Y9HD, E:2008/22249, K:2010/7943, T:22.03.2010, Meşe Yazılım HİP.

Dava açma serbestisiyle yakından ilgili olan davadan feragat dava açma hakkı bulunan tarafın davanın talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre davadan feragat (davadan vazgeçme) davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir şeklinde tanımlanmıştır.(HMK 307). Hiç kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi, davacı da, açmış olduğu bir davayı sonuna kadar takip etmek zorunda değildir.

İşçinin Kanunun kendisine sağladığı iş güvencesine ilişkin haklardan feragat edip edemeyeceği, bu yönde yapılan anlaşmaların geçerli olup olmadığı Türk hukuk doktrininde tartışılan bir konudur. İş Kanununda işçinin iş güvencesi hükümlerinden feragatini geçersiz kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, işçinin işe başlarken veya iş sözleşmesi devam ederken iş güvencesinin kendisine sağladığı imkanlardan vazgeçmesi geçerli değildir. Ancak iş sözleşmesi feshedildikten sonra işçinin bu haktan feragatini geçerli saymak gerekir<sup>507</sup>. Doktrinde benzer diğer bir görüşe göre de, henüz itiraz hakkı doğmadığı için iş sözleşmesi yapılırken veya sözleşme devam ederken feshe itiraz davası açma hakkından feragat ilişkili yapılan anlaşma geçersizdir. Ancak işçi fesih bildiriminden sonra hukuken ve fiilen bu hakka kavuştuğu için feshe itiraz hakkından vazgeçebilir<sup>508</sup>. Gerek iş hukuku gerek borçlar hukuku düzenlemelerinde işçinin sözleşmenin feshinden sonra dava açma hakkından vazgeçmesini engelleyen düzenleme bulunmamaktadır<sup>509</sup>.

Feragat maddi hukuk anlamında bir itiraz olup hakim dava konusu haktan önceden feragat edilmiş olması nedeniyle bu hakkın son bulunduğunu öğrenirse, bu hususu resen gözetmelidir. Feshe itiraz davası açma hakkından feragat eden işçi, feragat ilişkili irade beyanının hata, hile veya

<sup>507</sup> Nağme N. Hozar, "İş Güvencesine İlişkin Düzenlemelerin İşçiye Sağladığı Haklardan Önceden Feragat Mümkün müdür?", **Sicil İHD**, Mart 2008, S.9, s.205; Alpagut, **İş İlişkisinin Sona Ermesi**, s.113.

<sup>508</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s. 294.

<sup>509</sup> Ekonomi, Münir; "İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh", **Legal YKİ**, S.1, 2006, s.43 vd.

tehdit nedeniyle sakat olduğunu iddia ve ispat edebilir<sup>510</sup>. Bir başka görüşe göre, İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümleri emredici nitelikte olup, aksinin kararlaştırılması mümkün değildir (İş K. m. 21/son). Nitekim feshe itiraz davası açmama karşılığı yapılan bir anlaşma kanununun mutlak emredici hükümlerine aykırıdır. Bu nedenle işveren feshe itiraz davası açmaması karşılığında işçiye ek bir ödeme yapmış, buna karşın işçi feshe itiraz davası açmışsa; işveren bu ek ödemeyi ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edebilir<sup>511</sup>.

Bu noktada tespit edilmesi gereken bir husus da fesih yapıldıktan ve henüz işçinin bir aylık dava açma süresi geçmeden ve işçi dava da açmadan, işe iade davasından feragat edip edemeyeceğidir. Fesihten sonra bir aylık dava açma süresi içinde işçinin davadan feragat etmesi mümkün değildir<sup>512</sup>. Yargıtay aynı yönde bir kararında, fesihten sonra da olsa işe iade davası açılmadan işçinin davadan feragat edemeyeceğine hükmetmiştir<sup>513</sup>.

İş hukuku öğretisinde işe iade davası açıldıktan sonra işçinin bu davadan geçerli olarak feragat edebileceği konusunda herhangi bir tereddüt yoktur<sup>514</sup>.

Temyiz aşamasında feragat halinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca Yargıtay kesin olarak bu konuda karar verecektir. Yargıtay

<sup>510</sup> Hozar, **Sicil İHD**, Mart 2008, S.9, s.205-206; Hata, hile veya tehdit gibi iradeyi sakatlayan olguların ileri sürülmesi ve ispat edilmesi halinde işçinin serbest iradesine dayanmayan bu tür sözleşmeler dikkate alınmamalı, işverenin sosyal ve ekonomik üstünlüğünü kullanarak yaptığı bu tür sözleşmeler geçersiz sayılmalıdır. Kar, **İşe İade Davasında Yargılama**, s.111.

<sup>511</sup> Uçum, Mehmet, "İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları", **Sicil İHD**, Eylül 2008, S.11, s.45.

<sup>512</sup> Güzel, **İş Güvencesi**, s.6.

<sup>513</sup> Yargıtay sözü edilen kararda, "...fesihten sonra düzenlenen "sulh ve ibraname" başlıklı belgede hizmet akdinin feshinde usul ve yasaya aykırı bir davranışın olmadığı kabul edilmekle yetinilmiştir. Ancak iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin işçiye sağladığı güvenceden önceden feragat etmek geçerli değildir" şeklinde hüküm kurmuştur, Y9.HD, 23.12.2004, E. 2004/16670, K. 2004/29135, Çankaya/Günay/Göktaş, 1. bası, 349-350; aynı yönde Y9HD, 17.4.2006, E. 2006/6103, K 2006/9953, **Çalışma ve Toplum**, EHD, S. 10, 2006/3, s.169.

<sup>514</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.306; Akı, **Feshe İtiraz ve Sonuçları**, s.318; Şahlanan, Fevzi, "İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği", Karar İncelemesi, **Teks. İşv. D**, Ekim 2005, s.42.



bir kararında; "HUMK'nun ilgili maddeleri uyarınca "feragat, davayı sonuçlandıran ve kesin hüküm doğuran taraf işlemidir." Feragat konusunda yerel mahkemesince değerlendirme yapılmaması hatalıdır. Ancak işe iade davalarında dairemizce kesin karar verilmesi gerektiğinden 4857 Sayılı Kanunun 20/3 maddesi uyarınca feragat nedeni ile davanın reddine" şeklinde bir hüküm tesis etmiştir<sup>515</sup>. Ancak bu feragat iradesinin açık ve kesin olması gerekir. Yargılama sırasında işçi işe başlatılmış ve işçi bu nedenle işe iade isteminden feragat etmiş, ancak boşta geçen süre ücreti için yargılamaya devam etmiş ise, davanın feragat nedeni ile reddine karar verilemez<sup>516</sup>. Feshin geçersizliğine ve boşta geçen süre ücret alacağına karar verilmeli, konusuz kalması nedeni ile işe iade ve işe başlatmama tazminatı yönünden davanın konusuz kaldığı belirtilerek karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulmalıdır<sup>517</sup>.

<sup>515</sup> Y9HD, 03.10.2005 T ve 2005/22699 E, 2005/32293 K. Meşe Yazılım HİP.

<sup>516</sup> "Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliği ile işe iadesine, işe başlatılmama tazminatına ve boşta geçen süre ücretine karar verilmesi isteminde bulunmuştur. Davalı işveren iş sözleşmesinin geçerli sebeple hakları ödenmek suretiyle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece davacının işe başlatılmış olması nedeniyle davanın konusuz kaldığının tespitine karar verilmiş, davacının boşta geçen süre ücretine ilişkin talebinin de reddine karar verilmiştir. Ancak, dava devam ederken, davacının işe başlatılmış olması, aksi ileri sürülmedikçe davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. 4857 sayılı İş Kanununun 21.maddesinin 3. ve 5.fıkralarına göre, boşta geçen süre ücreti, feshin geçersizliğine ilişkin karar verilmesi ve işe başlatılmak için işverene süresinde başvurulması şartına bağlıdır. Somut olayda, boşta geçen süre ücretine ilişkin bu şartların yargılama sırasında, davacının işe başlatılmasıyla, önceden gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bu durumda davacı işçi, açıkça feragat etmemiş ya da talebini geri almamış ise boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekir. Dosya içeriğine göre davacı işe başlatıldıktan sonra söz konusu ücret ve haklarından açıkça feragat etmemiş, aksine boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınmasını istemiştir. Bu nedenle, boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekirken reddi hatalıdır. Y9HD, 02.02.2005 gün ve 2004/31715, 2005/2889 K, Meşe Yazılım HİP.

<sup>517</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.724.

## 2. İşverenin İşçiyi İşe Davet Etmesi

### a. İşçinin İşe Başlaması

Yargılama sürecinde işverenin daveti üzerine işçinin işe başlaması dava ile ulaşılmak istenen işe iade sorununu veya iş güvencesi tazminatının ödenmesi gereğini ortadan kaldırır. Buna karşılık işçinin dava sürecinde boşta geçen sürelerle ilişkin ücretinin dört aya kadar olan kısmının karara bağlanıp bağlanmayacağı sorununun çözülmesi gerekir. Mahkemece hükmedilecek en çok dört aya kadar ücret miktarının hesaplanmasında fesih tarihinden kararın kesinleşmesine kadar süredeki değil, işçinin işe başlama anına kadar geçen süredeki ücreti göz önünde tutulacaktır<sup>518</sup>.

Yargıtay, ilk kararlarında, işe iade ve tazminat davası açıldıktan sonra işçinin işverence işe davet edilmesi yeni bir sözleşme için icap niteliğinde olduğundan feshi ortadan kaldırmaz; bu nedenle dava şartlarının kalmadığı kabul edilerek davanın reddi hatalıdır, görüşünderken daha sonraki kararlarında dava devam ederken işçinin işe başlatılmış olmasını, davanın konusuz kalması nedeniyle aksi ileri sürülmedikçe davalı işverenin feshin geçerli bir nedene dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini; buna göre madde 21/f.3 ve 5 hükümleri uyarınca boşta geçen süre ücretinin, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işe başlatılmak için işverene süresinde başvurulması koşullarının, yargılama sırasında davacının işe başlatılması ile önceden gerçekleştiğini kabul etmektedir<sup>519</sup>.

Yargıtay'a göre, işe iade davası devam ederken işverenin işçiyi işe başlatmak için ihtar çekmesi davanın red ile sonuçlanması için yeterli kabul

<sup>518</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.574.

<sup>519</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kar, **İşe İade Davasında Yargılama**, s.108 vd.

edilemez. Çünkü fesih iradesi bozucu yenilik doğuran bir haktır. Karşı tarafa vararak sonuçlarını doğurur. İşverenin tek taraflı iradesiyle bu hak geri alınmaz. İşçinin de muvafakati gerekir. Dolayısıyla yargıç işe iade davasını reddemez. İşe iade kararı vermesi gerekir<sup>520</sup>.

Eğer işçi işe iade davası sürerken, işveren tarafından işe başlatılırsa boшта geçen süre ücretinin ödenip ödenmeyeceği önemlidir. Yargıtay'a göre, "dava devam ederken, davacının işe başlatılmış olması, aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. 4857 sayılı Kanununun 21. maddesine göre, boшта geçen süre ücreti, feshin geçersizliğine ilişkin karar verilmesi ve işe başlatılmak için işverene süresinde başvurulması şartına bağlıdır. Somut olayda, boшта geçen süre ücretine ilişkin bu şartların yargılama sırasında, davacının işe başlatılmasıyla önceden gerçekleştiği kabul edilmelidir" Yargıtay belirtilen nedenlerle "davacının geçersiz sayılan fesih bildiriminin tebliğinden işe başlatıldığı tarihe kadar üç aylık ücret ve diğer haklarının" ödenmesine karar vermiştir<sup>521</sup>.

## **b. İşçinin Daveti Reddetmesi**

Yargılama süreci devam ederken işveren işçiyi işe başlamak üzere davet edebilir. Kuşkusuz işverence yapılan bu davetin gerçek ve ciddi bir nitelik taşıması gerekir. Her şeyden önce işçiye eski işinin çalışma koşullarının sunulması zorunludur<sup>522</sup>. Bu nedenle Yargıtay isabetli olarak Adana'da çalışan işçinin bu kez Ankara'da işe başlamasının istenmesi halinde davete icabet etmemesinin, işçinin işe iadeyi istemediği biçimde yorumlanamayacağını kararlaştırmıştır<sup>523</sup>. Aynı şekilde yapılan davetin

<sup>520</sup> Y9HD, 3.6.2004 T, 2004/1080 E, 2004/13416 K.  
Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 482.

<sup>521</sup> Y9HD.2.2.2005 2004/31715, E,2005/2889 K. Meşe Yazılım HİP.

<sup>522</sup> Alpagut, **İşyerinin Devrinde Fesih Hakkı**, s.243-244.

<sup>523</sup> Y9HD, 3.6.2004, 1080/13416, Çankaya/Günay/Göktaş, 2. Baskı, s.1005-1006.

koşula bağlanmaması da gerekir<sup>524</sup>. Yüksek mahkeme tarafından yine haklı olarak işveren tarafından boşa geçen sürenin ücretsiz izinli sayılmasını kabul etme koşuluna bağlı olarak işçinin işe başlatılmak istenmesinin gerçek anlamda bir davet sayılmayacağına hükmetmiştir<sup>525</sup>.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, "iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması noktasında işçi de iyiniyet kurallarına uygun olarak kendisinden beklenen davranışları ortaya koymalıdır. Bu nedenle, işe iade davasında hedef işe başlatılma olmalıdır. Somut olayda, davalı işveren fesihden sonra davacıya işe başlaması için çağrıda bulunmasına rağmen davacı işçi, haklı bir neden olmadan işverenin bu davetine icabet etmemiştir. Davacının işe davete icabet etmemesi, iş ilişkisinin devamı ile ilgili talebinde samimi olmadığını, nihai hedefinin boşa geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatını almak olduğunu göstermektedir. Ne var ki, bu amaca yönelik talebin iş güvencesi hükümlerince korunması mümkün değildir. Davacı, bu davranışı ile işverence yapılan feshi geçerli hale getirmiştir. Bu nedenle, mahkemece davanın reddine karar verilmiş olması isabetlidir" şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>526</sup>. İşe iade davasının konusunun tazminat davası olmaması ve parasal hakların ancak işçinin işverene başvurması ve işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde verilecek olması bu durumun gerekçesidir<sup>527</sup>.

Yargıtay, bir kararında, davete rağmen işbaşı yapmayan işçiye kıdem ve ihbar tazminatlarının ödetilmesi gerektiğine karar vermiştir. Aktay'a göre bunun kabulü mümkün değildir. Çünkü, mahkemece feshin geçerli bir sebebe dayanmadığı kabul edilerek hüküm kurulduğuna ve işverenin de bunu kabul ederek işçinin işe iade talebine olumlu cevap verdiği göre, işçinin gelip işbaşı yapması gerekmektedir. Çünkü iş sözleşmesi halen var kabul edilmektedir. Ancak inceleme konusu karardaki işçi gelip işbaşı yapmadığı

<sup>524</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, 310.

<sup>525</sup> Y9HD, 21.6.2004, 3377/15404, Çankaya-Günay-Göktaş, 2. Baskı, s.1004-1005.

<sup>526</sup> Y9HD, 11.06.2007 T, 2007/15603 E, 2007/18639 K, Meşe Yazılım HİP

<sup>527</sup> Alpagut, Gülsevil; "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s. 243; Manav, H, s.81.

gibi başka bir işte çalışmaya başlamıştır. Bu dahi iş sözleşmesi devam ettiği kabul edilen işçinin başka bir işte işe başlayarak iş sözleşmesini kendisinin sona erdirmesi anlamına gelecektir. İşçi tarafından iş sözleşmesi sona erdirildiğinde de işçiye kıdem tazminatını hak kazandıran hallerden biri söz konusu olmadığına göre işçinin kıdem tazminatına hak kazanması mümkün olmayacaktır<sup>528</sup>.

İşçinin işverence işe başlatılmaması halinde parasal sonuçlar doğar. Bu nedenle, işçinin işe başlamayacağı konusundaki irade beyanı, işe iade bakımından davanın konusuz kaldığını gösterir<sup>529</sup>. İşçi, işverenin yapmış olduğu fesih bildirimini geri alarak, kendisine yaptığı işe iade teklifini reddederse, artık işverenin dava konusu yapılan fesihten vazgeçmesi nedeniyle dava konusu kalmaz. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu m. 9 çerçevesinde böyle bir durumda davanın konusu kalmamasına rağmen işçinin iş ilişkisinin sona erdirilmesi ve bunun karşılığında da tazminat talep etme hakkı vardır<sup>530</sup>. Böyle bir hüküm bizim mevzuatımızda yer almamaktadır.

Yargıtay'ın bir kararına göre yargılama sırasında işe başlatılmak üzere davet edilen işçinin işverenle arasındaki husumet nedeniyle işe dönmesinin imkansız olduğunu belirtmesi halinde, dava konusuz kaldığı için karar verilmesine yer bulunmamaktadır<sup>531</sup>. Zira feshin geçersizliğine ilişkin iş güvencesi düzenlemelerinin hüküm doğurabilmesi için, işçinin işverene işe başlamak üzere başvurması gerekmektedir. İşçinin yargılama sırasında işverence yapılan davete olumsuz yanıt vererek, işe dönmek istemediğini

<sup>528</sup> Aktay, A. Nizamettin, "İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi", Sicil İHD, Eylül, 2006/3, s.103 vd.

<sup>529</sup> Alpagut, İş Güvencesi, s.243.

<sup>530</sup> Manav, E, s. 408.

<sup>531</sup> Y9HD, 13.1.2005, E.2005/33309, K.2005/645; Çankaya/Günay/Göktaş, 2. baskı, s.1002.

bildirmesi halinde yargılamanın devamı ve işe iade kararı verilmesi anlamsız olur<sup>532</sup>.

Yargılama sırasında işverenin işçiyi eski işine başlatma yönünde çağrısına işçinin olumlu yaklaşmaması, işe iade davasını olumsuz yönde etkilememelidir. İşçinin işverenin çağrısına icabet etmemesi, işe dönme konusunda gerçek niyeti taşımadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. İşçinin açmış olduğu davanın sonucunda işe iadeyi sağlama çabası kanuni hakkıdır<sup>533</sup>. Kar'a göre işçinin açtığı davada yargı kararı güvencesi ile işe başlatılmasını isteme hakkına sahip olan işçi daveti kabul etmek zorunda bırakılmamalı, daveti kabul etmediği için açılan dava reddedilmemelidir. İşçinin feshin geçersizliği davası açtıktan sonra işverenin işe daveti, bir nevi feshi geri alma kabul edilebileceği gibi, aslında feshin geçersiz olduğunu ve dolayısı ile açılan davayı kabul ettiği anlamına gelir. Kabulün ise HMK hükümleri gereği sonuçları farklıdır. Bu durumda mahkemece feshin geçersizliğine ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları verilmelidir. Tüm bunların yanında yargılama giderleri ve vekalet ücretlerinden de işveren sorumlu tutulmalıdır<sup>534</sup>.

### 3. İşçinin Emekli Olması

İşe iade talebiyle açılan davanın yargılama süreci devam ederken emeklilik başvurusunun işe iade davasını etkileyip etkilemeyeceği hususu, yargı kararlarında bu yönde görüş oluşmasıyla gündeme gelmiştir. Bir Yargıtay kararında; "...ihbar tazminatı ödenmeden işverence gerçekleştirilen fesihlerde, emeklilik aylığı bağlanması için, işçinin bağlı bulunduğu kuruma başvurması halinde, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği sonucuna varılmaktadır. Zira bu durumda ihbar tazminatı ödenmediği sürece iş sözleşmesinin önel sonuna kadar devam ettiği kabul edilmektedir. İşçi ihbar

<sup>532</sup> Mollamahmutoğlu, s.757.

<sup>533</sup> Çil. İşe İade Davasının Sonuçları, s; Kar, İş Güvencesi İlke Kararları, s.702.

<sup>534</sup> Kar, İş Güvencesi İlke Kararları, s.702.

tazminatı ödenmeden aynı gün yaşlılık aylığı bağlanması için kuruma başvurmuştur. Olayda artık işverenin değil, işçinin feshi söz konusudur. Böyle olunca da davacı işçi feshin geçersizliğini ve işe iadesini isteyemez"<sup>535</sup> görüşüyle, işverence yapılan usulsüz fesih halinde uygulanmamış olan bildirim süresi bitimine kadar sözleşmenin devam ettiği kabul edildiğinden işçinin bu süre içerisinde emeklilik için başvuruda bulunmasını fesih olarak değerlendirmiş ve bu gerekçeyle de işe iade davasının reddedilmesine hükmetmiştir. Yargıtay'ın görüşü, öğretide haklı olarak, emekliliğin bir sosyal güvenlik hakkı olduğu; bu haktan yararlanmak için müracaatın, iş güvencesinden vazgeçildiği anlamına gelemeyeceği; sosyal güvenlik sistemimizin emeklinin çalışmasına mani hüküm içermediği noktalarından tenkit edilmiştir<sup>536</sup>. Yargıtay'ın bu konudaki görüşüne yöneltelen en temel kritik Akyiğit'in işaret ettiği noktadadır; "...emeklilik nedenli fesihte fesih bildirimimin işverene yöneltilmesi gerekirken işverenin feshinden sonra emeklilikte işverene yöneltilmiş bir fesih beyanı yoktur. Tam tersine, işçi, iş güvencesini işleterek feshe karşı çıkmaktadır. İşte tüm bu nedenlerle işçinin emeklilik başvurusunu sözleşmenin işçi tarafından feshi olarak algılamak isabetli düşmez"<sup>537</sup>.

İşçinin emeklilik başvurusu, feshin bildirimli veya usulsüz olmasına göre farklı değerlendirilmelidir. Zira, bildirimli fesih ile usulsüz fesih farklı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. İş sözleşmesi taraflarca bildirim süresi verilmeksizin veya eksik verilerek feshedilmiş ya da peşin ödemeyele fesihte bildirim sürelerine ilişkin ücret ödenmemiş veya eksik ödenmişse usulsüz fesih söz konusudur. Usulsüz fesih de usulüne uygun bir fesih gibi sözleşmeyi sona erdirir. Fark ise usulsüz feshe maruz kalan tarafın diğer taraftan ihbar tazminatı talep edebilecek olmasıdır<sup>538</sup>. Bildirimli fesihte ise fesih bildirim

<sup>535</sup> Y9HD, 21.4.2005, E.2005/10772, K.2005/14042. Karar ve Fevzi Şahlanan'ın kararı isabetsiz bulan incelemesi için; "İşçinin İhbar Öneli İçerisinde Emeklilik Başvurusunda Bulunmasının İşe İade Davasına Etkisi (Karar İncelemesi)", **Teks. İşv. D**, S.310, Ekim 2005, s.39 vd.

<sup>536</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.758.

<sup>537</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.307.

<sup>538</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.573, Sarıbay, s.246.

bildirim sürelerinin sonunda hüküm doğurmaktadır. Bildirim süresi içinde tarafların durumunda herhangi bir değişiklik meydana gelmez, işçi ile işverenin hak ve borçları devam eder. Dolayısıyla bildirim süresi içinde çalışmaktayken işçinin emeklilik başvurusunda bulunması sözleşmeyi kendisinin feshettiği anlamına gelecektir. Yargıtay, bildirimli veya usulsüz fesih ayrımı yapmamaktadır. İhbar süresi içinde gerçekleşen haklardan işçinin yararlanmasını, bu süre içinde İş sözleşmesinin devam ettiği varsayımına dayandırmaktadır. İşçinin emeklilik başvurusunun, "işçinin feshi" olarak sayılmaması için, ihbar tazminatının ödenmiş olmasını gerekli görmektedir<sup>539</sup>. Kararlarından birinde "İhbar tazminatı kısmen de olsa davacı emekli olmadan önce ödenmiştir. Fesih işverence bu kısmi ödeme ile gerçekleşmiştir. Davacının kalan kısmı ödenmeden emeklilik isteğinde bulunması, iş sözleşmesini kendisinin feshettiği anlamına gelmez<sup>540</sup> demek suretiyle tazminatın ödenmesiyle sözleşmenin sona ermiş sayılacağını ifade etmiştir.

Yargıtay eski görüşünden vazgeçmiş ve fesih tarihinden sonra işçinin yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunması işverenin fesih yaptığı gerçeğini değiştirme gerçeğini değiştirmez. Yani emeklilik başvurusu yapmasıyla işçi iş sözleşmesini feshetmiş olmaz<sup>541</sup>.

#### 4. İşçinin Ölmesi

Yargılama devam ederken işçinin ölümü halinde, davanın muhatabı olan kişi artık olmadığı için, davanın konusuz kaldığı söylenebilir<sup>542</sup>. Nitekim

<sup>539</sup> Anılan yönde bir karar için bkz. Y9.HD, 13.2.2006, E. 2005/37555, K. 2006/3454, **Çalışma ve Toplum, EHD**, 2006/9, s.160.

<sup>540</sup> Y9HD, 7.2.2005, E. 2005/1607, K. 2005/3298, Çankaya/ Günay/Göktaş, **2. Baskı**, s.469-470; Y9HD, 13.2.2006, E. 2005/37556, K. 2006/3455, Çankaya/Günay/ Göktaş, **2. Baskı**, 444-445.

<sup>541</sup> Y9HD, 23.06.2008 T, E. 2007/39446, K.2008/17066, Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.758-759

<sup>542</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.313; Günay, **İş Davaları**, s.1206-1207; Akı, **Feshe İtiraz ve Sonuçları**, s.320; Ekmekçi, Ömer; Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, **Mercek D**, Temmuz 2003, s.136.



feshe itiraz davalarında asıl amaç ve talep işçinin işe iadesidir. Bu nedenle işi yapacak olan bir işçi, iş verecek olan bir işveren ve işin görüleceği bir işyeri olmalıdır<sup>543</sup>. Davacı işçinin yargılama sırasında ölmüş olması halinde, işe başlamak için işverene başvurması imkansız hale gelmiştir. Bu sebeple de işe iade bakımından bir hüküm verilmesinin anlamı olmasa da, iş güvencesi tazminatı ve boшта geçen süre ücretinin talep edilebilmesi mümkün olabilmelidir<sup>544</sup>.

Yargıtay, dava devam ederken işçinin ölümü halinde işe iade, iş güvencesi tazminatı ve boшта geçen sürelere ilişkin taleplerin reddine buna karşılık yargılama masraflarının kime yükleneceğinin belirlenmesi için feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının karara bağlanması gerektiğine hükmetmiştir. Bu kararı verirken yüksek mahkeme şu gerekçeye yer vermiştir: "İşçinin işe başlatmama tazminatı ile çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklara hak kazanması için kesinleşen işe iade kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak" için işverene başvurmak zorundadır. Aksi halde, işverence yapılmış olan fesih geçerli olur. Somut olayda davacı işçi yargılama sırasında ölmüş olduğuna göre işe başlamak için işverene başvurması imkansız hale gelmiştir. Bu nedenle, ölen işçinin mirasçıları yönünden diğer hakların belirlenmesine yönelik talebin reddine karar verilmiş olması isabetlidir. Ayrıca, asıl talep feshin geçersizliği olduğuna göre yargılama gideri ve vekalet ücreti yönünden feshin geçersizliğine karar verildiğinde, dava kabul edilmiş gibi hüküm kurulmalıdır<sup>545</sup>.

Yargıtay'ın bu görüşü Mollamahmutoğlu ve bir kısım yazarlarca haklı olarak eleştirilmektedir. Feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin başvuru yapmadan önce ölümü halinde işverenin hukuka aykırı fiili yaptırımsız kalmış olmaktadır. Halbuki böyle bir durumda işçinin işe

<sup>543</sup> Özekes, **İşe İade**, s.153; Günay, **İş Davaları**, s.1207.

<sup>544</sup> Günay, **İş Davaları**, s.1207-1208; Manav, E, s. 410.

<sup>545</sup> Y9HD, 30.10.2006, 19624/28700 ve Akyiğit, karar incelemesi, **Kamu-İş D**, 2008, C.9, S.4, s. 17.

başlamak üzere başvuracağı varsayılmalı ve buna göre mirasçılar boşta geçen süre ücretlerini ve eklerini talep edebilmelidir<sup>546</sup>.

## 5. İşçinin Başka Bir İşte Çalışması

İş sözleşmesi feshedilen işçi, işe iade davası süresince geçim kaynağı olan ücretinden yoksun kalacaktır. Asgari ihtiyaçlarını karşılamak zorunda olduğu için dava sürerken bir iş arayacak ve bulabilirse çalışacaktır. İlk bakışta işe iade davası açan işçinin başka bir işte çalışmaya başlaması, kendisinin davalı işverenin işyerine dönmek istemediğini gösteriyor gibi görünüyorsa da, bu durum işçinin açmış olduğu davayı etkileyen bir husus değildir. İşe iade davasının konusu feshin geçersizliğinin tespiti ve işçinin işine iadesidir. Bu durum sadece işçinin dava konusu işyerinde işe başlamak üzere başvuruda bulunup bulunmaması noktasında önemli olabilir<sup>547</sup>.

İşverenin yargılama sırasında girdiği başka iş ilişkisinden yahut iş ilişkisi dışında başka uğraştan elde ettiği gelirin boştaki süre ücretinden düşülüp düşülmeyeceği de ayrı bir problemdir. Aynı şey bu arada aldığı işsizlik ödeneği veya emeklilik/yaşlılık aylığı bakımından da söz konusudur. Hal böyle olunca, işçinin boştaki sürede girdiği başka işten elde ettiği kazancın boştaki süre ücretinden mahsubuna gidilemeyeceği öğretide Akyiğit tarafından kabul görmektedir<sup>548</sup>. Nitekim Yargıtay'ın bu konu hakkında vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir. Örnek olarak Yargıtay'ın şu kararı gösterilebilir. "Somut uyuşmazlıkta davacının, iş sözleşmesinin feshinden sonra 12.05.2004 tarihinde yeni bir işyerinde işe başladığı sabittir. SSK

<sup>546</sup> Mollamahmutoğlu, s. 757

<sup>547</sup> Şahlanan, Fevzi, "İşe İade Davası Sürerken İşçinin Yeni Bir İşe Girmesi" (Karar İncelemesi), **Teks. İşv. D**, Ekim 2006, s. 321,

<sup>548</sup> Bilgili, Abbas, "Fesihden sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki Dört Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmeyeceği Sorunu", **Legal İSGHD**. 2006/12, 1420-1428; Akyiğit, **İş Güvencesi**, s. 311.

kayıtlarına göre de, davalı işyeri 30.04.2005 tarihinde kapatılmıştır. Belirtmek gerekir ki, feshin geçersizliği ve işe iade isteminde bulunan işçinin, boşta geçen süre içerisinde yeni bir iş bulması, feshin geçersizliğini ve işe iadeyi etkileyen bir unsur değildir. Kanunda bu yönde düzenleme olmadığı gibi, çalışma halinde bu sürenin boşta geçen süreden mahsup edileceğine dair bir kurala da yer verilmemiştir. Mahkemece, bu nedenle işe iadeye karar verilmemesi ve boşta geçen süre ücretinin 41 günle sınırlandırılması hatalıdır<sup>549</sup>.”

Feshin geçersizliğine karar verildikten sonra işe başlamak için işverene başvuran işçinin bu arada yeni bir işe başlamasında ise durum farklıdır. İşveren işe başlamak üzere başvuran işçiyi davet ettiği zaman işçi başka işe başladığı gerekçesiyle işverenin davetine uyup eski işine başlamıyorsa artık sözleşmeyi kendisi feshetmiş sayılmalıdır<sup>550</sup>.

## 6. İşyerinin Kapanması

İşyerinin kapanmasının yargılama süreci devam eden dava üzerindeki etkisi tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, konuya ilişkin olarak verilmiş bir yargı kararını değerlendirirken işyerinin kapanması halinde artık işverenin işçiyi çalıştıracak bir işyerinin bulunmamasının davanın esası hakkında verilen hükmü etkilemeyeceğini, kapanma olayının hiç yaşanmamış gibi mahkeme kararının sonuçlarını doğuracağını düşünmektedir; kapanma halinde mevcut bir işyeri olmadığından işçinin başvuru imkanının bulunmadığını söylemek de doğru değildir, zira işverenin geçerli bir adresine başvuru ile geçersiz feshin sonuçlarından yararlanabilir<sup>551</sup>. Bizim de katıldığımız bir görüş de, işyerinin kapanması halinde fesih tarihindeki şartlara göre feshin geçersizliğinin incelenmesi gerektiğini; işyerinin kapanmasının, hükmün infazı sırasında

<sup>549</sup> Y9HD, 06.02.2006, E.2006/942, K.2006/2409; **Çalışma ve Toplum EHD**, S.9, 2006/2, s.166-168.

<sup>550</sup> Aktay, **İşçinin Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamaması**, s. 103 vd.

<sup>551</sup> Odaman Serkan, "Fesihten Sonra İşyerinin Kapatılmasının Feshin Sonuçlarına Etkisi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.8, Aralık 2007, s.78-79.

bilahare işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağı için açılacak davada tartışılmasının icap edeceğini savunmaktadır. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir<sup>552</sup>

Öğretide bir diğer görüş, işyerinin kapanması ile işçinin çalıştırılacağı bir işyeri kalmadığından, işe iade kararının bir anlamı bulunmadığı, sadece yargılama gideri ve boşta geçen süre ücret ve diğer haklar yönünden davaya devam edilmesi, işe iade ve işe başlatmama tazminatına hükmedilmemesi gerektiği yönündedir<sup>553</sup>.

Yargıtay konuya ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında "...Davacının iş sözleşmesinin, işyerinde siparişlerin azlığı ve genel ekonomik nedenler gerekçe gösterilerek feshedildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. İşyerinin kapatılması olgusu fesih nedeni yapılmadığı gibi, fesih tarihinde işyeri faal durumdadır. Fesihten yaklaşık 4 ay sonra işyerinin kapanmış olması feshi geçerli hale getirmez. Zira, fesih bildiriminin yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Davalı işveren fesih bildiriminde ekonomik nedenlere dayanmasına rağmen feshin gerçekleştiği 2005 yılı Mart ayı itibari ile yeni işçi aldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Buna göre fesih tarihi itibariyle geçerli bir fesihten söz edilemez. Davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken işyerinin fesihten sonra kapanmış olduğundan söz edilerek davanın konusuz kaldığı ve bu nedenle karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması hatalıdır. Belirtmek gerekir ki, fesihten sonra işyerinin kapanmış olması işe iadeye ilişkin hükmün infazı ile ilgili bir hukuki sorundur. Bu husus ileride açılacak boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ile ilgili davada tartışılmalıdır" şeklinde hüküm tesis ederek, davanın konusuz kalmayacağını ve yargılamaya devam edileceğini kabul etmiştir<sup>554</sup>.

<sup>552</sup> Mollamahmutoğlu, s. 756.

<sup>553</sup> Özekes. **Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları**, s.153; Ekmekçi. **İş Kanununda Yargı Süreci**, s.102 vd.

<sup>554</sup> Y9HD. 25.12.2007 T., 2007/23796 E., 2007/34577 K., Gökteş, Seracettin, **İşyeri Kapanmasının İş Güvencesine Etkisi**, Sicil Dergisi, Sayı 16, Aralık 2009, s. 73.

İşçinin işe başlamak üzere işe başvurması durumunda, işverenin işçiyi işe başlatabileceği bir işyerinin olmaması, işçinin işe iadesine fiilen engel oluşturacaksa da, bu durum, işe başlatmama tazminatının ödenmeyeceği anlamına gelmemelidir. İş K. m. 21, işverene "seçimlik bir hak" vermiştir: İşveren işçiyi işe başlatacak, işe başlatmaz ise iş güvencesi tazminatı ödeyecektir. İşe iade imkanının fiilen mümkün olmaması, diğer seçeneğin ortadan kalkması şeklinde değerlendirilemez. Bu bakımdan işveren işyerini kapamışsa, işe iade edilen işçiye iş güvencesi tazminatı ödenmelidir<sup>555</sup>.

İşyerinin mücbir sebeple kapanması dahi, haklı bir fesih nedeni değil, geçerli bir fesih nedenidir. İşyerini kapamak isteyen işveren, işçilerin sözleşmelerini geçerli nedenle feshedebilir; ancak bildirim ücretlerini verecektir. İşverenin işyerini kapaması neticesinde işçilerin işe iade imkanından başka iş güvencesinin parasal sonuçlarından da mahrum kalması, işçilerin elinde olmayan bir durumun faturasının işçiye çıkarılması sonucunu doğuracaktır. Kaldı ki aksinin kabul edilmesi durumunda, davayı kaybedeceğini anlayan işverenler işyerlerini kapatacaklar ve sorumluluktan kurtulacaklardır. İşyerinin kapatılması zor bir prosedüre de bağlanmamıştır. İşverenin işyerini kapatıp başka isimle diğer bir işyeri açması halinde, işe iade davasının konusuz kalacağı kabul edilirse bunun önüne geçmek mümkün olmaz. Kötüye kullanılmaya çok elverişli olan bu durum, kanunun öngördüğü işe iade davalarına ilişkin korumayı da bertaraf etmiş olacaktır<sup>556</sup>.

Yargı organı tarafından feshin geçersizliğine karar verilirse, işverenin başka bir işyeri olup olmadığına göre bir sonuca varmak gerekir. İşçi, işe iadesi için on iş günü içinde işverene başvuracak (İş K. m. 21/5), işverenin eğer başka bir işyerinde çalıştırma olanağı varsa daha sonra görüleceği gibi İş Kanununun 22. maddesi uyarınca işçiye bu işi önerecek, işçi kabul ederse değişen çalışma koşullarında yani başka bir işyerinde işe iade gerçekleşecektir. İşçi değişikliği kabul etmezse, bu durumda işçinin işverence işe iade edilmediği kabul edilmeli ve buna ilişkin hukuki sonuçlar

<sup>555</sup> Sarıbay, s.241.

<sup>556</sup> Sarıbay, s.242.

doğmalıdır<sup>557</sup>. Başka bir deyişle, işverenin işçiye hem iş güvencesi tazminatı hem de en çok dört aya kadar doğmuş bulunan boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakları ödemesi gerekir<sup>558</sup>.

## E. İŞVERENİN İŞÇİYİ İŞE BAŞLATMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

### 1. Feshin Geçersiz Sayılması

İşverenin feshe itiraz davasının sonucunda feshin geçersizliğinin kesinleşmesi üzerine işçiye işe davet etmesi halinde, taraflar arasındaki iş sözleşmesi hiç kesilmemiş gibi devam ediyor sayılmakla birlikte, burada temel sorun bu ilişkinin ne zamandan itibaren hiç kesilmemiş gibi devam edeceğidir<sup>559</sup>. Doktrinde savunulan bir düşünceye göre, feshin geçersizliğine ilişkin kesinleşmiş kararın tebliğinden itibaren on iş günü içinde işçinin işverene başvurusu ile, taraflar arasındaki iş ilişkisi hiç kesilmemiş gibi devam eder. İşçinin kanuni süresi içinde işverene başvuruda bulunmaması halinde geçersiz fesih geçerli bir feshin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır (İş K. m. 21/5). Bu nedenle, mahkemece verilen feshin geçersizliğine ilişkin karar, işçinin işverene yapacağı başvuru anına kadar sonuçlarını doğurmayıp, askıda kalacaktır<sup>560</sup>.

Geçerli nedene dayanmayan feshin, geçersizliğine karar verilmekle işçi işine iade edilmiş olur. 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesine göre işine iade edilen işçinin 21. maddenin 5. fıkrasına göre öngörülen süre içinde işçinin işverene başvurması ile geçersizliğine karar verilen fesih hükümsüz olur ve işverenin, kanun gereği işçiye başlatma yükümlülüğü doğmuş olur. Bu

<sup>557</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.315; Sarıbay, s.243-244; Süzek, **7. Baskı**, s.576.

<sup>558</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.576.

<sup>559</sup> Ünlü, s.82

<sup>560</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.761;

durumda, işveren kanun hükmü gereği işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır<sup>561</sup>.

Her ne kadar İş Kanununun 21. maddesinde işverence yapılan feshin geçersizliğinden söz ediliyorsa da, mahkeme tarafından bu konuda verilen karar mutlak anlamda, genel hükümlere uygun, yargının karar vermesiyle hemen devreye giren bir geçersizlik değildir<sup>562</sup>. İş K. m. 21'de mahkeme kararından sonra tarafların davranışlarına göre etkili olabilecek, yasada özel olarak düzenlenmiş deyim yerindeyse kendine özgü bir geçersizlik öngörülmüştür.

Öğretide Süzek'e göre işçinin işe başlamak için başvurusunu iş akdinin kurulması yönünde bir icap olarak değil kanundan (İş K. m. 21/1,5) ve lehine verilmiş yargı kararından kaynaklanan bir hakkın kullanılması (veya kullanılmaması) olarak görmek daha isabetli bir yaklaşımdır<sup>563</sup>. Çünkü, İş Kanununun bu konuda getirdiği sisteme ve kanunun açık düzenlemesine (İK. 21) göre (Süzek tarafından eleştirilmesine karşın) yargı tarafından verilen şarta bağlı hüküm nedeniyle bu konuda taraflar arasındaki iş akdinin akıbeti - daha önceki aşamada icap ve kabul varsayımları ile değil- ancak işçinin işverence işe başlatılması veya başlatılmaması ile (anında) belli olacaktır. İşçi işe başlatılırsa, yapılan feshin baştan itibaren geçersiz olduğu, iş ilişkisinin taraflar arasında kesilmeksizin devam ettiği, işe başlatılmazsa sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği sonucuna varılacaktır<sup>564</sup>.

İşe iade davası sonucunda işçinin işe iadesine karar verilmişse bu aynı zamanda işveren tarafından yapılmış olan feshin geçersiz nedenlerle yapıldığının da göstergesidir. O halde geçersiz nedenle yapılan feshin geçersiz olduğu da mahkeme tarafından tespit edilmiş olur. Geçersizliği tespit edilen feshe bağlanmış hukuki sonuçlar vardır aşağıda yeri geldikçe açıklanacaktır.

<sup>561</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s. 762.

<sup>562</sup> Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.16; Alp, **Feshe Karşı Koruma**, s.23.

<sup>563</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.582.

<sup>564</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.582.

İşçinin, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurmasından itibaren, işveren bir ay içinde işçiyi işe başlatmak veya mahkeme tarafından tespit edilen tazminatı ödemekle yükümlüdür. İşçinin, işveren tarafından işe başlatılmasıyla iş ilişkisinin devamlılığı sağlanacak ve iş sözleşmesi feshedilmemiş gibi devam edecektir<sup>565</sup>.

## 2. İşçinin Başlatılacağı İş ve İşe Başlatılma Süresi

İşe iade davasının hukuki sonuçları işçinin işveren tarafından işe geri alınması ve benzer nitelikte (koşulları işçi tarafından kabul edilirse) bir alma zorunluluğunu doğurur. Yani genel kural işçinin aynı işyerinde aynı işine aynı ücretle iadesinin işveren tarafından sağlanmasıdır. İstisna olarak bazı özel durumlarda işveren işçiyi benzer bir işte çalıştırabilir. Ancak daha düşük bir ücretle çalıştırması durumunda işçinin rızasının bulunması zorunludur.

İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır (İş K. m. 21/1). İşverenin işçiyi herhangi bir şarta bağlı olarak işe başlatması mümkün değildir<sup>566</sup>.

Başvuruyu alan işveren işe başlatma talebini tebliğ ettikten sonra bir aylık süre içinde işçiyi işe davet etmelidir. İşverenin işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini bir ay içinde işçiye bildirmesi gerekmektedir birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirim süresi içinde yapılamaması halinde bundan işveren sorumlu tutulmamalıdır. Ancak işverenin de bunu dikkate alarak işe daveti gerekli zamanda yapması gerekir. Örneğin sürenin bitimine yakın bir

<sup>565</sup> Y9HD, 21.12.2009 T, 2008/13206 E, 2009, 36177 K, **Legal İHSGHD**, S. 25, 2010 İşçinin adres değiştirmesi ve bunu işverene bildirmemesi nedeniyle, işe davet yazısı işçinin eline geç ulaşmış ise, işçinin samimi olmadığı kabul edilmektedir Y9HD, 17.09.2009 2008/6157 E., 2009/23311 K, **Legal İHSGHD**, S. 24, 2009, s. 1639-1642.

<sup>566</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.315.



iki gün kala yapılan davetlerde işverenin samimi olup olmadığı tartışma yaratacaktır. İşverence kanuni süre içinde gönderilmiş olsa da, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir<sup>567</sup>.

### a. İşçinin Eski İşine İadesi

İşe iade davasının sonucunda feshin geçersizliğine karar verilmişse kural olarak işveren işçiyi eski işine almalıdır. İşçi tarafından açılan feshe itiraz davasından amaçlanan sonuç da budur.

İş ilişkisi feshin geçersizliği nedeniyle sona ermediği ve devam ettiği için işveren, eski koşullarla işçiyi işe iade etmekle yükümlüdür. Gerçek anlamda işe başlatmanın kural olarak işçinin fesih tarihindeki işine veya ona benzer bir işe iadesi ile mümkün olduğu söylenebilir<sup>568</sup>. Ancak sözleşme feshedildikten sonra işçinin çalıştığı birim kapatılmış veya iş sahası ortadan kalkmışsa, bu durum işyeri gerekleri sebebiyle feshe neden olur. İşveren bu şekilde fesih yoluna gidebileceği gibi çalışma koşullarında değişiklik yapmak suretiyle de işçinin istihdamının devamını sağlayabilir. Eğer işverenin değişen koşullarda işçiyi çalıştırma imkanı varsa İş K. m.22 çerçevesinde değişen koşullarda işçiyi çalıştırma yolunu seçmelidir<sup>569</sup>.

İşçi eski coğrafi işyerine davet edilmelidir<sup>570</sup>. İşçinin başka bir coğrafyadaki aynı işverene ait bir işyerinde işe başlamak zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla işverenin böyle bir isteğinin işçi tarafından reddi işe iade davasının reddi sonucunu doğurmamalıdır<sup>571</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz gibi; işçinin eski işine verilmesine rağmen iş koşullarının esaslı

<sup>567</sup> Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.803.

<sup>568</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.321, 326.

<sup>569</sup> Manav, E, s. 355. **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.804.

<sup>569</sup> Y9HD, 3.6.2004 tarih ve E. 2004/1080, K. 2004/13416 Meşe Yazılım

<sup>570</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s.483; Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.804.

<sup>571</sup> Y9HD, 3.6.2004 tarih ve E. 2004/1080, K. 2004/13416 Meşe Yazılım HİP.

şekilde değiştirilmesi de ancak işçinin rızasıyla mümkün olabilecektir<sup>572</sup>. Bu konuyla ilgili bir Yargıtay kararı şöyledir: Mahkemece feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verildiğine göre işverence yapılması gereken 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi hükmüne uygun olarak işçinin eski işine başlatılmasıdır. Davacının işe başlama yönündeki yazısına cevaben işverence noterde düzenlenen 28.7.2006 tarihli işe davet yazısında da davacının eski işine başlatılacağı bildirilmiştir. Buna rağmen davacı işbaşı yapmak üzere işyerine gittiğinde, farklı bir birimde ve daha ağır çalışma koşullarında iş görmesi istenmiştir. ... İşçinin işe başlama yönündeki iradesinin samimi olması gerektiği gibi, işverenin işe davetine dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma niyeti olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez. Yapılan bu açıklamalara göre davacı işçi işe iade sonrasında yeni görevlendirildiği işyerinde birkaç gün süreyle çalışmış olmasına rağmen, işverenin eski işine iade etmemiş olması sebebiyle 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesine uygun biçimde gerçek anlamda işe başlatmadan söz edilemez<sup>573</sup>. Bununla beraber işçi lehine işe iadesine hüküm verilmiş ancak işçinin çalıştırıldığı bölümün kapatılmasından dolayı işverence en uygun işyerine davet edilmesi Yargıtay'ca samimi bir davet olarak kabul edilmektedir. Örneğin, somut olayda davacının daha önce çalıştığı Tatilya işyerinin kapandığı, davalı tarafın bu işyeri dışında İstanbul da başka işyerlerinin de bulunduğu sabittir. Davacı işçi süresi içerisinde işe başlatılmak için işverene başvurmuştur. Davalı işveren 10 günlük süre içerisinde yapılan işe davette davacının daha önce yaptığı iş belirtilerek İstanbul'da ona en uygun olan işe davet edildiği açıkça belirtilmektedir. Mahkemece davalı işverenin davetinde teklif ettiği iş koşullarının mahiyeti konusunda bir açıklık getirmediği, bu nedenle iyi niyetli olmadığı yönündeki değerlendirmesi hatalıdır. Davalı tarafça yapılan işe davette davacının daha önce yaptığı işe göre kendisine en uygun olan işe davet edilmiştir. Davacı işçi işe başlama konusunda samimi değildir. Davacı işçi işe davete rağmen işe

<sup>572</sup> Kar, İş Güvencesi İlke Kararları, s.804.

<sup>573</sup> Y9HD, 13.5.2008, E.2007/42521, K.2008/12221; Kılıçoğlu/Şenocak, Şerh C.2, s. 23-24

başlamadığından boşta geçen sürelerle ilişkin ücret alacağı ve işe başlatmama tazminatı talebinde bulunamaz<sup>574</sup>.

### **b. İşçinin Başka İşe İadesi**

Genel kural işçinin eski işyerinde eski çalışma koşullarıyla işe iadesinin sağlanması gerektiği olsa da bazı durumlarda işveren işçiyi başka bir işte çalıştırabilir. Buna göre; hizmet sözleşmesinde işçinin hangi yerdeki işyerinde hangi departman ve işte çalıştırılacağına öngörülüp öngörülmediği ile feshe kadar mevcut çalıştığı işin/işyerinin bir iş koşulu oluşturup oluşturmadığı, hususları bu noktada yol gösterici olabilecektir. Eğer sözleşme veya işyeri uygulaması vs. ile bu konuda oluşmuş bir iş koşulu varsa, İş K. m. 22 hükmünü de dikkate almak gerekir. Zira işveren iş koşullarındaki önemli değişikliği ancak işçinin yazılı rızasıyla yapabilir. Aksi halde, değişiklik önerisi işçiyi bağlamaz. Bu yüzdendir ki gerçek anlamda başlatmanın kural olarak işçinin fesih tarihindeki işine veya ona benzer bir işte çalıştırılmasıyla (ona alınmasıyla) gerçekleşeceği söylenebilir. Farklı bir işte veya işyerinde işe başlatma önerisi ilke olarak işe başlatmama sayılmalıdır. Örneğin kısmi süreli çalışanın tam gün süreliye veya tam gün sürelinin kısmi süreli işe çağırılması böyledir. Ancak, işçi kabul ederse, bunun işe başlatmak olarak kabulü uygundur. Zira İş K. 22 çerçevesinde böyle bir anlaşma geçerlidir. Aynı şey, işçiyi bir başka işverenin yanında ödünç işçi olarak veya sözleşmesinin bireysel devri yoluyla çalıştırmayı öngören açıklama bakımından da geçerlidir<sup>575</sup>.

İşçinin eski işyeri dışında başka bir yerde işe başlatılmak istenmesi halinde, işçi işverenin bu teklifini kabul etmek zorunda değildir. Bu durumda

<sup>574</sup> Y9HD, 10.12.2009 gün, 2009/18159 E, 2009/34209 K, ÇİL, Şahin, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları**, (9. Hukuk Dairesi 2010-2011 Yılları), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 402.

<sup>575</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.321.

işveren geçersiz feshin yaptırımları ile karşı karşıya kalacaktır<sup>576</sup>. Örneğin banka şube müdürü olarak çalışan bir işçinin geçersiz şekilde sözleşmesi feshedildikten sonra, bu geçersizliğin tespiti üzerine işverence çaycılık yapmak veya temizlikçi olarak çalışmak üzere işe davet edilmesi halinde, işçi işverenin bu teklifini kabul etmek zorunda değildir<sup>577</sup>. İşçinin çalıştığı yerden başka bir yerde çalıştırılmak istenmesi ve işçinin işverenin bu teklifini kabul etmemesi, işçinin işe iadeyi istemediği şeklinde yorumlanamaz. Bununla birlikte işçinin eski işinde işe başlatılsa dahi, daha sonra çalışma şartlarında değişiklik yapılması İş K. m. 22 çerçevesinde değişiklik feshini gündeme getirebilir. Yargıtay'ın bir kararında, "Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesi, fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtildiği yazılı bir bildirimle feshedilmediği gibi, fesih için geçerli bir sebebin varlığı da iddia ve ispat edilmiş değildir. Davalı işveren, dava açıldıktan sonra davacıyı Adana'da bulunan işyerinde çalıştığı halde bu defa Ankara'da bulunan işyerinde işe başlamasını istemiştir. Davacı eski işyerine davet edilmiş değildir. Bu nedenle davacının bu davete icabet etmemiş olmasının işe iadeyi istemediği biçiminde yorumlanması hatalı olup" denilmek suretiyle, feshin geçersizliğine karar verilmiştir<sup>578</sup>.

### 3. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretlerin Ödenmesi

İşe iade kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. (m.21/f.3) İşveren işçiyi işe başlatsa da başlatmasa da bu hüküm geçerli olacaktır. Ancak işe iade davası reddedilirse böyle bir ücret ödenmesi gerekmez.

İş sözleşmesinin feshi işçinin iş sözleşmesinin askıya alındığını vurgular. İşçinin işe iade davasını kazanması ve işe iade edilmesi

<sup>576</sup> Çankaya/Günay/Göktaş, 2. Baskı, s.298.

<sup>577</sup> Akyiğit, İş Güvencesi, s.326,

<sup>578</sup> Y9HD, 03.06.2004, E:2004/1080 K:2004/13416, Meşe yazılım HİP.

durumunda anılan süre ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağını etkiler. Çünkü dört aya kadarki süre işçinin fiili çalışmasına ilave edilir<sup>579</sup>.

İşçinin işe başlamak üzere işverene başvurmasıyla kural olarak iş ilişkisi hiç kesilmemiş olacaktır. Sözleşmesi geçerli bir neden olmadan feshedilmiş kişilere işe iade davası döneminde yoksun kaldıkları ücreti telafi etmek amacıyla, ücret ve diğer haklarını alma imkanı getirilmiştir. Yukarıda ayrıntılı olarak irdelendiği üzere söz konusu haklar, İş K. m. 21'de işçinin başvurusunun bir sonucu olarak düzenlenmiştir; işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmaması ile bir ilgisi bulunmamaktadır<sup>580</sup>.

Yargıtay, daha sonraki kararlarında işe iade davası sürerken işçinin, işverence işe başlatılması halinde davanın konusuz kaldığından bahisle, bir karar verilmesine gerek olmadığına karar verilmesini doğru bulmamıştır. Davacı davasından açıkça feragat etmedikçe, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin 4 aylık ücretini ve diğer haklarını talep edebilmesi için daha önce yapılmış olan feshin geçerli olup olmadığı konusunda, yerel mahkemenin karar vermesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır<sup>581</sup>.

Mahkeme de feshin geçerli bir nedenle yapılmadığı sonucuna varırsa, işe iade yerine sadece tazminata hükmedemez. Hakim öncelikle işçinin işe iadesine karar verecektir. Bundan sonra kararda iadenin işverence kabul edilmemesi halinde, işçinin en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında mahkemece takdir edilecek iş güvencesi tazminatının ödeneceği yer olacaktır. Ayrıca, boşta geçen süre için işçinin en çok dört aya kadar ücreti ve diğer haklarıyla ilgili hükme de kararda yer verilecektir<sup>582</sup>.

<sup>579</sup> Y9HD, 28.4.2005 tarih ve E. 2005/886, K. 2005/14880. Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 486.

<sup>580</sup> Sarıbay, s. 224.

<sup>581</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.340.

<sup>582</sup> Ekmekçi, **İşe İade Davaları**, s.179; süzek, **7. Baskı**, s.579.

## F. İŞÇİNİN İŞE BAŞLATILMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

### 1. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

Feshin geçersizliğine mahkeme veya özel hakem tarafından karar verilmesi halinde iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilir. Feshin geçersizliği kararının kesinleşmesi ile iş ilişkisi hiç kesilmeksizin devam ettiği için, işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmaması yeni bir fesih anlamını taşır. Diğer bir ifade ile işverenin bir aylık işe başlatma süresinin dolması veya bir ay içinde işçiyi işe başlatmayacağını bildirmesine yönelik irade beyanında bulunması halinde işveren tarafından sözleşme geçersiz fesih tarihinde değil, bu yeni fesih tarihinde feshedilmiş olur.<sup>583</sup> Bu durumda, işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatı peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarının ve kıdem tazminatının ayrıca ödenmesi gerekmektedir (İş K. m. 21/4)<sup>584</sup>.

İşveren tarafından yapılan bu yeni fesih de süreli fesihtir. Nitekim burada işverenin bir aylık süre içinde işçiyi işe başlatmamasında sözleşmenin feshine neden olabilecek İş K. m. 25 kapsamında haklı bir sebep bulunmamaktadır. Bununla birlikte, söz konusu feshin geçerli olup olmadığı da tartışılmaz ve dolayısıyla geçersizliği talep edilemez<sup>585</sup>.

İşçinin başvurusu üzerine işverenin bir ay içinde işçiyi işe başlatmamasının hukuki sonucu, sözleşmenin feshedilmesidir. İş sözleşmesi, mahkemenin işe iade kararına rağmen işçinin işe başlatılmamasıyla sona ermiştir<sup>586</sup>. İş sözleşmesinin bu şekilde feshedilmesinin bir diğer sonucu, İş Kanunu'nun 21. maddesi ile kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı İş

<sup>583</sup> Manav, E, s. 468

<sup>584</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.325.

<sup>585</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.765

<sup>586</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 579; Güzel, **İş Güvencesi**, s.114; Ulucan, **İş Güvencesi**, s.85; Gökçe, s.150.

Kanunu'nun yürürlükle olan 14. maddesi uyarınca, ödenmemiş kıdem ve ihbar tazminatlarının işçiye ödenmesidir<sup>587</sup>.

## 2. Kıdem ve İhbar Tazminatı ile İzin Ücreti

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. Fıkrasına göre "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir". İşçinin işverence işe başlatılmaması ile işverence yeni bir fesih yapılmış olduğu için, bu feshin hukuki sonuçlarından doğan tazminatları işveren işçiye ödemek zorundadır.

İşçiye bildirim süresi verilmeden veya peşin ücret ödemesi yapılmadan; yani usulsüz fesihle sözleşmenin feshedilmiş olması halinde sözleşmenin, bu konudaki Yargıtay kararları çerçevesinde, uygulanması gereken bildirim süresi sonunda; peşin ücret ödeme halinde ise, peşin ücret ödemesi anında feshedilmiş sayılacağını kabul etmek gerekir<sup>588</sup>.

İşe başlatılmayan işçiye, geçersiz sayılan fesih nedeni ile ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiş ise, 4 aylık sürenin kıdemden sayılması nedeni ile işe başlatmama tarihindeki giydirilmiş ücret ve tavan dikkate alınarak fark kıdem tazminatı, önel süresini etkilediğinden bu tarihteki giydirilmiş ücretten fark ihbar tazminatı ve 4 aylık sürenin eklenmesi ile bakiye sürenin bir yılı geçmesi halinde çıplak ücretten fark yıllık ücretli izin alacağına ödenmesi gerekir. Geçersiz sayılan fesih sırasında kıdem ve ihbar tazminatı ödenmemiş ise, 4 aylık sürenin ilavesi ile işe başlatmama tarihindeki ücret ve tüm süre üzerinden ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir<sup>589</sup>. Yani işçiye ödenmesi gereken ihbar tazminatına ya da kıdem tazminatına esas olacak kıdem süresinin hesabında işverence işe başlatılmama suretiyle yapılan yeni fesih esas alınmalıdır. İşverenin işçiyi işe başlatmaması ile kıdem ve ihbar tazminatı muaccel hale geldiği için, zamanında ödenmeyen kıdem ve ihbar

<sup>587</sup> Gökçe, s.151.

<sup>588</sup> Mollamahmutoğlu, 3. Bası, s.767

<sup>589</sup> Kar, İş Güvencesi İlke Kararları, s.808.

tazminatlarına sözleşmenin sona erdirildiği tarihten itibaren faiz yürütülmelidir<sup>590</sup>.

İşçiyi işe başlatmayan işverenin kötü niyet tazminatı ödemesi söz konusu değildir (m.17/f.6).

### 3. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretlerin Ödenmesi

İş K. m. 21/3'e göre mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işe iade kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. İşveren işçiyi işe başlatsa da başlatmasa da bu hüküm geçerli olacaktır. Hükümde belirtilen en çok dört aya kadar doğmuş ücret üst sınırdır. Hakim takdir hakkını kullanarak bunu aşamaz. Günümüz için bu süre yeterli değildir. Davaların dört ay ya da daha kısa zamanda bitmesi az görülen bir durumdur<sup>591</sup>.

Boşta geçen süreye ilişkin dört aya kadar ücret ve ekleri işçinin işe iade için süresinde işverene başvurusu ile muaccel olur<sup>592</sup>. Bu ücretler işçinin işverene başvurması ile muaccel hale geldiği için bu ücrete bağlanan faizin başlangıç tarihi başvuru tarihidir<sup>593</sup>.

### 4. İş Güvencesi Tazminatı

Yargı kararıyla geçersiz bir fesihle bulunduğu tespit edilen işveren işçiyi başvurusu üzerine işe başlatmazsa iş güvencesi tazminatı ödemek zorunda kalır. Kanununun 21. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre "İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört

<sup>590</sup> Manav, E, s. 469

<sup>591</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 486.

<sup>592</sup> Manav, E, s. 486.

<sup>593</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, s. 203.



aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler". Belirtelim ki, feshin işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerinden dolayı (Sen. K. m. 31/6) ya da işyeri sendika temsilciliği nedeniyle (Sen. K. m. 30/2) yapılması halinde hükmedilecek iş güvencesi tazminatı işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz<sup>594</sup>.

Bu yükümlülük işçinin işe başlama başvurusundan sonra geçecek bir ayın sonunda doğar. İşverenin işçinin iş sözleşmesini feshine rağmen işverenle işçi arasındaki sözleşme askıda kalır. Dolayısıyla işverenin işçiyi işe başlatmamasının hukuki sonuçları sözü edilen bir ayın bitiminde doğar. Faiz ve zamanaşımı o tarihte başlar. Tazminat hesabına esas alınan ücret de o tarih esas alınarak belirlenir<sup>595</sup>.

Tazminatın dört ayla sekiz ay arasında belirlenmesinde yargıcın ele alacağı ölçüt önemlidir<sup>596</sup>.

Öğretide bir görüş, tazminatın belirlenmesinde işçinin kıdemini ve fesih sebebi gibi hususların göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir<sup>597</sup>. Bir başka görüş ise tazminat miktarının belirlenmesinde işçinin kıdemini değil de, fesih sebebinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre aynı gerekçeye dayanarak iş sözleşmesi sona erdirilen işçilerin salt kıdemlerinin farklı olması sebebiyle fark yaratmak doğru olmayacaktır. Bununla birlikte henüz yargılama sırasında işverenin, işçiyi işe başlatıp başlatmayacağını belli olmaması sebebiyle de, henüz belli olmayan ve gelecekte meydana gelecek bir fiile ilişkin olarak tazminat belirlemek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple de tazminat miktarının sınırının

<sup>594</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.585.

<sup>595</sup> Y9HD, 7.7.2005 tarih ve E.2004/30922, K.2005/23248, Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 484.

<sup>596</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Güvencesi**, s. 484.

<sup>597</sup> Şenocak/Kılıçoğlu, **İş Güvencesi**, s. 484.

belirlenmesinde işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığının bir başka ifadeyle fesih sebebinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir<sup>598</sup>.

Yargıtay bir kararında; "4857 Sayılı Kanunun 21. maddesinin birinci fıkrasında işe başlatılmama tazminatının alt ve üst sınırları gösterilmiş olup; bu sınırlar arasında işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi hususlar nazara alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Fesih nedeni de dikkate alınarak, yaklaşık 13 yıllık hizmeti bulunan davacı için anılan tazminatın alt sınırdan belirlenmesine karar verilmesi hatalıdır"<sup>599</sup>. fesih sebebi ile kıdemin birlikte göz önüne alınması gerektiği şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>600</sup>.

Bu görüşler ve Yargıtay kararları ışığında değerlendirme yapmaya kalktığımızda objektif olarak tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken kurallar bulunmamaktadır. Yukarıdaki görüşler ve Yargıtay kararlarından anlaşıldığı gibi somut olayın özelliklerine göre farklı kriterler kullanılarak iş güvencesi tazminatı belirlenebilir.

İşçinin işe başlatılmama olasılığını gözeterek, mahkemenin feshin geçersizliğine karar verdiğinde tazminat miktarını da belirlemesi (m. 21/2) gerekçeye göre, işçinin işe başlatılmaması halinde ikinci bir davanın açılması ve zaman kaybını önlemek amacıyla getirilmiş olup mahkeme iş sözleşmesinin sona erdirilme nedenlerini ve işçinin kıdeminin göz önünde tutarak tazminatın miktarını takdir edecektir<sup>601</sup>.

Yargı kararlarında tazminat miktarının hiçbir gerekçe gösterilmeksizin üst sınırdan belirlenmesi hatalı kabul edilmiş, tazminatın belirlenmesinde bir takım kriterler geliştirilmiştir. Nitekim bir kararda hiçbir gerekçe gösterilmeksizin 8 aylık brüt ücreti tutarında üst sınırdan tazminat belirlenmesi

<sup>598</sup> Ekmekçi, **İşe İade Davaları**, s. 175, dp.12.

<sup>599</sup> Y9HD, 26.02.2007 T., 2006/33887 E., 2007/5314 K, **Çalışma ve Toplum EHD**, Sayı 14, s.209-210.

<sup>600</sup> Y9HD, 05.10.2009 T., 2009/31498 E., 2009/25574 K., (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com); Y9HD, 2.04.2009 T., 2008/27858 E., 2009/11773 K, **Teks. İşv. D**, Hukuk, Sayı 359, Şubat 2010, s. 8;

<sup>601</sup> İş güvencesi tazminatı ile 21. maddenin 3. fıkrasındaki en çok dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer işçilik haklarına hakim re'sen hükmeder. Y9HD, 20.02.2006, E. 2006/2692, K. 2006/4310, Çil, **Şerh**, Cilt-2, s.1422.

hatalı kabul edilerek davacının hizmet süresinin esas alınmak suretiyle (1 yıl 2 ay 2 gün) tazminatının dört ay brüt ücret tutarında belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bir başka kararda da bozma nedeniyle hüküm tesis ederken, fesih nedeni, işçinin emekliliğe hak kazanma ve tazminatlarının ödenmiş olması vb. nedenlerle ödenecek tazminatı dört aylık ücret olarak kararlaştırmıştır<sup>602</sup>.

Yine yargı kararlarına göre, tazminatın süre olarak belirlenmesi yeterli olup rakamsal olarak tutarının belirlenmesine gerek yoktur<sup>603</sup>.

Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda talep olmasa dahi iş güvencesi tazminatının hüküm altına alınması gerektiğine hükmetmiştir<sup>604</sup>.

<sup>602</sup> Y9HD, 11.12.2003, E.2003/20229, K.2003/20605; Y9HD. 10.11.2003, E.2003/18919, K.2003/18913. Aynı yönde Y9HD. 29.1.2004, E.2003/23029, K.2004/1414 Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s. 765-766; Y9HD, 01.03.2010, E. 2010/2982, K. 2010/5326, Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.1254-1255

<sup>603</sup> Y9HD. 20.11.2003, E.2003/19348, K.2003/19644; Aynı yöndeki bir karara göre de yerleşik uygulamaya göre, bu tazminatın, miktar olarak değil süre olarak belirlenmesi ve bununla yetinilmesi gerekir, 9. HD. 11.2.2004, E.2004/1018, K.2004/2013, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s. 766.

<sup>604</sup> Y9HD, 13.05.2004, E. 733, K. 11649 "Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre, boşta geçen süreyle ilgili ücret ve tazminatın süre itibarıyla belirlenmesi yeterlidir. Zira işe başlatmama tazminatı ve dört aya kadar boşta geçen süre için öngörülen ücret alacağı feshin geçersizliğine bağlanmış tespit mahiyetinde hükümlerdir. Ayrıca talep olmasa da mahkemece kanunun hükmü gereği hüküm altına alınması gerekir. Bu nedenle mahkemece boşta geçen süreyle ilgili ücret ve tazminatın miktar belirtilerek hüküm altına alınması hatalıdır. Diğer taraftan gerekçe dahi gösterilmeden tazminatın üst sınırdan belirlenmesi de doğru değildir.", **Çalışma ve Toplum EHD**, 2005/I, s. 244-245.

**İKİNCİ BÖLÜM**  
**GENEL ANLAMDA TAZMİNAT**  
**VE**  
**İŞ HUKUKUNDA UYGULANAN BORÇLAR HUKUKU TAZMİNATLARI**

**I. GENEL ANLAMDA TAZMİNAT KAVRAMI**

**A. TAZMİNAT KAVRAMI, TAZMİNATIN AMACI VE ÖNEMİ**

En genel anlamda tazminat kavramı bir zarar karşılığında ödenen para veya aynı şeyleri ifade etmekte, bir zararın tazmin edilmesi veya karşılanması anlamına gelmektedir.

Senyen Kaplan'a göre tazminat, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen zararın tazminidir<sup>605</sup>.

Bu zarar hukuki sorumluluğu gerektiren zarardır. Hukuki sorumluluk ise, zarar verenle zarar gören arasında bir hukuki ilişki bulunup bulunmamasına göre, sözleşmesel (akdi) sorumluluk ve sözleşme (akit) dışı sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır<sup>606</sup>.

Tazminat müessesesi, sözleşmeden veya sözleşme dışı kaynaklanan bir nedenle zarara uğrayanın bu zararının telafi edilmesine yönelik bir hukuki müessesedir. Bu hukuki müessesenin, öncelikle verilebilecek zararın önlenmesine çalışmak gibi bir amacı vardır. Zarar ortaya çıktıktan sonraki amacı ise verilen zararın karşılanmasını sağlamaktır.

Tazminat, zararın gerçek miktarını tam olarak ispat etmek, kâr mahrumiyeti, tamamen veya kısmen çalışma kabiliyetinin kaybı hallerinde olduğu gibi, bazen çok güç, hatta imkânsızdır. Bu takdirde, hâkim, işlerin

<sup>605</sup> Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s.156.

<sup>606</sup> Antalya, O. Gökhan, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt-1, Beta Basım, İstanbul, 2012, s.407.

olağan gidişini ve zarar görenin aldığı tedbirleri göz önünde bulundurarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun bir şekilde tayin eder<sup>607</sup>. BK m. 42/2 (TBK. m. 50/2)'de söz konusu olan "zarar görenin aldığı tedbirler"den maksat, yoksun kalındığı iddia olunan kârı sağlamak amacıyla alınmış bulunan ve yoksun kalınan kârın sağlanabileceği kanısını veren önlemlerdir<sup>608</sup>. Buradan anlaşıldığı gibi tazminat kurumu mağdurun uğramış olduğu zararları adalet ve hakkaniyete uygun olarak telafi edebilme çabası içindedir.

Tazminat fiziksel zararların karşılanması amacı taşıdığı gibi ruhsal zararların karşılanmasını da amaçlamaktadır. Manevi zarar olarak adlandırılan ruhsal zarar; kişinin psikolojik durumunda meydana gelen elem, acı ve ızdıraptır. Manevi tazminatın amacı, duyulan manevi acıyı yumuşatmak, bozulan dengeyi onarmak, teselli etmektir. Olayın oluş biçimi, zararın niteliği, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına göre uygun bir manevi tazminata hükmetmek gerekir.

Anlaşılmaktadır ki, tazminat kurumunun amacı, zararı gidermek, ihlal edilen hakkın telafisini sağlamak ve zararı önlemektir<sup>609</sup>.

## **B. TAZMİNATIN TEMEL ŞARTLARI**

### **1. Fiil (Davranış)**

#### **a. Davranış Kavramı ve Sorumluktaki Rolü**

Haksız fiil (kusur) sorumluluğunu ilk kurucu unsuru insan davranışıdır. Hukuki değerlerin ihlali ve bundan doğan zarar, kusur sorumluluğunda insan

<sup>607</sup> Reisoğlu, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1988, s.177.

<sup>608</sup> Reisoğlu, Safa, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1.7.2012'de Yürürlüğe Girecek Olan Türk Borçlar Kanunundaki Değişikliklerde İşlenerek Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 22. Baskı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.209.

<sup>609</sup> Antalya, s.408.

davranışına dayanır. Burada haksız fiil sorumluluğunun gerçekleşmesi, meydana gelen zararın sebebinin bir insan davranışı olmasını gerektirir, Haksız fiil deyimindeki fiil kelimesi, “insan davranışı” anlamında kullanılmaktadır. Davranış kavramı, bir üst kavram olup, bu, hem bir şey yapmayı ifade eden olumlu davranışı, hem de bir şey yapmama anlamındaki olumsuz davranışı kapsamaktadır<sup>610</sup>.

### **b. Davranışın Tanımı ve Unsurları**

Davranış, insanın bir şey yapmaya veya yapmamaya ilişkin bilinç denetimine tabi, irade ile yönlendirilen ve irade ürünü bir hareket tarzıdır. Davranış, maddi ve psikolojik (manevi) olarak iki unsurdan meydana gelmektedir. Maddi unsur, olumlu veya olumsuz şekilde dışa yansıyan harekettir. İnsanın sadece iç alanında kalan bir düşünce veya duygu davranış niteliğini kazanmaz. Psikolojik (manevi) unsur ise bu hareketin dışa yansımalarının irade ürünü olmasıdır. Davranışın irade ürünü olması demek, davranışın, failin iradesinin, yönetim ve denetimi altında bulunması demektir. Kısaca, failin davranışa egemen olması ve onu yönlendirmesidir. İrade ürünü olmayan vücut hareketlerinin, insan davranışı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Örneğin refleks hareketler veya uyku halinde, maddi cebir altında, bilinç kaybı hallerinde yapılan hareketler, bir vücut hareketi olmakla birlikte, irade ürünü olmadığından hukuken insan davranışı sayılamazlar<sup>611</sup>.

### **c. Davranış Çeşitleri**

Fiil, yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkabilir. Bu anlamda, yalnızca olumlu fiiller değil yapılması gerekirken hareketsiz kalma şeklinde ortaya çıkan fiiller de borç doğurabilir. O halde, bir kimsenin olumsuz

<sup>610</sup> Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Değiştirilmiş 13. Baskı**, İstanbul, 2011, s. 468

<sup>611</sup> Larenz, II, s. 524; Larenz/Canaris, 11/2. S. 363, fikentscher 712'den Akt: Eren, **13. Baskı**, s.468.

davranışını hukuka aykırı sayabilmek için o kimseye "yapma" görevini yükleyen bir hukuk kuralının varlığı şarttır. Banka memurunun zimmetine para geçirmesi birincisine, aynı memurun tahsil etmesi gereken alacağı tahsil etmemesi ikincisine örnektir<sup>612</sup>.

### (1) Olumlu Davranış (Bir Şey Yapma)

Fiil, olumlu bir davranış, yani bir şey yapma aktif bir hareket, bir eylemle işlenebilir. Özellikle kusur sorumluluğunda zarar sonucu doğuran sebep, çoğunlukla olumlu bir davranıştır. Olumlu davranışta, davranışın maddi unsuru olan vücut hareketi, aktif bir şekilde tezahür eder. Burada vücut, hareketsizlik içinde değil, hareketli ve aktiftir.

Sorumluluk doğuran bu aktif fiil, bir insan davranışıdır. Her insan davranışı bir düşünme ve düşüncenin açığa vurulması aşamasından geçer. İnsan davranışı düşünce aşamasında kaldığı sürece fiilden söz edilemez. Örneğin, başkasını yaralama konusunda plan kuran ve bu planını henüz açığa vurmeyen kişide fiil unsuru gerçekleşmemiştir<sup>613</sup>.

Haksız fiil sorumluluğunun ilk şartı olan hukuka aykırı fiilin varlığı, bu sorumluluğu tayin ederken böyle bir fiilin var olup olmadığı araştırılır. Haksız fiil, genellikle, (bir kimseyi yaralamada, bir malı tahripde olduğu gibi) aktif bir davranış (hareket) şeklinde ortaya çıkar. Başkasını zarara uğramaktan koruyacak bir davranıştan kaçınma, örneğin boğulmak veya donmak üzere olan bir kimseyi kurtarmama, kural olarak, hukuka aykırı bir nitelik taşımaz, zarardan sorumluluğu gerektirmez. Bununla beraber, hukuk düzeninin başkasını zarardan korumak için belli tedbirlerin alınmasını, fiillerin yapılmasını öngördüğü hallerde kaçınma haksız fiil niteliğindedir. Örneğin, inşaat yapan kimse, belediye kurallarının öngördüğü veya inşaatın niteliğinin

<sup>612</sup> Zapata, Tan Tahsin, **Borçlar Hukuku**, Son Değişiklerle 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2007, s.81.

<sup>613</sup> Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, Genişletilmiş 14. Bası**, Ankara, 2011, s.264.

gerektirdiği koruyucu tedbirleri almaktan kaçınırsa, bu kaçınmadır, haksız fiildir, doğacak zarardan sorumludur<sup>614</sup>.

## (2) Olumsuz Davranış (Bir Şey Yapmama)

Haksız fiil, davranışın bir diğer çeşidi olan olumsuz bir davranış biçiminde de tezahür edilebilir. Olumsuz davranış, yapılması mümkün olan bir hareketi yapmama olarak tanımlanabilir. Söz konusu yapmama hiçbir şey yapmama değil, belirli bir şeyi yapmamadır. Olumsuz davranışa doktrinde ihmal adı da verilmektedir. Fakat, bizim de katıldığımız görüşe göre Eren ihmal kavramının kusurun bir çeşidi olan ihmalle (taksirle) karışıklığa sebebiyet verebileceği düşüncesiyle kullanılmamasını, bunun yerine konuyu daha iyi ifade eden "olumsuz davranış" veya "yapmama" kavramlarının kullanılmasını önermektedir<sup>615</sup>.

Örneğin, olumsuz fiil tehlikeli fiile ilişkin ise, yapmama veya kaçınma bir haksız fiil teşkil eder. Bu tehlikeli faaliyete izin ve ruhsat verilmiş olması sorumluluğu kaldırmaz. Başkaları hatta çalışanları için tehlike arz eden her türlü faaliyette bulunan işletmeler, üçüncü kişinin zarara uğramasını önleyici tedbirleri almakla yükümlüdürler. Alınacak önleyici tedbirlerin ne olduğu tehlikenin niteliği ve özelliği dikkate alınarak hal ve şartlara göre belirlenmelidir. Örneğin yolda çukur açan işletme, bu çukura başkalarının düşmemesi için çukur etrafına uyarıcı levhalar koymalı, alana başkalarının girmesini engelleyici barikatlar oluşturmalı, gece olduğunda bölgeyi aydınlatmalıdır. Araç yolundaki çukurla ilgili olarak alınacak önlem ve tedbirler, yaya yolundaki çukurla ilgili olarak alınacak önlem ve tedbirlerden farklıdır<sup>616</sup>. Buna uygun önlemler alınmalıdır.

<sup>614</sup> Reisoğlu, **7. Baskı**, s.136.

<sup>615</sup> Eren, **13. Baskı**, s.470

<sup>616</sup> Antalya, s.415.



## 2. Hukuka aykırılık

### a. Genel Bilgi

Haksız fiilin şartlarını düzenleyen, 818 sayılı Borçlar kanunumuzun 41. maddesi (TBK m. 49) hukuka aykırılığı haksız fiilin kurucu unsurlarından biri olarak düzenlemiş olmasına rağmen hukuka aykırılığı tam olarak açıklamamıştır. Türk hukuk sisteminde kabul edildiği şekliyle, hukuk düzeninin, kişilerin mal varlığını veya şahıs varlığını korumaya yönelmiş, yazılı veya yazılı olmayan kurallarına aykırı fiiller, hukuka aykırı fiillerdir. Fiilin haksız sayılması yönünden, söz konusu kuralın bir özel hukuk veya kamu hukuku kuralı oluşu arasında fark yoktur. Hakkın kötüye kullanılması (TMK m.2) suretiyle zarar verme halinde de bir haksız fiil söz konusudur<sup>617</sup>.

Hukuka aykırı fiil, bir kimsenin kişileri korumak amacıyla konulan kuralları çiğnemesi şeklinde ortaya çıkabilir. Haksız fiilin borç doğurabilmesi için, her şeyden önce hukuka aykırı bir fiilin varlığı şarttır. İnsan davranışı niteliğinde olan ve düşünce aşamasında kalmayıp düşüncenin açığa çıkması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırı fiil borç doğurabilir. Hukuka aykırılık hallerinde daima, emredici nitelikteki kurallara aykırılık vardır. Fiilin hukuka aykırı sayılabilmesi için failin, bu kuralın varlığından haberdar olup olmamasının bir önemi yoktur<sup>618</sup>.

Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her davranış, hukuka aykırıdır. Sorumluluk hukuku yönünden hukuka aykırılık kavramı, belirli hak ve hukuki varlıkları zarar verici müdahaleden korumayı amaçlayan hukuk normlarının ihlaliyle sınırlıdır<sup>619</sup>.

<sup>617</sup> Reisoğlu, **7. Baskı**, s. 135

<sup>618</sup> Zapata, Borçlar Hukuku, s.80-81.

<sup>619</sup> Eren, **13. Baskı**, s. 37-38

BK m. 41 anlamında hukuka aykırılık kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya koruyan emredici bir hareket tarzına aykırılık halinde ortaya çıkar. Bu yüzden hukuka aykırılık çoğu zaman bir hakkın çiğnenmesiyle birlikte görünür. Burada ön sırada söz konusu olan haklar, mutlak haklardır. Bunlar, sahiplerine belli bir alanda tam bir hakimiyet sağladıklarından, üçüncü kişiler bu alana tecavüzden kaçınmak zorundadırlar. Şu halde bir şeyin zarara uğraması veya yok edilmesi ile o şey üzerindeki mülkiyet hakkı veya (intifa, irtifak, yahut rehin gibi) mahdut bir aynî hak ihlâl edilmiş olur. Aynı şekilde telif hakkı gibi fikri haklar, ihtira beratı gibi sınaî haklar yahut ticaret unvanı ve alâmeti farika üzerindeki haklar ve nihayet kişilik hakları da, başkalarının, sadece bu hakların sahibine ait bulunan bir fiilde bulunmasıyla ihlal edilmiş olurlar. Bütün bu hallerde hakkın ihlâl olunmasıyla birlikte hukuka aykırılık da kendiliğinden gerçekleşmiş olur<sup>620</sup>.

### **b. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller**

Bazı özel durumların varlığında eylem hukuka aykırı yapılmış olsa bile, eylemin hukuka aykırılığı ortadan kalkar. Bunlar:

**Iztırar hali**, bir kimseye, kendisini veya üçüncü bir şahsı tehdit eden bir tehlikeden veya bir zarardan korumak için başka bir kimsenin mallarına tecavüz etme hakkını veren zorlayıcı bir durum içinde bulunmaktır<sup>621</sup>. Iztırar hali hem hukuk, hem de ceza açılarından dikkate alınmış ve böylece zor durumda bulunan kimsenin fiilindeki hukuka aykırılık ve suç unsuru kanunen ortadan kaldırılmıştır. BK m. 52/2'ye göre, (TBK m. 64/2) "Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler".

<sup>620</sup> Tunçomağ, Kenan, **Borçlar Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s.272.

<sup>621</sup> Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, **Borçlar Hukuku Genel hükümler** Cilt-1 Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s.492.

**Kendi hakkını kuvvet kullanarak bizzat korumak**, kuvvet kullanma yetkisi, toplum düzenini sağlamakla yükümlü olan Devlete ait ve ona özgüdür. Buna rağmen bazı durumlar olur ki, Devlet kuvvetlerinin yardımından faydalanmak o anda imkânsızdır ya da Devlet kuvvetlerinin gelmesini beklemek giderilmesi ve onarılması güç sonuçlar doğurur. Bu gibi hallerde dahi kişiye (sen kuvvet kullanamazsın, hakkın kaybolursa bile buna izinli değilsin, ancak hakkını gasp eden kimseye karşı sonradan dava açmak suretiyle zararını tazmin ettirebilirsin) demek, insan tabiatına aykırı bir hoşgörüyü ve sabrı ondan beklemek olur. Bu itibarla istisnâ bazı haller ve şartlar içinde hak sahibine, kendi hakkını kuvvet kullanmak suretiyle bizzat korumasına da izin vermek ve bunu düzenlemek zorunlu görülmüştür<sup>622</sup>.

**Meşru savunma**, BK m. 52/1'e göre, (TBK m. 64/1) "Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz". Meşru savunma, bir kimsenin, kendisinin veya üçüncü bir şahsın mallarına veya şahsına yöneltilmiş ve devam etmekte bulunan haksız bir saldırıyı defetmek zarureti içinde yaptığı savunmadır. Meşru savunmada, saldırıya karşı korunan yarar ile, karşı tarafa verilen zarar arasında mutlak bir oranın bulunması zarureti yoktur. Bununla beraber, korunan menfaatle verilen zarar arasında, "meşru savunma" kavramının sınırlarını aşacak açık bir nispetsizlik varsa, savunma meşru değildir, savunma hakkı kötüye kullanılmıştır, karşı tarafın zararını ödemek gerekir. Örneğin, bir kimse, valizinin çalınmasını önlemek amacıyla, tabancasını çekip, valizini alıp kaçmak isteyen şahsı öldürürse, meşru savunma yoktur, öldürme fiili hukuka aykırıdır<sup>623</sup>.

**Kamu çalışanınin kamusal görevini yerine getirmiş olması**, bir memurun başkasının malvarlığına tecavüz teşkil eden fiili (örneğin kamulaştırma nedeniyle bir kimsenin malını elinden alması) veya kişilik haklarına tecavüz şeklindeki fiili (örneğin, yargıç kararıyla bir kimseyi tevkif

<sup>622</sup> Feyzioğlu, s.497.

<sup>623</sup> Reisoğlu, **22. Bası**, s.165.

etmesi) hukuka aykırı sayılamaz. Çünkü memur bu fiilleri görevini ifa nedeniyle yapmıştır<sup>624</sup>.

**Özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması**, kanuni sınırlar içinde kalmak şartıyla özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması da hukuka aykırılık teşkil etmez. Örneğin komşuluk hukukundan doğan ilişkilerde, malikin mülkiyet hakkını kullanmasına komşunun katlanması gerekir. Ancak söz konusu hak kötüye kullanılmamalıdır<sup>625</sup>.

**Bazı şartların gerçekleşmesi ile mağdurun zarara razı olması**, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran hallerden biridir. Zira, haklar, objektif hukukun sahibinin iradesine uygun olarak himaye ettiği menfaatlerdir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran mağdurun, rızası, hukuka, ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırı olmamalı ve bu rıza fiilin icrasından önce verilmiş olmalıdır<sup>626</sup>.

### 3. Zarar

#### a. Genel Olarak Zarar Kavramı

818 sayılı BK m. 41 gibi 6098 s. TBK 49. maddede zarardan söz etmekle birlikte, bu kavramı tanımlamış değildir. Zararın tanımı, doktrin ve yargıya bırakılmıştır. Doktrin ve uygulamada zarar kavramı, geniş ve dar olmak üzere iki anlamda kullanılır. Geniş anlamdaki zarar, maddi zararın yanında ayrıca manevi zararı da içerir. Dar anlamdaki zarar ise yalnızca maddi zararı kapsar. Manevi zarar daha çok kişinin duyduğu acı ve elemi anlatır, oysa maddi zarar kişinin gerçek olarak malvarlığında meydana gelen

<sup>624</sup> Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s.275.

<sup>625</sup> Eren, **13. Baskı**, s.563.

<sup>626</sup> İnan, Ali Naim, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1984. s.258.

bir azalmayı ifade eder. Bu nedendir ki genelde zarar denilince akla maddi zarar yani dar anlamda zarar gelmektedir.

Zararın üç niteliği vardır. Bunlar zararın kesinliği, zararın şahsiliği ve zararın doğrudan doğruyalık niteliğidir.

## **b. Maddi Zararın Tanımı ve Unsurları**

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeye maddi zarar adı verilir. Maddi zararın üç unsuru vardır. Bunlar, malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesi.

### **(1) Malvarlığı**

Teknik anlamda zarar, yukarıda da belirtildiği gibi. malvarlığı ile ilgili bir kavramdır. Malvarlığı, ekonomik değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin meydana getirdiği bir bütündür. Malvarlığı, aktif ve pasif unsurlardan oluşur. Malvarlığının pasif yönü borç ve mükellefiyetlerden ibarettir. Sorumluluk hukukunda malvarlığı, geniş şekilde anlaşılmalıdır. Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklar, yani mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar (fikri ve sınaî haklar), malvarlığının en önemli unsurlarını oluşturur. Ayrıca, zarar görenin ekonomik geleceği, yani çalışma ve faaliyetleriyle gelecekle elde edeceği kazanç ve gelir ihtimali de malvarlığını oluşturan değerler (unsurlar) arasında yer alır<sup>627</sup>

---

<sup>627</sup> Eren, 13. Baskı, s.473

## (2) Malvarlığının Eksilmesi

Malvarlığındaki bir azalma veya eksilme zarar olarak belirir. Bu azalma, ya malvarlığını oluşturan aktif değerlerin eksilmesi ya da pasiflerin artması şeklinde tezahür eder. Zarar, yani malvarlığında meydana gelen eksilme, zarar görenin, zarar verici olaydan sonraki malvarlığı durumu ile zarar verici olay meydana gelmeseydi malvarlığının göstereceği durum arasındaki farktır.

## (3) Malvarlığındaki Eksilmenin İrade Dışı Meydana Gelmesi

Malvarlığındaki azalma, ya rızası hilafına ya da rızası ile meydana gelir. Malvarlığının eksilmesine neden olan olay zarar verenin bir davranışı veya bir tabiat olayı olabilir<sup>628</sup>.

Zarar görenin malvarlığında meydana gelen azalma, onun iradesi dışında oluşmalıdır. Bir zarardan söz edebilmek için, mağdurun malvarlığındaki azalmayı istememiş olması gerekir. Eğer, mağdurun kendi isteğiyle, malvarlığında bir azalma veya pasifte bir çoğalma meydana gelmiş ise, bu takdirde bir zarardan söz etmek mümkün değildir. Bazı hallerde malvarlığındaki azalma zarar görenin kısmen iradesi içinde, kısmen de iradesi dışında karma bir şekilde meydana gelebilir. Örneğin, haksız fiil sonunda yaralanan bir kişi lüks bir hastanede kalıp bakım ve tedavi görmesi halinde, normal bakım ve tedavi giderleri, zarar görenin iradesi dışında meydana gelen zararı, normalin üzerindeki giderler ise, irade içinde yapıldığından, zarar olarak nitelendirilemeyen azalmayı teşkil eder<sup>629</sup>.

<sup>628</sup> Güleç Uçakhan, Sema **Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1994, s.167.

<sup>629</sup> Eren, **13. Baskı**, s. 477

### c. Maddi Zarar Çeşitleri

Yukarıda zararın tanımıyla ilgili dile getirdiğimiz doktrindeki görüşlerden anlıyoruz ki maddi zarar dar anlamda zarar olup bunun çeşitleri ise birebir kişinin malvarlığını etkileyen somut zararlardır.

#### (1) Fiili Zarar – Yoksun Kalınan Kâr

- Fiili zarar, malvarlığının mevcut net durumunda zarar görenin iradesi dışında meydana gelen fiili azalmaya, fiili zarar adı verilir. Burada, zarar verici olay sonunda malvarlığının mevcut (net) miktar ve değeri azalmaktadır. Örneğin malvarlığında yer alan bir malın (arabanın) yok olması, hasara uğraması veya kaybolması, bir hakkın yitirilmesi; adam öldürülmesi halinde cenaze masrafının vücut bütünlüğünün ihlalinde bakım ve tedavi giderlerinin ödenmesi, fiili zarara örnek olarak gösterilebilir. Fiili azalma malvarlığının aktif kısmının eksilmesi şeklinde olabileceği gibi, pasif kısmının artması şeklinde de olabilir<sup>630</sup>.

Zarar, zarara uğrayanın mallarında bir eksilme yaratabilir. Bu şekilde zarara "malvarlığını eksilten zarar" denebilir. Örneğin, bir kimsenin malının çalınması, tahrip edilmesi veya bir kimsenin yaralanması nedeniyle yaptığı tedavi giderlerinden böyle bir zarar meydana gelir<sup>631</sup>.

Malvarlığındaki bir değer yok olması veya değer azalması aktifte azalma şeklinde gerçekleşen bir zarardır. Örneğin gasp, hırsızlık ile bir malın yok olması, yakma, kırma, koparma suretiyle bir malın hasara uğraması fiili zarardır. Malvarlığında yer alan bir hakkın yitirilmesi, kişinin ölmesi sebebiyle cenaze masrafları da fiili zarardır. Buna karşın zorlama veya korkutma

<sup>630</sup> Eren, 13. Baskı, s.477-478.

<sup>631</sup> Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s.286.

yoluyla bir borç altına girilmesi pasifteki çoğalma şeklinde gerçekleşen fiili zarardır<sup>632</sup>.

•**Yoksun kalınan kar**, gelecekteki bir kazancın veya kazanç imkanının yitirilmesidir. Aynı şekilde bu müstakbel zararı da hem aktifteki bir artış imkanının yok olması veya pasifteki hali hazır durumdan daha fazla azalmanın meydana gelme şansının kaybı şeklinde anlamak mümkündür<sup>633</sup>.

Mahrum kalınan kâr, mamelekte zarar verici bir fiilden önceki hal ile sonraki hal arasında bir değişiklik olmamakla beraber, bu zarar verici fiil olmasaydı mamelekte meydana gelecek çoğalmayı ifade eder. Özetle, mahrum kalınan kâr, zarar verici fiilden sonraki durum ile, çoğalma ihtimali gerçekleşseydi arz edeceği farazi durum arasındaki farka tekabül eder. Örneğin; otomobil çalınmış, fakat hiçbir zarar verilmemiş, buna mukabil otomobil bulununcaya kadar şoförün kayıp olan kazancı mahrum kalınan kârdır<sup>634</sup>.

Haksız fiil sonucu malvarlığındaki aktifin azalması veya pasifin artması zarardır. Buna fiili zarar denir. Malı tahrip olan veya yaralanan bir kimsenin tamir veya tedavi için masraf yapması veya aracı hasarlanan bir kimsenin tamir süresince ikame araç kiralaması<sup>635</sup>, aktifin azalmasına yol açar. Aktifin beklendiği şekilde artmaması da zarar teşkil eder. Buna göre beklenen karın elde edilememesi (kâr mahrumiyeti) de zarardır<sup>636</sup>.

## (2) Doğrudan Zarar – Dolaylı Zarar

Doğrudan doğruya zarar, dolaylı zarar ayrımı, daha çok illiyet bağıyla ilgili bir ayrımdır. Bu nedenle zarar verici olayın uygun sonucu olan her zarar,

<sup>632</sup> Antalya, s.453.

<sup>633</sup> Güleç Uçakhan, s.167.

<sup>634</sup> İnan, s.275.

<sup>635</sup> 23.05.2006, E 3000, K 4553, **YKD.** 2006/12. s.1950.

<sup>636</sup> Nomer, Halûk N, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s.72.



doğrudan doğruya zarar, diğerleri ise dolaylı zarar olarak nitelendirilebilir. Burada, genellikle borçlu veya failin, zarar görenin hukukça korunan bir varlığına yönelen ihlâl fiilinden doğan ilk zararlar buna bağlı olarak sonradan doğan zararlar söz konusu olur. Örneğin, taşıma sözleşmesine göre taşımakta olduğu B'nin, kusurlu olarak bir başka arabayla çarpışması sonucu sağ ayağının kırılmasına neden olan A, yaralı B hastanede tedavi görürken yürüme esnasında düştüğü için ikinci bacağını da kırmışsa bu dolaylı zarardır. İkinci bacağın kırılması A'nın ilk davranışıyla (sözleşmeyi ihlali ile) uygun illiyet bağı içinde bulunduğundan A, ikinci bacağın kırılmasından meydana gelen zarardan da sorumludur. Keza, kötü ifa nedeniyle meydana gelen sonraki zararlar da kötü ifa fiiliyle uygun illiyet bağı içindeyse doğrudan doğruya zararı oluşturur<sup>637</sup>.

Doğrudan doğruya zarar, haksız fiilin ilk ve en yakın sonucu örneğin; otomobilin bir kimseye çarparak onu yaralaması doğrudan zarardır. Dolayısıyla zarar ise, haksız fiilin ilk ve en yakın sonucuna bağlı olarak ondan kaynaklanan zararı ifade eder. Örneğin, bir otomobil kazasında yaralanan (doğrudan doğruya zarar) kişinin cankurtaranla hastaneye gönderilirken geçirilen ikinci bir trafik kazasında ölmesi dolaylı zarardır.

Doğrudan zarar, haksız fiile uğrayan kişinin araya başka bir sebep girmeksizin uğradığı zarardır. A'nın B'nin taşımacılık işlerinde kullandığı aracına zarar vermesi halinde, B'nin uğradığı zarar doğrudan zarardır. Ancak bu durum nedeniyle B daha önce anlaştığı C'nin eşyalarını vaktinde taşıyamamış ve ona tazminat ödemek zorunda kalmışsa bu dolaylı zarardır. Bir de yansıma zarar vardır. Burada hukuka aykırı fiile maruz kalan kişilerin dışındaki kişilerin uğradığı zarar söz konusudur. Örneğin; A'nın trafik kazası ile ölmesi halinde onun eşi ve çocuklarının destekten yoksun kalmaları nedeniyle uğradıkları zarar bir yansıma zarardır<sup>638</sup>.

<sup>637</sup> Eren, **13. Baskı**, s. 480-481.

<sup>638</sup> Gülerci, Fahri Altan/Kılınç Ayşe, 6098 sayılı Yeni TBK İle Karşılaştırmalı **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.158.

### (3) Kişiyeye İlişkin Zarar – Eşyaya İlişkin Zarar

Şahsa ilişkin zarar, adam ölmesinden (BK m. 45) (TBK m. 53) ve cismani ve hayat varlığının ihlâlinden (BK m. 46) (TBK m. 54) doğan zararları kapsamına alan bir zarardır. Mameleki varlığa dahil bir şeyin, kaybı, tahribi ve hasara uğraması neticesinde meydana gelen zararlara şeye ilişkin zarar adı verilir<sup>639</sup>.

Şahsa ilişkin zarar, kişinin vücut dokunulmazlığı ve beden bütünlüğüne yönelmiş haksız bir fiil neticesinde şahsın beden bütünlüğünde cereyan etmiş zararlardır. Eşyaya ilişkin zararlar ise, kişinin malvarlığına yönelmiş ve aktifinde azalmaya veya pasifinin artmasına neden olan haksız fiiller sonucu cereyan eden zararlardır. Örneğin taşınır veya taşınmaz bir malın yok edilmesi veya hasara uğratılması vb. zararlar.

#### c. Manevi Zararın Tanımı ve Unsurları

Kişinin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Manevi zarar da maddi zarar gibi üç unsurdan oluşur. Bunlar şahıs varlığının zarar görenin iradesi dışında eksilmiş olması, şahsiyet haklarına tecavüz edilmiş olması ve yapılan tecavüzün haksız olmasıdır. Manevi zarar ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

#### 4. İlliyet Bağı

Haksız fiil sorumluluğunun bir diğer unsuru olan illiyet bağından maksat, meydana gelen zararın o fiilin sonucu meydana gelmiş bulunmasıdır. Bu nedenle gerçekleşen zararlar sorumluluğu doğuran olay veya davranış arasındaki sebep - sonuç ilişkisine genel anlamda illiyet bağı denilmektedir. Başka bir deyişle burada fiil, ile zarar arasındaki bağıllık derecesi söz

<sup>639</sup> İnan, s.276.

konusudur; şöyle ki o fiil olmasaydı, o zararın meydana gelmeyeceği kesin bir şekilde söylenebilmekte ise zarar ile fiil arasında illiyet bağı var demektir. Diğer bütün unsurlar bulunsa bile, eğer olayda böyle bir illiyet bağı yoksa haksız fiilden ve haksız fiil sorumluluğundan söz edilemez<sup>640</sup>.

İlliyet bağı haksız fiil ile sonuç arasındaki nedensellik ilişkisine dayanan sorumluluğun tamamlayıcı şartlarından biridir. Bir nevi hukuka aykırı fiil sonucu cereyan etmiş olan zararlar bu fiil arasında sebep sonuç ilişkisinin varlığıdır. Eğer zarar ile haksız eylem arasında bir nedensellik ilişkisi bulunmaz ise bu halde sorumluluk da doğmaz.

Zarar ile fiil arasındaki sebep sonuç ilişkisini anlatmaya yönelik iki teori ortaya atılmıştır.

Şart teorisi, bu teoriye göre, her zarar, bunun doğumu için zorunlu bulunan bütün fiillerle sebep sonuç bağı içindedir. Bu durumda, şart teorisi, zararlar illiyet bağının oluşturulmasında belirsizliklere yol açabilecek niteliktedir. Zira, bir zararın doğumunda yol açabilecek çok uzak sebeplerden dahi sorumlu tutulma tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Bu tehlikenin ortadan kaldırılması için, failin, zarara neden olan uzak sebepler karşısında kusurlu ve sorumlu sayılmayacağı ileri sürülmesine rağmen, illiyet bağının oluşturulmasında ortaya çıkabilecek belirsizlikler yine engellenemeyecektir.

Uygun illiyet teorisine göre ise, zarardan sorumlu tutulabilecek fiilin saptanmasında, yaşam deneyimlerine ve olayların akışına göre en uygun olanının araştırılması gerekir. Zarar dediğimiz sonuçtan en uygun olan sebebin sorumlu tutulması gerekir. Bir zarara sebebiyet veren birden fazla fiil varsa, bunlar arasında en uygun olanıyla illiyet bağı kurulmalı ve sorumluluk tespit edilmelidir. Örneğin: Bir trafik kazası nedeniyle doğan zarara yol açan çok değişik sebepler vardır. Bunların başında kazaya yol açan kişinin fiili, bunun dışında bu aracın imalatçısı, karayolunda hareket etmesini sağlayan

<sup>640</sup> İlliyet bağı dar anlamdaki haksız fiil sorumluluğu (kusur sorumluluğu) nda olduğu kadar, hatta daha fazla olarak (kusursuz sorumluluk) ta da büyük önemi olan bir unsurdur. Feyzioğlu, s.504.

alt yapıyı gerçekleştirenler gibi çok sayıda sebepler üretilebilir. Acaba doğan zarardan dolayı bu çok sayıdaki sebepten ya da fiilden hangisi sorumlu tutulmalıdır? Yaşam deneyimlerimiz ve olayların akışı bu değişik sebepler içinde en uygun olanının motorlu aracın sürücüsünün fiili illiyet bağının kurulmasını gerektirmektedir<sup>641</sup>.

Haksız fiil ile zarar arasındaki illiyet mantığı olarak tayin edilir. Haksız fiil ile zarar arasında söz konusu olabilecek mantıkî illiyet bağı çok geniş sınırlar içinde ortaya çıkabilir. Mantıkî illiyetin, hangi ölçüde hukukî sorumluluğa esas teşkil edebileceğini, diğer bir deyişle, hukukî illiyetin sınırlarını tayin etmek gerekir. Örneğin, A, otomobiliyle işine gitmekte olan B'ye çarpmış ve kolunun kırılmasına sebep olmuştur. B gerekli tedaviyi yaptırmak üzere hastaneye giderken ikinci bir kaza olmuş ve B ölmüştür. Mantıkî açıdan B'nin ölümüyle A'nın çarpması arasında bir illiyet mevcuttur. Zira, A, B'ye çarpmasaydı B hastaneye gitmeyecek ve sonuç olarak B'nin ölümüne sebep olan ikinci kaza meydana gelmeyecekti. Mantıkî açıdan mevcut olan bu illiyeti, hukukî sorumluluk yönünden de benimsemek ve A'yı ölümden doğan zarardan sorumlu tutmak tatminkâr bir çözüm olmayacaktır<sup>642</sup>.

Bugün Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında genellikle kabul edilen görüş, uygun illiyet görüşüdür. Bu görüş, sebep ile sonuç arasında bir illiyetin kabulü için, sonucun, genel hayat tecrübesine, olayların tabii akımına ve objektif ihtimale göre, bir sebebe bağlanabilmesini aramıştır. Uygun illiyet görüşü, çeşitli olaylardan illiyet meselesinin nasıl çözüleceği hususunda, bir yön çizmekte, yol göstermektedir. Fakat bu suretle teker teker her olayda karşılaşılabilecek güçlük ortadan kaldırılmış olmamaktadır. Çünkü her olayda belli bir sonucun, mevcut hal ve şartlar altında, belli bir sebebin uygun sonucu olup olmadığını tespit gereklidir ve bunu da yargıç yapacaktır. Şu halde, tazmin borcu illiyet bağının dışına çıkmayacak, fakat arada uygun bir illiyet bağı bulunmak şartıyla, fiilin bütün zararlı sonuçlarını içine alacaktır. Yalnız fiilin doğrudan doğruya sebebiyet verdiği zararlar değil de, hattâ diğer

<sup>641</sup> Kılıçoğlu, A, s.194.

<sup>642</sup> Reisoğlu, 7. Baskı, s.147.

durumlardan doğan zararların da ödenmesi gerekir. Örneğin, bir makinenin kırılması halinde, doğrudan doğruya zarar makinenin değeridir; fakat makine kırılması halinde doğan diğer bir sonuç uğranılan kâr kaybıdır ve işte bu kâr kaybının da ödenmesi zorunludur. Diğer taraftan, fail, fiilinin önceden görmediği ve göremediği sonuçlarından da sorumlu tutulur<sup>643</sup>.

## 5. Kusur

### a. Tanımı

BK m. 41/1 ve TBK m. 49/1 maddeleri kusur (haksız fiil) sorumluluğunda, kusuru, sorumluluğun kurucu unsuru olarak düzenlemiştir. Ancak, sözü geçen madde, kusur kavramını tanımlamış değildir. Kusurun tanımı, doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Doktrin ve uygulamadaki hâkim görüşe göre, hukuk düzeninin kınadığı, kısaca hoş görmediği davranış biçimine kusur denir. Kusur her şeyden önce, hukuka aykırı bir davranışı gerektirir. Bu sebeple, kusurlu olan bir davranış (kusurlu fiil) daima hukuka aykırı bir davranış, hukuka aykırı bir fiildir. Kusurlu bir davranışın, hukuka aykırı olmaması mümkün değildir. Zira hukuk düzeninin, hukuka uygun bir davranışta bulunan kişiyi kınaması için hiç bir neden yoktur. Hukuk düzeni, her şeyden önce bir toplum düzenidir. Toplum içinde birlikte yaşayan kişiler, birbirleriyle ilişkilerinde belirli bir davranış biçimine uygun hareket etmek zorundadırlar. Söz konusu bu belirli davranış, sosyal bir çevreye ya da herhangi bir meslek grubuna mensup makul (normal) kişilerin, birbirlerine zarar vermeden uyum içinde yaşayabilmeleri için göstermek zorunda oldukları özen ve çabadan oluşan ortalama, örnek (model) bir davranış biçimidir<sup>644</sup>.

<sup>643</sup> Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s.289-290.

<sup>644</sup> Eren, **13. Baskı**, s.529 vd..

Kusur, hukuka uygun olmayan, hukuk düzeninin kınadığı bir irade veya irade noksanıdır. Hukuka aykırı sonucu isteyen veya hukuku aykırı sonucu önlemek için gerekli iradeyi göstermeyen kimse kusurludur<sup>645</sup>.

## **b. Kusurun Türleri**

Zarara sebebiyet vermiş olan kusur ağırlığının ve bu fiili yaparken kişinin niyet ve isteğine bağlı olarak türlere ayrılır. Ceza hukukuna göre sorumluluk hukukunda daha ayrıntılı bir ayrıma gidilmemiş ve kusur, kasıt ve ihmal olarak ikiye ayrılmıştır.

### **(1) Kasıt**

Kasıt, haksız fiil failinin zararlı sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmesini ifade eder. Burada fail bu davranışı ile hukuk düzenini ağır bir şekilde ihlâl etmektedir. Bu nedenle kusuru ağırdır. Kasıttta, kişi, fiilinin sonucunu bilmekte ve bunu istemektedir. Örneğin; Motorlu aracı ile husumet içinde bulunduğu komşusunun bahçesine girip tahrip eden; silahını zarar görene çekerek ateşleyen; otomobiliyle hasmının üzerine giderek zarar veren kişinin kusuru kasıt derecesindedir<sup>646</sup>.

Kasıtlı davranış için;

- Her şeyden evvel, failin hukuka aykırı neticeyi önceden görmüş, tasavvur etmiş olması,
- Bu hukuka aykırı neticeyi istemiş olması (irade nazariyesi) unsurlarının gerçekleşmesi lâzımdır<sup>647</sup>.

<sup>645</sup> Reisoğlu, 7. Baskı, s.142-143.

<sup>646</sup> Kılıçoğlu, A, s.200-201.

<sup>647</sup> İnan, s.266.

Kastın mevcudiyeti için, failin hukuka aykırı neticeyi istemiş olması kâfi olup, fiile illiyet rabitasıyla bağlı olan sonuçları yani doğacak zararları bilmiş olması ve istemiş olması aranmaz. Bununla beraber BK m. 41/2 (TBK. 49) bu hususa bir istisna getirmektedir. Bu fıkraya göre, yalnız, tasavvur edilen ahlâka aykırı neticeyi bilmek kâfi değil, aynı zamanda failin "zarara uğratma" isteği de aranmaktadır<sup>648</sup>.

Kasıt konusunda eylemsel hata, yanılma göz önüne alınır. Hukuki yanılma ise göz önüne alınmaz. Örneğin, bir demiryolu şirketi yönetmeliğe aykırı olarak hava koşullarından etkilenebilecek eşyayı üstü açık vagonla taşır ise yönetmeliği bilmediğini ileri sürememeli. Aynı şirket teslim aldığı eşyayı bu tür taşımaya elverişli olmadığını bilmiyor ise, bu bilgisizliğine dayanabilmelidir<sup>649</sup>.

## (2) İhmal

İhmal (savsama) ise failin hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, bu sonucun meydana gelmemesi için gerekli dikkat ve özeni göstermemesidir. İhmal, zararın önceden görülebilmesi ve önlenbilmesine ait dikkat ve ihtimam noksanıdır<sup>650</sup>. Eğer fail halin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, hukuka aykırı olan o sonuç her halde meydana gelmeyecekti. Fakat, ihmal veya tedbirsizlikle bu sonucun doğumuna sebep olan kimse de kusurludur. Onun için de meydana gelen zararı tazmine mecburdur<sup>651</sup>.

<sup>648</sup> İnan, s. 267.

<sup>649</sup> Kılıçoğlu, Mustafa, **Tazminat Hukuku, 2. Baskı**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2006, s.131.

<sup>650</sup> Feyzioğlu, s.478.

<sup>651</sup> Y4HD'nin 10.6.1975 gün ve 3284/7394 sayılı kararında ihmalin tanımı şöyle yapmıştır: "İhmal, davranışının hukuka aykırı sonucunu önceden gören ya da görmesi gereken kimsenin önleme olanağı bulunan ve istemediği sonucun meydana gelmesine engel olmak için kendisinden beklenen irade uğraşısında bulunmamasıdır". Bu karara konu olan olayda davalı, avukatının yazdığı ve içinde karşı tarafa hakaret sayılan kelimeler bulunan dilekçeyi okumadan imzalamıştır. Davalının, vekilinin hazırladığı dilekçeyi okumadan imzalamış olması bir ihmal (taksir) sayılmıştır. Yargıtay'a göre "ister ihmal, ister itimada dayansın, bir belgeyi, bir yazı ya da dilekçeyi bile bile okumadan imzalayan

İhmalin kıstası objektiftir. Belli bir olayda ihmalin (savsamanın) bulunup bulunmadığını belirlerken, ölçü olarak, normal ve tedbirli bir insandan o olayda, ve koşullarda beklenen davranışı dikkate almak gerekir. Kanunların ve diğer hukuk kurallarının emrettiği önlemlerin alınmamış olması ihmal teşkil eder. Fakat hukuk kurallarının öngördüğü tedbirlerin alınmış bulunması her zaman yeterli değildir. Koşullar tedbirli bir insanın daha fazla dikkat ve özeni göstermesini gerektiriyorsa, bu dikkat ve özen gösterilmediği zaman ihmal vardır. İhmalin genel bir alışkanlık haline gelmiş olması, örneğin birçok kimsenin trafik kurallarına tam olarak uymaması, gerekli dikkati göstermeyen, trafik kurallarına uymayan kimseyi sorumluluktan kurtarmaz. Gerekli ve yeterli ehliyet ve bilgiye sahip olmadığı halde, başaramayacağı, zarara sebep olacağı bir işe girişen kimse de kusurludur, zarardan sorumludur. Örneğin, uzman olmadığı veya o tip bir operasyon için yeterli tecrübeye sahip bulunmadığı halde ameliyat yapan doktor kusurludur. Ameliyatın başarıya ulaşması için ne kadar dikkat ve özen göstermiş olursa olsun, verdiği zararı tazminle yükümlüdür. Böyle bir olayda söz konusu kusur, duruma göre ihmal, hatta kasıt niteliğinde olacaktır<sup>652</sup>.

Gereken özen kavramı, bir anlamda özensizlikle ihmal ve tedbirsizlik kusurunu eşdeğer tutmaktadır. Salt özensizlik ihmal ve tedbirsizliğin kendisi olamaz. Aksi halde ayırtım gücünü haiz birinin hukuka aykırı bir eylemde bulunması ihmal ya da tedbirsizlik gibi bir sonuç doğuracaktır. Özen bir şey yapılırken gösterilir. Tek başına bir işlevi yoktur. O halde özen ya da özen ödevi genel davranış kuralının içeriğinde bir araçtır<sup>653</sup>.

İhmalin olup olmadığını tayin ederken, olayın özelliklerinden hareket edileceği için rastgele bir normal insan tipi değil, o olayla ilgili normal insan tipi değerlendirmede esas alınacaktır. Bu çerçevede olayda rol oynayan

---

kişi, o belgeyi kayıtsız şartsız kendi irade beyanının muhtevası olarak kabul etmiş ve benimsemiş demektir. Bu durumda o kişinin ceza yönünden sorumluluğu yönüne gidilememesi, hukukî yönden de sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Mahkeme, bu nitelikteki bir beraat kararı ile BK m. 53 hükmünce de bağlı değildir. Feyzioğlu, s.479-480.

<sup>652</sup> Reisoğlu, **7. Bası**, s.144.

<sup>653</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.132.



meslek (şoförlük, hekimlik vs.), failin yaşı, cinsiyeti gibi unsurlar dikkate alınarak normal insan tipi belirlenecektir. Fakat bir meslekteki kötü gelenekler dikkate alınmaz. Failin sübjektif niteliklerinin nazara alınması, istisnaî mazeretleri kapsamaz. Bir kimsenin çok üzüntülü olduğu için tedbir almamış, özen göstermemiş olmasının dikkate alınamayacağı kabul edilmektedir. Her olayın kendi şartları içinde durum değerlendirileceği için, şartlar fazla tedbirli davranılmasını gerektiriyorsa, normal tip, bu şartlar içinde mütalâa edilmelidir. Bir mesleği icra eden kişinin bu mesleğin gerektirdiği ortalama özeni göstermesi aranabilir. Bu bakımdan örnek davranış teorisine yakın bir ölçüt kullanmak mümkündür. Buna mukabil şartlar bir teknik kurala uyulmamasını gerektirmişse, bu kurala uyulmamış olması ihmal teşkil etmez<sup>654</sup>.

### C. TAZMİNAT ÇEŞİTLERİ

Tazminat, zararların karşılanmasına yönelik olup kimi kez ödeme şekline kimi kez sorumluluğun çeşidine göre kimi kez de zararın türüne göre farklı isimler taşır. Türk hukukunda tazminat, Borçlar Kanunu, Medeni Kanun ve ilgili diğer kanunlarda düzenlenmiştir. Tazminat bir alacak hakkı olduğu için ortada bir borç ilişkisinin ve bu ilişkiden doğan bir zararın olması gerekir. Borçlar Kanununda borç ilişkisi doğuran durumlar; akit (sözleşme), haksız fiil ve haksız zenginleşme olarak zikredilmiştir.

#### 1. Maddi Tazminat

Maddi tazminat, maddi zarardan yani haksız eylem sonucu kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeden meydana gelen zararın karşılanmasını ifade eder. Haksız eylem ister malvarlığı, isterse şahıs varlığı değerlerine yönelik olsun, bunun sonucunda bir malvarlığı kaybı meydana

<sup>654</sup> Oğuzman Kemal/Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s.513.

gelmişse doğan zarar maddi zarardır. Örneğin, Sahte belge düzenlemek suretiyle bir kişinin taşınmazının satılmasında; banka'dan usulsüz kredi çekilmesinde; bir kimsenin motorlu aracına zarar verilmesinde malvarlığına yönelik haksız eylem sonucu doğan maddi zararlar söz konusudur. Buna karşılık, bir kimsenin yaralanmasına sebebiyet verilmesi sonucunda tedavi giderleri yapılmasında, çalışma gücünün azalması ya da kaybolması nedeniyle gelir kaybına yol açılmasında şahıs varlığına yönelik haksız eylem sonucu doğan maddi zararlar söz konusudur<sup>655</sup>.

Ödenme şekline göre maddi tazminat aynı ve nakdi tazminat olarak isimlendirilmektedir.

#### **a. Aynı tazminat**

Aynen tazmin mal varlığının eski haline iadesi veya mahiyetçe aynı olan bir edanın yerine getirilmesidir. Diğer zarar çeşitleri açısından aynen tazmin olanağı pek yoktur.

Ancak hiç şüphe yoktur ki, sakatlanma ve ölüm halinde zarar verici olayın hedefi insan vücudu olduğundan bunun aynı ile telafisi mümkün olmamaktadır. Bu nedenle nakden tazmin denilen zararın parasal değerinin tazmini yolunu tercih zorunluluğu vardır.

#### **b. Nakdi Tazminat**

Haksız fiil sebebiyle malvarlığında meydana gelen eksilme para ödeme suretiyle ortadan kaldırılır ve malvarlığı haksız fiil yapılmasaydı arz edeceği değere ulaştırılır. Örneğin, haksız fiil neticesinde yaralanan kimsenin tedavi giderleri ödenir. Nakden tazmin, bir defada yapılan ödeme veya gelir bağlanması şeklinde söz konusu olabilir. Çalışma kabiliyetinin tamamen veya

---

<sup>655</sup> Kılıçoğlu, A, s.190-191.

kısmen kaybedilmesi, ölüm sebebiyle yardımdan yoksun kalma hallerinde olduğu gibi zarar devamlı bir nitelik arz ediyorsa, gelir (irat) bağlanması suretiyle tazmin yolu daha yararlı gözükebilir. Zararın, bir miktar paranın ödenmesi ve ilaveten gelir bağlanması yoluyla tazmini de mümkündür. BK m. 43/2 uyarınca zarar ve ziyan gelir şeklinde tayin olunduğu takdirde borçludan icap eden teminat alınır. Bu teminat ipotek, kefalet (vs.) şeklinde olabilir<sup>656</sup>.

Nakden tazminde; ya mağdurun zararı, bir defada ödenmek suretiyle karşılanır, buna "sermaye tahsisi şeklinde nakden tazmin" veya muayyen zamanlarda tediye edilmek suretiyle karşılanır ki, buna da "irad tahsisi şeklinde nakden tazmin" denir<sup>657</sup>.

### **(1) Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Nakdi Tazminat**

Kişiyeye ilişkin zararlar kusurlu bazen de kusursuz bir eylem sonucu kişinin cismani veya manevi varlığında meydana gelen zararlardır. Örneğin adam öldürme veya beden bütünlüğüne verilmiş olan zararlar kişinin şahıs varlığına verilmiş olan zararlardır.

Mal varlığında bir fark yokmuş gibi görünse dahi işgücünü belli bir nispette kaybeden bir kimsenin yine eski işini kazadan önceki ücretle yapması gibi aradaki farkı kapatmak için gayret ve eforun parasal karşılığı olmalıdır. Yargıtay 4HD. 30.5.1974 T. ve E. 4736, K. 2900 sayılı ilamında, keza HGK.3.5.1974 tarih ve E. 1972/2-165, K. 480; 27.3.1974 tarih 1971/9-709 sayılı ilamında, davacının eski görevinde kalması halinde dahi bu görevini yaparken olaydan önce sarf ettiği beden gücüne göre kaybı oranında daha fazla bir güç harcayarak eski işinin yürütülmesinin söz konusu olduğu durumlarda tazminat hakkının olacağını vurgulamıştır. Ceza Hukuk Genel Kurulu 27.12.1963 tarih ve E. 1/1791, K. 2065 sayılı ilamında, davacının aynı işte aynı ücretle çalışması halinde dahi, ileride ücret

<sup>656</sup> Reisoğlu, 7. Baskı, s.177.

<sup>657</sup> İnan, s.320.

yükselmesinden mahrum kalma, sakatlığı nedeniyle bir takım takyitlere maruz kalıp masraf yapma durumunu da fazladan güç ve gayret sarfına ilave olarak göstermiştir<sup>658</sup>.

Şahsa verilen zarara, vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zarar, cismani zarar, bedensel zarar adı da verilmektedir. Zira burada, bir insanın hayatına, fizik ve ruh bütünlüğüne vaki ihlal sonunda uğranılan zarar söz konusudur. Vücut bütünlüğünün ihlali, zararlı bir sonuç doğurmamışsa, şahsa verilen zarardan bahsedilemez<sup>659</sup>.

Cismani zarar, bir organın yaralanması, kırılması, kopması, keza görme duyma organlarının zarara uğraması ya da görev yapamaz duruma gelmesi, kişinin fiziksel durumunun değişmesi, güzelliğinin halele uğraması (yani estetik zarar) gibi bedensel bir zararın meydana gelmesidir<sup>660</sup>.

Cismanî zarara uğrayan kimseye tamamen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisadî yönden uğrayacağı mahrumiyetten dolayı, BK 46/1'e (TBK m 54'e) göre hükmedilecek tazminat, çoğu zaman nakdi sermaye şeklinde tespit olunur. 818 s. BK "o kimsenin uğradığı cismanî zararın sonuçları, hükmün verildiği sırada kesin bir şekilde tayin edilemezse, yargıç kararında, hükmü bildirdiği tarihten itibaren iki yıl içinde durumu tekrar incelemeyi kararlaştırabilir"<sup>661</sup> şeklinde olmasına rağmen 6098 sayılı TBK bu hükme yer vermeyerek uygulamada da fazla yer almayan bu düzenlemeyi ortadan kaldırmıştır.

BK 46. maddesindeki bu hüküm cismani zararlarla ilgili özel düzenleme olduğundan, sadece haksız fiillerde değil, akit dışı sorumlulukta da (işverenin, müteahhidin, vekilin sorumluluklarında ve tehlike sorumluluğunda) uygulanır.

<sup>658</sup> Güleç Uçakhan, s.272.

<sup>659</sup> Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, Gözden geçirilmiş Genişletilmiş 8. Bası, Ankara 1988, s.45.

<sup>660</sup> Orhunöz, Ergun, **Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat**, Seçkin Yayınevi, İzmir, 1999, s.21-22.

<sup>661</sup> Tunçomağ, **Borçlar**, s.310.

Vücut bütünlüğünün ihlali kavramına, zarar görenin beden veya ruh bütünlüğünün maddî ya da manevî bir zarar meydana gelecek şekilde bozulması girer. Beden bütünlüğünün ihlalinde, zarar görenin bedeninde anatomik bir değişiklik ve bozulma söz konusudur. Bunlar, yaralanma ya da hastalık şeklinde oluşabilir. Bedensel zararın nedeni, mekanik etkiler olabileceği gibi, psişik (ruhsal) etkiler de olabilir<sup>662</sup>.

Aslında yukarıda da değinmiş olduğumuz gibi doktrinde BK 46. madde de yer alan "cismani zarar" deyiminden bedeni ve ruhi zararlar anlaşılakta iken 6098 s. TBK 54. maddesinde bedensel zarar ifadesini kullanmıştır.

Bu zararlar gerçek kişilerin nefislerinde kendini gösterdiği için ancak gerçek kişiler tarafından talep ve dava edilebilecektir. Tüzel kişilerin böyle bir zararından söz edilemeyecektir<sup>663</sup>.

Cismani zararlarda zarar dönemleri bilinen dönem (gerçekleşmiş zarar) bilinmeyen dönem (gerçekleşecek zarar, müstakbel zarar) olarak ikiye ayrılmıştır. Her iki dönem hükme en yakın tarihteki rapor tarihine göre belirlenir. Olay tarihi ile rapor tarihi arasındaki dönemleri, bilinen dönem, rapor tarihi ile ihtimali ölüm tarihi arasındaki süre bilinmeyen dönem olarak belirlenir. Her iki zarar kalemleri toplanarak toplam zarar bulunur<sup>664</sup>.

Eğer şahıs varlığı ölüm ile sonuçlanmamışsa beden bütünlüğünün ihlalden dolayı meydana gelmiş zararlar şu giderleri kapsar.

- Tedavi giderleri, zarar görenin sağlığına kavuşması için yaptığı tüm giderleri kapsar. Bu anlamda olmak üzere, hastanın sağlık kurumlarına taşınması için yapılan taşıma giderleri (taksi, helikopter, uçak gideri gibi); sağlık kurumlarına yapılan ödemeler, ilâç giderleri, sakat kalan hastanın yaşamını devam ettirebilmesi için protez, yürüme araçları giderleri vs. buraya girer.

<sup>662</sup> Gökcan, Hasan Tahsin, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, Genişletilmiş, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s.614.

<sup>663</sup> Kudat, Arkun, **Değerlendirme Prensipleri**, s. 29.

<sup>664</sup> Kılıçoğlu, M, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.57.

- Haksız fiil sonucu, yaralanan kişi, çalışamadığı günler nedeniyle ve ayrıca bütün müdahalelere rağmen sakat kalması sonucu çalışma gücünü kısmen ya da tamamen kaybetmiş bulunması dolayısıyla uğradığı zararların tazmin edilmesini isteyebilir. Örneğin: Hayvanın ısırıldığı ya da motorlu aracın çarptığı kişi, bir ay süreyle tedavi altında tutulmuş, bu nedenle çalışmamış ise, bunların karşılığı doğan zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Bu fiiller sonunda, kişi sakat kalmışsa, bu sakatlığın yol açtığı "çalışma gücü kaybı" zararlarının tazmin edilmesini talep edebilir. Kişinin çalışma gücü kaybı ve oranı, teknik ve uzmanlığı gerektiren bir konu ise, yargıç bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırabilir.

- Haksız fiil sonucu kişinin ekonomik geleceği sarsılmış olabilir. Bunun açtığı zararın da hesaplanması gerekir. Örneğin, geçimini resim yaparak yada piyano çalarak sağlayan kişi, haksız fiil sonucu parmaklarını kaybetmişse, bu durum çalışma gücünde kayba yol açmıştır. Ancak, kişi çalışma gücünü tam kaybetmemesine rağmen, haksız fiil ekonomik geleceğini sarsmıştır. Bu zararın da göz önünde tutulması zorunludur<sup>665</sup>.

## (2) İnsan Ölümünde Nakdi Tazminat

İnsana yönelmiş olan eylem sonucu kişinin yaşamının son bulmasından kaynaklı doğan zararlardır. Yukarıda değindiğimiz gibi eylem eğer gerekli koşulları taşıyor ve bu eylemin sonucu da zararından sorumluluğu doğuruyorsa ölümün gerçekleşmiş olmasından kaynaklı meydana gelmiş ve gelecek zararların tazmini zorunludur. Miktar ve kapsamının tayini her olayın ve kişinin somut özelliğine göre farklılık göstermektedir. BK m. 45 (TBK m. 53) tazmini istenebilecek zararlar bakımından şöyle bir ayırım yapmaktadır:

- Derhal ölüm olması halinde tazmini istenecek masraflar defin masraflarıdır. Defin masrafları, ölen kimsenin sosyal ve malî durumuna ve örf ve adete göre, ölünün yıkılması, kefenleme (tefîni), nakil ve mezar

<sup>665</sup> Kılıçoğlu, A, s.278.

cretleri, dini tören, ilan ve mezar yaptırma, icap ettiği hallerde otopsi masrafları gibi masraflardır. Eceli ile ölen kimsenin defin masrafları terekesinden ödenir.

- Ölümün derhal vukua gelmemesi halinde, tazmini istenebilen zararlar: Sorumlu olan Şahıs, lm vuku bulana kadar; 1) tedavi masraflarını. 2) alıŐma gücünün kaybından doğan zararları ve 3) defin masraflarını tazmin etmek zorunluluğundadır.

- TBK 53. maddesi son fıkrası ölüm sonucunda ölenin desteğinden yoksun kalanların da zararlarının tazminini talep edebileceğini düzenlemiş bulunmektedir.

Yukarda sayılmış olan zararlar uygun illiyet sonucu eylemde bulunarak mağdurun ölümüne neden olmuş kişi veya kişilerden bazen de kusursuz sorumluluk hükümlerinin hakim olduğu ilişki çerçevesinde eylemi gerçekleştirenin dışında başka birinden tazmin edilebilir. Örneğin adam çalıştıran çalıştırdığı işçinin işi yürütürken birini öldürmüş olmasında sorumluluk iŐverendedir.

Destekten yoksun kalma tazminatı bağımsız bir niteliğe sahiptir; tazminat hakkı destek görenin Şahsında doğrudan doğruya ve asli olarak doğar. Ölenin sağlığında yaptığı işlemler ve tasarruflar, örneğin tazminat talebinden vazgeçme veya sınırlamalar, destek görenin tazminat hakkını ortadan kaldırmaz veya sınırlamaz. Desteğin rızası, TBK m. 52'de tazminatın indirilmesi Şartları varsa kaldırılma sebebi olarak dikkate alınır. Destek olanın tazminat alacağı, desteğin mirasçısı olması, hısmı olması veya aile ferdi olmasından değil, bakım ilişkisinden kaynaklanır. Destek gören ölenin mirasını reddetse veya mirastan feragat etse bile destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir. Ancak bakım ilişkisinin sona erdiğini gösteren kanuni bakım yükümlülüğünün kalktığını ve bakım iradesinin bulunmadığını gösteren

mirastan çıkarma veya mirastan yoksunlukta destek görenin tazminat talep hakkı bulunmamaktadır<sup>666</sup>.

## 2. Manevi Tazminat

Manevi zarar, haksız bir fiil sonucu kişinin şahıs varlığında uğradığı kayıpları ifade eder. Kişinin bu ayıbı haksız fiil nedeniyle doğabileceği gibi, sözleşmeye aykırılık nedeniyle de doğabilir.

Anlaşılmaktadır ki manevi zarar kişinin duygu cephesinde uğradığı kayıptır. Acı, ızdırap, elem gibi manevi zararın ille de şahıs varlığına yönelmesi gerekmez. Örneğin hatırası büyük olan bir fotoğrafın yırtılması nedeniyle de manevi zarar oluşabilir<sup>667</sup>.

Manevi tazminat, kişilik haklarında uğranılan zararı karşılamak üzere tayin olunur. Medeni Kanunu'nun 24/2. maddesinde "Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır." demek suretiyle belirtilmiştir. Böylece, örneğin, bir artistin, evinde, özel havuzunda çekilmiş resimlerinin müsaadesi alınarak yayınlanması<sup>668</sup> polisin yasalardan doğan yetkisine, mahkeme kararına dayanarak bir şahsı tutuklaması, meşru savunmada karşı

<sup>666</sup> Antalya, 468.

<sup>667</sup> Gülerci/Kılınç, s.158.

<sup>668</sup> YHGK. 26.3.2003, K. 2003/201, MK m. 23'de, kişilik hakları, doğrudan doğruya kişinin kendisine karşı da korunmuştur. Kişilik haklarına aykırı bir yayının ilgili kişinin rızası nedeniyle "hukuka uygun" sayılabilmesi için verilen rızanın MK m. 23'ün sınırları içinde kalması, hukuka ve ahlaka aykırı bir nitelik taşımaması gerekir. Bir kimsenin bütün sırlarının ifşa edilmesine, aile yaşamıyla ilgili en mahrem konuların açıklanmasına, şeref ve haysiyetine her türlü saldırının yapılmasına ilişkin "rıza" şahsiyet haklarına yapılan saldırının "hukuka aykırı" niteliğini ortadan kaldırmaz. Davaya konu romanda, 15 sahifelik bir bölümde, kız nuri başlığı altında davacının yaşam öyküsü, kimliği açıklanarak, aşağılayıcı bir üslupla anlatılmıştır. Davacı, yazara güvenerek özel hayatını anlattığını ancak yayınlanmasına izin vermediğini ifade ederek, kişilik haklarına tecavüz nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Davalı yazar davacının yayına izin verdiğini ileri sürmüştür. Olayda, yukarıda belirtilen hukuki nedenlerle "geçerli bir rızanın bulunduğu" anlayabilme olanağı yoktur. Manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. **İst. Bar. D.** 2006/4, s.1045-1652.



tarafa bedensel bir zarar verilmesi, bilimsel ve objektif nitelikte eleştiriler yapılması, Anayasamızın 39. maddesinde öngörülen hallerde (doğru olması kaydıyla) suçlamada bulunulması durumunda hukuka aykırı bir davranış yoktur, manevî tazminat istenemez<sup>669</sup>.

Manevî tazminat adı altında ödenen para maddî bir zararın tazminin niteliğinde değildir. Manevî tazminatın amacı, şahsiyet haklarına yöneltilen haksız bir tecavüz sonucunda, tecavüze uğrayanın manevî zararını, çektiği acıyı, manevî üzüntüyü veya uğradığı ruhsal sarsıntıyı gidermeye yardımcı olacak bir tatmin yolu bulmaktır. Bu sebeplerdir ki, manevî tazminatı genel olarak düzenleyen BK m.49'da (TBK m. 56) açıkça ön görüldüğü üzere, hâkim manevî tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine hükmedebileceği gibi, onun yerine veya onunla birlikte başka bir tazmin yoluna da karar verebilir. Böylece manevî tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesi halinde de malvarlığındaki bir azalmanın (bir maddî zararın) karşılanması veya haksız fiili yapan kimsenin cezalandırılması değil, fakat tecavüze uğrayanın ruhî sarsıntısını giderecek maddî olanakların yaratılması söz konusudur<sup>670</sup>.

6098 s. TBK 56. maddesi ise, “Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.” diyerek daha önce doktrinde ve yargı kararlarında kabul gören ağır bedensel zarar halinde ölenin yakınlarına da manevi tazminat ödenebileceğini hüküm altına almıştır.

Manevî tazminatın şartları, esas itibariyle, TBK 56. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bununla beraber, manevî tazminat talebinin

<sup>669</sup> Reisoğlu, **22. Bası**, s.233.

<sup>670</sup> Reisoğlu, **7. Bası**, s.189.

şartlarını, düzenlenen diğer hükümlerden de istifade ederek şöyle tespit edebiliriz:

- Şahsiyet hakları hukuka aykırı olarak ihlal edilmelidir.
- Manevî bir zarar mevcut olmalıdır.
- İhlâl ile manevi zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.
- Şahsiyet haklarının ihlâli kusurlu olmalıdır<sup>671</sup>.

## II. İŞ HUKUKUNDA UYGULANAN BORÇLAR HUKUKU TAZMİNATLARI

### A. HAKSIZ FESİH TAZMİNATI

#### 1. Haksız Fesih Tazminatının Hukuki Niteliği

İşverenin iş sözleşmesini haksız feshi halinde 6098 sayılı TBK m. 438/3'te öngörülen ve "haksız fesih tazminatı" olarak adlandırılacak bu tazminat hukukumuz bakımından tamamıyla yenidir. Bu tazminat hükmünün önemi, TBK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, iş kanunlarına tabi işçiler bakımından da uygulanacak olmasıdır<sup>672</sup>. Zira iş kanunlarında işverenin haksız feshi için öngörülmüş bir tazminat hükmü yer almamaktadır. Borçlar Kanunu ile iş kanunları arasındaki genel kanun - özel kanun ilişkisi nedeniyle, hakkında özel bir hüküm bulunmayan bu halde iş kanunlarına tabi iş ilişkileri

<sup>671</sup> İnan, s. 339.

<sup>672</sup> Soyer, Polat, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", **Sicil İHD**, S.22, Haziran 2011, s.17.

bakımından da TBK m. 438/3 hükmünün uygulanması gerekecektir. Ancak iş güvencesi kapsamındaki işçiler için bu tazminat söz konusu olmaz.

İş Kanununa tabi olup da belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan işçilerin sözleşmelerinin işverence haksız feshi halinde feshin "usulsüz fesih" olarak tahvili suretiyle işverenin ihbar tazminatından sorumlu tutulması şeklindeki İş Hukuku çözümüne, TBK m. 438/1 hükmü karşısında artık başvurma gereği kalmadığı söylenebilir. Zira TBK kapsamındaki işçiler bakımından işverenin, haklı neden olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshi halinde işçinin, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebileceğini öngören bu hükmü, İş Kanununa tabi işçiler bakımından da genel hüküm olarak uygulanabilir niteliktedir ve bu itibarla da tahvile gerek kalmaksızın belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshinde işçiye bildirim süreleri kadar ödenecek tazminatın, yani ihbar tazminatının kanuni temelini oluşturabileceğini ifade etmek yanlış olmaz. Şu şartla ki tazminata esas olarak alınacak bildirim süresi İş Kanunundaki bildirim süresi olmalıdır<sup>673</sup>.

Feshin haklı sebebe dayanmaması durumunda doğacak sonuçlar ise, 6098 sy. TBK m. 438'de ele alınmıştır. Maddeye 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 sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir. 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. Hakim bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye

<sup>673</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.776-775.

ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz"<sup>674</sup>.

Belirsiz süreli sözleşmelerde haksız fesih nedeniyle bildirim süresine uyulmaması nedeniyle, belirli süreli iş sözleşmelerde ise sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesi nedeniyle işçinin uğradığı zararın karşılanmasını amaçlanmaktadır. Haksız fesih tazminatı ise doğrudan doğruya haksız feshin yani hukuka aykırı davranışın yaptırımıdır. Dolayısıyla haksız feshe maruz kalan işçi her iki tazminatı da talep edebilecektir. Nitekim madde metninde de haksız fesih tazminatına hakimin ayrıca karar vereceği belirtilmiştir.

## **2. Haksız Fesih Tazminatı İsteyebilme Koşulları**

### **a. İşveren Tarafından Haksız Fesih Halinde**

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin metni şöyledir: "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. 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. 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."

<sup>674</sup> Yavuz, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncelleştirilmiş ve Yenilenmiş, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2011, s.423-424.

BK'nda karşılığı bulunmayan bu hükmün gerekçesinde; maddenin birinci fıkrasında, işverenin haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshetmesi durumunda işçinin, belirsiz süreli sözleşmelerde fesih bildirim süresine ve belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması nedeniyle, bu sürele uyulsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebileceği belirtilmektedir. Bu tazminat ile, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir sebep olmaksızın, taraflarca kararlaştırılan sürenin sona ermesinden önce feshedilmesi yüzünden işçinin uğradığı olumlu (müspet) zararların giderilmesi amaçlanmıştır. Böylece, işveren, haklı bir sebep olmadığı hâlde, hizmet sözleşmesini sona erdirecek olursa, fıkra öngörülen tazminat yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır.

Maddenin gerekçesinden yola çıkıldığında haksız fesih tazminatının şartları aşağıdaki gibidir:

- İş sözleşmesi haklı sebep olmaksızın derhal feshedilmiş olmalı,
- belirsiz süreli sözleşmelerde fesih bildirim süresine, belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmamalı.

Bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir. Bu tazminat, fesih yüzünden işçinin uğradığı müspet zararın giderilmesine yöneliktir. Belirli süreli hizmet sözleşmesinde, hükmedilecek tazminat miktarından denkleştirme (mahsup) yapılması kuralına yer verilmiştir. Buna göre, işçinin sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilecektir<sup>675</sup>.

<sup>675</sup> Şenyüz, Doğan, **6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, 5. Baskı**, Ekin Basım Dağıtım, Bursa, 2011, s.355.

## (1) Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi

### i. İş Güvencesinden Yararlanmayan İşçinin İş Sözleşmesinin Haksız feshi

4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 1475 sayılı eski İş K. m.13/son fıkrada tarafların ayrıca tazminat haklarının saklı olduğunu belirten hükme 4857 sayılı İş Kanununda yer verilmemekle birlikte, işçinin, haksız fesih nedeniyle maruz kaldığı zararı varsa genel hükümlere göre talep edebileceği açıktır. Buna göre haksız fesih nedeniyle zarara uğramış ve zararın miktarını ispat etmişse maddi tazminat talebinde bulunabileceği gibi koşulları varsa, özellikle kişilik haklarına bir tecavüz vaki ise, TBK m. 58'e göre (BK m. 49) manevi tazminat talebinde de bulunabilir<sup>324</sup>. Bununla birlikte iş sözleşmesinin salt haksız feshi nedeniyle manevi tazminat talep edilemez<sup>676</sup>.

6098 sayılı TBK kapsamındaki işçiler bakımından ise kanun koyucu işverenin, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshi halinde işçinin, belirsiz süreli sözleşmelerde fesih bildirim süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebileceğini öngörmüştür. TBK m. 438/1'de öngörülen ve işçinin "...belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine ... uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktar..." olarak belirtilen bu tazminat İş Kanunundaki ihbar tazminatı mahiyetindedir. Şu halde bundan böyle İş Kanunu kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde de ihbar tazminatı söz konusu olmaktadır. Ancak İş Kanununa göre şartları varsa işçi de m.17 kapsamında ihbar tazminatı ödemekle yükümlü iken TBK'na tabi işçinin bildirim süresine uymaksızın ani olarak işi bırakması halinde bildirim süresine ilişkin ücreti tutarında değil m. 439'a göre aylık ücretinin dörtte birine eşit bir

<sup>676</sup> Y9HD. 9.2.1995, E. 1995/16116, K. 1995/3259, Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.774.

tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusudur. Demek ki bu noktada TBK ile İş Kanunu arasında bir paralellik bulunmamaktadır<sup>677</sup>.

## ii. İş Güvencesinden Yararlanan İşçinin İş Sözleşmesinin Haksız feshi

İş güvencesi hükümlerinin sadece işverence yapılan süreli fesihlerde uygulanıp İş Kanununun 25. maddesine aykırı olarak yapılacak haksız fesihlere karşı güvence getirilmemesi yasanın eksik kalmasına yol açardı. 4857 sy. İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrası ile iş güvencesi hükümlerinin haksız fesihlere de uygulanacağı öngörülmüştür. Anılan hükme göre "İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir<sup>678</sup>."

Her şeyden önce belirtelim ki, İş Kanunu hükümlerinde yer alan iş güvencesi kuralları belirsiz süreli iş akitlerinin feshine uygulandığından (İş K. m. 18/1) bu kurallar sadece belirsiz süreli sözleşmelerin işverence haksız feshinde ve işçinin iş güvencesinden yararlanıyor olduğu durumlarda uygulama alanı bulacaktır<sup>679</sup>.

### (2) Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi

6098 sy. Türk Borçlar Kanunu m. 438/1'e göre "İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi...belirli süreli sözleşmelerde...sözleşme süresine uyulmaması durumunda ... bu sürelere uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir." 6098 sy. TBK'nın belirli süreli iş sözleşmelerinin işverence haksız feshine ilişkin bu

<sup>677</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.774.

<sup>678</sup> Süzek, 7. Baskı, s.665.

<sup>679</sup> Süzek, 7. Baskı, s.665.

tazminat hükmü, İş Kanununa tabi belirli süreli iş sözleşmelerinde de genel hüküm olarak uygulanır. 6098 sy. TBK'na kadar İş Kanunu kapsamındaki işçiler "boşta geçen süreler tazminatı" denilebilecek bu tazminattan, belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde 818 sy. BK m. 325 kıyasen uygulanarak yararlandırılmışlardır. Esasen bu madde hükümleri, ücret tabirini kullanmakla birlikte, tazminata müsait bir hukuksal içeriğe sahiptirler<sup>680</sup>.

### **b. İşçi Tarafından Haksız Fesih Halinde**

6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 439 göre; "İşçi, haklı sebep olmaksızın ise başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır.

İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir.

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."

Maddenin gerekçesi ise şöyle açıklanmıştır: Maddenin birinci fıkrasında, işçinin haklı sebep olmaksızın ise başlamaması veya aniden işi bırakması durumunda işverenin, işçinin aylık ücretinin dörtte birine eşit bir tazminatı ve ayrıca uğradığı ek zararların giderilmesini de isteme hakkına sahip olacağı belirtilmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasının gerekçesinde, işverenin zarara uğramaması veya uğradığı zararın işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az olması durumunda, hâkime tazminatı indirme yetkisi verilmektedir.

<sup>680</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.777.



Maddenin son fıkrasının gerekçesinde ise, işverenin işçiden tazminat isteyebilmesi için otuz gün içinde dava ya da takip yoluna başvurması zorunluluğu öngörülmüştür. Hak düşürücü nitelikte olan bu süre, işçinin ise başlaması gereken gün ya da işi bıraktığı gün işlemeye başlayacaktır. Ancak işveren, işçiye karşı olan bu tazminat alacağını takas yoluyla da kullanabilecektir.

Öğretide Mollamahmutoğlu'nun belirtmiş olduğu gibi, TBK'nun 439. maddesi hükümleri ve bu bağlamda tazminat ödeme yükümü İş Kanununa tabi işçiler bakımından uygulama alanı bulmaz. Zira İş Kanunu bağlamında haklı neden olmaksızın iş sözleşmesinin derhal feshi bir usulsüz fesihdir ve usulsüz feshin yaptırımını İş Kanunu m.17/4'te ihbar tazminatı olarak belirlemiştir. Belirli süreli sözleşmelerin işçi tarafından haksız feshi bakımından da hükmün İş Hukuku alanında uygulanması mümkün değildir. Zira İş Kanununda sadece bir halde işverenin zararı olmasa da haksız fesih dolay işçinin sorumluluğu söze konudur. Gerçekten de m. 23'de işçinin haksız fesihten sorumluluğu "...sözleşme süresinin bitmesinden önce...işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürüdür"<sup>341</sup>. Şu halde iş hukuku bakımından işveren, feshin salt haksız olması nedeniyle bir yaptırım olarak haksız fesih tazminatına değil, haksız fesih nedeniyle doğan bir zararı varsa zararın tazminine ilişkin genel hükümlere göre bir tazminat hakkına sahip olabilir. Sonuç olarak işçinin sözleşmesinin haksız feshinde, genel hüküm olarak TBK m. 439'a müracaatı gerektiren bir boşluktan bahsedilemez<sup>681</sup>.

### 3. Haksız Fesih Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması

6098 sy. TBK m. 438'in son fıkrasında, birinci fıkrada öngörülen tazminattan ayrı olarak, işçinin altı aylık ücretinden fazla olmamak üzere işverenden tazminat isteyebileceği öngörülmektedir. Bu tazminatın miktarı,

<sup>681</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı s.781-782.

hâkim tarafından, somut olayın bütün durum ve koşulları ( tarafların sosyal ve ekonomik durumları, sözleşmenin devam süresi, fesih için ileri sürülen sebep) göz önünde tutularak serbestçe belirlenecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, birinci fıkrada hükmedilecek tazminatlarla ilgili olarak bir denkleştirme (mahsup) kuralına yer verilmektedir. Buna göre, işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, işçinin her iki sözleşme türünden birinde isteyebileceği tazminattan indirilecektir.

#### **4. Haksız Fesih Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi**

##### **a. Haksız Fesih Tazminatının Alacaklısı**

İş sözleşmesi 6098 sy. TBK m. 438 kapsamında, işveren tarafından haksız olarak feshedilen işçi, haksız fesih tazminatının alacaklı tarafıdır.

Eğer iş sözleşmesi 6098 sy. TBK m. 439 kapsamında işçi tarafından haksız olarak feshedilmişse bu durumda alacaklı haksız feshe maruz kalan işverendir.

##### **b. Haksız Fesih Tazminatının Borçlusu**

İşçinin iş sözleşmesini 6098 sy. TBK m. 438 çerçevesinde haksız olarak fesheden işveren haksız fesih tazminatının borçlusu olur.

Eğer 439. madde çerçevesinde işçi tarafından haksız fesih gerçekleştirilmişse bu durumda borçlu işçidir.

### **c. Haksız Fesih Tazminatında Zamanaşımı**

İşverence yapılan haksız fesihte tazminat Borçlar Kanununun genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Zaten bu düzenleme 6098 sy. TBK 438. maddesiyle Hukukumuzda getirilmiş bulunmaktadır ve bunun genel zamanaşımı süresine tabi olması normaldir.

İş sözleşmesi eğer işveren tarafından haksız olarak feshedilmişse bu durumda, 439. maddenin son fıkrasında, işverenin işçiden tazminat isteyebilmesi için otuz gün içinde dava ya da takip yoluna başvurması zorunluluğu öngörülmüştür. Hak düşürücü nitelikte olan bu süre, işçinin işe başlaması gereken gün ya da işi bıraktığı gün işlemeye başlayacaktır. Ancak işveren, işçiye karşı olan bu tazminat alacağını takas yoluyla da kullanabilecektir.

### **d. Haksız Fesih Tazminatının Gecikme Faizi**

Haksız feshe uygulanacak olan gecikme faizi daha önce diğer tazminatlarda yapmış olduğumuz açıklamalar gibi yasal faizdir. Faizin başlama zamanı ise haksız fesih bildiriminin işçiye tebliğ edildiği gündür.

## **5. Sosyal sigorta Primleri Yönünden Haksız Fesih Tazminatı**

Niteliği itibariyle kötüniyetli fesihle benzerlik gösteren bu tazminata kötü niyetli tazminata uygulanan hükümler kıyasen uygulanacaktır. İşçinin işyeri ile olan bağı iş sözleşmesinin feshi ile sona erdiğinden işçiye ödenecek haksız fesih tazminatı prime esas kazanca dahil edilmeyecektir.

## 6. Vergi Hukuku Yönünden Haksız Fesih Tazminatı

Niteliği itibariyle kötüniyetli fesihle benzerlik gösteren bu tazminata kötüniyetli tazminata uygulanan hükümler kıyasen uygulanacaktır. Haksız fesih tazminatından gelir vergisi ve binde 6,6 oranında damga vergisi kesilecektir.

## B. GERİYE KALAN SÜRE TAZMİNATI

### 1. Geriye Kalan Süre Tazminatının Hukuki Niteliği

İş kanununda düzenlenmemiş olan geriye kalan süre tazminatı Borçlar Kanununun 325. (TBK m. 408) maddesindeki düzenlemeler göz önünde bulundurulurken belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulanan bir tazminat türüdür. BK m. 325'e göre, İşveren, işçinin yapacağı işi kabul etmek zorundadır. İşveren işi kabul etmekte temerrüde düşerse, işçi işi, yapmaksızın sözleşmeyle kararlaştırılan ücreti isteyebilir.

TBK 408. maddesinde "İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir." denilmektedir. Bu maddenin gerekçesine göre hizmet sözleşmesinde işverenin temerrüdü, alacaklının temerrüdünün özel bir hâlidir. İşverenin, işçinin iş görme ediminin ifasının engellendiği şu iki durumda da ücret ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir:

- İşverenin, işçisinin gereği gibi önerdiği iş görme edimini kabulde temerrüde düşmesi,

• İşverenin, işçinin iş görme edimini ifasını kusuruyla engellemesi. İşverenin işin görülmesini kusuruyla engellemesi, o işin yapılmasından vazgeçmesi, işçinin yerine başkasını çalıştırması gibi sebeplere dayanabilir. Yukarıdaki iki durumdan biri gerçekleştiği takdirde işveren, kabulden kaçındığı ya da ifasını kusuruyla engellediği iş görülmediği hâlde, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olacak ve daha sonra, aynı işin görülmesini ondan isteyemeyecektir.

## 2. Geriye Kalan Süre Tazminatı İsteyebilme Koşulları

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda işverenin temerrüdü, alacaklının temerrüdüne ilişkin genel hükümlerden (m. 106 vd.) ayrı olarak özel bir şekilde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununun 408. maddesine göre işçinin ücrete hak kazanması için işçinin iş görme edimine hazır olması ve ifanın mümkün bulunmasına karşılık işverenin de işin ifasını haklı ve objektif bir neden bulunmadığı halde kabul etmekten kaçınması gerekir<sup>682</sup>.

6098 sy TBK'nun 408. maddesine göre işverenin temerrüdü;

- İşçinin, işin ifasını teklif etmesi:
- İşin ifasının mümkün bulunması
- İşverenin, teklif edilen iş ifasını, haklı bir neden olmaksızın reddetmesi (kabulden kaçınması)<sup>683</sup> halinde gerçekleşmiş olur.

İşverenin temerrüdünün, fesih sayılabilmesi için, kural olarak, işçinin işyeri ile ilişkisinin kesilmiş olması gerekir. İşveren, işlerin durgunluğu, stokların artması gibi makul bir gerekçeyle işi kabulden kaçınıyorsa, yani işçiyi çalıştırmıyorsa, İş K. m. 66/l-c uyarınca işçinin işverenin emrinde iş verilmesini bekleyerek geçirdiği süreler çalışma süresinden sayıldığından,

<sup>682</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.344.

<sup>683</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.593-594.

işçi çalışmadan ücrete hak kazanacaktır. Fakat bu durum geçici değil de, sürekli bir hâl almışsa ve işçinin ücreti de ödenmiyorsa, sözleşmenin işveren tarafından örtülü olarak (zımnen) feshedildiği sonucuna varılmalıdır<sup>684</sup>.

Bu durumda işçi BK m. 325 (TBK 408) uyarınca geriye kalan süre ücretini isteyebilir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararı şöyledir; "Taraflar arasındaki uyuşmazlıkta esas sorun, süresi belirli iş sözleşmesi ile çalışan ve iş güvenliği önlemlerinin alınmaması gibi haklı bir nedenle iş sözleşmesini süresinden önce fesheden davacının sözleşmenin kalan süresi için tazminat isteğinde bulunup bulunamayacağı noktasında toplanmaktadır. Mahkemece davacının bu isteği Borçlar Kanunu'nun 325. (TBK 408) maddesi kapsamında değerlendirilerek istek kabul edilmiştir. Oysa yukarıda açıklandığı üzere, davacının bu isteği aynı Kanun'un 345. (TBK 437) maddesi kapsamında muhik bir tazminat olarak değerlendirilmelidir. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin muhik tazminat istemi niteliğindeki bakiye süre ücretine ilişkin hukuki nitelendirme hatalı ise de, sonuç itibari ile davacı işçinin bu madde kapsamında isteyebileceği ve hüküm altına alınmasının doğru olduğu anlaşıldığından kararın belirtilen gerekçelerle onanmasına, 20.12.2010 gününde oybirliği ile karar verilmiştir<sup>685</sup>."

### 3. Geriye Kalan Süre Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması

İşçinin alacağı tazminat miktarı geri kalan süre içinde ücretine tekabül edecek miktardır. Ancak işçinin işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile başka bir işte çalışmışsa bu işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler, kalan süreye ait ücretler toplamından indirilir. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir. Örneğin, somut olayda, davacı işçinin belirli süreli olan iş akdinin süresinden önce haksız olarak feshedildiği sonucuna ulaşılarak, bakiye süre ücretine hükmedilmiş ise de bakiye süre

<sup>684</sup> Şakar/Yiğit Şakar, s.230.

<sup>685</sup> 9YHD 20.12.2010 E:2010/15688 K:2010/38732, Meşe HİP.

ücretinin tamamının ne kadar olduğu belirlenmemiştir. Öte yandan, yılın ortasında iş akdi feshedildiği gerekçesi ile her hangi bir indirim de yapılmamıştır. Davacı işçinin belirlenen bakiye süre ücretinden yukarıdaki esaslar çerçevesinde, BK 325. (TBK 408) maddesi uyarınca işçinin, sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler, kalan süreye ait ücretler toplamından indirilmelidir. Bu konuda gerekli araştırma yapılmadan, işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönem içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği ya da iş arayıp aramadığı hususunda araştırma yapıp gerekli indirim yapılmadan sonuca gidilmiş olması hatalıdır<sup>686</sup>.

#### **4. Sosyal Sigorta Primleri Yönünden Geriye Kalan Süre Tazminatı**

Sigortalının işyeri ile hukuki ilişkisi iş sözleşmesinin feshi ile sona ermiş olduğundan, ödenen tazminat, ücret niteliğinde olmadığı için prime esas kazanca da dahil edilemeyecektir<sup>687</sup>.

#### **5. Vergi Hukuku Yönünden Geriye Kalan Süre Tazminatı**

Kıdem tazminatı gelir vergisinden istisna edilmişken ve sadece binde 6,6 damga vergisine tâbi iken, ihbar tazminatında olduğu gibi geri kalan süreye ilişkin tazminattan da gelir vergisi ve binde 6,6 damga vergisi kesilir.

<sup>686</sup> Y9HD. 25.11.2010 E, gün 2008/39297, K, 2010/34669 Çil, **Yargıtay İlke Kararları**, s.171.

<sup>687</sup> Şakar/Yiğit Şakar, s.231.

## **6. Geriye Kalan Süre Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi**

### **a. Geriye Kalan Süre Tazminatının Alacaklısı**

Belirli iş sözleşmesinin süresi dolmadan iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi alacaklıdır.

### **b. Geriye Kalan Süre Tazminatının Borçlusu**

Geriye kalan süre tazminatının borçlusu belirli iş sözleşmesini süresi dolmadan haksız bir şekilde fesheden işverendir.

### **c. Geriye Kalan Süre Tazminatında Zamanaşımı**

Geriye kalan süre tazminatı talep etme hakkı Borçlar Kanununun 125. Maddesindeki genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

### **d. Geriye Kalan Süre Tazminatının Gecikme Faizi**

Gecikme faiziyle ilgili olarak önce ihbar tazminatı, sendikal tazminat, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatında olduğu gibi yasal faiz yürütülerek hesap yapılır. Faizin isteneceği zaman dilimi ise, iş sözleşmesi fesh edilmeseydi ücretlerin ödeneceği zaman ile ödemenin yapıldığı zaman arasında kalan dilimdir.



## C. MADDİ TAZMİNAT

### 1. İş Göremezlik Tazminatı

Sorumluluk hukukunun amacı, kişinin mal varlığında meydana gelen zararı gidermektir<sup>688</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 54. Maddesine göre: Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

\*Tedavi giderleri,

\*Kazanç kaybı,

\*Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar,

\*Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.

Vücut bütünlüğünün ihlâli, beden bütünlüğünün veya ruhsal bütünlüğün zedelenmesi şeklinde ortaya çıkar. Örneğin, iş kazasında meydana gelen mekanik veya psişik müdahale ve darbe sonucu işçinin bedeninde anatomik bir değişiklik veya bozulma oluşmakta, işçinin eli, kolu, bacağı gibi organları kopmakta veya meslek hastalığı sonucu akciğerleri hastalanmakta ve böylece bedensel bir zarar oluşmaktadır. Bunun yanında, mekanik bir etki veya psişik bir müdahale sonucu kişinin duygu, zeka ve yeteneklerinde değişiklikler oluşmakta, ruhsal sağlığı bozulmakta, kalp hastalığı, sinir bozukluğu ve hastalığı, akıl hastalığı veya zayıflığı meydana gelmektedir. Bu şekilde kişinin ruhsal bütünlüğünün bozulması da TBK'nun 54. Maddesinde yazılı bedensel (cismanî) zarar kapsamı içindedir<sup>689</sup>. Görüldüğü üzere bu tür durumlarla karşılaşan işçi etkinin derecesine göre iş gücünde kayıplar yaşayıp iş göremez duruma düşebilir.

<sup>688</sup> Güneren, Ali, **İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları**, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2011, s.621.

<sup>689</sup> Eren, **13. Baskı**, s. 711-712; Güneren, s.621-622.

Sürekli iş göremezlik ister tam ister kısmi olsun uygulama ve öğretiyeye göre, geleceğe yönelik varsayımsal (farazi) bir zarar olarak hesaplanır. Çalışma gücünün sürekli kaybından doğan zararın hesaplanmasına doğrudan etkili olan, işçinin net geliri, iş göremezlik oranı, bakiye ömrü, iş görebilirlik çağı, karşılıklı kusur oranlarının öncelikle bilinmesi gerekir<sup>690</sup>.

### a. Geçici İş Göremezlik Tazminatı

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu geçici iş göremezliğe uğrayan işçi, kısmen de olsa mesleğini sürdürebiliyorsa zararı, tam ve sürekli olarak çalışması halinde elde edeceği ücret tutarı ile kısmî iş göremez durumda çalışarak elde edebileceği ücret arasındaki farktır. Örneğin, sağlıklı günlerinde her gün çalışabilen işçi, kaza sonrası geçici bir süre için de olsa haftanın ancak birkaç günü çalışabiliyorsa, yoksun kaldığı kazançların giderini işverenden isteyebilir. Ancak işçinin kazaya uğramadan önceki gelirinin sürekli ve sabit bir nitelik taşıması gerekir, bu yıllık da olabilir<sup>691</sup>. Bunun gibi, geçici iş göremezliği nedeniyle kendisine başka bir iş verilen işçi, ilk işinden elde ettiği kazanç ile sonraki işinden elde ettiği kazanç arasında aleyhine oluşan farkı işverenden isteyebilir<sup>692</sup>.

### (1) Bedensel Zarar Kavramı ve Korunması

Beden bütünlüğü insanın bütün hayat şartlarına uyum sağlayabilecek nitelikte tam ve normal bir kişisel yapıya sahip olması anlam ve içeriğini ihtiva eder. İnsanın yaşam koşullarına uygun olması lazım gelen bu yapısında meydana gelecek bir noksanlık, beden tamlığının zedelenmesi veya ortadan kalkması sonucunu meydana getirir.

<sup>690</sup> Güneren, s.630.

<sup>691</sup> Akın, Levent, **İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2001.s.169.

<sup>692</sup> Güneren, s.629.

Borçlar Kanunumuzun 46. (TBK.'nun 54.) maddesinde sözü edilen "bedensel (cismanî) zarar" kavramına, yaralama, organlardan birini sakatlama, zehirleme, korkutma sonucunda erken doğuma veya bir sinir krizine sebep olma gibi, bedensel veya ruhsal zararlar, sarsıntılar girer<sup>693</sup>.

Bir kimsenin hukuka aykırı bir fiil sonucu yaralanması, sakatlanması, hastalanması yahut ruhsal bir bunalım geçirmesi tek başına zarar yaratmayabilir. Ancak bu nedenlerle malvarlığında bir azalma olmuş veyahut ileride bir azalma olması söz konusu ise, bu takdirde bir zarardan söz etmek de mümkündür. BK m. 46 (TBK m. 54) da bu tür zararları kapsamı içerisine almaktadır. İnsan, başlı başına maddi bir mal varlığı olmamakla birlikte, onun cismine, bedenine vaki tecavüz sonucu çalışma kudretinin eksilmesine yol açabilir ve dolayısıyla kaçırılan kâr yahut maddi ihtiyaçların çoğalması yüzünden uğranılan ziyan şeklinde zarar da doğabilir<sup>694</sup>. Şu halde BK. 46. maddede yer alan "cismani zarar" deyiminden bedeni ve ruhi zararlar anlaşılacaktır. Bu zararlar gerçek kişilerin nefislerinde kendini gösterdiği için ancak gerçek kişileri tarafından talep ve dava edilebilecektir. Tüzel kişilerin böyle bir zararından söz edilemeyecektir<sup>695</sup>. Beden tamlığının ihlalinden doğan zararlar malvarlığı ile ilgili olabileceği gibi, mamelek dışı da olabilir. Fakat her iki halde de maddi ve manevi tazminat söz konusudur<sup>696</sup>.

Haksız fiil sonucu yaralanarak bedensel bütünlüğü zedelenen kişi kısmen veya tamamen görememek, duyamamak, yürüyememek, hareket edememek vb. şekillerde sakat kalmış olabilir. Bu gibi durumlarda yukarıda da ayrıntısıyla anlattığımız gibi, haksız fiil meydana geldiği andan itibaren bazı harcamaların yapılması kaçınılmazdır. Bu harcamalar genellikle haksız fiil olmasaydı yapılmayacak veya maruz kalınmayacak zarar karşılıklarıdır<sup>697</sup>.

<sup>693</sup> Reisoğlu, **22. Bası**, s.219.

<sup>694</sup> Güleç Uçakhan, s.261

<sup>695</sup> Kudat, Arkun, **Cismani Zararların Değerlendirme Prensipleri ve Maluliyet Baremleri**, Tisa Matbaacılık, Ankara, 1970. s.29.

<sup>696</sup> Güleç Uçakhan, s.261

<sup>697</sup> Şenyüz, s.112.

Beden ve ruh sağlığının korunması 1982 Anayasa'sının 17. maddesinde "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlığı altında ifade edilmiştir. Bu maddeye göre;

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkı yönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciinin verdiği emirlerinin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri birinci fıkra hükmü dışındadır." tarzında kişinin beden ve ruh bütünlüğü güvence altına alınmıştır. Bu hükümler sadece Anayasada değil benzer şekilde medeni kanunun "şahsiyet hakları" bölümüne ve bunun yanı sıra ceza kanunlarına da alınmıştır. Bu maddelerle kişinin beden ve ruh sağlığının ihlali ağır cezalara bağlanmıştır.

## **(2) Geçici İş Göremezlikten Doğan Zarar**

Çalışma gücünün kaybı, diğer koşulların varlığı halinde tazminat için yeterlidir. Zarar görenin tekrar eski işinde çalışmasının önemi bulunmamaktadır. Davanın red sebebi olmaz. Zarar ve tazminat hesabı hep bir noktaya göre belirlenir. Hükme en yakın olan tarih rapor tarihi zarar ve tazminatta artı ve eksilerin hesaplanacağı odak noktasıdır. Olay tarihinden,

rapor tarihine kadar zararın hesabı ölçülebilir zarar kapsamındadır. Zarar hesaplanabilir ve somuttur. Bu tarihten zarar görenin ölüm tarihine kadar geçen süredeki zararı soyuttur<sup>698</sup>. Somut zarar (mevcut zarar, işlemiş dönem, bilinen dönem olarak) yoksun kalınmış kazancı kapsar. Olay tarihi ile rapor(hüküm) tarihi arasındaki kazanç kayıpları esas alınır. Zararın belirlenmesi için, zarar görenin mesleğindeki ilerlemesi veya olası değişiklikler göz önünde tutularak, onun zarara uğramaması halinde mesleki faaliyeti dolayısıyla elde edebileceği kazanç belirlenir. Bu dönem içinde gerçekleşen gelirler, saptanan kazançtan indirilir<sup>699</sup>.

Bedensel zarara uğrayan kişi çalışma gücünü geçici olarak kaybetmiş ve hükümden önce tamamiyle iyileşmişse, çalışmadığı günler sebebiyle yoksun kaldığı ücret (kâr) tazmin edilir. Zarara uğrayan şahıs çalışma gücünden, devamlı olarak, tamamen veya kısmen yoksun kalmışsa, bu yüzden istikbalde uğrayacağı zararın hesap edilmesi gerekir. İstikbaldeki zararın hesabında, şahsın yaşına ve durumuna göre muhtemel çalışma süresi, zaman içinde elde etmesi muhtemel gelir dikkate alınır. Çalışma gücünü kaybeden şahsın, kişiliğine uygun başka bir işte çalışarak gelir sağlaması mümkünse, ödenecek tazminat bu iki gelir arasındaki farkı kapsar<sup>700</sup>.

Geçici iş göremezlik durumlarında işçinin uğradığı zararları üç değişik grupta toplayabiliriz. Bunlardan ilkinde kazaya uğrayan işçi geçici iş göremezliğe uğramıştır ve çalışmamaktadır. Ancak bu dönemde gördüğü tedavi sonrasında sağlığına tam olarak kavuşmuş ve işine eski durumundaki gibi geri dönmüştür. Böyle bir halde işçinin tazminini isteyeceği maddi zarar,

<sup>698</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.146.

<sup>699</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.147.

<sup>700</sup> Y11HD, 15.5.2006, K. 2006/5510: Haksız eylem sonucunda yaralanan kişinin çalışma gücüne ilişkin kaybı, işini yapmasına engel olmasa bile, kişinin aynı işi meslektaşlarına oranla daha fazla efor sarf ederek yapmak zorunda kalması halinde zarar gerçekleşmiştir, **İst. Bar. Derg.** 2007/1, sh. 279; Y4HD, 03.03.2009, K. 2009/3087: Trafik kazasında yaralanan ve çalışma gücünü %33 oranında kaybetmiş bulunan kişinin memur olması ve maaşında bir azalma olmaması, maddi tazminat istemesine engel değildir. Çalışma gücünü kaybeden kişi, eski işini yapabilmek için daha fazla efor sarfetmek zorundadır. Zarar gören, efor kaybı nedeniyle tazminat isteyebilir, **Yargı Dünyası Dergisi**, Eylül 2009, s.37 vd

Sosyal Güvenlik Kurumunca karşılanmayan tedavi masrafları ile çalışırken aldığı ücretle geçici iş göremezlik ödeneği arasındaki farktan oluşur<sup>701</sup>. Dolayısıyla kazaya uğrayan işçi her iki zarar kaleminin toplam değeri için işveren aleyhine maddi tazminat davası açabilir.

İş göremezliğin geçici olduğu hallerde karşılaşılabilecek ikinci ihtimal, sakatlığı nedeniyle işçinin ancak kısmen çalışabiliyor olmasıdır. İşçi iş kazası sonucunda meslekte kazanma gücünü tümüyle yitirmemiştir. Kısmen de olsa mesleğini sürdürebilmektedir. O nedenle uğrayacağı zarar, tam kapasiteyle çalışması halinde elde edeceği menfaatlerle, kısmi iş göremez halde çalışarak elde edebildiği menfaatler arasındaki farktan ibaret olacaktır. Örneğin sağlıklı olduğu dönemde haftanın her iş günü çalışabilen bir işçi, kaza sonrasında geçici bir süre de olsa haftanın ancak birkaç günü ya da her iş gününün yalnız belirli saatlerinde çalışabiliyorsa, mahrum kaldığı kazançlarının tazminini işverenden isteyebilir. Aynı şekilde çalışma gücündeki kaybı nedeniyle kendisine başka bir iş verilen işçinin, ilk işinden elde ettiği kazanç ile kaza sonrasında işinden elde ettiği kazanç arasında aleyhine oluşan farkı da işverenden talep edebilmesi mümkündür<sup>702</sup>.

Kaza sonrasında geçici iş göremezliğe düşen işçinin içinde bulunabileceği son durum, çalışmasını aynen sürdürebilmesine rağmen bunu sağlıklı dönemine göre geçici bir süre daha zor yapabilmesidir. Böylesi bir konumda kazaya uğrayan işçi, çalışmasını aynen sürdürebildiği için kazanç kaybına uğramaz. Ancak Yargıtay, efor kaybı olarak değerlendirdiği bu gibi durumlarda da işçilerin tazminat talep edebileceklerini kabul etmektedir<sup>703</sup>. Çok çağdaş bir değerlendirme olan bu uygulamada yüksek mahkeme

<sup>701</sup> Yargıtay'ın da belirttiği gibi kendisine Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından geçici iş göremezlik ödeneği ödenmekte olan sigortalı işçi, diğeriyle bu ödenek arasındaki farkı işverenden isteyebilme hakkına sahiptir, Y9HD. 28.4.1969, E 2150/4959 K., Çenberci, Mustafa, **İş Kanunu Şerhi**, 6. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara, 1986, s.1107.

<sup>702</sup> Y9HD. 19.2.1980, E. 898, K. 1323, Akın, s.168-169.

<sup>703</sup> Gerçekten de Yargıtay'a göre: "Davacının eski görevde kalsa dahi, bu görevi yaparken olandan önce sarf ettiği beden gücüne göre oranında daha fazla bir güç harcayarak eski işini yürütebilmesinin söz konusu olduğu durumlarda da tazminat istemeye hakkı vardır." YHGK.3.5.1974, 972-2-165/480; Aynı yönde bkz. Y11HD 9.4.1984, 1770/2007, Güleç Uçakhan, s.294; Ayrıca bkz. Çenberci, s.1095; Akın, s.169.

tazminat talebinin hukuksal dayanağını, işçinin aynı işi yaparken daha fazla güç sarf etmesi gerçeğine dayandırmıştır. Nitekim önüne gelen bir olayda, çalışma gücü yalnız % 2.2 azalan işçinin maddi tazminat talebiyle ilgili olarak Yargıtay şu görüşlere yer vermiştir: "...bu tür davalarda amaç, iş kazası sonucu çalışma gücünde eksilme nedeniyle uğranılan kazanç kaybının giderimidir. Beden gücünün az da olsa bir kısmını kaybetmiş olan kimsenin, aynı işte çalışmış olsa dahi daha fazla çaba sarf edeceği asıldır. İşçinin bu maluliyetinin şimdi olmasa bile, fazla çaba sarfı yönünden ileriki iş hayatını etkilemeyeceği söylenemez. İşini terk etmesi veya ileride çalışacağı bir işte beden gücü kaybının aleyhine olabilecek sonuçlarından da korunmuş olmasıyla davacı zararının ancak ve gereğince giderilebileceği ortadadır. Geleceğin olasılıkları göz önünde tutulmadan davacının her zamanki işini yaparken fazla efor sarf etmeyeceği yolundaki bilirkişi mütalaası hükme dayanak yapılarak davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir<sup>704</sup>." Yüksek mahkemenin anılan uygulaması, iş göremezlik nedeniyle uğrayacağı gelir kaybını fazla efor sarf ederek gidermeye çalışan işçinin bu davranışından kazaya sebep olan işverenin yararlanmasına engel olmaktadır<sup>705</sup>.

### **i. Sakatlığın veya Hastalığın Çeşidi – Derecesi**

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu oluşan özürlerin, sigortalının mesleğinde ne oranda iş görmezliğe neden olduğu (meslekte kazanma gücünü ne oranda azalttığı) 5510 sayılı yasa uyarınca çıkarılan Çalışma Gücü ve meslekte kazanma gücü kayıp oranı tespit işlemleri yönetmeliğinde gösterilen cetvel ve esaslara göre hesaplanır<sup>706</sup>.

Cismanî zarara uğrayan kişinin oluşan zarar nedeniyle çalışma kapasitesinde bir azalma olur. Bu durum matematiksel oranlarla belirtilir<sup>707</sup>.

<sup>704</sup> Y10HD. 4.12.1975, E. 4429/6403 K, Akın, s.169.

<sup>705</sup> Akın, s.169.

<sup>706</sup> Güneren, s.739.

<sup>707</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.155.

Örneğin yukarıda Yargıtay kararında da belirtilmiş olduğu gibi % 8 vb şekilde belirtilir.

## ii. Sakatlığın veya Hastalığın Zarar Görenin Mesleğine Etkisi

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ne kadar zarar gördüğünün belirlenmesi açısından kazanma gücünün ne oranda azaldığının incelenmesi gerekir. Yargıtay'a göre dava anında kişinin sakatlığı o günün koşullarında işçinin çalışma hayatını etkilemese de iktisadi geleceğinin etkiliyorsa, işçinin çalışma gücünde azalma olmasa da aynı işi daha fazla efor sarf ederek yapıyorsa iktisadi geleceğinin etkilendiği kabul edilip buna göre değerlendirme yapılmalıdır<sup>708</sup>.

## iii. Zarar Görenin Elde Ettiği Gelir

### (a) Giydirilmiş Ücret Kavramı ve Tespiti

Giydirilmiş ücret, işçinin çıplak ücreti üzerine bir yıl içinde sürekli ve düzenli olarak ödenen giyim yardımı, iş güçlüğü zammı, kira yardımı, ikramiye, temizlik yardımı, yemek yardımı ve sosyal yardım gibi sosyal hak ve ödemelerin eklenmesiyle bulunan ücrettir. İş yerinde kullanılmak için verilen iş elbisesi, sabun, havlu vb. yardımlar ile süreklilik taşımayan doğum, evlenme, ölüm, eğitim yardımları, çocuk yardımı ve tahsil yardımı gibi ödemeler, geçici teşvik primleri, giydirilmiş ücretin tespitinde dikkate alınmaz<sup>709</sup>.

<sup>708</sup> Y4HD, T. 13.10.2005, E. 2004/14559, K. 2005/10881, Meşe Yazılım HİP.

<sup>709</sup> Güneren, s.690.



İkramiye, sosyal yardım gibi nakdî ödemeler çıplak ücrete eklenirken, bu ödemelerin bir güne isabet eden kısmı hesaplanır. Bunun için, örneğin işçiye 1 yılda 90 gün üzerinden ikramiye veriliyorsa, bunun bir güne isabet eden bölümü, çıplak ücretin ikramiye gün sayısı olan 90 gün ile çarpılıp 365'e bölünerek bulunur<sup>710</sup>. Bunun gibi, işçiye ayda 500.00 TL sosyal yardım ödeniyorsa bunun bir güne isabet eden bölümü aylık sosyal yardım tutarı 500.00 TL'nin bir ayda bulunan gün sayısı olan 30'a bölünerek bulunur<sup>711</sup>.

Kaza tarihindeki ücretin, asgari ücretin belli bir oranda üzerinde olması halinde, yerleşik içtihatlar uyarınca, tazminata esas ücret, daha sonra yürürlüğe giren asgari ücretlerin de aynı oranda arttırılması suretiyle belirlenir<sup>712</sup>.

### **(b) Net Ücret Kavramı ve Tespiti**

Gerçek gelir, sahibinin eline geçen miktardır ki buna aynı zamanda net gelir de denir. Zaten bakım gücü de bu net gelire dayanmaktadır<sup>713</sup>.

4857 sayılı İş Kanununun 32. maddesi "Çalıştırılan işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının özel olarak açılan banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenmesi hususunda; tabi olduğu vergi mükellefiyeti türü, işletme büyüklüğü, çalıştırdığı işçi sayısı, işyerinin bulunduğu il ve benzeri gibi unsurları dikkate alarak işverenleri veya üçüncü kişileri zorunlu tutmaya, banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının, brüt ya da kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktar üzerinden olup olmayacağını belirlemeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığından

<sup>710</sup> Kılıçoğlu, Mustafa, **Tazminat Esasları ve Yöntemleri**, 2008, s.126; Güneren, s.690.

<sup>711</sup> Güneren, s.690.

<sup>712</sup> Kılıçoğlu, M, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.448.

<sup>713</sup> Güleç Uçakhan, s.460.

sorumlu Devlet Bakanlığı müştereken yetkilidir" düzenlemesi ile brüt ücret ve net ücret kavramlarından bahsedilmektedir<sup>714</sup>.

Genellikle net ücret için brüt ücretten şu giderler indirilir.

- Geliri sağlamak için katlanması zorunlu olan harcamalar (Bunların tek tek belirlenmesi olanağı yoksa halin icaplarına göre bir miktar tayin edilir).
- Çalışanın şahsen ve aile birliği reisi sıfatıyla gelirinden ve kazancından ödemeye mecbur olduğu her türlü vergiler, resimler ve harçlar.
- Çalışanın ödediği ve ödemeye mecbur olduğu nafaka ve yatırımlar tutarı.

Ölenin gelirinden yapılacak indirimlerde göz önünde bulundurulması gereken nokta, geri kalan miktarın kendisi, aile efradı ve yoksun kalan arasında bir geçim ve bakma ilişkisinin kurulup, yürütülmesine dolayısıyla bir paylaştırmaya esas olabilmesidir<sup>715</sup>.

Gerçekte, söz konusu kalemler için toplu iş sözleşmelerinde yer alan hükümler uygulanmalıdır. Örneğin toplu iş sözleşmesinde, işçinin aylık ücretinden bir yevmiye tutarında sendika aidatının kesilmesi gerektiği hükmü yer almakta ise, bu hüküm gereğince aylık ücretlerden bir yevmiye sendika aidatı kesintisi yapılmalıdır<sup>716</sup>.

## **b. Sürekli İş Göremezlik Tazminatı**

Çalışma gücünün sürekli olarak azalması veya yitirilmesinden maksat, iş kazası veya meslek hastalığına tutulan işçinin kısmi veya tam sürekli iş göremezliğe uğramasıdır. Sürekli iş göremezlik bir kişinin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi sonucu fizik, psiko duygusal yahut entelektüel potansiyelinin azalmasıdır. Sürekli kısmi iş göremezlik durumu, işçinin

<sup>714</sup> Topalhan, Türker, **Ücret ve Ücret Teorileri**, Gazi Kitapevi, Ankara, 2010, s.30.

<sup>715</sup> Güleç Uçakhan, s.461

<sup>716</sup> Kılıçoğlu, M, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s. 449.

çalışma gücünün % 10 ila % 99 arasında kaybıdır. İşçinin tam iş göremezlik durumu ise, çalışma gücünün % 100 oranında yitirilmesidir. (SSİY m.45/7) İş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle Kurum Sağlık Kurulunca meslekte kazanma gücü en az % 10 oranında azalan sigortalıya, sürekli iş göremezlik geliri bağlanacağından (5510 SK. md:19/l) sürekli iş göremezlik durumundan söz edebilmek için sigortalının meslekte kazanma gücünü en az %10 oranında kaybetmesi gerekir<sup>717</sup>.

### (1) Yaşam Süresi (Muhtemel Ömür Süresi)

Ülkemizde muhtemel ömür süresine ilişkin istatistiki veriler ve bunların ışığında cetveller hazırlanmış değildir. Yargıtay bu hususta herhangi bir veriye veya araştırmaya dayanak olmaksızın muhtemel yaşama müddeti hakkında bir takım kararlara varmaktadır. Örneğin Yargıtay bir kararında 65 yaşını hiçbir yasal veya bilimsel bir veriye dayandırmaksızın muhtemel ömür süresi olarak kabul etmiştir<sup>718</sup>.

Ülkemiz koşullarına göre düzenlenmiş (yaş, meslek ve cinsiyet ayırımına göre) muhtemel yaşama tablolarına bulunan ihtiyaç 1989 yılında Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından düzenlenen Yaşam Tablosu ile doldurulmuştur<sup>719</sup>.

Doktrinde, 65 yaşın muhtemel yaşama süresi sayılması şiddetli tenkit ve tepkilere neden olmuş ve Yargıtay da bu görüşlerin etkisi ile ülkemiz koşullarına uygun cetveller yapıncaya kadar 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde kabul edilmiş olan İsviçre PMF tablosunun uygulanmasını kabul etmek zorunda kalmıştır<sup>720</sup>.

<sup>717</sup> Güneren, s. 629-630

<sup>718</sup> Kudat, s. 44.

<sup>719</sup> Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, s.225 (Banka ve Tic. Huk. Ar. Ens. Yayını, 1992)'den Akt: Güleç Uçakhan, s. 279.

<sup>720</sup> Güleç Uçakhan, s. 279.

## (2) İş Görebilme Çağı (Faal Ömür Süresi - Çalışma Süresi)

Zararın hesaplanmasında, zarar gören işçinin iş görebilirlik çağı da denilen çalışma süresinin tespiti gerekir. Çalışma süresi, işçinin işinde çalışabilme gücünün devam süresidir. Bu süre ömür süresinden kısadır. Sosyal Güvenlik Kurumu ve bilirkişiler Fransa'daki PMF (Erkek ve kadın nüfus cetvelini) esas almaktadırlar. Ülkemizde, Yargıtay olağan işlerde 60 yaşını, ağır işlerde (örneğin yer altı maden işçilerinde) 50 yaşını çalışma süresi kabul etmektedir<sup>721</sup>.

Bu süreden, bedensel zarar görenin yaşı çıkarıldığında, geriye kalan süre zarara esas alınacak çalışma süresidir. Örneğin, 30 yaşında iş kazası geçirerek sürekli iş göremezliğe uğrayan ve normal işte çalışan işçinin çalışma süresi  $60-30=30$  yıldır. Kazaya uğrayan yer altı maden işçisi ise çalışma süresi  $50-30=20$  yıldır<sup>722</sup>.

Hakkında yasal bir düzenleme bulunmayan iş görebilme çağının Yargıtay tarafından büyük ölçüde standart bir değerlendirmeye tabi tutulması öğretide Hatemi tarafından eleştirilmektedir. Yazara göre, iş görebilme çağı konusunda mevzuatta bir boşluk olduğundan hareket edilmemelidir. Burada bir yasa boşluğu değil, somut olayın özelliklerine göre yargıcın takdir yetkisine bırakılmış bir alan bulunmaktadır. Ancak iş görebilirlik çağının tespiti hukuksal bir sorun olmayıp özel uzmanlığı gerektirdiğinden, yargıç takdir haklarını kullanırken bu konuda uzmanlarca özel olarak hazırlanmış cetvellerden yararlanmalı ve olayın özelliklerini bu cetveller ışığı altında değerlendirmelidir<sup>723</sup>.

Hatemi'nin savunmuş olduğu bu görüş bizce de isabetlidir. Çünkü gerçekten de iş görebilme çağı konusunda Yargıtay'ın benimsediği standart uygulama yerine, yürütülen işe göre tespit edilecek yeni iş görebilme süreleri

<sup>721</sup> HGK 7.3.2007, 21/112-114, 24.3.1976, 1974/9-660-1157 YKD 1977/5 s.609, Y21HD. 26.5.2008, E. 6471/8002 K, Güneren, s. 630.

<sup>722</sup> Güneren, s. 630.

<sup>723</sup> Akın, s.121.

kullanılmalıdır. Zira iş görebilme süresinin her işte aynı olması mümkün değildir. Kaldı ki iş kazası tazminatlarında dikkate alınan zarar da, işçinin yürüttüğü meslekteki kazanma gücünün kaybından doğan zarardır. Dolayısıyla kazaya uğrayan işçilerin maddi zararlarının hesabında dikkate alınacak iş görebilme süreleri konusunda, istatistiklerden yararlanılarak mesleklere göre hazırlanmış iş görebilme çağı cetvellerinin düzenlenmesinde büyük yarar vardır. Hemen belirtilmelidir ki bu cetvellerin önceden hazırlanmış olması, yargıçların değerlendirmelerinde onlara yardımcı olacağı gibi tazminat hesaplamalarında gerçeğe yaklaşılmalarını sağlayacak ve yeknesak bir uygulama yaratacaktır<sup>724</sup>.

Yer altı maden işlerinde çalışan işçinin çalışma süresi 50 yaş ile sınırlandırılarak bu yaşa kadar o işin ücret koşullarına, bu yaştan 60 yaşına kadar ise yer üstü işlerinde çalışanların ücret koşullarına tabi olduğu belirtilmektedir. Örneğin, anılan Yargıtay kararına konu iş alanı için iş görebilirlik çağı, 45 ya da 50 gibi bir yaş ile sınırlandırılmış olsaydı, aktif çalışma hayatının bu yıllarla sınırlı olması ve dolayısıyla aktif çalışma dönemi ücretlerinin de bu yıllar için hesaplanacağı sonucu doğardı. Bu şekilde de işçinin pasif çalışma, yani emeklilik dönemi süresi uzayacak ve mevzuat gereği emeklilik maaşı daha düşük olduğundan pasif dönemi için hesaplamaya esas alınarak ücretler, tazminatın düşük kalmasına neden olacak ve bu durumda uygulamanın işçi aleyhine sonuç doğurması kaçınılmaz olacaktı. Nitekim Yargıtay, kaza sonrasında çalışmasını yer üstü işinde sürdüren işçinin, yeraltındakine oranla daha az kazanç elde edeceğinin tespiti halinde bunun tazminata yansıtılması gerektiğini belirtmiştir<sup>725</sup>. Kaldı ki 4447 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle emeklilik yaşının kadınlar için 58, erkekler için 60 olduğu günümüzde Yargıtay'ın

<sup>724</sup> Akın, s.122.

<sup>725</sup> Y9HD, 19. 2.1980, E 898, K 1323, [www.hukukturk.com.tr](http://www.hukukturk.com.tr)

belirlediği 60 yaşın fiili çalışma dönemine esas alınmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır<sup>726</sup>.

### **(3) İş Göremezlik Oranı (Çalışma Gücünden Kayıp Oranı)**

#### **i. İş Göremezlik Oranının Tespitinde Kullanılan Cetveller**

##### **(a) Kılavuz Maluliyet Baremi**

Maluliyet baremleri belirli nitelikteki sakatlıkların onlara maruz kalacak kimselerle, ortaya çıkaracağı iş göremezlik oranını göstermek üzere tıbbi etütlere dayanılarak oluşturulmuş birer cetveldir. Bunlarda sakatlıkların çeşitleri sıralanmış ve karşılıklarına sebebiyet verebilecekleri iş göremezlik oranları işaretlenmiştir<sup>727</sup>.

Tüm sakatlıkların eksiksiz olarak bu cetvelde sıralanması mümkün değildir ve tüm sakatlıkların herkeste aynı etkiler yaratması kabul edilemez. Bu yüzden uygulamada sürekli iş göremezliğin ağırlık derecesi tespit edilirken somut olayın özelliği dikkate alınarak maluliyet baremine göre belirlenmektedir. Böylece, Maluliyet Baremleri (Sakatlık Baremleri) gerek sakatlığın çeşitleri ve gerek etkilerinin dereceleri yönünden uygulamacılara ışık tutar. Bu kapsamdaki baremler bütün dünyada uygulanırlar ve ideal sayılırlar. Kılavuz baremlerin en iyisi olarak kabul edilen (Barem Indicatif D'invalidite) Fransız etüdüdür<sup>728</sup>.

##### **(b) SGK Maluliyet Baremi**

<sup>726</sup> Şahbaz, Başboğa, Zübeyde İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu İle Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.109-110.

<sup>727</sup> Uçakhan, s.281

<sup>728</sup> Kudat, s.57 vd.

Bedensel zarar sonucu, işçinin çalışma gücünü ne oranda kaybettiği tazminatın tespitinde önemli bir unsurdur. İşçinin ne oranda sürekli iş göremezliğe uğradığı, özür veya sakatlığın niteliği ve zarar görenin mesleki durumu göz önünde tutularak, Çalışma Gücü ve Meslekle Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespiti İşlemleri Yönetmeliğinde gösterilen cetvellere göre % olarak SGK'nca saptanır (5510 sk m. 95)<sup>729</sup>.

Kurumun iş göremezlik oranının saptanmasına ilişkin kararına karşı sigortalı veya hak sahipleri Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kuruluna başvurabileceği gibi doğrudan doğruya SGK ve işveren aleyhine iş göremezlik oranının tespiti davası da açabilirler<sup>730</sup>.

#### **(4) İşçinin Ücreti (Müstakbel Gelir Kaybı)**

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu beden ve ruh bütünlüğü ihlal edilen işçilerin ekonomik geleceği sarsılır, zorlaşır. Özellikle dış görünüşün bozulması, çirkinleşmesi, bir duyunun kaybı, kişinin aynı işi yapan sağlıklı kişilerle rekabetini güçleştirir. Belki mesleğinin icrasına doğrudan doğruya engel olmaz ama mesleğinde ilerlemesine engel teşkil eder. Kişilerin iktisadi geleceğini, kaza olmasaydı veya meslek hastalığına uğramasaydı ulaşabileceği iktisadi geleceği gibi sürdürebilmesi mümkün olmaz. Bu yüzden haksız fiil sonucu meslekte kazanma gücünde azalma olmasa bile kişinin iktisadi geleceğinin sarsıldığı kanaatine varılırsa ileride doğacak mahrum kalınan menfaatlerine karşılık BK m. 42/2'ye (TBK m. 50/2) göre hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmelidir.

<sup>729</sup> Güneren, s.631.

<sup>730</sup> Güneren, s.631.

### (5) Kusurun Belirlenmesi

Tazminat kapsamını tayinde haksız fiili yapan kimsenin kusurunun ağırlık derecesi de rol oynar. BK m. 43/1'e göre (TBK m. 51) "Hâkim durumun gereğine ve kusurun ağırlığına göre tazminatın şeklini ve kapsamını tayin eder". Böylece Borçlar Kanunumuz, kasten bir zarara sebep olan şahsın tazminat borcuyla, dikkatsizlikle zararın doğmasına yol açan kişinin sorumluluğu arasında bir fark yaratma, hafif kusur halinde tazminatın miktarını azaltma imkânını hâkime tanımıştır. Bununla beraber, zarar görenin mâli durumu iyi değilse, failin kusuru hafif de olsa hâkim zararın tamamıyla tazminine hükmedebilir<sup>731</sup>.

Sorumluluk hukukunda prensip, şartları mevcut olduğu takdirde zarar görenin zararını aynen karşılamak esas olduğuna göre, failinin kusur derecesinin tazminatı tenzil ve takdirde rol oynaması gerekir. BK'nun 43. (6098 sy. TBK. m.51de hatanın ağırlığı yerine kusurun ağırlığı kullanılarak yanlış bir kullanımın önüne geçilmiş olundu) maddesinde "hakim, hal ve mevkinin icabına ve hatanın (kusurun) ağırlığına göre tazminatın suret ve derecesinin şümulünü tayin eder" hükmü, bir yönüyle bu ana prensibe aykırı gibi görünmekte ise de, sorumluluk hukukunda esaslı rolü oynayan prensip kusur prensibidir<sup>732</sup>.

Tazminat miktarının tayininde kusurun ağırlığı esas alınacağına göre, zararın doğumuna haksız eylem nedeniyle sorumlu tutulan kişinin dışındaki etkenler rol oynamışsa, bu durum kusur oranının belirlenmesini ve kusur oranında sorumluluğa hükmedilmesini gerektirir. Buradaki kusur indirimini TBK m.52 deki (BK m. 44) "ortak kusur" nedeniyle tazminat indiriminden ayırt etmek gerekir. TBK m.51 sorumlulukta kusur esasını kabul ettiğinden, kusur oranının belirlenmesi ve sorumluluğa bu oranda karar verilmelidir. Bu

<sup>731</sup> Reisoğlu, **22. Bası**, s.212.

<sup>732</sup> 9.HD.25.1.1990 T.E.1989/490 (Adalet Bakanlığı Dergisi 1990- Şubat s.128) "Dava yoksun kalınan kazanç kaybının giderilmesi istemine ilişkin olup gerçekleşecek tazminatlar kusur durumuna göre saptanması gerekir. Tazminat hesabına fazla mesai ücreti dahil edilemez. Bu tür hesaplarda daimilik arz eden ödemeler nazara alınabilir." Güleç Uçakhan, s.377.



nedenle sorumlu kişi ve zarara uğrayan dışındaki kişilerin ve olayların zararın doğumundaki oranına bakmak gerekecektir. Örneğin, depremde yıkılan bina nedeniyle, binanın inşasından sorumlu tutulan kişilerin haksız fiil sorumluluğunda kusur oranlarına bakılacaktır. Bu nedenle zararın doğumunda depremin de etkisi olduğu, bina fen ve tekniğe tam olarak uygun yapılsa bile depremin zarara yol açacağı sabit ise, sorumlu kişiler için bu oranda kusur indirimi uygulanması gerekecektir<sup>733</sup>.

Buna karşılık, sebep sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu şartı olmadığından, zarar verenin veya yardımcısının kusuru hafif olsa hatta hiçbir kusuru bulunmasa bile, tazminattan indirim yapılmaz. Ancak, bu tür sorumlulukta zarar veren, ek kusurunun bulunması halinde tazminatın tamamını veya büyük bir kısmını ödemek zorunda kalır. Sebep sorumluluğunda zarar verenin ek kusuru, zarar görenin kusurunu ortadan kaldırır<sup>734</sup>.

### **c. İş Göremezlikte Tazminat Hesabı**

#### **(1) Tazminat Hesabında Dikkate Alınacak Etkenler**

##### **i. İşçiye Bağlı Etkenler**

Zarar görenin kusurunun, uygun nedensellik bağıni kesecek derecede ağır kusur olması durumunda, zarar veren (fail) sorumluluktan kurtulur. Ağır olmamasında ise yargıç tazminattan BK m. 44'ye (TBK m. 52) göre indirimde bulunur<sup>735</sup>. Bu konudaki bir Yargıtay kararı şöyledir: “Borçlar Kanununun 44. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre zarara uğrayan, zarar doğuran

<sup>733</sup> Y4HD. 02.07.2009 E.2008/12976. K.2009/8822 YKD. c.36,s.7, Temmuz 2010 sh. 1210-1212, Kılıçoğlu, A, **14. Baskı**, s.408.

<sup>734</sup> Eren, **13. Baskı**, s. 730-731.

<sup>735</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.219.

eyleme razı olmuş veya kendisinden sebep olduğu hal ve şartlar zararın meydana gelmesine etki yapmış veya tazminat ödevlisinin durumunu diğer bir surette ağırlaştırmış ise hakim, tazminatın miktarını azaltabilir. Davaya konu olan olayda ölen, sürücünün sarhoş olduğunu bildiği halde onun aracına binmek suretiyle zararı doğuran eyleme zımni suretle razı olmuştur. Gerçekten mevcut şartlarda tehlikeli olduğu belirli bir otomobil yolculuğuna çıkılmasını doğru olmayan bir hareket tarzı olarak benimsemek gerekir. O halde bu hukuki esas gözetilerek Borçlar Kanununun 44. maddesinin birinci fıkrası uyarınca maddi ve manevi tazminatlardan uygun bir indirim yapılmamış olması nedeniyle de karar bozulmalıdır<sup>736</sup>.

**Zarara Razı Olma:** BK m. 44/1 (TBK m. 52/1) deki hüküm, zarar görenin rızası ile hukuka aykırılığın giderilemeyeceği hallerde uygulanır. Yani hukuk düzeninin yasak ve men ettiği fiile, makul bir sebep ve neden bulunmaksızın razı olunmasıdır. Örneğin, bir kimsenin düelloda yaralanması veya ölmesi, ızdırap çeken bir hastanın öldürülmesine, hamile bir kadının çocuğunun düşürülmesine rıza göstermesi hallerinde durum böyledir<sup>737</sup>.

Razı olma hali, yazılı ve sözlü olabileceği gibi olayın oluş şekline de çıkabilir. Örneğin; bir kimsenin, sarhoş birinin kullandığı araca bilerek ve isteyerek binmesi ve beden tamlığının ihlalinin meydana gelmesi halinde durum böyledir. Hakim, bu hallerde tazminatı indirebilir veya büsbütün vazgeçebilir<sup>738</sup>.

İşyerindeki çalışma koşullarını kabul ederek çalışmaya başlayan işçinin bu iradesine, iş yerinde başına gelebileceklere rıza gösterdiği anlamının yüklenmesi mümkün değildir. İş tehlike arz ediyor olsa bile, bu tehlike işçi için yalnızca bir iş riskidir. İşçinin en fazla alınabilecek tedbirler ve önlemler ile riskin gerçekleşmemesi yönünde tedbirlere uyma şeklinde bir çabası olabilir. İşçinin, işi kabulü ile doğabilecek zararlara razı olduğu sonucuna varılamaz.

<sup>736</sup> Y4HD. 27.4.2000 T, 2000/1830 E, 2000/4077, Kılıçoğlu (Tazminat), s. 219.

<sup>737</sup> Güleç Uçakhan, s. 380.

<sup>738</sup> Güleç Uçakhan, s. 379.

Yargıtay da kömür işçisinin açtığı maddi tazminat davasında, işçinin bu işte çalışmayı kabul etmesinden hareketle Borçlar Kanunu'nun 44. maddesine göre bir indirim yapılamayacağını kabul etmiştir<sup>739</sup>.

**Ortak Kusur:** İş kazası tazminatının hesaplanmasında toplam brüt zarar miktarına etki eden unsurlardan biri de işçinin ortak kusurudur (BK.44/I). Birlikte kusur olarak da adlandırılan ortak kusur, akli başında makul bir kimsenin kendi çıkarı için sakınacağı ya da sakınması gerekli olan düşüncesiz bir hareketini ifade eder<sup>740</sup>. İş kazalarında ortak kusurun varlığı halinde kazaya uğrayan kusurlu işçi kural olarak, ortaya çıkan maddi zarara sağladığı katkı oranında tazminattan mahrum kalır. Başka bir söyleyişle iş kazasının sebep olduğu toplam brüt zarardan, işçinin ortak kusur indirimi yapılır<sup>741</sup>. Bu şekilde tıpkı işveren gibi işçi de kendi davranışlarının sonuçlarına katlanıp kusuru oranında tazminattan mahrum bırakılır<sup>742</sup>. Nitekim Tandoğan, ortak kusur da hukuk düzenince kınanan durumun mağdurun kendisine zarar vermesi değil, bu davranışa rağmen tam tazminat istemesi olduğunu vurgulamıştır<sup>743</sup>. Benzer bir değerlendirme İngiliz yüksek mahkemesinde de yapılmıştır. Buna göre, davacı işçi kendi hareketiyle iş kazasına sebep olduğunda buna dayanarak zararının tazminini talep

<sup>739</sup> Y9HD, 21.09.1967, E. 6723, K. 8007, Yargıtay zararın tazmini talebiyle açılan davanın temyizi üzerine, iş bulabilme fırsatının son derece dar olduğu ülkemiz koşullarında, isabetle verdiği kararında, işçinin işyerinde silikoz hastalığına yakalanacağı hakkında bir fikre sahip olmasının, onun birlikte kusuru anlamına gelmeyeceğini açıklıkla belirtmiştir. [www.hukukturk.com.tr](http://www.hukukturk.com.tr).

<sup>740</sup> Von Tuhr, sorumluluğa sebep olmaması, yalnız tazminattan indirim sebepli olması nedeniyle ortak kusuru teknik anlamda kusur olarak görmemektedir, Tuhr 102'den Akt: Akın, s.210.

<sup>741</sup> Yargıtay da konuya ilişkin bir kararda, 18 milyon olarak hesaplanan zarardan %5() oranındaki ortak kusurun indirilmesi ve kalan miktara hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir, Y21HD. 17.9.1996, 4670/4659 (Yayınlanmamıştır), Akın, s.210-211.

<sup>742</sup> Yargıtay'ın iş kazasından doğan maddi tazminatla ilgili bir kararında da bu durum açıkça vurgulanmıştır: "Genel bir hukuk kuralı olarak kimse kendi kusurundan yararlanamaz ve giderek kendi kusurlu davranışlarının sonucuna katlanmalıdır. Tersinin kabulü ağır kusurlu bulunan davacının kusurlu davranışının sonuçlarından işvereni sorumlu tutmak olur ki bunu hak ve nesafet kuralları ile bağdaştırmak mümkün değildir." Y21HD. 15.6.1999, 4099/4340, **Çim. İşv. D**, Kasım 1999, s.28.

<sup>743</sup> Akın, s.211.

edemez. Ancak bunun için işçinin davranışının iş kazasına katkı sağladığı kesin olarak tespit edilmelidir<sup>744</sup>.

Zarar verici olayın meydana gelmesinde, bedensel zarara uğrayan işçi tam kusurlu ise, işverenin işi ile zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağı kesileceğinden işverenin hukuksal sorumluluğuna gidilemez. Bu durumda, işçi, Sosyal Güvenlik Kurumunun 5510 sayılı Yasa koşullarına göre, aldığı veya alacağı ödenek ve gelirlerle yetinmek zorunda kalacaktır<sup>745</sup>.

Sigortalının, iş kazası veya meslek hastalığındaki bu ağır kusuru, kasıt durumunda ise, Kurumca bağlanan gelir ve ödeneklerin tutarını etkiler. Gerçekten, 5510 sayılı Yasanın 22. maddesi c fıkrasına göre, kasdi bir hareketi yüzünden iş kazasına uğrayan meslek hastalığına tutulan, hastalanan veya Kurumun yazılı bildirimine rağmen teklif edilen tedaviyi kabul etmeyen sigortalıya, geçici iş göremezlik ödeneği ve sürekli iş göremezlik geliri, yarısı tutarında ödenir<sup>746</sup>.

İş kazası veya meslek hastalığı olayında işçi ve işveren belirli oranlarda kusurlu olabilir. Yargıtay'a gelen bu tür uyuşmazlıklarda dosyalarının incelenmesinde olayda, çoğu kez işçi ile birlikte işverenin kusurlu bulunduğu, işveren kusurunun işçi kusuruna göre daha fazla olduğu görülmektedir. Bu durumda işçinin kendi kusuru oranında tazminattan indirim yapılması gerekir<sup>747</sup>.

Zarar görenin olayda birlikte (müterafik) kusurundan bahsedebilmek için normal, makul, orta zekalı bir kişinin kendi çıkarı için sakınacağı yada sakınması gerekli olan hareketin yapılmış olması gerekir. Buradaki hareket teknik anlamıyla bir kusur değildir. Sorumluluk hukukuna göre sorumluluk doğurmaz. Sadece, tazminat hakkını azaltır. Bu kusurlu davranış haksız fiilin

---

<sup>744</sup> Akın, s.211.

<sup>745</sup> Güneren, s.808.

<sup>746</sup> Güneren, s.808

<sup>747</sup> Güneren,s. 808-809.

işlenmesinden önce, haksız fiille beraber veya haksız fiilden sonra ortaya çıkabilir.

Zarar faili kasıtlı, özellikle cezai müeyyideyi gerektiren bir fiil ile zarar verdiği takdirde, zarar görenin hafif kusuru, esas itibariyle bir indirim sebebi olarak dikkate alınmaz<sup>748</sup>. Gerçekten, kasıtlı olarak verilen zararda, zarar görenin ihmali dolayısıyla indirim yapılması haklı görülemez. Zira, zarar görenin ihmalinin, failin kasıtlı fiili karşısında artık bir önemi kalmaz<sup>749</sup>. Meselâ, hırsız, eşyasını çaldığı kimsenin ev kapısını kilitlemeyi ihmal etmesini, birlikte kusur olarak ileri süremez ve bu sebeple tazminatın indirilmesi gerektiğini iddia edemez<sup>750</sup>. Bununla birlikte, kasıtlı fiil, ani ve şiddetli bir heyecan içerisinde işlenmişse, meselâ tahrik sonucu bir zarar verilmişse, burada bir indirime gidilmesi mümkündür. Diğer taraftan, zarar failinin kastına karşılık, zarar görenin de kastı mevcutsa; bu durumda, her iki tarafın aynı derecede hafif kusurunda olduğu gibi, tazminatta % 50 indirim yapılmalıdır. Ancak, kasıtlı hareket eden zarar failinin tazminat sorumluluğunun, zarar görenin ağır ihmali, hatta kastı da bulunsa tamamen kaldırılması haklı görülemez<sup>751</sup>.

## ii. İşverene Bağlı Etkenler

Tazminatın tayininde kusurun derecesini belirlerken işverenin sübjektif durumunun önemi büyüktür. İşverenin fiilinin kasıt veya ihmalle işlenmiş olması arasında nitelik açısından fark vardır. Bu fark sorumluluğun belirlenmesinde dikkate alınmazsa ortaya adalete uygun olmayan sonuçlar çıkar.

<sup>748</sup> Tiftik, Mustafa, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara 1994, s.135.

<sup>749</sup> Tiftik, s.136.

<sup>750</sup> Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s.535.

<sup>751</sup> Tiftik, s.136.

Borçlar Kanunu m. 42/2'ye (TBK 54/2) göre, zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

İş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesinde işveren tam kusurlu olabilir. Böyle bir durumda tazminatın hesaplanmasında kusur yönünden bir indirim söz konusu olmayacağından işveren, başkaca bir indirim nedeni yoksa, doğan zararın tümünü gidermekle yükümlü olacaktır<sup>752</sup>.

## (2) Sürekli İş göremezlikte Zarardan ve Tazminattan Yapılacak İndirimler

### i. SGK Tarafından Sağlanan Parasal Yardımlar

İşçinin iş görmezlik oranı % 10'un altında kalmamışsa Sosyal Güvenlik Kurumunca iş kazası sigortasından gelir bağlanacağından, hesaplanan gerçek zarardan, SGK'nca bağlanan gelirin peşin değeri tenzil edilerek karşılanmamış gerçek zarar bulunur<sup>753</sup>.

İş kazası geçiren işçiye sağlanan sigorta yardımları, anılan kazanın ortaya çıkardığı ve maddi zararı hafifleten en önemli unsurunu oluşturur. Aşağıda da belirtileceği gibi anılan zarar miktarından düşülebilecek başka yararlar bulunmasına rağmen Yüksek Mahkeme de içtihatlarında genellikle kazaya uğrayan işçilerce açılan iş kazası tazminatı davalarının Sosyal Güvenlik Kurumunca karşılanmayan bakiye maddi zarar miktarının karşılanmasına yönelik olduğunu belirtmektedir<sup>754</sup>.

<sup>752</sup> Güneren, s.808.

<sup>753</sup> Kılıçoğlu, M. **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.280.

<sup>754</sup> Yargıtay'a göre iş kazasından doğan maddi tazminat davalarında, maddi zararın hesap edilmesi ve Sosyal Sigortalar Kurumunca bağlanan gelirlerin peşin değeri düşüldükten sonra karşılanmayan zarar varsa bunun hüküm altına alınması gerekmektedir, Y9HD. 27.12.1993, 2947/7750 (Yayınlanmamıştır). Bir diğer içtihatla yer verilen ifadeler ise şunlardır: "...haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için kurum tarafından

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı şöyledir: "...Somut olayda, mahkemenin hükme esas alınan 30.04.2007 tarihli hesap raporunda, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanan gelirin peşin sermaye değeri düşüldükten sonra davacının 12.118,11 TL karşılanmayan zararı bulunduğu bildirilmiştir. Ancak, mahkemece, hesap bilirkişisi tarafından bildirilen davacının karşılanmayan maddi zarar miktarından, tekrar Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanan gelirin peşin sermaye değeri düşülerek, davacının tüm maddi zararı Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanan gelirlerle karşılanmış bulunduğu gerekçesi ile maddi tazminat talebinin reddine karar verilmiştir. Karar hatalıdır bozulmalıdır."

Taşıdığı bu büyük önem nedeniyle sosyal sigorta yardımlarının kapsam ve şartlarının ortaya konulmasında yarar vardır. Çünkü, tazminat miktarının hesaplanmasında brüt maddi zarardan düşülecek bu en büyük kalemin ne şekilde belirlendiği oldukça önemlidir<sup>755</sup>.

### (a) Geçici İş Göremezlik Ödeneği

Geçici iş göremezlik ödeneği, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu Kurumla anlaşmalı (acil haller hariç) hekimler tarafından istirahat verilen sigortalıya, istirahatlı kaldığı ve çalışmadığı sürece oluşan ekonomik kaybını önlemeye yönelik geçici bir ödemedir<sup>756</sup>.

Ödenek tanımına 5510 sayılı Kanunda yer verilmemiş olmakla birlikte, "geçici iş göremezlik" ile "geçici iş göremezlik ödeneği" Sosyal Sigorta

---

hak sahiplerine bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin belirlenen tazminattan düşülmesi gerektiği Yargıtay'ın oturmuş yerleşmiş görüşlerindedir. Bu bakımdan, davanın niteliği göz önünde tutularak öncelikle hak sahiplerine Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından iş kazası nedeniyle gelir bağlanıp bağlanmadığının araştırılması, gelir bağlanmış ise bildirilen miktarın tazminattan düşürülmesi, gelir bağlanmamış ise bu yön, hak sahibinin tazminat hakkını doğrudan etkileyeceğinden hak sahibine; gelir bağlanması için Sosyal Sigortalar Kurumu davaya dahil etmesi için önel verilmesinde yasal zorunluluk açıktır." Y21HD. 14.10.1999, 6181/6939, **YKD**, Şubat 2000, s. 259.

<sup>755</sup> Akın, s. 187.

<sup>756</sup> Tozan, Celal, **İş Kazaları ve Meslek Hastalığı Uygulamaları**, Türkiye İşçi Sendikası Konfederasyonu, Ankara 2011, s.106.

İşlemleri Yönetmeliği'nde tanımlanmıştır. Geçici iş göremezlik, sigortalının iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hâllerinde Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurulu raporlarında belirtilen istirahat süresince geçici olarak çalışamama hâlidir (SSİY/42-1). Geçici iş göremezlik ödeneği, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hâllerinde Kanunda belirtilen geçici iş göremezlik sürelerinde verilen ödenektir (SSİY/42-2)<sup>757</sup>.

Bir sigortalıda iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinden birkaçı birleşebilir. Bu durumda geçici iş göremezlik ödeneklerinden en yükseği verilir (5510/18-5). Geçici iş göremezlik ödenekleri, toplu iş sözleşmesi yapılan işyerleri ile kamu idarelerinin işverenleri tarafından belirlenen usul ve esaslara göre kurum adına sigortalılara ödenerek, daha sonra kurum ile mahsuplaşmak suretiyle tahsil edilebilir(5510/18-6). 506 sayılı Kanunda iş göremezlik ödeneğinin haftalık olarak ve işledikten sonra esası benimsenmişken, burada ödenmenin usul ve esaslarını kurum belirleyecektir<sup>758</sup>.

İş kazası sonucu çalışma gücünü SG Kurumunca belirlenen cetvellere göre belli bir oranda kaybetmiş olan işçi durumun normalleşmesine kadar geçici iş görmezlik ödeneği alabilir. Kişinin sonradan bu iş gücü kaybının sürekli iş görmezliğe dönüşmesi halinde işçiye verilecek tazminattan geçici iş görmezlik ödeneği düşülür.

Nitekim eski Sosyal Güvenlik Hukuku düzenlemelerinden olan 506 sayılı Kanuna göre, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından yapılan bu ödemeler zarardan düşülecektir. Konuyla ilgili Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bir kararı şöyledir: "Bedeni zarara uğrayan davacının Sosyal Sigortalar Sağlık İşleri Tüzüğündeki esaslar dikkate alınarak önce genel çalışma gücünden kayıp oranının tespiti ondan sonra davacının 60 yaşına kadar fiili sonra da emeklilik döneminde ortalama yıllık kazancı göz önünde tutularak maluliyet oranındaki ömür boyu kazanç kaybının bu konularda uzman bilirkişiye hesap

<sup>757</sup> Bilgili, Özkan, **Yeni Sosyal Güvenlik Uygulaması**, Bizim Repro, Ankara 2008, s.499

<sup>758</sup> Bilgili, Ö, s.500-501.



ettirilip, bundan sonra (varsa) davacının kusuru oranında indirim yapılarak davalının sorumlu olacağı miktar bulunması gerekir. Davacının çalışması Sosyal Sigortalara bildirilmemiş olsa bile S.S.K'nun 6. m. uyarınca işçi olarak çalışmaya başlaması ile kanunen sigortalı olacağından ve aynı yasanın 10. m. göre sosyal sigorta yardımları yapılması gerekeceğinden, sigortaca yapılmakta olduğu bildirilen işlemin sonucu beklenerek bu kaza dolayısıyla bir gelir bağlandığı takdirde bu gelirin peşin sermaye değerinin maddi zarardan düşülmesi gerekir<sup>759</sup>.” Yani zarar gören, bu menfaatlerin tutarı kadar parayı işveren veya sorumlu kişiden istemeyecektir. Zira 506 sayılı Kanununun 26. maddenin ilk fıkrası hükmüne göre iş kazası işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma veya iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılır bir eylemi sonucunda olmuşsa kurumca sigortalıya yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerinin tutarı ile gelir bağlanmış veya bağlanacak bu gelirin 22. maddesinde sözü geçen tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerini toplamı işverenden rücu yoluyla geri alınacaktır<sup>760</sup>.

İş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık nedeniyle sigortalıya verilecek ödeneklerin veya bağlanacak gelirlerin hesabına esas tutulacak günlük kazanç; iş kazasının veya doğumun olduğu tarihten, meslek hastalığı veya hastalık halinde ise iş göremezliğin başladığı tarihten önceki on iki aylık sürenin son üç ayı içinde (son üç ayda prim ödenmemişse bir önceki üç ay, o üç aylık dönemde de prim ödenmemişse üçer aylık dönemler esas alınarak geriye doğru on iki ay gidilir), işveren tarafından sigortalı adına Kuruma bildirilen veya kendi adına bağımsız çalışan sigortalının kendisi için Kuruma bildirdiği prime esas kazançlar toplamının, bu kazançlara esas prim ödeme gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanacaktır<sup>761</sup>.

5510 sayılı kanuna göre, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçinin sürekli iş göremezlik nedeniyle tazminatı hesaplanırken zarar

<sup>759</sup> Y4HD.12.5.1983. E.1983/2334. K.1983/4695, **YKD**, C: 9, s.1634.

<sup>760</sup> Güleç Uçakhan, s.297.

<sup>761</sup> Tozan, s.112.

hesabı olay tarihinden itibaren başlatılır. Bu durumda, haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için, geçici iş göremezlik ödeneğinin hesaplanan zarar tutarından indirilmesi gerekir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamaları da bu yöndedir. Örneğin, 21. Hukuk Dairesinin bir kararı şöyledir: Dosyadaki bilgi ve belgelerden iş kazasının 30.4.2004 tarihinde meydana geldiği, 11.12.2006 tarih, 111013 sayılı yazısı ekindeki belgeye göre 30.4.2004-29.9.2004 tarihleri arasındaki dönem için 4.472.82 YTL geçici iş göremezlik ödeneğinin ödendiği iş gücü kaybı oranının % 13 olarak kesinleşmesi nedeniyle sürekli iş göremezlik gelirinün geçici İş göremezlik döneminin sona ermesinden sonra 30.9.2004 tarihinden itibaren başlanarak ödendiği tazminat hesabının ise 30.4.2004 tarihinden itibaren yapıldığı görülmüştür. Bu durumda davacının maddi zararından geçici iş göremezlik ödeneği de düşüldükten sonra sonuca gidilmesi gerekirken mükerrer tahsile yol açacak şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir<sup>762</sup>.

Uygulamada özellik taşıyan bir durumda şudur: iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle geçici iş göremezlik ödeneği alma hakkı doğan kendi adına ve hesabına bağımsız çalışan sigortalıya bu ödeneğinin verilmesi için genel sağlık sigortası dâhil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması gerekmektedir. Başka bir söyleyişle kendi adına ve hesabına bağımsız çalışan sigortalının genel sağlık sigortası dâhil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması geçici iş göremezlik ödeneğini hak etmesinin koşulu değildir. Hak ettiği geçici iş göremezlik ödeneğinin kendine ödenebilmesinin koşuludur. Prim borcu var ise bu borcunu ödedikten sonra hak ettiği geçici iş göremezlik ödeneğini alabilecektir<sup>763</sup>.

### **(b) Sürekli İş Göremezlik Ödeneği**

Sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanma koşuluna 5510 sayılı kanunun 19. maddesi birinci ve ikinci fıkralarında yer verilmiştir, buna göre; iş kazası veya meslek hastalığı sonucu oluşan hastalık ve özürler nedeniyle

<sup>762</sup> Y21HD 17.3.2008, E. 2007/16439, K. 2007/4225, Güneren, s.838.

<sup>763</sup> Tozan, s.110.

Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurulları tarafından verilen raporlara istinaden Kurum Sağlık Kurulunca meslekte kazanma g¼c¼ en az % 10 oranında azalmış bulunduğu tespit edilen sigortalı, s¼rekli iş g¼remezlik gelirine hak kazanır. S¼rekli iş g¼remezlik geliri bağlanmış olan sigortalının yeniden tedavi ettirilmesi halinde meslekte kazanma g¼c¼n¼ ne oranda yitirdiği, birinci fıkrada belirtilen sağlık kurullarından alınacak raporlara g¼re yeniden tespit olunur<sup>764</sup>.

Sigortalıya bağlanan s¼rekli iş g¼remezlik geliri, sigortalının s¼rekli iş g¼remezlik hali devam ettiği s¼rece ¼denir. Yapılan kontrol muayenesi sonucu Kurum Sağlık Kurulunca s¼rekli iş g¼remezlik halinin ortadan kalktığı saptanan sigortalının geliri, rapor tarihini takip eden aybaşından itibaren kesilir. G¼r¼l¼yor ki, ge¼irdiđi iş kazası veya tutulduğu meslek hastalığı sonucu, Kurum Sağlık Kurulunca meslekte kazanma g¼c¼n¼ y¼zde 10 ve daha yukarı oranda kaybettiği saptanan sigortalı başkaca koşul aranmadan s¼rekli iş g¼remezlik gelirine hak kazanmaktadır<sup>765</sup>.

S¼rekli iş g¼remezlik geliri, sigortalının mesleğinde kazanma g¼c¼n¼n kaybı oranına g¼re hesaplanır. S¼rekli tam iş g¼remezlikte sigortalıya, 5510 sy. Kanun m. 17'ye g¼re, hesaplanan aylık kazancının % 70'i oranında gelir bağlanır. S¼rekli kısım¼ iş g¼remezlikte sigortalıya bağlanacak gelir, tam iş g¼remezlik geliri gibi hesaplanarak bunun iş g¼remezlik derecesi oranındaki tutarı kendisine ¼denir. ¼rneđin kişinin meslekte kazanma g¼c¼ oranının % 50 olması durumunda tam iş g¼remezlikte belirlenen % 70'in yarı s¼ gelir olarak kişiye bağlanacaktır. 5510 sk, sigortalının, başka birinin s¼rekli bakımına muhtaç olması durumunda gelir bağlama oranının % 100 olarak uygulanacağını amirdir (5510 Sayılı Kanun m.19/2). Başkasının s¼rekli bakımına muhtaç olma ifadesi ise, Çalışma G¼c¼ ve Meslekte Kazanma G¼c¼ Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Y¼netmeliđi m. 15'de belirlenmiştir<sup>766</sup>.

<sup>764</sup> Bilgili, ¼, s.501.

<sup>765</sup> Tozan, s.129.

<sup>766</sup> Uşan, Fatih, **T¼rk Sosyal G¼venlik Hukukunun Temel Esasları**, G¼ncellenmiř 2. Baskı, Se¼kin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 184-185.

Bu açıklamalardan sonra sürekli iş göremezlik ödeneği bağlanmasının şartlarına bakacak olursak, bunlar:

- Sürekli iş göremezlik geliri bağlanacak kişi 5510 sayılı Yasa kapsamında sigortalı olmalıdır.
- Sigortalının sürekli iş göremezliğine neden olan olay, 5510 sayılı Yasa kapsamında, iş kazası veya meslek hastalığı niteliğini taşımalıdır.
- İş kazası veya meslek hastalığı sonucu sigortalıda oluşan özür ve hastalık nedeniyle Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının, sağlık kurulunca verilen raporlarda, sigortalının meslekte kazanma gücünü en az % 10 oranında yitirmiş olduğu saptanmalı ve raporlar Kurum Sağlık Kurulunca onanmalıdır<sup>767</sup>.

Yargıtay uygulamasına göre, zarar gören işçinin tazminat hesabı yapılırken, Kurumca kendisine ödenen sürekli iş göremezlik gelirinün hüküm tarihine en yakın tarihindeki verilere göre hesaplanacak peşin sermaye değerinin zarardan indirilmesi gerekir. Ancak, 6098 sayılı TBK'nun yürürlüğe girmesinden sonra, 55/1 maddesi hükmü uyarınca, sürekli iş göremezlik ödeneğinin sigortalıya tahsisinden sonra, meydana gelen artışlar işverene rücu edilemeyeceğinden tazminattan indirilemeyecektir<sup>768</sup>.

Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışan sigortalının, genel sağlık sigortası dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması, geçici iş göremezlik ödeneğini hak etmesinin koşulu sayılmayıp, hak ettiği geçici iş göremezlik ödeneğinin kendisine ödenebilmesinin koşulu sayılmış iken, sürekli iş göremezlik gelinde ise gelirin bağlanabilmesinin koşulu sayılmıştır. Bu nedenle, genel sağlık sigortası dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçları ödenmiş olan, kendi adına ve hesabına bağımsız çalışan sigortalıya, meslekte kazanma gücünü yüzde 10 ve daha yukarı oranda

<sup>767</sup> Güneren, s.832.

<sup>768</sup> Güneren, s. 835.

kaybettiği saptanmış dahi olsa, kendisine sürekli iş göremezlik gelirinin bağlanması olanaksızdır<sup>769</sup>.

## ii. İşçinin İş Göremezlik Oranı

Cismanî zarara uğrayan işçinin oluşan zarar nedeniyle çalışma kapasitesinde bir azalma olur. Bu durum matematiksel oranlarla belirtilir. Fransız Hukuku'nda iş göremezlik, zarar görenin fiziki, psikolojik ve entelektüel bozulmasını ifade eder. Mesleki kayıp dışındaki fiziki kayıplar (%) olarak belirlenir. Bu ölçünün resmi bir karakteri yoksa da uygulamada geniş olarak kabul edilir. Puan değeri olarak kabul edilen bir metoda göre tazminat hesaplanır. Buna göre de puan değeri ile iş göremezlik derecesinin çarpımı toplu tazminatı verir. İstisnası ağır sakatlıklarda zararın gelecekteki yaşam garantisi için yıllık olarak irat olarak ödenmesi tercih edilir. İsviçre Federal Mahkeme'sinin bir kararına göre eğer yaralanan bir çocuksa ileride muhtemelen yapacağı meslek kabul edilir ve meslekteki iş göremezliği ilan edilir<sup>770</sup>.

İşçi iş göremezlik oranına göre, SGK belirlenen iş göremezlik ödeneklerinden yararlanır eğer iş görmesine engel olabilecek bir kapasite kaybı yok ise işçi koşulların varlığı halinde, tedavi, yol, ilaç, giderleri gibi zararları SGK'nca yapılan yardımlarla karşılanır. Eğer kaza veya hastalık sonucu, işçinin iş görebilmesine engel derecede bir kapasite kaybı meydana gelmişse, bu kapasite kaybının derecesine göre matematiksel olarak iş göremezlik oranı tespit edilir ve oluşan maddi zarar bu iş göremezlik oranı da göz önünde bulundurularak karşılanmaya çalışılır.

<sup>769</sup> Tozan, s.141.

<sup>770</sup> Kılıçoğlu, Mustafa, **Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri**, Adil Yayınevi, Ankara 1998, s.114.

### iii. İşçinin Kendi Kusuru (Ortak kusur)

Türk Borçlar Kanununun 52/1. Maddesine göre; "Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasına ya da artmasına etki yapmış yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise, hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir"<sup>771</sup>.

Zarar görenin ortak (birlikte) kusurundan kasıt, akli başında bir kimsenin kendi çıkarı için sakınacağı ya da sakınması gerekli olan düşüncesiz bir harekettir<sup>772</sup>.

Zarar görenin kusurunun, işvereni sorumluluktan kurtarması objektif (doğruluk, dürüstlük) iyiniyet kurallarına ve dolayısıyla ahlaki değer yargılarına dayanmaktadır. Zarar görenin kusurunun anlamı ise makul bir insanın menfaati gereği zararlı bir sonuca uğramamak için gerekli kaçınma hareketlerinde bulunmamasıdır. Buna göre işçinin kusurlu davranışı sonucu, iş ile kaza arasındaki uygun illiyet bağı ortadan kalkmış ise işverenin sorumluluğuna gidilmemektedir. Zarar görenin ağır kusuru, zarar verenin sorumluluğuna neden olan olayı ikinci plana itecek yoğunlukta olmalıdır<sup>773</sup>.

Buradaki kusur, başkasına zarar vermeyi amaçlayan iradi veya ahlaki bir kötülüğü, zayıflığı ifade etmez ve teknik anlamda bir kusur değildir. Sorumluluk doğurmaz. Tazminat hakkını azaltır. Zarar görenin kusurlu davranışı, haksız fiilin işlenmesinden önce, haksız fiille beraber, haksız fiilden sonra ortaya çıkabilir<sup>774</sup>.

BK m. 44/1 (TBK m. 52/1) Zarar gören ...zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu

<sup>771</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku, 2. Baskı**, s.232.

<sup>772</sup> Y4HD' de bu tanımı benimsemiştir. Nitekim "genellikle birlikte kusur olarak nitelenen ve BK 44. m. de düzenlenen bu kusur akli başında makul bir kimsenin çıkarı için sakıncalı veya sakınması gerekli olan düşüncesiz bir hareket olarak tanımlanmaktadır. Y4.HD.26.11.1979 E. 12082 K.13132;26.2.1979 E.5666 K.2516 sayılı kararları, Güleç Uçakhan, s. 381.

<sup>773</sup> Başboğa Şahbaz, s.93.

<sup>774</sup> Güleç Uçakhan, s. 381.

ağırlaştırmış ise bu durum tazminattan indirim ya da tazminat isteminin reddi sebebi olabilecektir. Haksız fiil failinin zararın doğumuna ya da artmasına yol açan fiili kusurlu olduğu için sorumluluğa yol açmaktadır. Ancak, bu durum zarar görenin davranışlarından kaynaklanmışsa, ortak kusurdan söz edilir<sup>775</sup>.

Zarar görenin kusurlu davranışları ağır nitelikte değilse, haksız fiil faili doğan zarardan sorumlu olacaktır. Ancak, bu durumda zarar görenin kusurlu davranışları hükmedilecek tazminat miktarının indirilmesine ya da tazminat isteminin tamamen reddine yol açacaktır. O halde, ortak kusur (müşterek kusur), haksız fiilde, zarar gören kişinin zararın doğumuna ya da artmasına neden olan kusurlu davranışlarını ifade eder<sup>776</sup>.

#### (a) Zarar Görenin Kusurlu Bulunduğu Durumlar

BK m. 44/1. (TBK m. 52/1) fıkrasından anlaşıldığı gibi zarar gören, zararın oluşmasına, artmasına, veya tazminat yükümlüsünün durumunun ağırlaşmasına sebebiyet vermişse bu durumda kusurlu davrandığı kabul edilir. Böylelikle zarar görenin kusurunun ağırlık derecesine göre tazminata ya hiç hükmedilmez veya tazminatta indirim yapılır.

•**Zararın doğmasında ortak kusur:** Önemli bir zarar veya tehlike olmadıkça, zarar gören, zararın meydana gelmesini önlemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu cümleden olarak, zarar görenin, sorumluyu, bilmediği ve de bilmesi gerekmediği fevkalade önemli bir zarar tehlikesinden haberdar etmeyi ihmal etmesinde, birlikte kusuru vardır<sup>777</sup>. Zira, zarar failinin gerçek durumu bilseydi zararın doğmaması için daha fazla dikkat ve özen göstereceği kabul edilir. Meselâ, bir kimseye tevdi edilen zarfta büyük miktarda para bulunduğu söylenmiyor; temizleyiciye temizlenmek üzere verilen elbisenin, temizleyici tarafından bilinmeyen ve bilinmesi de

<sup>775</sup> Kılıçoğlu, A, **2. Bası**, s.410.

<sup>776</sup> Kılıçoğlu, A, **2. Bası**, s.410.

<sup>777</sup> Tiftik, s.114.

gerekmeyen fakat zararın doğmasına yol açan bir özelliği hakkında bilgi verilmiyor; spor öğretmenine, özel ders alacak çocuğun kalp romatizması dolayısıyla mevcut olan rahatsızlığı bildirilmiyor. Keza, bir kimse evinin veya işyerinin kapısını kilitlemeyi ihmal etmek suretiyle hırsızın işini kolaylaştırıyor<sup>778</sup>. Bütün bu durumlarda, zarar verici olaydan önce vuku bulan zarar görenin kusuru mevcuttur.

•**Zararın artmasında ortak kusur:** Zarar görenin doğmuş olan zararın artmasına sebep olması bir anlamda önlem (tedbir) almama ödevine aykırılıktır. Zarar gören dürüstlük kuralı gereğince zararı en düşük seviyede tutmak mecburiyetindedir. Aksi halde bu durum zarar görenin kusuru olarak tazminatla değerlendirilir. Buradaki önlemden ölçüt; onun ve sağlığını tehlikeye koymayacağı akli başında insanın başvuracağı durumlardır. Zarar görenin zararın artmasını engellemek için yaptığı masrafları da zarar sorumlusu öder<sup>779</sup>.

Ortak kusurun kaza sonrasındaki davranışlardan kaynaklandığı olaylarda işçi, iş kazasının ardından sergilediği tutumla, kazanın sebep olduğu zararların daha da artmasına yol açar<sup>780</sup>. Borçlar Kanununun 44. (TBK m. 52) maddesi bu durumu “zararın tezayüdüne yardım” şeklinde ifade etmiştir. Örneğin işçi, kaza ardından gerekli ilk yardım müdahalelerine izin vermeyerek tedavi edilemez sağlık sorunlarıyla karşılaşılmasına ve böylelikle kazanın doğurduğu zararların büyümesine sebep olabilir. İşçinin anılan davranışının mutlaka ilk yardım anındaki tedavileri reddetme şeklinde

<sup>778</sup> Tabii, gerekli koruyucu tedbirleri almayarak hırsızın işini kolaylaştıran kimsenin ihmalinin, hırsızdan talep edilen tazminatın indirilmesinde esas alınması söz konusu olamaz, fakat meselâ, sigortacıdan veya evi ya da işyerini korumakla yükümlü görevliden, uğranılan zarar dolayısıyla istenilen tazminatta göz önünde tutulabilir, Feyzioğlu, s.535; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında 26.2.1969 t, E.9-11, K.144, davalı gişe sorumlusuna, paraların korunması için bir kasa verilmemesi yanında, gişenin bulunduğu yerde çalınmanın önlenmesi için gerekli tedbirlerin de alınmamış olmasını, zarar görenin kusuru saymış ve tazminatta indirim yapılması talebini kabul etmiştir, Tiftik, s.114.

<sup>779</sup> Kılıçoğlu, M, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.224.

<sup>780</sup> Nitekim Yargıtay da, işçinin iş kazası sonucu iş göremezliği tedavideki gecikmesinden ötürü ve kendi kusuru yüzünden artmışsa, bu artmaya ilişkin zarara bizzat katlanmak zorunda olduğunu, bu artıştan işverenin sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir, Y10HD. 1.6.1976, 9964/4260, Çenberci, 1104



gerçekleşmesi şart değildir. Kaza sonrasında vücudunda oluşan zararı azaltacak uygun tedavileri kabul etmeyen işçinin bu hareketi de ortak kusur olarak değerlendirilebilir<sup>781</sup>. Ancak böyle bir sonuca varılabilmesi için Yargıtay, teklif edilen tedaviye ilişkin bir takım şartların varlığını aramaktadır. Buna göre kazaya uğrayan işçinin ameliyata rıza göstermesinin beklenebilmesi için, ameliyatın tehlikeli ve çok ızdırap verici olmaması, iyileşme umudunun çok güçlü olması ve bu yöndeki masrafların sorumlu kişi tarafından karşılanması gerekir<sup>782</sup>.

• **Sorumlunun durumunu ağırlaştıran ortak kusur:** Buraya zarara uğrayan kişinin, zararın doğumuna ya da artmasına sebebiyet veren ortak kusurlu davranışları dışındaki diğer davranışları girer. Bu davranışların ya da tazminatı red sebebi olabilmesi için, zarara uğrayan kişinin kusurlu davranışlarının tazminattan sorumlu kişinin durumunu ağırlaştıracak nitelikte olması gerekir. Zararın doğumu ya da artmasına yol açan davranışlar dışında kalan ve zarardan sorumlu kişinin durumunu ağırlaştıran bütün haller burada düşünülebilir. Örneğin: Zarara uğrayan kişinin, elindeki ispat araçlarını çıkarması sorumlu kişinin zarardan sorumlu diğer kişilere (örneğin, kusursuz sorumlu kişinin zarardan kusurlu sorumlu tutulan kişilere) rücu hakkını kaybetmesi; zarara uğrayan kişinin yapması gereken bir sigortayı yaptırmamış olması gibi<sup>783</sup>.

### (b) Kusurda ve Kaçınılmazlıkta Çeşitli Olasılıklar

İşçinin ve işverenin kusurluluk dereceleri tazminat miktarını birebir etkileyen faktörlerdir. O halde ayrıma gittiğimizde işverenin tam kusurlu olması, işçinin tam kusurlu olması veya işçi ve işverenin birlikte kusurlu olması olasılıkları tazminat miktarının tayininde önemli faktörlerdir. Bu olasılıklara kısaca değinmek gerekirse;

<sup>781</sup> Eren, **13. Baskı**, s.335-736; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s. 489, 490; Akın s. 214.

<sup>782</sup> Y4HD. 18.9.1979, E. 5480/9818 K., **YKD**. Kasım 1979, s.1576

<sup>783</sup> Kılıçoğlu, A, **2. Baskı**, s.411.

• **İşverenin tam kusurlu olması:** İş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde işveren tam kusurlu olabilir. Böyle bir durumda, tazminatın hesaplanmasında kusur yönünden bir indirim söz konusu olmayacağından işveren -başkaca bir indirim nedeni yoksa- doğan zararın tümünü gidermekle yükümlü olacaktır<sup>784</sup>.

• **İşçinin tam kusurlu olması:** Zarar verici olayın meydana gelmesinde, bedensel zarara uğrayan işçi tam kusurlu ise, işverenin işi ile zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağı kesileceğinden işverenin hukuksal sorumluluğuna gidilemez. Bu durumda, işçi, Sosyal Güvenlik Kurumunun 5510 sayılı Yasa koşullarına göre, aldığı veya alacağı ödenek ve gelirlerle yetinmek zorunda kalacaktır<sup>785</sup>.

• **İşçi ve işverenin birlikte kusurlu olması:** bu durumda her kişinin kendi kusuru oranında tazminattan indirim yapılır.

• **İşçi ve işverenin kusurunun olmaması olayın kaçınılmazlıktan kaynaklanması:** Bu durum objektif sorumluluğun bulunduğu durumlarda özellik arz eder. Çünkü objektif sorumlulukta ilke olarak zarar sorumlusu tüm beklenmedik hallerden sorumlu olur. İndirim faktörü kabul edilemez. Ancak sorumluluğu oluşturan tehlikeden ayırık ve ona yabancı durumlar indirim sebebi olabilir<sup>786</sup>. Eren'in konuyu bütünsel ele alan görüşü bu konuda son derece önemlidir. Eren'e göre beklenmedik hâl zararın doğmasının ve artmasının kısmî sebebi olup olayda büyük ölçüde beklenmedik hale dayanıyor ise burada yargıç tazminattan BK m. 43/1'e (TBK m. 51/1) göre bir indirimde bulunur. Ancak kusursuz sorumluluk tipleri yasaca belirlenen türden ise burada indirime gidilemez. Çünkü sebep sorumluluğun çıkış nedeni budur. En önemlisi beklenilmeyen hâl, bir başka kişiyi sorumlu kılan sebeplerden biri olmasıdır. Çünkü böyle durumlarda müteselsil sorumluluk söz konusu olur. Ancak beklenilmeyen hâl, sorumlunun kusurunun daha hafif

<sup>784</sup> Güneren, s. 808.

<sup>785</sup> Güneren, s.808.

<sup>786</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.225.

görünmesi sonucunu doğuruyor ise BK 43/l'e göre sorumlu lehine bir indirimde bulunulabilir<sup>787</sup>.

\* **Hem işverenin kusurunun olması, hem de kaçınılmazlığın olması:** Böyle bir durumda işveren kusuru oranında sorumlu olmakla beraber kaçınılmazlıktan payına düşen oranla da sorumludur. Örneğin işveren % 40 kusurlu, kaçınılmazlık ise % 60 olarak tespit edilmiştir. Bu durumda işveren % 40 kendi payından % 36 da kaçınılmazlıktan kendi payına düşen olmak üzere % 76'lık zararın % 76'sından sorumludur<sup>788</sup>.

• **Hem işçinin kusurunun olması, hem de kaçınılmazlığın olması:** işçinin kusur oranı ve kaçınılmazlıktan payına düşen oran bulunarak tazminattan indirilir.

#### iv. İşverenin Müzayaka (Yoksulluk) Durumuna Düşmesi

Müzayaka hali konusunda yasal bir tanım yapılmamıştır. Bu konudaki değerlendirmelerde eski içtihatlardan hareketle Medeni Kanunun 364. maddesinde yer alan zarurete düşme kavramından yararlanılmakta ve anılan düzenleme aynı kanunun 4. maddesinin yargıca tanıdığı takdir hakkı çerçevesinde uygulanmaktadır<sup>789</sup>. Medeni Kanunun 364. maddesine göre: "Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.". Söz konusu hükümden hareket edildiğinde müzayaka hali, yaşamı için zaruri sayılan unsurları başkasının yardımına muhtaç olmadan elde edememek nedeniyle zarurete düşmeyi ifade eder. Ödeme zorluğu ve hayat seviyesinin düşmesi halleri bu anlamda müzayaka hali olarak kabul edilmez. İşverenin bir kamu tüzel kişisi olması halinde müzayakadan bahsedilemediği gibi haczedilecek

<sup>787</sup> Eren, **13. Baskı**, s.737.

<sup>788</sup> Güneren, s.811.

<sup>789</sup> Nitekim Yargıtay'ın eski tarihli emsal kararında da, müzayakanın Borçlar Kanununun 44. maddesindeki anlamıyla 926 sayılı Medeni Kanunun 315. maddesindeki zaruret anlamına geldiği belirtilmiştir, Y9HD. 24.4.1967, 1709/3546, Akın, s.239.

malları olanlar için de müzayakanın gerçekleşmeyeceği kabul edilir<sup>790</sup>. Buna karşılık bir şirketin müzayaka haline düşmesine engel bir neden bulunmamaktadır. Fakat iflas durumundaki bir şirketten iş kazası tazminatı alacağı olan işçinin söz konusu tazminatı müzayaka nedeniyle indirilmemelidir. Aksi halde kazaya uğrayan işçinin iflas masasından olan alacak payı düşeceğinden bu durum işverene ve dolayısıyla onun diğer işçilerine değil, işverenin başka alacaklılarına yarayacaktır<sup>791</sup>.

Zararının tamamının hüküm altına alınması, zarardan sorumlu kişiyi zor duruma (müzayakaya) düşürecek ise, yargıç zararın tamamı yerine, bir kısmının tazminine karar verebilecektir. Burada sözü edilen "zor durum" (müzayaka) zarar görenin ekonomik açıdan muhtaç duruma düşmesi, işini ve düzenini kaybetmesidir. Örneğin: Bir ilçede geçimini sadece köşe yazarlığı ile sağlayan bir yazar, ağır kusuru olmadan, bazı sözcükleri ve kavramları hukuksal sonuç ve anlamlarını bilmeden kullanarak, başkasının kişilik hakkını ihlâl etmişse, yargıç bu nedenle zarar görenin uğradığı zararının tamamına hükmettiğinde, köşe yazarının ekonomik açıdan başkalarına muhtaç hale geleceğini göz önünde tutarak tazminattan hakkaniyete uygun bir indirim yapabilecektir<sup>792</sup>.

Yaşam seviyesinin düşme görünümü ve ödeme zorluğu indirim için yeterli sayılmaz<sup>793</sup>. Haczedilecek mal bulunduğu sürece indirimde bulunulmaz<sup>794</sup>.

## v. Özel Sigorta Ödemeleri

Kazaya uğrayan bir işçinin iş kazasından önceki bir tarihte özel bir sigorta şirketinde kendini sigortalatmış olması mümkündür. Böyle bir

<sup>790</sup> Y4HD. 19.6.1954, E. 1544, K. 3067, Akın, s.239.

<sup>791</sup> Akın, s. 239.

<sup>792</sup> Kılıçoğlu, A, **2. Baskı**, s.412.

<sup>793</sup> Eren, **13. Baskı**, s. 76; Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.232.

<sup>794</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.232.

durumda iş kazasından zarar gören işçinin bu nedenle özel kaza sigortasından aldığı tazminat, iş kazası tazminatı açısından bir yarar olarak değerlendirilemez<sup>795</sup>. Çünkü böyle bir sigorta anlaşmasında lehtar genelde işçinin kendisidir. Yani riskin (kazanın) gerçekleşmesi halinde sözleşmede belirlenen tazminata hak kazanacak kişi, primleri de ödeyen işçidir. Dolayısıyla primlerini işçinin ödediği bir sigorta sözleşmesinden sorumlu işverenin faydalanmasına imkan verilemez. İşçi iş kazası sonucu uğradığı zararı için sigortacısından tazminatını almış olsa bile bu brüt zararından indirilmez<sup>796</sup>.

Sigorta sözleşmesi işveren tarafından yapılmış ise bu durumda 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu'nun "sorumluluk sigortalarında" kenar başlığını taşıyan 130. maddesinde, "Başkasını çalıştıran kişi çalıştırdığı kişiye karşı hukukî sorumluluğunu güvence altına almak üzere sigorta yaptırmışsa, sigortadan doğan haklar doğrudan doğruya çalışana ait olur. Ancak, çalışana ödenecek sigorta tazminatı genel hükümlere göre ödenecek tazminattan indirilir." hükmü öngörülerek denkleştirme ilkesi gözetilmiştir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin uygulaması da bu yöndedir<sup>797</sup>. Aksi halde mükerrer ödemeye neden olunur.

## vi. İşverence ve Özel Kişilerce Yapılan Ödemeler

Kazaya uğrayan işçiye Sosyal Güvenlik Kurumu ve sigorta şirketlerince sağlanan yardımların yanı sıra işverence de yardım sağlanıyor olabilir.

<sup>795</sup> Ticaret Kanununun 1334. maddesinde düzenlenen söz konusu sigorta, kazaya karşı sigorta olarak adlandırılmaktadır. Anılan maddeye göre: "Kazaya karşı sigorta; sigorta ettirenin maruz kalacağı herhangi bir kaza, hastalık, maddi menfaatlerini haleldar edecek herhangi bir olay, iş kazaları yahut nevi ve mahiyeti muayyen başka bir kaza sebebiyle ölümü veyahut muvakkat veya daimi surette çalışma kudretinden veya imkanından mahrumiyetinde gerek sigorta ettirene, gerek mirasçılara veya yerine geçmiş olanlara ve gerek muayyen veya müteaddit hak sahiplerine muayyen sermaye tediyesini veyahut irat tahsisini bir prim karşılığında sigortacıya yükleyen mukaveledir." Akın, s.200.

<sup>796</sup> Akın, s.200-201.

<sup>797</sup> Y21HD. 3.5.2007, E. 2006/18008, K. 2006/7460. Bu kararın eleştirisi için bkz: Hakan Keser, İşverence Mali Sorumluluk Sigortası Yapılması Durumunda İşverenin Tazminat Sorumluluğunun Belirlenmesi **Sicil İHD**, 2008/12, s.200 vd.

Nitekim uygulamada seyrek de olsa işverenlerin, kazaya uğrayan ve bir süre ya da hiç çalışamayacak olan işçilerinin ücretlerini ödemeyi sürdürdükleri, toplu para veya aynı yardım yaptıkları görülmektedir. Acaba işverence yapılan yardımlar ve ödenen ücretler, kaza sonucu oluşan yarar olarak değerlendirilebilir mi? Akın'a göre burada işverenin yaptığı yardımlar, doğrudan doğruya kazaya uğrayan işçinin uğradığı ya da uğrayacağı zararların bir kısmını gidermek veya önlemeye yöneliktir. Dolayısıyla yapılan yardımları hiç dikkate almayıp daha sonra bu yardımlarla giderilen zararlar için yeniden işverene başvurmak, tazminatla zenginleşilemez kuralına aykırılık oluşturur<sup>798</sup>. O nedenle işverence yapılan yardımlar toplam brüt zarardan indirilir. Kaldı ki böyle bir uygulama, işverenin son derece uygar ve iyiniyetli davranışını ödüllendireceği gibi benzerlerini teşvik ederek çalışma barışına katkı sağlar<sup>799</sup>.

Üçüncü kişiler tarafından sigortalıya yapılan ifa amacı taşımayan ödemeler ve yardımlar, zararın belirlenmesinde gözetilemez. (TBK m. 55/1) Eş anlatımla, bu ödemeler işverenin sorumluluğunu azaltmak amacıyla yapılmadığından davacının zararından indirilemez. Nitekim, Yargıtay, Suudi Arabistan'da bir Türk işverenin iş yerinde iş kazası sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan bir kişinin işveren aleyhine açtığı tazminat davasında, Suudi Arabistan Devletinin davacının eş ve çocuğuna yaptığı maddi yardımla ilgili olarak "...devletin davacıya yapmış olduğu yardımların tamamen insani düşüncelerden kaynaklanan ve bir atıfet niteliğinde olduğu saptanırsa, işverenin bu yardımlardan söz ederek zarardan kurtulması veya bu oranda sorumluluğunun azaltılması düşünülemez. Ancak bu yardımların yerel Sosyal Güvenlik Yasaları gereği yapıldığı ve bunların Türkiye'dekine benzer bir sistem ile rücu yoluyla işverenden geri alınması söz konusu ise, bu kere

<sup>798</sup> Akın, s. 202.

<sup>799</sup> Yüksek mahkeme de konuya ilişkin bir kararında, ibraz edilen ibranamede ödendiği belirtilen para davacıya ödenmiş ise, tazminattan mahsup edilmesi gerektiğini belirtmiştir, Y9HD. 20.12.1991, E. 16604, K. 16332, Akın, s. 202.

işverenin mükerrer biçimde zarardan sorumlu tutulmaması için indirim yapılması gerektiği" sonucuna varmıştır<sup>800</sup>.

### vii. Sosyal Yardım Zamları ve Sürekli Bakıma Muhtaçlık Geliri

5510 sayılı Yasanın geçici 1. maddesine göre, bu yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte sosyal yardım zammı ile telafi edici ödemeler, sigortalıların gelir ve aylıklarına eklenerek ödenmektedir<sup>801</sup>.

Sigortalıya ödenen sosyal yardım zammının da bağlı olduğu gelir ve aylıklarda olduğu gibi peşin sermaye değerinin sigortalının hesaplanan maddi tazminatından indirilmesi gerekir<sup>802</sup>.

Sürekli iş göremez duruma gelmiş olan işçi aynı zamanda sürekli bakıma muhtaç ise 506 sayılı kanuna göre iş göremezlik geliri % 50 artırılarak ödenmeye çalışılmıştır. 5510 sayılı Yasanın 19. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesine göre ise; sigortalı, başka birinin sürekli bakımına muhtaç ise gelir bağlama oranı %100 olarak uygulanır.

Uygulamaya göre, başkasının bakımına muhtaç sigortalı tarafından açılacak tazminat davasında, maddi zarar hesabının % 50 artırımlı yapılması gerekir. % 50 tazminat artışı tazminat hesabına esas alınan ücretin % 50 arttırılması suretiyle sağlanır. Ancak, iş kazası veya meslek hastalığına tutulan işçinin ücreti asgari ücretin üzerinde ise, % 50 artış brüt asgari ücrete uygulanır<sup>803</sup>.

<sup>800</sup> Y21HD. 15.10.2002, E. 6279, K. 8571, Güneren, s.847.

<sup>801</sup> Güzel, Ali / Okur, Ali Rıza/ Caniklioğlu Nurşen, **Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 12. Bası**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009. s.353.

<sup>802</sup> Y21HD. 17.5.2007, 2006/19616-8239, 27.10.2005, 8160/10364. Güneren, s.843.

<sup>803</sup> Güneren, s. 849.

## 2. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

### a. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Kavramı, Yasal Dayanağı, Konusu, Amacı ve Hukuki Niteliği

#### (1) Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Kavramı

##### i. Destek Kavramı

Bu terim ile, bir başkasının veya başkalarının geçimini kısmen veya tamamen karşılayan veya ileride ona bakması kuvvetle muhtemel olan kişi ifade edilmektedir. Görüldüğü gibi hukuki olmaktan ziyade fiilen bakıma yükümlenmiş olan kişi ele alınmaktadır. Kanunla veya sözleşmeyle konulmuş bir ödev bulunmaksızın, bir kimsenin eylemli ve düzenli olarak diğerine yardım etmesi ve bu durumdan ileride de bu yardımın sürüp gitmesinin muhtemel olduğu sonucunun çıkarılması, ölenin talepte bulunana bakan kimse (destek olan) sayılması için yeterlidir. Burada bir kimsenin geçimini bütün olarak yükümlenmek şartı da aranmaz. Bunun bir kısmını dahi üzerine alan kimse de destek terimi içinde mütalaa edilmektedir<sup>804</sup>. Aynı şekilde, sadece ölüm zamanına kadar yardımda bulunmuş olan kimseyi değil, olayların doğal gelişmesine göre yakın veya uzak zamanda (araya ölüm girmemesi halinde) diğerine bakan kimseyi de destekte bulunan kimse saymak yoluna gidilerek bu terime oldukça geniş bir anlam verilmektedir<sup>805</sup>.

Hak sahibine ölüm öncesi bakan kişinin kimliği önemlidir. Bu konudaki esaslı kriter kanun ya da sözleşme ile bir yükümlülük bulunmaksızın, bir

<sup>804</sup> Güleç Uçakhan, s.435-436.

<sup>805</sup> HGK. 21.4.1982 T, E.1979/4-1528 K.1982/412 "Destek sayılabilmek için bakımın eylemli olması ve ölümünden sonra düzenli biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterlidir. Ölüm gününe kadar desteklik etmemiş olmakla beraber ileride bakım gücüne kavuşarak bakımı yine eylemli ve düzenli olarak yerine getirmesi beklenen kimse de destek kabul edilir, Güleç Uçakhan, s.436.



kimsenin eylemli ve düzenli olarak bir başkasına yardım etmesi ve bu durumdan ileride de bu yardımın devam etmesinin ihtimal dahilinde olduğu sonucunun çıkarılmasıdır. İsviçre Mahkeme İçtihatları sadece ölüm anına kadar yardım etmiş kimseyi değil, olayların tabii gelişimine uygun yakın veya uzak bir zamanda araya ölümün girmemesi halinde diğerine tamamıyla, ya da kısmen bakacak kimseyi de başkasına bakan kimse yani destek saymıştır. Buna "muhtemel destek" denir. Küçük yaştaki çocukların ileride anne babasına yapabileceği yardımlar muhtemel bir destek şeklidir<sup>806</sup>.

## ii. Destekten Yoksunluk Kavramı

Bir anlamda söz konusu hak, ölen kişiden intikal eden bir hak değil destekten yoksun kalan kişilere ait bir hak, bir olgudur. Buradaki kriter ne akrabalığa ne miras hakkına ne de yasal bir ödeve dayalıdır. Funk, eserinde destek kavramını kanunen zorunlu olmasa dahi düzenli yardımda bulunan şahıs olarak tanımlamıştır<sup>807</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatı ölenin yardımından yoksun kalanların şahsında doğan bir zarar olduğundan, destekten yoksun kalan kişi ölenin mirasçısı olduğu halde mirası red etmiş olsa bile bu davayı açma hakkına sahiptir. Bu hak mirasçılık sıfatından değil, destek olan kişinin ölümü nedeniyle onun gelir ve yardımından yoksun kalma ya da farazi destek olma olgusundan kaynaklanır<sup>808</sup>.

## iii. Destekten Yoksun Kalanlar

Ölenin desteğinden yoksun kalanlar, ya ölüm anında ölenden fiilen destek alan kişilerdir; ya da ölenden ileride destek alması varsayılan

<sup>806</sup> Kılıçoğlu, M, **Sorumluluk Hukuku**, s.140.

<sup>807</sup> Kılıçoğlu, M, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.165.

<sup>808</sup> YHGK. 18.04.2007, E.2007/4-222, K.2007/222, **YKD**. Eylül 2007, c.33, s. 9, s.1642-1648.

kişilerdir. Birinci halde fiili destekten, ikinci halde farazi destekten söz edilmektedir. Örneğin: Babası ölen çocuk, kocası ölen kadın, ölüm nedeniyle onun desteğinden yoksun kalmıştır. Buna karşılık, çocuğu ölen baba, ileride ondan destek alması muhtemel kişidir. Birinci halde fiili destek, ikinci halde ise farazi destek söz konusudur<sup>809</sup>.

Tazminatı talep edebilecekler, yani; "destekten yoksun kalanlar" veya "desteklenenler", işçinin sağlığında fiilen ve devamlı yardım etmek suretiyle geçimlerini temin ettiği maddi bakımdan görüp gözetdiği kişilerdir. Bunlar umumiyetle ana, baba, kardeş, eş ve çocuklar olabilir. Bu kişiler arasında doğal bir destek durumu söz konudur. Ancak desteklenenlerin, desteğin mirasçısı veya kanunen ya da sözleşmeden ötürü bakmakla yükümlü olduğu kişiler olması şart değildir<sup>810</sup>.

## (2) Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Yasal dayanağı

818 sayılı Borçlar Kanunu ve 6098 sy TBK düzenlemelerinde destekten yoksun kalma tazminatının "Haksız fiiller ve diğer akit dışı sorumluluk sebepleri", "Akitten doğan sorumluluk" ve "Vekaletsiz iş görme" olmak üzere üç kaynağı vardır. Bir kimse diğer bir kimseyi öldürmüş ya da ölümüne neden olmuş ise hukuk düzeninin emredici bir normunun ihlali söz konusu olur. Zira hukuk düzeni insan yaşamına saygı gösterilmesini ister. İnsanın en önde gelen ve diğer menfaatlerinin temel şartı yaşam hakkıdır<sup>811</sup>. Ölüm bu hakkı ortadan kaldırır. Ölüm sorumlusunu düzenleyen sorumluluk kurallarından ilki BK m. 45'de (TBK m. 53) düzenlenen haksız fiil sorumluluğudur. Diğer yandan haksız fiilin bir başkası tarafından işlenmesi halinde de sorumluluk halleri bulunmaktadır. BK m. 55'teki (TBK m. 66) istihdam edenlerin

<sup>809</sup> Kılıçoğlu, A, **2. Baskı**, s.404.

<sup>810</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.1213

<sup>811</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Hesapları**, s. 132.

sorumluluğu, TMK m. 320'ye göre ev reislerinin sorumluluğu böyle hallerdendir<sup>812</sup>.

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmeyen işveren ve/veya vekili için İş Kanununun öngördüğü yaptırımlar uygulanır. İşveren veya vekilinin koruyucu, önleyici nitelikte önlemleri almamış, bu alandaki yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması, tehlikeli durum yaratmakla birlikte gerçekleşen bir zarara yol açmadığı sürece sadece bu yaptırımlarla karşılaşmalarına yol açar ve iş sağlığı ve güvenliği kapsamında bir sorun olarak kalır. Ancak, gerekli önlem alınmadığından tehlike, fiile dönerek işçilere zarar veren bir olay olarak gerçekleşirse, sorun, koruyucu/önleyici iş sağlığı ve güvenliği alanıyla sınırlı kalmaz, bu alanı aşarak işverenin hukuki sorumluluğu alanına intikal etmiş olur ve çözümü de genel hükümlere ve Sosyal Güvenlik Hukuku hükümlerine tabi olur. Bu bakımdan işverenin hukuki sorumluluğunu, İş Hukukunun değil sosyal güvenliğin konusu olduğu da söylenir<sup>813</sup>. Diğer taraftan işçinin iş kazasına veya meslek hastalığına maruz kalması, işveren veya vekilinin ceza sorumluluğunu da gerektirebilir ki bunun da incelenmesi Ceza Hukukuna düşer<sup>814</sup>.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinin 1. fıkrası (TBK'nun 417. maddesinin 2. Fıkrası) ve İş Kanunu'nun 77. Maddesinin 1. fıkrasında öngörülen bu gözetme borcuna aykırı davranan ve bu sebeple çalıştırdığı

<sup>812</sup> 6085 sayılı Karayolları Trafik kanununun 232 sayılı yasayla değişik 50. maddesi de "Motorlu taşıt, müteharrik makine veya lastik tekerlekli traktörlerin kullanılmasından doğacak ölüm" hallerinde araç sahipleri "sorumlu" tutulmuşlardır. Esas sahibiyle BK 55 maddesine göre böyle hallerde sorumluluk "kusur sorumluluğu" olup Trafik Kanununa göre olan sorumluluktan daha ağır olup burda her iki sorumluluğun birlikteliğinden söz edilebilir. 4.3.1958, E. 8358/1171 K. sayılı YHD kararı gibi iki sorumluluk bir arada bulunur. Kılıçoğlu, **Tazminat Hesapları**, s.132.

<sup>813</sup> Üçışık, Fehim, Konunun Almanya'da 1880'den bu tarafa İş Hukukunun değil Sosyal Sigortaların konusu olduğu ifade etmektedir, Destekten Yoksunluk Ve Cismani Zararlarda Sorumluluk Ve Tazminat, Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı, İstanbul 1996, s. 187'den Akt: Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1204-1205.

<sup>814</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.1204-1205.

işçinin iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümüne neden olan işveren, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin zararlarını gidermekle yükümlüdür. İşverenin bu yükümlülüğü sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir (BK m. 96, 332/2) (TBK m.112, 114/2, 417). Zararın giderimi konusunda 818 sayılı BK'nun 98/2 ve TBK m.114/2. maddelerinde öngörülen "haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümleri, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır" hükmü uyarınca, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 41. (TBK m. 49) ve onu izleyen maddelerinin sorumluluğun tespitinde uygulanması gerekir<sup>815</sup>.

İşverenin gözetme borcuna aykırı davranması sonucunda iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçinin ölümü halinde tazminat talebinde bulunabilirler. Borçlar Kanununun 45. maddesinin 2. fıkrasına göre "ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir". Bunun gibi, BK 332/2 (TBK m. 417) maddesinin 3. fıkrasında da "iş sahibinin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyebilecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabi olur". Belirtmiş olduğumuz gibi BK m. 332/2 (TBK 417/3) hükmüyle söz konusu destekten yoksun kalma tazminatını akdi sorumluluk esaslarına dayanarak talep etme hakkı tanınmıştır<sup>816</sup>.

### (3) Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Konusu ve Amacı

Destekten yoksun kalma zararının doğabilmesi için, ölen kişinin üçüncü bir kişiye destek olması, yardımda bulunması veya gelecekte destek olmasının muhtemel bulunması gereklidir. Ölenin bu yardımı dolayısıyla ölene "destek" denilir. Bu şekilde, tazminatın varlığı için ölenle tazminat

<sup>815</sup> Güneren, s.937-938.

<sup>816</sup> Süzek, 7. Baskı, s.378.

davacısı arasında bir destek ilişkisi bulunmalıdır. Destek ilişkisinin varlığı fiili olup, mirasçılık veya hısımlığın bulunması zorunlu değildir<sup>817</sup>.

Zarar, bizzat ölümün kendisi olmayıp bundan doğan olumsuz ekonomik sonuçlardır<sup>818</sup>. Bu anlamda adam öldürme, sadece zararlı sonucun sebebinin oluşturmaktadır. Yalnız insanlar destek olabileceğinden hayvan öldürülmesi halinde 6098 sy. TBK m. 51 uygulanmaz. Keza, hamile bir kadının düşük yapması halinde de düşük, destek kavramına girmez. Zira yalnız sağ olarak doğan insanlar TBK m. 53 kapsamına girmektedir. Anlaşıldığı üzere destekten yoksun kalma tazminatının konusunu, ölüm olayından sonra maddi olarak ölen kişinin yardımından mahrum kalanların zararını giderilmesi oluşturur.

Bu tazminatın amacı, ölüm olayı olmasaydı ölenin yardımda bulunduğu kişilere yardımda bulunmaya devam edeceğinin düşünülmesi ve ölüm olayı sonucu destekten yararlanan kişilerin uğradıkları zararın peşin ve toptan giderilmesi, bu kişilerin ölüm olayından önceki durumlarına kavuşturulması, eş anlatımla destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır<sup>819</sup>.

Yargıtay 4HD'nin 30.5.1978 tarih ve E.978/2232 K.7262 sayılı kararında amaçla ilgili hususa değinilmiştir. "...Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, desteğin ölümünden önce destekten yoksun kalanın sosyal ve ekonomik durumunun desteğin ölmesinden sonra da aynı düzeyde kalmasını sağlamaktır. Davacılar, babanın desteğin ölmesinden sonra da ekonomik durumunda bir değişiklik olmadığı ve özellikle bakılma ihtiyacı içine düşmediği 20.8.1977 günlü rapor münderecatından açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda, anılan tazminatın en önemli koşullarından biri olan bakım ihtiyacı içinde olma koşulu bu olayda gerçekleşmediğine göre babanın maddi tazminat isteği reddedilmek gerekirken mahkemenin 20.8.1977 tarihli rapordaki düşünceleri göz önünde bulundurmaksızın ve öncelikle son rapora

<sup>817</sup> Gökcan, s.669-670.

<sup>818</sup> Eren, **13. Baskı**, s.718.

<sup>819</sup> Güneren, s.938.

rağmen bir önceki 19.1.1977 günlü raporu benimsemesinin gerekçe ve dayanaklarını da göstererek tartışmaksızın, baba lehine de maddi tazminata hükmetmiş bulunması bozmayı gerektirir"<sup>820</sup>.

Anlaşıldığı üzere destekten yoksun kalma tazminatı, iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda ölen işçinin muhtemel yaşam süresi içinde çalışarak sağlayabileceği kazancından ayırmak suretiyle desteğinden yoksun kalanlara yapabileceği yardım tutarının bunlara peşin olarak ve toptan ödenmesidir. Diğer bir deyişle bu tazminatın amacı, destekçi yaşamış olsaydı yardım ettiği kimselere yapabileceği yardımların sağlanmasıdır<sup>821</sup>.

#### (4) Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Hukuki Niteliği

Destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, aslî ve bağımsız bir talep hakkıdır. Yoksun kalan, bu hakkı öleden miras yolu ile değil, doğrudan doğruya, asli bir şekilde kazanmaktadır. Gerçekten, TBK m. 53/III'e göre, bu hak desteğin mirasçı olarak geride bıraktığı kişilere değil, fakat destekten yoksun kalanlara aittir. Yoksun kalan, bu hakkı doğrudan doğruya, asli bir şekilde kazandığı için, bu hak üzerinde desteğin veya mirasçılarının herhangi bir tasarruf hakkı yoktur. Bu nedenle, destekten yoksun kalanın talep hakkı, bir miras hakkı olmayıp, bir tazminat hakkıdır. Gerçekten yoksun kalanların çevresi, mirasçılarının çevresi ile aynı olmayıp, daha geniştir. Yoksun kalan, desteğin aynı zamanda mirasçısı olsa ve mirası reddetse dahi şartlar gerçekleşmişse, destekten yoksun kalma tazminatını talep edebilir<sup>822</sup>. Diğer taraftan, bu hakkın aile hukuku ve dolayısıyla hısımlıklı da bir ilgisi yoktur. Tazminat talebi, bir

<sup>820</sup> Güleç Uçakhan, s.442.

<sup>821</sup> Özkul, Emin Aydın: Destekten Yoksun Kalma ve İşgöremezlik Tazminatlarının Hesabına İlişkin İlkeler, **Çim. İşv. D.**, Ocak 1995, s.23-25; Akın, s.155 vd. Aynı yönde, Y9HD., 18.1.1994, E. 12485, K. 89; Özkul, s.24. Y9HD., 3.6.1994, 3064/8515, HGK, 1.11.1995, E. 9679, K. 898; Süzek, **7. Baskı**, s.378.

<sup>822</sup> Eren, **13. Baskı**, s. 720.

nafaka talebi de değildir. Bu hak zarar verenin nafaka mükellefiyetine dayanmamaktadır.

Destekten yoksun kalma tazminatı mahiyeti itibariyle bağımsız bir özellik taşır. İsviçre-Türk Hukuk sistemlerinde destekten yoksun kalma tazminatının "bağımsızlık" özelliğinde görüş birliği vardır. Bunun temel nedeni bu hakkın ölenin kişiliğine bağlı olmadan destekten yoksun bırakılan kişinin kişiliğinden doğan bir hak oluşudur. Bu yüzden de ölenin terekesine bağlı değildir<sup>823</sup>. 818 sy. Borçlar Kanunu 45/2. (TBK m. 53) maddesi destekten yoksun kalan kişi için mirasçılık sıfatını aramamıştır. Bunun sonucu olarak ölenin ölüm ile destekten yoksun kalacağı varsayılan mirası reddetse dahi sorumluya karşı destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunabilir. Ancak terekenin borca batık olması halinde miras reddedilmişse burada ayrık bir durum vardır. Buna göre ölenin daha sağlığında destek şartı gerçekleşmediğinden sorumlu aleyhine dava açılmayacaktır<sup>824</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalanlar yönünden bağımsız, bir hak oluşunun bir sonucu, desteğin bu tazminat istemi üzerinde ölmeden önce, iradesi ile tasarrufta bulunma yetkisinin bulunmamasıdır. Öğretideki baskın görüşe göre, destek sağlığında ölümünden sonraki istemi etkileyecek şekilde sözleşme yapmış olsa bile tazminat isteminin doğumunu ve istenebilirliğini etkilemez<sup>825</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatının bağımsız oluşunun diğer bir sonucu bu tazminat alacağının borçlunun rıza ve onayı bulunmaksızın alacağın temlik hükümlerine göre devrinin mümkün olmasıdır (BK. m.162 vd.) (TBK m.183 vd.)<sup>826</sup>.

<sup>823</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Hesapları**, s.135.

<sup>824</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Hesapları**, s.135.

<sup>825</sup> Güneren, s.939.

<sup>826</sup> Eren, **13. Baskı**, s.720; Güneren, s.939.

## **b. İşverenin Hukuki Sorumluluğu**

İşverenin hukuki sorumluluğu, genel olarak gözetme borcuna aykırı davranması sonucu zarara uğrayan işçiye veya hak sahiplerine karşı tazminat sorumluluğu olup bu bağlamda akdi sorumluluk mahiyetindedir. Şayet, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle doğan zarar, iş kazası veya meslek hastalığı olarak tanımlanamıyorsa işçiye veya hak sahiplerine karşı gözetme borcu kapsamında genel hükümlere göre sorumlu olur. Buradan çıkan sonuç şudur ki iş kazası veya meslek hastalığı bakımından kural olarak işverenin hukuki sorumluluğundan bahsedilemez; bu durumda zararın, Özel Hukuk dışında Sosyal Sigorta mevzuatı esaslarına göre Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması sözkonusu olur. Ancak, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 21. maddesindeki koşullar oluşmuşsa, yani; iş kazası ve meslek hastalığının, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı hareketi sonucu oluşmuşsa, kuralın istisnası olarak işveren, Kuruma karşı genel hukuk ilkelerinden ayrı bir hukuki temeli olan, Sosyal Sigortalar Hukukuna özgü bir sorumluluk esasında sorumlu olur<sup>827</sup>. İşveren, Sosyal Güvenlik Kurumunca kendisine karşı açılan rücu davaları ile bu sorumluluğun gereğini yerine getirmek zorunda kalır. Şu halde bizzat sosyal sigorta kavramı, iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan işçinin veya hak sahiplerinin işverene yönelik bir talepte bulunmasına manidir.

İşveren aleyhine açılan maddi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, işverenin sorumluluğunun hukuksal niteliği iş hukukunda tartışmalar yaşanmasına neden olmaktadır. Bu konuda öğreti tam anlamıyla ikiye ayrılmış durumdadır. Sözü edilen tazminat davalarında taşımakta olduğu önem nedeniyle işverenin sorumluluğunun ayrı bir başlık

<sup>827</sup> Mollamahmutoğlu/ Astarlı, s.1205.



altında ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır<sup>828</sup>. Aşağıda işverenin hukuki sorumluluğunun boyutu ve nasıl bir sorumluluk olduğunu ele alacağız.

### (1) Kusurlu Sorumluluk

İş Hukuku öğretisinde bazı yazarlar tarafından işverenin iş kazalarından ve meslek hastalığından doğan sorumluluğunun kusur esasına dayandığı ileri sürülmektedir. Bu yazarların görüşlerini dayandırdıkları gerekçeler şunlardır. Her şeyden önce, bu sorumluluğu düzenleyen Borçlar Kanununun 332. (TBK m. 417/2-3) maddesi işverenden "hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede" gereken önlemleri alma zorunluluğu getirdiğine göre bu hükümlerle kusur sorumluluğu esasının benimsendiğini kabul etmek uygun olur. Bunun gibi, Borçlar Kanununda esas olan kusura dayanan sorumluluk ilkesidir. Bu ilkenin bertaraf edilerek bunun yerine kusursuz sorumluluk ilkesinin getirilebilmesi için bu hususun mutlaka mevzuatımızda düzenlenmiş bulunan diğer kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi yasada özel olarak öngörülmüş bulunması gerekir. İş Kanununun 77. maddesi böyle bir kusursuz sorumluluk getirmediği gibi esasen bu hüküm sorumluluk tesis edici nitelikte de değildir. Bu nedenle, işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk temeline dayandırılması pozitif hukukumuza aykırıdır. Yargıtay'ın yasayı aşan yorumuna dayalıdır<sup>829</sup>.

İşverenin sorumluluğu BK 332. (TBK 417) maddede açıkça düzenlenmiş ve hakkaniyet dairesinde kendisinden beklenebilecek her türlü önlemi alması gerektiği belirtilmiştir<sup>830</sup>. Buna göre kusur sorumluluğu

<sup>828</sup> Akın, s.57.

<sup>829</sup> Bu görüşler için bkz. Tandoğan, **Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981. s.44-45; Eyrenci/Taşkent /Ulucan, s.266-267; Kaplan, Emine Tuncay, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1992, s.78-80; Akın, s.97-98; Baycık, s.159; Süzek, **7. Baskı**, s.353.

<sup>830</sup> Nitekim Oğuzman'a göre, İşçinin sigortaca karşılanmayan zararları için işverenin risk esasına dayanan özel bir sorumluluğu bu anlamda söz konusu olamaz. İşveren ancak genel hükümlere göre (BK 96, BK 332) ve bununla yarışacağı kabul edilen haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre tazminat ödemekle mükellef tutulabilir Oğuzman, Kemal,

anlayışının işçiyi yeterince koruyamayacağı, daha sınırlı kalacağı düşünülmemelidir. Zira BK 332. (TBK 417) maddesinde düzenlenen işverenin sorumluluğunun sınırları, İş Kanununun 77. maddesine göre belirlenir. Dolayısıyla işveren, işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda gerekenleri eksiksiz yapma borcu altındadır. Bunun ise işverene ne denli geniş bir sorumluluk yüklediği açıktır. O nedenle işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini teknolojinin gerektirdiği düzeyde eksiksiz sağlayan işveren artık oluşan iş kazası zararlarından sorumlu tutulmamalıdır<sup>831</sup>.

İşverenin kusura dayanan sorumluluğunun akdi sorumluluk yanında haksız fiil sorumluluğu olarak nitelenebileceği de kabul edilmektedir. İşverenin iş güvenliği önlemlerini almaması, kişi varlıklarını doğrudan doğruya korumayı amaçlayan emredici kuralların ihlal edilmesi anlamını taşır; işçi, tazminat talebini BK m.41 (TBK m. 49) ve devamı maddelere de dayandırabileceğinden burada hakların yarışması söz konusudur<sup>832</sup>.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin işverence yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen iş kazası sonucu sigortalının ölümü, bireysel iş hukuku anlamında iş kazası sayılacağından, sigortalının desteğinden yoksun kalanlara karşı tazminat sorumluluğunu doğurur<sup>833</sup>.

İşverenin sorumluluğunu saptarken, iş kazası ile ölüm ve ayrıca kaza ile işverence yürütülen iş arasında uygun illiyet bağının bulunması ve bu bağın mücbir sebep, ölen işçinin veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile kesilmemesi gerekir. İlliyet bağının kesildiği durumlarda, işverenin sorumluluğuna gidilemez. Öğreti ve uygulamada illiyet bağını kesen hallerin bütün sorumluluk halleri için geçerli olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten, kusurlu olmadığı

---

İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İÜHFD, C.34, S.1-4, 1969, s.334'den Akt: Akın, s.88

<sup>831</sup> Akın, s.88

<sup>832</sup> Süzek, **7. Baskı**, 353-356; Mollamahmutoğlu/ Astarlı, s.1207.

<sup>833</sup> Güneren, s.940.

halde, işvereni oluşan zarardan sorumlu tutmak adalet ve hakkaniyet duygularını incitir<sup>834</sup>.

Mevzuatta işverenin alması gerekli önlemlerin tümü sayılmamış, birçok önlem düzenlenmekle beraber, bir sınırlama yapılmamıştır. Yargıtay'ın bir kararında belirtildiği gibi, işverenin gerekli önlemleri alma yükümlülüğü, iş güvenliği kurallarınca belirlenenlerin yanında, hayatın olağan akışı içinde oluşabilecek tehlikeleri giderici çalışmaları da içerir<sup>835</sup>. Yargıtay'a göre, söz konusu önlemler kanun ve tüzüklerin işverene yüklediği veya işin mahiyeti ve hakkaniyet gereği işverence alınması gereken önlemler olmalı ve alınmayan önlem, gösterilmeyen özenle sonuç arasında mantıklı illiyet bağının ötesinde uygun illiyet ilişkisi bulunmalıdır<sup>836</sup>. Objektif esaslara göre işverenin alması gereken önlemleri almaması sonucu işçilerde iş veya meslek hastalığı oluşmuşsa işverenin kusurlu olduğu kabul edilir.

## (2) Kusursuz Sorumluluk

Haksız fiiller için kural olarak kusura dayanan sorumluluk benimsenmekle birlikte bir kimse bazı durumlarda kusursuz olsa bile verilen zarardan sorumlu tutulmuştur. O halde haksız fiiller için kusurlu sorumluluğun yanında kusursuz sorumluluk da geçerlidir. Yani, haksız fiil sorumluluğunda kusur unsurundan vazgeçilebilmektedir. Kusursuz sorumluluğunun söz konusu olacağı haller kanunlarda belirtilmiştir. Kanunda açıkça belirtilmedikçe kusurlu olmayanlar zarardan sorumlu olmayacaklardır<sup>837</sup>.

Kusursuz sorumluluk kavramı, sorumluluk hukukunda toplumsal düşüncelerin ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Zira kusur sorumluluğunda,

<sup>834</sup> HGK. 18.3.1987, E. 1986, E. 9-722-203; Güneren, s.940.

<sup>835</sup> Y10HD, 14.10.1977 E. 1977/1613 K. 1977/6398, YKD, Şubat 1978, 221-223; işverenin malî durumundan kaynaklanan bir sınırın öngörülüp öngörülmediği konusunda, Çelik, **24. Bası**, s.173.

<sup>836</sup> YHGK, 5.2.2003, E 2003/21-23 K. 2003/56; Y21HD, 17.4.2003, E. 2003/3774 K. 2003/3517, Kılıçoğlu, Mustafa, **İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, Ayhan Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.543-549; Çelik, **24. Bası**, s.173.

<sup>837</sup> Şenyüz, s.89.

herhangi bir kusurun sonucu olmayan zarara mağdur katlanmak zorundadır. O nedenle böyle bir durumda toplumun mağduru koruması ve zarara tek başına katlanmasına izin vermemesi gerekir. Gerçekten de günümüzde makina ve enerji kaynaklarının kullanılması ile her türlü teknik ilerlemeler sonucunda zarar kaynağı olabilecek tehlikeli faaliyetler giderek artmaktadır. Bu nedenle kurulmaları ekonomik ve sosyal açıdan zorunlu bulunan fakat tehlike yaratan tesislerin faaliyetlerinden, onlardan yararlananların sorumlu tutulması gerekli görülerek, bu tür faaliyetler sonucu meydana gelmiş zararları karşılamak için kusursuz sorumluluk ilkesi gündeme gelmiştir<sup>838</sup>.

### **i. Olağan Sebep Sorumluluğu**

Türk hukukunda en çok uygulama alanı bulan olağan sebep sorumluluğu, adam çalıştıranın sorumluluğudur. Borçlar Kanununun 55. maddesi ile bu hükmün karşılığı olan TBK'nun 66. maddesinde adam çalıştıranın, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. 27.3.1957 gün 1/3 sayılı ve 22.6.1966 gün 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararlarına ve uygulamaya göre, adam çalıştıran işverenin sorumluluğu için, kendisinin veya çalıştırdığı kişinin kusuru koşul olmayıp buradaki sorumluluk, özen ve gözetim görevinin objektif olarak yerine getirilmemesinden kaynaklanan kusura dayanmayan sorumluluktur. Adam çalıştıran işverenin sorumluluğu için, çalıştıranla çalışan arasında çalışma ve bağlılık ilişkisinin bulunması, zararın hizmetin yerine getirilmesi sırasında ve hizmetle ilgili bulunması eylemin hukuka aykırı olması ve eylem ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekli ve yeterlidir. Nitekim, Yargıtay destekten yoksun kalanlarca açılan tazminat davası nedeniyle önüne gelen uyuşmazlıkta; davalı işveren şirketin aracına binen sigortalı (destek), şirket şoförünün % 80, kazaya karışan 3. kişi durumundaki araç şoförünün % 20 kusurlu olduğu trafik iş kazasında ölmüştür. Yüksek mahkeme, ölümle sonuçlanan olayın

<sup>838</sup> Akın, s.85-86.

davalı işveren şirketin çalıştırdığı diğer davalı şoförün doğrudan hizmetinin yerine getirilmesi sırasında ve hizmet ediminin kusurlu olması sonucu meydana geldiğinden işveren şirketin 818 sayılı BK'nun 55 (TBK. m. 66) maddesi uyarınca, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca, sorumlu olacağına karar vermiştir<sup>839</sup>.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda çalışan ve/veya çalıştırmanın üçüncü kişiye verilen zarardan sorumlu tutulabilmeleri için bunlardan birinin veya her ikisinin kusurlu olması şart değildir. Çalıştırmanın sadece özen sorumluluğunu yerine getirmemiş olması sorumlu tutulmak açısından yeterli görülmektedir. Eğer çalışan özen sorumluluğunu yerine getirdiğini (adam çalıştırmanın, çalıştırmanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunur iken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini) ispat ederse o zaman sorumluluktan kurtulur<sup>840</sup>.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunu tespitite ise, sorumluluktan kurtulmaya ilişkin ispat yükü önem arz eder. Kural işverenin özen kusurluluğunun varlığıdır. Eğer işveren gerekli özeni gösterdiğini ispat edebilirse sorumluluktan kurtulur. İşletmeler için sorumluluk sınırı biraz daha genişletilmiştir. İşletmede adam çalıştırılıyorsa işletmenin adam seçmede ve gözetimde daha dikkatli olması gerektiği sağlanmaya çalışılmıştır. Herhangi bir yerde adam çalıştırılan değil, bir işletmede adam çalıştırılan, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetlerinden doğacak zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 66/3). Buna belki kısaca organizasyon sorumluluğu adı verilir, sorumluluktan kurtulması açısından ispat yükü çalıştırana yüklenmiştir<sup>841</sup>.

<sup>839</sup> Y21HD. 22.9.2005, 5603-8145, Güneren, s.942.

<sup>840</sup> Şenyüz, s.93.

<sup>841</sup> Şenyüz, s.93.

## ii. Tehlike sorumluluğu

Kusursuz sorumluluğu savunan yazarların ileri sürdükleri gerekçeler arasında tam bir görüş birliği yoktur. Aynı sonuca ulaşan ancak farklı gerekçelere dayanan bu görüşlerden ilki bu konuda mevzuatımızda bir yasa boşluğu olduğunu savunan görüştür. Buna göre, işverenin gözetim borcunu ihlal etmesi sonucunda doğan zararın tazmini konusunda İş Kanununda bir düzenleme yer almadığından tazminatın esaslarının belirlenmesinde Borçlar Kanununun 332. ve 96. (TBK. 417 ve 112). maddelerine başvurmak gerekecektir. Ancak bu görüşü savunan yazarlara göre kusur sorumluluğu esasına dayanan BK m. 332 ve 96 (TBK 417 ve 112) sistemi iş hukukunun işçiyi koruyucu sosyal amacı açısından yeterli nitelikte değildir. Bu nedenle söz konusu hükümler işverenin sorumluluğuna uygulanamayacağından ortaya çıkan yasa boşluğu Medeni Kanunun 1/2. maddesi uyarınca yargıç tarafından risk (tehlike) esasına dayanan kusursuz sorumluluk ilkesinin ikame edilmesi suretiyle doldurulmalıdır<sup>842</sup>.

Yargıtay'da yerleşmiş içtihadı ile işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunu risk esasına dayanan kusursuz sorumluluk olarak kabul etmektedir. Örneğin bir yüksek mahkeme kararına göre, "Risk nazariyesi olarak nitelendirilen ve kabul edilen bu görüş çerçevesinde, vücut gücüyle topluma yararlı işler sağlama amacıyla bulunan kişiler korunur. Burada işverenin iş kazalarından sorumluluğu, akdi bir sorumluluk olarak tehlike (risk) nazariyesine dayalı kusursuz sorumluluğu da içerir. Zira, işveren iş akdiyle, işçisini iş ve işyeri tehlikelerini karşı korumayı taahhüt ettiği gibi, önlenmesi mümkün olmayan tehlikelerden doğacak zararları da taahhüt etmiş sayılır"<sup>843</sup>.

Mollamahmutoğlu/Astarlıya göre, işverenin sorumluluğunun, tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk olarak nitelenmesi İş Hukukunun

<sup>842</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.352.

<sup>843</sup> YHGK, 18.3.1987, 9-722/203, **YKD**, Mayıs 1988, s.598-603. Y9HD, 4.7.1985, 4294/7382, **YKD**, Eylül 1986, s.1329-1331. Y21HD. 9.10.2001 6379/6579 ve kararın değerlendirilmesi, Süzek, **7. Baskı**, s.353.

amaç ve gereklerini daha uygun düşmekle birlikte Türk Hukukunda bu nitelemeyi haklı gösterecek kanuni bir düzenleme görünmemektedir. Halbuki istisnai bir sorumluluk türü olan kusursuz sorumluluk için kanun hükmü bulunması gerekirdi. Mevzuata baktığımızda İş Kanununun herhangi bir hüküm içermemesine karşılık Borçlar Kanununun 332. maddesi ile kusur sorumluluğunun benimsendiği, 1. fıkranın ifadesinden anlaşılmaktadır; sorumluluğun akit sorumluluğu olduğu da 332. maddenin 2. fıkrasıyla teyid edilmektedir. Şu halde yürürlükteki mevzuat bakımından işverenin hukuki sorumluluğu, kusur sorumluluğu olduğu kabul edilmek zorundadır. TBK m. 417 son fıkrada da işverenin hukuki sorumluluğunun sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk olduğu belirtilmektedir. Bu hükme göre, 417. maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki hükümler dahil olmak üzere işverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölmesi, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlal edilmesi halinde bunlardan dolayı zararlarının tazmini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir. Bu durumda TBK m.112 ve takip eden hükümlerinin uygulanması söz konusu olur. TBK m.114/2'ye göre, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulama alanı bulur<sup>844</sup>.

### iii. İşverenin Kaçınılmazlıktan Doğan Sorumluluğu

Yargısal içtihatlarla ve uygulamada kabul edilen kusursuz sorumluluk durumlarından birisi de tehlike sorumluluğundan kaynaklanan kaçınılmazlıktır. Kaçınılmazlık, isminden de anlaşıldığı gibi, hukuksal ve teknik anlamda fen'nen önlenmesi olanaksız, işverence mevzuatın öngördüğü önlemlerin alınmış olduğu koşullarda dahi önlenmesi olanaksız durum ve sonuçları ifade eder<sup>845</sup>.

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu sigortalının ölümü ile sonuçlanan olayda sigortalı ve işverenin hiçbir kusurunun olmadığı, olayın

<sup>844</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.1209-1210.

<sup>845</sup> HGK. 12.11. 2003, 21/673-641, 21.HD. 26.4.2004,3015-4094, Güneren, s.942.

tamamen kaçınılmazlıktan kaynaklandığı, bilirkişi raporu ile saptanmış ise, işçiyi korumak amacıyla benimsenen tehlike sorumluluğu ilkesi çerçevesinde işverene yarıdan daha fazla sorumluluk vererek uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiği Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir. Örneğin 2004 tarihli bir Yargıtay kararı şöyledir. “Bir olayın tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin saptanması halinde hakim, işverenin sorumluluğunu, BK m. 43 (TBK m. 51) maddesini göz önünde tutarak hakkaniyet ölçüsünde saptamalıdır. Her iki taraf yönünden % 50'şer sorumluluğun paylaşılması ilk bakışta uygun görünebilirse de, işçi-işveren arasındaki bu tür davalarda tarafların ekonomik ve sosyal durumlarının göz önünde bulundurulması halinde işverene biraz daha fazla sorumluluk verilmesi, sosyal hukuk devleti ilkesi gereği düşünülebilir, Bu durumda, işverene % 50-60 oranında bir sorumluluk takdir etmek hakkaniyete uygun düşecektir. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir. Oysa, dava konusu olayda, % 100 kaçınılmazlık bulunmasına karşın, mahkemece % 33 oranında işverene sorumluluk yüklenmiştir. Bu tür bir sorumluluk paylaşımı ise Borçlar Kanunu'nun 41. (TBK 49) maddesine aykırıdır<sup>846</sup>.”

Görüldüğü üzere, uygulamaya göre, böyle durumlarda işverene % 60, ölen sigortalıya % 40 oranında sorumluluk verilerek sorumluluğun paylaşılması gerekir. Bu durumda işveren, destekten yoksun kalanların zararlarının % 60'ından sorumlu tutulur<sup>847</sup>.

---

<sup>846</sup> Y21HD. 26.2.2004, 899-1629, Güneren, s.949.

<sup>847</sup> Güneren, s.942.



### **c. Destekten Yoksun Kalma Zararı ve Zararın Niteliği**

#### **(1) Destekten Yoksun Kalma Zararının Niteliği**

##### **i. Kazançtan Yoksun Kalma Niteliği**

Hak sahipleri ki bunlar mirasçılar ya da bağılı kişiler olabilir. Bu sayılanların ölüm sonrası yaşam seviyelerinde bir bozulma ya da bir kazanç kayıpları yoksa hak sahipleri tazminat talebinde bulunamazlar. Bu durumun yargıç tarafından resen araştırılması gerekir. Cismani zararlarda, kişinin zarar gördüğü ve iş görmezliğe girdiği anda tazminat talep imkanı doğar. Böyle hallerde yargıcın zarar görenin ayrıca ihtiyaç halinde olup olmadığı gibi bir araştırmaya girmesine gerek yoktur. Yargıtay gerek cismani zarar gerekse bunun sonucu ölüm olaylarına ilişkin kararlarında ilke olarak "...tazminat davalarında hakim, kural olarak zarar ve tazminat hesabına ilişkin tüm verileri belirlemek zorundadır. Bu nedenle ölüm veya cismani zarara uğrayan işçinin geliri, yaşam ve çalışma süresi, sakatlık derecesi, karşı kusur oranı, davacıların sosyal durumları, destek süresi ve payları, eşin evlenme olasılığı ve Sosyal Güvenlik Kurumunca yapılan yardımların miktarı gibi hususlar eksiksiz olarak belirlendikten sonra, dosya hesap için bilirkişiye verilmelidir" demektedir<sup>848</sup>.

Ölüm halinde zarar görenlerin mahrum kaldığı destekten dolayı kazanç kaybı da mahkeme tarafından tayin edilmiş olan bilirkişilerce incelenerek bunun hakkında da rapor tanzim edilmesi gerekir. Kazanç kaybının mevcudiyetini gösteren bir bilirkişi raporunun varlığı veya hakimin kendi araştırmasıyla tespit etmiş olduğu bir kazanç kaybının varlığında, hakim kazanç kaybı olan taraf lehine destekten yoksun kalma tazminatının ödenmesine karar vermelidir.

<sup>848</sup> Y9HD. 17.1.1995 E 14813/ K 366, Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.197.

## ii. Zararın Yansıma Zarar Olması

Borçlar Kanunu'nun 46. maddesi ile bu hükmün karşılığı olan TBK'nun 54. maddesinde, haksız eylemden doğrudan doğruya zarar görenlere zararın tazmini hakkı tanınmıştır. Sorumluluk hukuku gereği, dolayısıyla zarar gören üçüncü kişiler (özel bir düzenleme olmadıkça) tazminat isteminde bulunamazlar<sup>849</sup>.

Ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkını yansıma yoluyla üçüncü kişilere tanıyan BK 45. maddesinin 2. fıkrası (TBK m. 53) istisnai bir sorumluluk hukuku düzenlemesidir<sup>850</sup>.

## (2) Ödenmesi Öngörülen Zararların Çeşitleri

### i. Cenaze Giderleri

Bir kişinin ölümü halinde zarardan sorumlu tutulan kişinin, onun gömülmesi giderlerinden de sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Aslında her kişinin günün birinde ölecek olması nedeniyle, haksız fiilden sorumlu tutulan kişilerin cenaze giderlerinden sorumlu tutulması yadırganabilir. Ancak burada haksız eylem olmasaydı daha erken ölmeyeceği, failin erken ölüme sebebiyet vermesi dolayısıyla bu zararlardan da sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Bununla birlikte kişinin yakın bir tarihte kendi eceliyle öleceğinin kanıtlandığı hallerde cenaze giderlerinin tazmininde TBK m. 52 uygulanmak suretiyle bir indirim yapılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>851</sup>.

TBK'nun 53. maddesinde düzenlenmiş bulunan cenaze gideri işçinin işverene ait işi gördüğünden kaynaklı uğramış olduğu iş kazası veya meslek hastalığı sonucu gündeme gelen zararlardandır. Bu zarar, ölünün yıkılması,

<sup>849</sup> Güneren, s. 956.

<sup>850</sup> Eren, **13. Baskı**, s. 724; Güneren, s.956.

<sup>851</sup> Kılıçoğlu, A, **2. Baskı**, s.403-404.

kefenlenmesi, nakli, tabut masrafı, imama verilen para vb giderlerden oluşur. Bu harcamaları ilk anda mirasçılar tarafından yapılır. Şayet mirasçı yoksa, belediye tarafından yapılır. Masrafı yapan mirasçı veya belediye daha sonra bu masraflarını işverenden talep edebilir<sup>852</sup>.

Gerçi 5510 sayılı Yasanın 37. maddesi 3. fıkrasında; "İş kazası veya meslek hastalığı sonucu veya sürekli iş göremezlik geliri, malullük veya yaşlılık aylığı almakta iken veya kendisi için en az 360 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi bildirilmiş olup da ölen sigortalının hak sahiplerine Kurum Yönetim Kurulunca belirlenip Bakan tarafından onaylanan tarife üzerinden cenaze ödeneği ödenir. Cenaze ödeneğinin sırasıyla sigortalının eşine, yoksa çocuklarına o da yoksa ana ve babasına, o da yoksa kardeşlerine verileceği, 4. fıkrasında cenaze ödeneğinin 3. fıkranın öngördüğü esaslara göre ödenememesi ve sigortalının cenazesinin gerçek veya tüzel kişiler tarafından kaldırılması durumunda, 3. fıkrada geçen tutarı geçmemek üzere, belgelere dayanan masraflar, masrafı yapan gerçek veya tüzel kişilere ödenir." hükmü öngörülmüştür. Kurumca verilen cenaze ödeneği yapılan giderleri karşılamadığı takdirde, kurumca karşılanmayan giderlerin tazmini için işverenden istekte bulunulabilir<sup>853</sup>.

## ii. Ölüm Hemen Gerçekleşmemişse Tedavi Giderleri

Ölüm derhal vuku bulmamış ise ölüme yol açan haksız fiilin vücut bütünlüğünün ihlali sebebiyle doğurduğu zararlar (BK m. 46, TBK m. 54.) (tedavi masrafları, ölüme kadar geçen sürede çalışmama yüzünden doğan kazançtan yoksunluk) için ölen kimsenin ölümünden önce doğan tazminat isteme hakkı (BK m. 45/1, TBK m. 53/1) ölümü üzerine mirasçılarına intikal eder<sup>854</sup>.

<sup>852</sup> Şenyüz, s.115.

<sup>853</sup> Güneren, s.957.

<sup>854</sup> Oğuzman/öz, s.544-545.

Ölüm hemen gerçekleşmemişse, bu takdirde ödenecek tazminat, her şeyden önce ölümün gerçekleştiği ana kadar yapılan tedavi giderleriyle ölüncüye kadar çalışmamaktan doğan gelir kayıplarını kapsar. Tedavi giderlerine, tıbbî tahlil, muayene, ameliyat, hastanede yatma, ilaç, ambulans vb. diğer giderler girer<sup>855</sup>. Çalışmamaktan doğan zararlar ise, vücut bütünlüğünün ihlâli dolayısıyla yapılan açıklamaya göre hesaplanır. Yoksun kalınan kazançla tedavi giderleri, nitelikleri itibarıyla ölen kişinin ölümünden önce malvarlığına dahil olan bir tazminat alacağıdır. Ölüm gerçekleştikten sonra da zarar veren, defin giderleriyle destek kaybından doğan zararlardan sorumlu olur<sup>856</sup>.

Ölüme sebebiyet veren, tedavi masraflarını her kim yapmışsa ona, ölüncüye kadar çalışmamasından doğan zararları ise destekten yoksun kalanlara ödemek zorundadır<sup>857</sup>.

### **iii. Çalışma Gücünün Azalması veya Kaybedilmesinden Doğan Kayıplar**

Ölümün hemen gerçekleşmemesi üzerine işçinin ölüm ve iş kazası veya meslek hastalığı geçirdiği gün arasındaki zaman içinde, işçi geçici veya sürekli iş göremezlikten dolayı gelir kaybına uğrar. Bu zararların giderimi için işçi dava açmışsa, ölümünden sonra mirasçıları davaya devam edebilir. Eğer dava açmadan ölmüş ise bu hak mirasçılarına intikal eder. Bu nedenle ölen işçinin ölmeden önce çalışma gücünün azalmasından veya kaybedilmesinden doğan kayıplar, ölümünden sonra da talep edilip gerektiğinde davayla da takip edilebilir.

Bu zarar, 818 sayılı BK'nun 45/1 (TBK m.53/2). maddesi uyarınca ve aynı Kanununun 43 vd. (TBK m.51) maddelerindeki kurallara göre tespit edilir<sup>858</sup>.

<sup>855</sup> Eren, **13. Baskı**, s.719.

<sup>856</sup> Eren, **13. Baskı**, s.719.

<sup>857</sup> Şenyüz, s.115.

## **d. Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Özel Koşulları**

### **(1) Destek Olan İşçinin Ölmesi**

Destekten yoksun kalma tazminatının en önemli koşullarından biri olan destek olan işçinin ölümü, iş veya meslek hastalığından kaynaklanmış olması gerekir. Ölümün kaza anında ya da meslek hastalığının başladığı anda, hemen gerçekleşmesi gerekmez. Bu olaylar işçi nezdinde gerçekleştikten bir süre sonra ölümün gerçekleşmesi halinde de desteğin ölümünden kaynaklı, destekten yoksun kalanlar tazminat talebinde bulunabilirler.

### **(2) Desteklik İlişkisinin Bulunması**

Destekten yoksun kaldığı iddiasında bulunan kişi ile iş kazası ve meslek hastalığından dolayı ölen işçi arasında destek ilişkisinin bulunması gerekir. Ölen işçinin desteği fiili ya da farazi bir destek olabilir.

#### **i. Gerçek Destek (Fiili destek)**

Ölüm anında başkasına fiilen ve düzenli olarak bakan kişi gerçek kişidir. Gerçek destek düzenli ve devamlı katkısıyla, destek görenin yaşamına katkıda bulunarak onun destek ihtiyacını karşılar<sup>859</sup>.

Bakım ilişkisi, fiili, sürekli ve düzenli bir nitelikte olmalıdır. Destek, desteklenen kişinin geçimini tamamen veya kısmen sağlamak ve onu zaruret halinden kurtarmak amacını taşımalıdır<sup>860</sup>. Yardımın zorunlu olması gerekir. Bu amaç dışında başka nedenlerle yapılan yardımlar, bakım ilişkisi niteliğini kazanamaz. Örneğin bir şahsa yapılan hediye veya bilimsel, teknik

<sup>858</sup> Güneren, s.958.

<sup>859</sup> Antalya, s.471.

<sup>860</sup> Eren, **13. Baskı**, s.722.

araştırmalarda bulunmaya özendirmek amacıyla yardımda bulunmada durum böyledir. Aynı şekilde birkaç hafta veya ay, bir başkasına bakmak, arızı olduğundan destek kavramına girmez. Desteğin, yardım gören kişinin bütün geçimini sağlaması şart değildir. Bir kimsenin geçimini kısmen sağlayan kişi de destek sayılır. Bu anlamda, bir kişinin birden çok desteğinin olması mümkündür. Bakım amacı ile yapılan yardımlar, para şeklinde olabileceği gibi, aynı yardım veya hizmet şeklinde de olabilir. Bir kimsenin destek olması, onun hukuken başkalarına bakmak mükellefiyetinde olmasına bağlı değildir<sup>861</sup>.

Bu genel bilgiler ışığında kısa bir tanım yapmak gerekirse; Ölümü anında diğer kimselerin bakımını (kısmen veya tamamen) fiilen üzerine almış olan ve ileride de bu durumu devam ettirecek olan desteğe fiili destek denir. 9.HD.3.3.1967 E. 103 K.1787 sayılı kararında "Davacıların sağlığında kendilerine baktığını ispat etmeleri gerekir"<sup>862</sup> denilmektedir.

Gerçek(fiili) desteğe örnek olarak eşlerin birbirine destek olması, çocukların anne babalarına destek olması, anne babanın çocuklarına destek olması veya kardeşlerin birbirine destek olması vb örnekler gösterilebilir. Saydığımız bu örnekler hem Yargıtay'ca hem de öğreti tarafınca fiili destek olarak yorumlanmaktadır.

Fiili desteğinden yoksun kalan kimsenin bu yüzden uğradığı zararlar, ölümün meydana geldiği tarihten itibaren doğar. Fiili desteğin başlangıç anı olarak ölüm anı değil de karar (hüküm) anını dikkate alacak olursak ortaya mağdur aleyhine haksız sonuçlar ortaya çıkacaktır.

---

<sup>861</sup> Eren, **13. Baskı**, s.722.

<sup>862</sup> Güleç Uçakhan, s.439.

## ii. Varsayılan Destek (Farazi destek)

Ölüm anında destek ve destek gören arasında bakım ilişkisi bulunmamasına karşın ölmeseydi ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kişidir. Örneğin çocuğun büyüdüğünde anne ve babaya destek olacak olması, nişanlıların evlenme ile birlikte birbirine destek olacak olmaları<sup>863</sup>.

Nişanlılık, nişanlılara bakım borcu yüklemeyiz. Bununla birlikte özellikle, nişanlı erkek, farazî destek sayılabilir. Nişanlılığın bir merasim içinde yapılmış olması da gerekmez sadece durumun hal ve niteliğinin evliliğin gerçekleşeceğini kanıtlıyor olması yeterlidir. Ancak, nişanlılık mutlaka evliliği gerektirmediğinden, nişanlının farazi destek sayılması konusunda hâkimin çok titiz davranması gerekir<sup>864</sup>.

### (3) Destekte Bakım Gücünün Bulunması ve Destekten Yoksun Kalanın Bakıma İhtiyacının Bulunması

#### i. Bakım Gücü

Bakım gücü, diğer bir deyişle desteğin ekonomik gücü, fiilen ve düzenli bir bakımı gerçekleştirmeye yeterli düzeyde olması gerekmektedir. Ancak bundan iş kazası sonucunda ölen işçinin ekonomik gücünün desteklenenlerin tüm ihtiyaçlarını karşılayacak düzeyde olması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Destek, desteklenenlerin ihtiyaçlarının sadece bir bölümünü karşılamakta da olsa, bakım gücüne sahip olduğu kabul edilmelidir<sup>865</sup>.

Görüldüğü üzere, destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilmesi, desteğin yani ölen işçinin bakım gücünün olması ve desteklenenin de bakım

<sup>863</sup> Antalya, s.471.

<sup>864</sup> Eren, **13. Baskı**, s.724; Güneren, s.963.

<sup>865</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.379.

ihtiyacı içinde bulunması koşuluna bağlıdır<sup>866</sup>. Buna göre ölenin, tazminat talebinde bulunana bakabilecek ekonomik gücünün olması, berikinin de bakım gereksinimi, yani, sosyal düzeyine uygun düşecek tarzda yaşantısını devam ettirebilmek için gerekli olanaklardan yoksun kalmış bulunması şarttır<sup>867</sup>.

Ölenin (desteğin), bakım gücünde olup olmadığının belirlenmesi iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu ölümlerde, haksız fiil sonucu ölenlere göre daha kolaydır. Bunu kolaylaştıran işverenin İş Kanununun hükümleri ve diğer mevzuat gereğince tutmak zorunda kaldığı belgeler, taraflar arasında yapılan toplu iş sözleşmeleridir. Ölenin bakım gücünü ahlâka aykırı yollardan elde etmesi halinde destek sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. “Böyle durumlarda yargıç, ölenin şahsi vasıf ve kabiliyetine göre, ahlâka aykırı olmayan alanlarda kazanç sağlayıp sağlayamayacağını incelemeli ve davaya buna göre yön vermelidir. Aksi takdirde, onu bunu dolandırarak, döviz kaçakçılığı yaparak, ahlaka veya kanuna aykırı yollarla kazanç sağlayanların öldürülmesi, namuslu insanların öldürülmesine nispetle daha sert hukuki müeyyideye bağlanmış olurdu<sup>868</sup>.”

## ii. Bakım İhtiyacı

Destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesinin koşullarından bir diğeri, desteklenenin, ölen işçinin yardımına ihtiyaç duymasıdır. Desteğini kaybeden hangi nedenle olursa olsun işçinin ölümünden önceki yaşam düzeyinin sürdürebilme olanağına sahipse, destekten yoksun kalma tazminatından söz edilemez. Bakım ihtiyacının kabulü için desteklenenin mutlaka zaruret içine düşmüş olması gerekmez. Normal sosyal düzeyine uygun bir yaşantıyı sürdürebilme olanağından yoksun kalmış bulunması bu tazminatın istenebilmesi için yeterlidir.

<sup>866</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.379; Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.1213.

<sup>867</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.1213.

<sup>868</sup> Tekinay/Akma/Burcuoğlu/Altıp, s. 629'dan Akt: Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.185.



Kuşkusuz, o güne kadar sürdürülmüş olan ve aşırı giderleri gerektiren bir yaşantı biçimi burada "normal sosyal düzeye" uygun yaşantı kavramının dışında kalır. Tazminat talep edenler işçinin mirasçısı olmak nedeniyle ihtiyaçlarını terekeden sağlamak olanağını bulmuşlarsa bu tazminatın ödenmesi gerekmez<sup>869</sup>.

Yukarıda da değindiğimiz gibi, desteğin yardımı olmaksızın sosyal seviyesine uygun şekilde geçimini sağlayamayacak kişi, bakım ihtiyacı içinde sayılır. Bu nedenle, bakım ihtiyacının kabulü için destekten yoksun kalanların mutlaka yoksulluğa düşmeleri, gerekli değildir. Destekten yoksun kalanın bakım ihtiyacı, gelir elde etme, ölüm ve evlenme gibi nedenlerle kalkarsa, desteklik ilişkisi de sona ereceğinden, zararını, desteğin ölümü ile bakım ihtiyacının sona erdiği zaman dilimi için hesaplanması gerekir<sup>870</sup>.

Ölüm anına kadar yardıma muhtaç olduğu halde, ölümden sonra destekten yoksun kalana miras geliri düşmesi veya başka bir yerden yüklü bir mirasın kalması halinde bu durumun destekten yoksun kalanı ihtiyaçtan kurtardığı nispette artık destekten yoksun kalma tazminatına hükmetmemek gerekecektir. Fakat öğretide Uçakhan bu hususu kabul etmemektedir. Ona göre bir kimsenin birden çok desteğinden biri ölmüş ve diğerleri bakım görevini aksatmıyorlarsa, ölüm dolayısıyla desteğin kaybından söz edilemez. Ölenin mirasçıları, davacıya bakmakla mükellefseler veya ona nafaka vermek zorunluluğundaysalar, mirasçılar bu görevi yerine getirecek mali güç ve olanağa sahip buldukları sürece, desteğin kaybından bahsedilemez. Örneğin, öldürülen çocuğun hali vakti yerinde bir kardeşinin bulunması halinde, bu çocuk fiilen bakma görevini yerine getirmemekte olsa dahi, destekten yoksun kalma davası dinlenmeyecektir. Zira davacı nafaka ile mükellef ve bu ödevini yerine getirmeye muktedir olanı bırakıp, istisnaen sorumlu olanı takip edememelidir. Nafaka mükellefinin mali gücü, zararın

<sup>869</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.379.

<sup>870</sup> Güneren, s. 964.

ancak bir kısmını karşılamaya müsaitse destekten yoksunluk zararı bunun dışında kalan miktara göre değerlendirilmelidir<sup>871</sup>.

### **e. Destekten Yoksun Kalma Zararının Hesaplanması**

Destekten yoksun kalma zararının varlığını kabul edebilmek için ölüm yüzünden davacının hayat seviyesinin düşmüş olması gerekir. Buna rağmen, ölüm yüzünden mahrum kaldığı ölenin yardımına olan ihtiyacını bertaraf edecek şekilde, ölüm sayesinde veya başka sebeple davacının elde ettiği yararlar, destek ihtiyacını etkilediği ölçüde, destekten yoksun kalma zararının azalmasına veya tamamen ortadan kalkmasına yol açar. Bu bir mahsup (denkleştirme) sorunu değil, destek ihtiyacının devam edip etmemesi sorunudur. Bu sebeple, davacıya sadece haksız fiil sonucu ölen kimseden (destekten) kalan miras değil, bir üçüncü şahıstan kalan miras da dikkate alınır<sup>872</sup>.

#### **(1) Zararın Hesaplanma Tarihi**

Destekten yoksunluk zararlarının oluşmaya başladığı tarih ile destekten yoksun kalan kimselerin artık bakım yardımına gereksinimi kalmadığı kabul edilen tarih arasındaki devreye zararın süresi denir. Önemli olan zarar süresinin işlemeye başladığı tarihle sona erdiği tarihin doğru tespit edilmesidir.

Başlangıç zamanı ise, fiili destekte ölüm olayıyla beraber destek ortadan kalktığından dolayı zararın başlangıcı ölüm olayının meydana geldiği tarihten başlar. Bazı özel durumların varlığında, örneğin ölenin iş kazası veya meslek hastalığı cereyan ettikten belli bir zaman sonra ölmesi durumunda bu

<sup>871</sup> Kudat, s.78; Güleç Uçakhan, s.442.

<sup>872</sup> Terekenin borca batık olması sebebiyle ölen kimsenin mirasının red edilmesi destekten yoksun kalmaya dayanan tazminat talebini etkilemez: Y4HD. 21.5.1992, E 3144/K 6776, Oğuzman/Öz, s.548.

sefer hastalık veya iş kazasından dolayı destek alamamasından kaynaklı, zararın başlangıç tarihi iş kazası veya meslek hastalığının cereyan ettiği gün olabilir.

Farazi desteğin ölümü halinde, zarar süresinin başlangıcı, ölenin bakım gücüne kavuşacağı tarih ile yardım edeceği kimsenin ihtiyaç durumuna düşecekleri tarihten hangisi sonraysa ona göre tayin olunur<sup>873</sup>. Zararın hesaplanma tarihi öğreti ve yargısal kararlara göre, karar verme sırasında tam bilinemiyorsa, kararın verildiği tarih itibariyle hesaplanır.

## (2) Desteğe Ait Gelirin Tespiti

### i. Bilinen Dönem Geliri

Bilinen dönem geliri, destek işçinin ölüm tarihi ile hüküm (en son rapor) tarihi arasındaki zaman dilimi içindeki gelirdir. Bilinen dönem gelirinin hesaplanmasına, ölüm tarihinden başlanır. Hesaplamaya başlarken, öncelikle işçinin hesaplama tarihindeki yaşı gözetilerek PMF tablosuna göre, ölmeseydi kaç yıl yaşayacağı (bakiye ömrü) saptanır. Örneğin, işçi 25 yaşında ölmüşse, PMF tablosuna göre kalan ömrü 41,49 yıldır. Tazminat hukukunda yer alan bu şekildeki işlemlerde, işçinin 60 yaş sonuna kadar çalışacağı kabul edilerek, bu dönem, aktif dönem ya da iş görebilirlik çağı olarak nitelendirilmektedir<sup>874</sup>.

İşçi geliri hesap edilirken işçi iş kazasına ve meslek hastalığına maruz kalması dolayısıyla ölmeseydi çalıştığı müddet zarfında kazanacağı ücret ve ücret dışı geliri ile emekli olduktan sonra, yaşlılık aylığından yapacağı yardımlar dikkate alınır.

---

<sup>873</sup> Kudat, s. 97.

<sup>874</sup> Güneren, s.983.

İşçinin ücretinin hesabında ilk bakılacak temel veri işçinin bordrosudur. Ancak çoğu defa işverence ibraz edilen ücret ve sigorta bildirgeleri gerçekleri yansıtmamaktadır. Bu durum maddi tazminatın dışındaki diğer tazminat türleri olan kıdem ve ihbar tazminatlarında da görülür. Böyle hallerde mahkemece işçinin çalıştığı işteki ücretinin belirlenmesi için meslek odaları ve birlikler gibi kuruluşlara başvurulduğu gibi gerekirse tanık da dinlenebilir<sup>875</sup>. Ücret, işverenin sunduğu belgede belirtilendir, fazla olduğunun ispat yükü işçiye düşer<sup>876</sup>. Destekten yoksun kalma zararının hesabı da dahil geçici nitelikteki ücret ekleri olan hafta tatili, genel tatil ve fazla mesai çalışmaları hesaba dahil edilmediği gibi prim gibi kimi ödemelerin geçici olup olmadığı her olayın özelliği ödemelerin dayanağı belgeler ve işyeri uygulamasının sürekliliği gibi unsurlarla belirlenir<sup>877</sup>.

## ii. Bilinmeyen Dönem Geliri

### (a) Aktif Dönem Geliri

Desteğin itibari yaşam süresi sonuna kadar desteğini devam ettirmesi mümkün değildir. Destek iş görebilir çağına kadar bu desteğini sürdürebilir. Bu nedenle sürenin başlangıcı ve sonucunun prensipler dahilinde belirlenme zorunluluğu vardır. Destek iş görebilir hale geldikten sonra hak sahibine yardımda bulunabilir. İlk tarih bakım gücünün başladığı tarihtir. Burada doğacak ikinci sorun ihtiyaçlının ihtiyacının başladığı tarihtir. Böyle hallerde özellikle farazi desteklerde yardımın başlangıç tarihi tespit edilirken, desteğin bakım gücünün gerçekleştiği tarih ile hak sahiplerinin ihtiyaç içine düşecekleri tarihten hangisi daha sonra ise onu esas almak gerekir. Zararın hesabında desteğin ölümünden sonraki bir tarih yardım için başlangıç tarihi olabilir.

<sup>875</sup> Y9HD. bir kararında "Bordrodaki ücretlerin gerçek ücretleri yansıtmadığı anlaşılırsa dava konusu hakların gerçek ücret üzerinden hesaplanması gerekir" demektedir. 25.12.1987 E.523/K. 1106, Kılıçoğlu, **Tazminat Hesapları**, s.111.

<sup>876</sup> Y9HD, 27.10.1969, E.8230/K. 10293 sayılı karar, Kılıçoğlu, **Tazminat Hesapları**, s.111.

<sup>877</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Hesapları**, s.111.

Örneğin her yıl başında belli miktar para gönderen kişi parayı gönderdikten sonra hemen ölürse, yardımın başlangıcı gelecek yılın başı olmalıdır<sup>878</sup>.

Aktif dönem, hüküm tarihi (hükme esas alınan son rapor tarihi) ile destek sigortalının iş görebilme çağının sonu olan 60 yaşını doldurduğu tarihe kadar geçen zaman aralığıdır. Yargıtay uygulamasına göre, bu hüküm tarihinden sonraki aktif dönem hesabında yıllık ortalama gelir esas alınmaz. Ölenin hüküm tarihindeki aylık net geliri esas alınıp 12 ile çarpılarak yıllık net gelir bulunur. Bu tarihten itibaren her yıl geliri ayrı ayrı %10 oranında artırılır. Bu şekilde saptanan yıllık zararlar hüküm tarihi itibarıyla ayrı ayrı %10 oranında iskontoya tabi tutularak peşin sermaye değerleri bulunur<sup>879</sup>.

### **(b) Pasif Dönem Geliri**

Pasif dönem geliri, işçinin iş görebilirlik çağı sonu olan 60 yaşını bitirdiği tarihten PMF tablosuna göre, ölüm tarihi olarak kabul edilen tarihe kadar geçecek dönemde işçinin kazanç kaybı toplamından oluşur<sup>880</sup>.

Bu gelirin saptanması için, aylık net asgari ücret 12 ile çarpılarak 1 yıllık net asgari ücret toplamı bulunur. Bu tutar, her yıl için % 10 artırılıp, % 10 iskontoya tabi tutularak, toplam pasif dönem kazancı bulunur<sup>881</sup>.

Yargıtay'ın pasif dönemde de zararı kabul ettiğini gösteren bir kararı şöyledir, " ... 24.12.2004 günlü maddi zararın hesabına ilişkin bilirkişi raporunda kurum müfettişi tarafından iş kazası tahkikatı sırasında kazalı davacının tespit edilen ücreti esas alınarak hesaplama yapılması doğru ise de pasif dönemin hesaba dahil edilmemiş olması hatalı olmuştur. Mahkemece, yukarıda

<sup>878</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s. 200.

<sup>879</sup> HGK. 7.3.2007, 21/112-114, 10.4.1996, 21/91-240, 1.11.1995, 9/679-898, Güneren, s.984.

<sup>880</sup> Güneren, s.984.

<sup>881</sup> Y21HD. 10.3.2009, 2008/18031-3680, 24.6.2008, 2802-9720, 31.3.2008, 2007/19193-5020, Güneren, s. 984.

açıklanan esaslara göre düzenlenmeyen bilirkişi raporunun hükme dayanak alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır<sup>882</sup>.

### (3) Desteğe Ait gelirin Paylaştırılması

#### i. Paylaştırmada İlkeler

Toplam destek miktarının hak sahipleri arasında bölüşme oranına paylaşırma denir. Her hak sahibinin alacağı tazminat miktarı onu ölüm öncesi sosyo-ekonomik yaşama eşitleme niteliği taşır<sup>883</sup>. Paylaştırmadaki ilkeler bunu sağlama amacı taşır.

Bu konuda doktrinde önerilen 3 ilke mevcuttur. Bunlar:

- Desteğin kendi payı dışında diğer gelirin destekten yoksun kalanlar arasında paylaşılmasında, destekten yoksun kalanların tümünün davacı olup olmaması önemli değildir. Çünkü, destek ölmeydi kendi payı dışında sadece davacılara değil, tüm destekten yoksun kalanlara yardımda bulunacaktı. Bu nedenle, gelirin paylaşılması, davacı olsun veya olmasın tüm destekten yoksun kalanların gelir payları gözetilerek yapılır<sup>884</sup>.

- Bundan başka, uygulamaya göre, desteğin tüm geliri paylaşılır. Ölen işçinin gelirinden bir kısmını kendisine ayıracağı yaşamın yadsınamaz gerçeklerindedir. Bu nedenle, desteğin gelirden kendi payı ayrıldıktan sonra

<sup>882</sup> Y21HD, 6.10.2005 T, 2005/6757 E. 2005/8992 K, Kılıçoğlu. **Tazminat Hukuku 2. Baskı**, s.201.

<sup>883</sup> Kılıçoğlu, **Hesap Yöntemleri**, s.149.

<sup>884</sup> 21.HD. 18.5.2000, 3797-3974, 4.HD. 11.11.1961, 9849-9450, Kudat, s.102; Güneren, s.988.

kalan gelir, destekten yoksun kalanlar arasında paylaşılır. Buna öğretide "yardımın geliri yutmaması prensibi" denilmektedir<sup>885</sup>.

•Bu konudaki diğer bir ilkeye göre de destekten yoksun kalanlara ayrılacak tutarlar, bunların ihtiyaçları kadar ve ihtiyaçları süresince olmalıdır<sup>886</sup>.

## ii. Paylaştırmada Eş ve Çocukların Payı

Kural olarak ölen işçi eşine hayatının sonuna kadar bakacaktır. İşçi gelirinden en büyük yardımın veya payın eşi tarafından alınacağı açıktır. İşçinin eşinin işçi gelirinden alabileceği yardım oranı işçi gelirinden yardım alacakların sayısı, kendisinin sağlık durumu, yaşı, eğitimi ve başka işte çalışarak gelir elde etme şansı gibi unsurlar dikkate alınarak tespit edilir.

İş kazası sonucunda desteğini yitiren çocukların bakım ihtiyacının devam süresi, yaşam sürelerinin sonu değil kendi olanakları ile geçimlerini sağlayıncaya kadar geçecek zaman dilimidir. Gerçi, kural olarak çocukların 18 yaşını tamamlamasına kadar destek yardımı isteyebilecekleri kabul edilir. Ancak her olayın ve destekten yoksun kalan kişinin özel durumuna göre farklı bir değerlendirme yapılması da zorunludur<sup>887</sup>.

## iii. Destek Gücü ve Bakım ihtiyacı Süresi

### (a) Desteğin Bakım (Destek) Gücü Süresi

Desteğin yardımının kendi yaşam süresi sonuna kadar sürmeyeceği, kişinin çalışma gücü sona erdiğinde bakım gücünün de kalmayacağı kabul

<sup>885</sup> Kudat, sh:99-100; Güneren, s.988.

<sup>886</sup> Kudat, sh:99-100; Güneren, s.988.

<sup>887</sup> Süzek, 7. Baskı, s.383.

edilmektedir. Bu nedenle tazminat için "ömür değil, ölenin çalışma gücü, yani faal çalışma süresi esas alınmalıdır"<sup>888</sup>. Desteğin bakım gücü çalışmaya başlama yaşı itibariyle başlayacak ve çalışma gücünün sürdüğü tarihe kadar sürecektir. Destek ölmeseydi, çalışabileceği yaşa kadar gelir elde edecek ve davacıya yardım edebilecektir. Desteğin çalışma süresinin tespiti için yaşam süresinin de tespiti gerekmektedir<sup>889</sup>. Yargıtay'a göre, desteğin destek süresi, olasılıklı (ihtimali) yaşam süresi sonuna kadar devam eder. Bu nedenle, desteğin fiilen ölüm tarihinde başlayan destek süresi, aktif dönem sonu (60 yaş) ile sınırlı olmayıp, yaşam süresi sonuna kadar devam eder. Bu nedenle, gelir hesabına 60 yaşından sonra başlayan pasif dönem gelirin de katılması gerekir<sup>890</sup>.

Farazi desteklerde, destek süresinin (bakım gücü süresinin) başlangıç tarihi saptanırken, onun destek gücünün gerçekleştiği tarih ile hak sahiplerinin ihtiyaç içine düşecekleri tarihten hangisi daha sonra ise, onun esas alınması gerekir<sup>891</sup>.

### **(b) Destekten Yoksun Kalanların İhtiyaç Süresi**

Somut olayın özelliğine göre davacının bakım ihtiyacı ya belli bir süre için ya da ömür boyunca olacaktır. Örneğin, desteğin herhangi bir kişiye öğrenimi süresince yapmaya devam ettiği yardımın, o kişinin eğitim hayatının sonuna kadar süreceği kabul edilmelidir. Buna karşın desteğin eşi, ana ve babası gibi hak sahiplerinin yaşam süreleri boyunca yardımın sürmesi olağandır<sup>892</sup>.

İhtiyaç süresi ihtiyacı tipine göre değişme özelliği arz eder. İhtiyacı tiplerinden çocuklar, dul eş temel tiplerdir. İş kazası sonucunda vefat eden

<sup>888</sup> Y4HD, 25.91979, E 4602/K 10323, Gökcan, s.681.

<sup>889</sup> Gökcan, s.681.

<sup>890</sup> 1.11.1995, 9/679-898, 21.HD. 8.5.2006, 2450-4755, Güneren, s.990.

<sup>891</sup> Güneren, s.990.

<sup>892</sup> Gökcan, s.682.



işçilerin hak sahipleri eş ve çocukları ise, destekten yararlanma süreleri ile ilgili olarak ciddi bir problem bulunmamaktadır. Yerleşik içtihatlar uyarınca, hak sahibi eş ölen kocasından yaşça büyük ise kendi bakiye ömrü süresince, yaşça küçük ise müteveffanın bakiye ömrü süresince yararlanacaktır. Hak sahibi erkek çocuklar 18 yaş ikmaline kadar, hak sahibi kız çocuklar 22 yaşına kadar destekten yararlanacaklardır. Ancak, hak sahiplerinin yaşadıkları sosyal çevre itibarıyla (örneğin kırsal kesimde ikamet etmeleri halinde) 22 yaşından daha önce evlenmeleri kuvvetle muhtemelse, bu takdirde destekten yararlanma süreleri daha kısa (örneğin 18 yaş ikmaline kadar) olabilecektir<sup>893</sup>.

#### **(4) Destekten Yoksun Kalma Zarar ve Tazminat Hesabında İndirimler**

Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, ölüm olayından önce davacının aldığı destek sayesinde bulunduğu yaşam seviyesindeki kaybı temin etmektir. Fakat, ölüm nedeniyle destek alan kişinin bazı ekonomik kazançları da olabilir. Bu nedenle, ölüm olayı nedeniyle davacının elde ettiği yararların yaşam seviyesini olumlu etkilediği oranda destek zararı azalmış olacağından, bu yararların zararından indirilmesi gerekmektedir. Ölümle uygun illiyet bağı bulunan yararlar destek zararından indirilerek, denkleştirme işlemi yapılmalıdır. Denkleştirme yapılabilmesi için, zararı doğuran ölüm olayının, zarar görene ekonomik bir yarar da sağlamış olması gerekir<sup>894</sup>.

<sup>893</sup> Kılıçoğlu, **Hesap Yöntemleri**, s.148.

<sup>894</sup> Gökcan, s.687.

## i. Eşin Evlenme Şansı ve Çalışıp Kazanma Yeteneği

### (a) Eşin Evlenme Şansı

Dul kalan eş kadın ise, evlenme şansını ve bunun derecesini belirleyen faktörler şunlardır; kadının yaşı, kadının sıhhati, kadının ilk evliliğinden olan çocuk sayısı, kadının sosyo-ekonomik durumu, kadının fiziksel görünümü ve kadının ölen kocasına bağlılık derecesi. Somut olayda bu faktörler göz önünde tutularak yeniden evlenme ihtimalinin oranı hakim tarafından tayin edilmelidir, ancak evlenme ihtimalini etkileyebilecek hakimin bilemeyeceği mahalli örf ve adet söz konusuysa bunların tayin ve tespiti için yerel bilirkişilere başvurulabilir. Kadının evlenme şansını belirleyen faktörler hakim tarafından müspet görülürse tazminat miktarından indirim gidilir. Dul eşin yeniden evlenmesi desteğin ölüm öncesi kendisine sağladığı hayat standardını sağlayamıyorsa kadının kısmi ihtiyacının varlığı kabul edilip aradaki fark kendisine ödenmeye devam eder<sup>895</sup>.

Dul erkeğin tekrar evlenme şansı, geleneklerimiz göz önünde bulundurulduğunda, dul kadından daha fazladır. Ayrıca memleketimizde, koca evlenme teklifinde bulunan, kadın ise evlenme teklifi bekleyen kimse durumundadır. Bu açıdan her erkek her yaşta bakım ihtiyacı olduğundan evlenmek ister ve hemen her yaşta bu olanağa da sahiptir. Bu nedenler göz önünde bulundurularak tazminatta indirim gidilebilir<sup>896</sup>.

Sosyal hayatta sıkça karşılaşılan nikahsız eş kavramında evlenme şansı ise, Yargıtay 21. Hukuk Dairesine göre, nikahlı eşe göre daha fazla evlenme olasılığı olduğu varsayılarak, tazminattan daha fazla indirim yapılması gerektiğine karar vermektedir<sup>897</sup>.

<sup>895</sup> Güleç Uçakhan 617 vd.

<sup>896</sup> Uçakhan, s.510.

<sup>897</sup> Y21HD, 24.05.2007, 2006/21486, K. 8513, 20.3.2001, E. 1005, K. 2091, 1.5.2001, E. 2067, K. 3447, Güneren, s.997.

### (b) Eşin Çalışıp Kazanma Yeteneği

Bazı yazarlara göre, yeniden evlenmek için gerekli özelliklere sahip olan kadının aynı zamanda hayatını idame ettirebilecek şekilde çalışabilme yeterliliğinde olması durumu zarardan indirimde göz önünde bulundurulmalıdır. Dul kadının yeniden evlenmesi imkansız görülse bile çalışacağı, yaşamını devam ettirebileceği kabul edilmeli ve yine indirime gidilmelidir. Bu görüşe karşı çıkan yazarlara göre; günümüzdeki işsizlik oranının dikkate alınarak eşi hayattayken çalışmayan bir kadının iş bulmasındaki güçlük, evde çocuklarına bakmak zorunda oluşu nedeniyle kadının sosyal mevkiine uygun olsun-olmasın çalışmaya zorlanması kadına yapılmış bir haksızlıktır. Zira bu yönde bir uygulama mağduru değil faili korumaktır. Ancak eşi hayattayken çalışan kadının eşinin ölümü üzerine işini bırakması failin durumunu ağırlaştırması demektir. Bu noktada kadının kötü niyeti hukuk düzenince korunamaz. BK 44. m. (TBK m. 52) uyarınca failin durumunu ağırlaştırmaya yönelik davranışları bir indirim sebebi olmamalıdır<sup>898</sup>.

### ii. Yapılmayan Masrafların Dikkate Alınması

Bir şahsın üretici hale gelebilmesi için birçok masrafın yapılması gereklidir. Bunlar yapılmadan farazi desteğin destek olacağı düşünülemez. Yetiştirme masrafları her ailenin sosyal durumuna göre tayin edilebilir. Bunlar<sup>899</sup>;

- İaşe masrafı,
- Sağlığı koruma masrafı,
- İbate (yatıp, kalkma, kira, döşeme vb.) masrafı,

<sup>898</sup> Kudat, s. 106.

<sup>899</sup> Kudat, s.110; Güleç Uçakhan, s.511.

- Giyim - kuşam masrafı,
- Öğrenim masrafı,
- Seyahat ve dinlenme masrafı,

• Evlenme masrafları: Ölen çocuk, destekten yoksun kalanlar, ana-babasıyla, destekten yoksun kalma zararları, çocuk yaşasaydı yapacakları evlendirme masrafları da düşülerek, hesaplanır. Zira memleketimiz geleneklerine göre kız veya erkek çocuk olsun evleneceklerin ev kurması her iki taraf ana ve babalarına aittir<sup>900</sup>.

Ancak yapılacak olan masraflar, indirim tabi olmakla beraber ölüm olayı meydana gelmeden önce yapılan masraflar tazminata ilave edilemez<sup>901</sup>

Buna karşın, Medeni Kanununun 327. maddesinde bakımı, eğitimi ve korunma için gereken giderlerin ana ve baba tarafından birlikte karşılanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle artık çocukların ölümü halinde hem baba ve hem de ananın destekten yoksunluk zararlarının hesabında yetiştirme giderleri denkleştirmeye konu olmaktadır<sup>902</sup>.

### iii. Desteğin (Müterafık) Kusuru

Ortak kusur yukarıda iş göremezlik tazminatı bölümünde ayrıntılı olarak açıklamış olduğumuz gibi, iş ve meslek hastalığı sonucu oluşan zararda işçinin de kusurlu olması durumudur. İşçinin bu zararın meydana gelmesindeki kusur oranına göre tazminattan indirim yapılır.

<sup>900</sup> Güleç Uçakhan, s.511-512.

<sup>901</sup> Y4HD. 24.10.1967 K. 9288 "Ana, baba ölen çocuğa bakılması ve onun yetiştirilmesi için yapmış olduğu giderleri tazminat konusu yapamaz. Zira bu giderler ölüm sonucu değildir." Y4HD. 17.02.1958 E. 8555 K. 888, "Müstakbel desteğin yetiştirilmesi için yapılan masraflar maddi tazminatta esas tutulmaz." Güleç Uçakhan, s.512.

<sup>902</sup> Y4HD. 1.3.2006, 1273/2017, Gökcan, s.688-689

#### iv. Kaçınılmazlık (Hakkaniyet) İndirimi

Kaçınılmazlık durumu, işverenin kusursuz sorumluluğuyla ilgili bir müessesedir. Buna göre, zararın meydana gelmesinde işçinin ve işverenin hiçbir kusurunun olmadığı bilirkşi raporlarıyla saptanmış olması durumunda ortaya çıkar.

İçtihad ve öğretiye göre, kaçınılmazlık durumunun varlığı halinde zararın yaklaşık %60'ı işverence %40'ı ise işçi tarafından karşılanır.

Bu durumda, destekten yoksun kalanların saptanan zararlarından %40 oranında indirim yapılarak ödeme yapılması gerekir. (BK m. 43/1) (TBK m. 51/1)

#### v. Miras Geliri

Destek işçinin ölümü üzerine, destekten yoksun kalana, kalan miras gelirinin tazminat hesaplanırken zarardan indirim nedeni sayılıp sayılmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar, desteğin ölümü üzerine destekten yoksun kalanın elde ettiği miras gelirinin zarardan indirilmesi gerektiği görüşünde olmalarına karşın, diğer bir kısmı aksi görüştedir<sup>903</sup>.

Konuyla ilgili birkaç Yargıtay kararı vermekte yarar görüyoruz.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararlarında, "miras gelirinin" destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında indirime konu olacağı kabul edilmiştir.

"Ölüm sonucu bakkal dükkanı davacıların üzerine miras yoluyla geçtiğine göre, bu miras gelirinin, hesaplanacak tazminat tutarından mahsup edilmesi gereklidir. Bakkal dükkanının davacılar veya üçüncü kişilerce işletilmesi halinde zorunlu giderler çıkarıldıktan sonra elde edilen gelir, miras

<sup>903</sup> Güneren, s.1001.

bırakanın elde ettiği gelirden daha az bulunması halinde aradaki fark, davacıların hak kazanabileceği tazminatın hesaplanmasında esas alınmak icap eder<sup>904</sup>. "

Davacılara öleden değil de üçüncü kişilerden geçen mirasın destek tazminatında indirim konu olup olmayacağı konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Tekinay, Çağa ve Karahasan, bu durumda da alınan miras payının destek tazminatında gözetileceği görüşündedirler. Buna karşın Güleç, 4HD'nin bir kararında belirtildiği gibi, bu tür yararların tazminattan indirim konu olmayacağını ileri sürmektedir<sup>905</sup>.

"Eylemin ilişkisi olmadan zarar doğduktan sonra başka bir vesile ile zarar görenin malî durumunda vukua gelecek artış, tamamen borçlu yararına, zarardan indirim yapılmasını gerektirmez<sup>906</sup>. "

Kanaatimizce de ölüm olayından sonra bu olayla ilişkili olmayan bir kaynaktan gelen ve zarar görenin mal varlığında ortaya çıkacak artış tazminattan indirilmemelidir. Çünkü o gelir destek olan kişi ölmeseydi de bu kişilerin mal varlıklarına dahil olacaktı.

## vi. İşverenin Yoksulluk Durumuna Düşmesi

İşverenin yoksulluk durumuna düşmesi yani müzayaka halinde kanun koyucu bir tarafın zararlarını giderirken öbür taraf için durumun içinden çıkılmaz bir hal almasını engellemek amacıyla tazminata hükmederken işverenin mali durumuna göre indirim gidebilmesinin önünü açmıştır (TBK 52/2). Müzayaka ile ilgili açıklamaları iş göremezlik tazminatı bölümünde ayrıntılı olarak anlattığımızdan burada şartlarını vermekle yetineceğiz.

<sup>904</sup> Y4HD 15.4.1968, 3518K; Gökcan, s.690.

<sup>905</sup> Gökcan, s. 692.

<sup>906</sup> Y4HD 5.12.1969, K.10127, Güleç Uçakhan, s, 517.

Bu maddenin uygulanabilmesinin şartları aşağıdaki gibidir:

- İşverenin kusuru hafif olmalıdır.
- İşveren tazminat tutarını ödediği takdirde yoksulluk durumuna düşecek olmalıdır.
- Hakkaniyet, tazminat indirimini haklı göstermelidir.

### **vii. Hak sahiplerine Bağlanan Gelirler**

Hak sahiplerine bağlanan gelirler genellikle sosyal devlet olmanın verdiği yükümlülük üzerine Sosyal Güvenlik Kurumunca ölenin desteğinden yoksun kalanlara yapılan yardımlardır. İş göremezlik tazminatında SGK tarafından bağlanan gelirlerle ilgili yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

Zaten, 6098 sayılı BK'nun 55. maddesi 1. fıkrasında, "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminat miktarından indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz." hükmü öngörülmüştür. Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra, yapılacak zarar ve tazminat indirimlerinde, bu fıkrada yazılı denkleştirme yasağının göz önünde tutulması gerekecektir<sup>907</sup>.

Yargıtay bu yönde kararlar vermektedir. Örneğin, "...Ölen Ali, SS Kurumundan emekli iken trafik kazasında ölmüş ve (davacı olan) eşine ölüm sigortası kolundan aylık bağlanmıştır. 506 sayılı SSK da ölüm sigortası kolundan yapılan yardımlardan dolayı kuruma rücu hakkı tanıyan bir hükme yer verilmemiştir. Gerçekten bu daldan sigortalının hak sahibine aylık

---

<sup>907</sup> Güneren, s. 1005.

bağlaması, sigortalının ölümüne neden olan eylemin uygun ve normal bir sonucu değildir. Böyle bir aylığın bağlanmasının nedeni, sigortalının sağlığında belli bir süre prim ödemiş olmasıdır. Bu nedenle bu sigorta dalından sigortalının hak sahiplerine bağlanan yardımlar destekten yoksun kalanların hak kazandıkları tazminattan düşülemez<sup>908</sup>."

### **viii. Özel Sigortalar Tarafından Yapılan Ödemeler**

#### **(a) Sigorta İşçi Tarafından Yaptırılmışsa**

Mantıki açıdan bakıldığında primlerin destek işçi tarafından yatırıldığından kaynaklı olarak ölümünden sonra destekten yoksun kalanlara sigorta şirketince ödemeler yapılmışsa bunun destekten yoksun kalma tazminatından indirilmemesi gerekir. Çünkü işçi kendi parasıyla bir hizmetten yararlanmaya çalışmıştır.

#### **(b) Sigorta İşveren Tarafından Yaptırılmışsa**

İşveren, işyerinde çalışan işçilerine veya ölümü halinde destekten yoksun kalanlarına karşı hukukî sorumluluğunu güvence altına almak için özel bir sigorta şirketiyle işçi yararına "mali sorumluluk sigorta sözleşmesi" yapabilir. Böyle bir sözleşme yapıldıktan sonra, meydana gelen bir iş kazası veya meslek hastalığı sonucu sigortalı ölürse, sigorta şirketince sigorta tazminatı destekten yoksun kalanlara ödenir. Ödenen bu tazminat destekten yoksun kalanlar tarafından işveren aleyhine açılan tazminat davasında

<sup>908</sup> Y4HD. 23.5.1989, 1308/4696; benzer nitelikte başka bir karar; Y4HD. 26.4.1999, 2011/3705, Gökcan, s.689.



hesaplanan tazminat tutarından indirilir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir<sup>909</sup>.

### **ix. İşverence ve Üçüncü Kişilerce Yapılan Ödemeler**

İş göremezlik bölümünden de hatırlayabileceğimiz gibi 3. kişilerce yapılmış olan bu yardım tamamen insani bir görevin ifasını sağlamak amacı taşıyorsa bu işverenin sorumluluğunu azaltmak amacı taşıdığı şeklinde yorumlanamaz ve destekten yoksun kalma tazminatından indirilmez.

Ancak eğer 3. kişilerce yapılan bu yardımlar işverenin sorumluluğunu azaltma amacını taşıyorsa bu takdirde hükmedilecek olan destekten yoksun kalma tazminatından indirilir.

## **D. MANEVİ TAZMİNAT**

### **1. Manevi Tazminat Kavramı, Niteliği ve İşlevi**

#### **a. Manevi Tazminat Kavramı**

Manevi varlıklarının hiçbir saldırıdan zarar görmeyeceğine inanan veya manevi kayıpları için herhangi bir tatmin yolunu gerekli görmeyen kimi insanlar bulunabilir. Ama bunların sayısı pek azdır. Büyük çoğunluk, genel olarak uğradığı haksız saldırının hesabını sorar ve zararlarının karşılanması yollarını arar. Bunu başarınca da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğine, ferahlığına kavuşur. Hakarete uğrayan kimsenin, manevi tazminat olarak bir para isteminde bulunması, onun dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişilik haklarını ve kişilik haysiyetini bir yana bıraktığını değil; tam tersine

<sup>909</sup> Y21HD. 3.5.2007, E. 2006/18008, K. 7460, Güneren, s.1010.

kişilik ve haysiyetine bağlılığının ve bunları koruma ve savunma azminin ifadesidir<sup>910</sup>.

Manevi tazminat, manevi zararın bir giderim biçimidir. Herkese karşı korunan kişilik hakkının kapsamına giren değerlerden birinin ihmali halinde doğan mutlak bir haktır<sup>911</sup>. Zarar, zarar görenin iradesi dışında kişilik haklarında bir eksilme oluşmasıdır. Tazminat işte bu eksilmeyi telafi amacı güder<sup>912</sup>. O halde tazminatın hareket noktası "manevi zarardır" ve zararın gerçekleşmesi şarttır<sup>913</sup>. Malvarlığında bir azalma meydana getirmediği için gerçek anlamda bir zarardan da söz edemeyiz. Manevi tazminatı bu nedenle de bedeni ve ruhi ızdıraplar için verilen taviz olarak değerlendiren yazarlar vardır. O halde "zarar" kişinin iç huzuru ve manevi bütünlüğünün ihlal edilmesinin mecazi ifadesidir. Bu tanıma yaşama zevkindeki azalmayı da ilave edebiliriz<sup>914</sup>.

### **b. Manevi Tazminatın Niteliği ve İşlevi**

Manevi tazminatın amacı, zararın giderilmesi (giderim) değil, zarar görenin elem ve üzüntüsünün elden geldiği ölçüde denkleştirilerek tatmin edilmesidir. Kısaca zarar görenin manevi tatmin edilmesi düşüncesine dayanır. Manevi tazminatla zarar verici fiil olmasaydı mağdurun bulunacağı durum, fiilin yarattığı elem ve ızdırapın kaldırılmasını sağlamak suretiyle dengelenmek istenmektedir; tam bir denkleştirmenin sağlanması ise mümkün değildir<sup>915</sup>.

Manevi tazminat namı altında ödetilecek para ne tazminat ne de cezadır. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını amaç edinmediği gibi, kusurlu olana hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük

<sup>910</sup> Any Mah. 11.2.1969 T., E. 32, K. 12, Usta, s.933.

<sup>911</sup> Kılıçoğlu, M, **Tazminat Esasları**, s.151.

<sup>912</sup> Eren, **13. Baskı**, s.369; Kılıçoğlu, M, **Tazminat Esasları**, s.151.

<sup>913</sup> Kılıçoğlu, **Tazminat Esasları**, s.151.

<sup>914</sup> İnan, s.281; Kılıçoğlu, M, **Tazminat Esasları**, s.151.

<sup>915</sup> Antalya, s.488.

de değildir, aksine zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmakta, aynı zamanda ruhi ızdırabın dindirilmesini amaç edindiğinden tazminata benzeyen bir fonksiyon ifade etmektedir<sup>916</sup>.

Manevi giderim, mal varlığının dışında hukuksal değerlere yapılan saldırılar ile meydana getirilen eksilmenin giderilmesi amacıyla çekilen acıları yeterince dindirmek, bozulan ruhsal düzeni dengelemek, kırılan yaşama arzusunu tazelemek, yaşama yeniden bağlanmayı sağlamak şeklinde de özetlenebilir<sup>917</sup>.

Manevi tazminatın niteliği ile ilgili öğretilerde farklı görüşler mevcuttur.

### (1) Tatmin Görüşü

Bu görüşe göre, manevi tazminat, doğan acıları ne denkleştirir ne telafi eder ne de tazmin eder. Doğan acıların, üzüntülerin mağdura tazminat ödenmesi yoluyla tamamen giderilmesi, ortadan kaldırılması mümkün değildir<sup>918</sup>. Manevi tazminat adıyla bir miktar para ödendiği takdirde onda uğramış olduğu manevi zararı kısmen veya tamamen gidermeye yarayan bir tatmin duygusu yaratılmış olur. Şüphesiz, şahıs varlığında meydana gelen eksilme para ile ölçülüp karşılanamaz, bu nedenle de ortadan kaldırılamaz. Ancak, bu görüşe göre zarar görene sağlanacak bir miktar para belirli oranda da olsa onun acı ve ızdıraplarının azaltılıp dindirilmesini sağlar. Zira her şeye rağmen, para sakinleştirme, rahatlatma ve tatmin fonksiyonlarına sahiptir. Kaldı ki, bir an için tazminat olarak ödenecek para acı ve ızdırapları tam olarak karşılamasa, gidermese bile onun yarattığı olumsuz sonuçları, kötü etkileri hafifletebilir, ödenecek olan bir miktar para zarar görende hiç olmazsa belirli bir huzur ve rahatlama duygusu yaratır. Diğer taraftan, manevi tazminat olarak hükmedilecek paranın, zarar görenin acılarını

<sup>916</sup> Orhunöz, s.25

<sup>917</sup> Orhunöz, s.25

<sup>918</sup> Bal, Özlem, **Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.17.

yenmek, onlara hakim olmak, bozulan dengeyi tekrar düzeltme imkanı verebileceğini de unutmamak gerekir. Gerçekten, manevi tazminat olarak ödenen para ile zarar gören, ihlal edilen değer yerine mümkün olduğu takdirde yeni bir değer ikame ederek, şahıs varlığındaki azalmayı dengeleyebilir<sup>919</sup>.

Bu görüş tatmini beklenen kişinin ayırt etme gücüne sahip olması halinde sonuç doğurabileceği, ayırt etme gücüne sahip olmayanların ve tüzel kişilerin tatmin edilemeyecekleri, gerekçesi ile eleştirilmektedir. Serozan, hedonist (hazcı) ve talionist (rövanşist) bir yaklaşımla manevi tazminatın amacının, keyif çıkarma ve acı çıkarma (manevi tatmin sağlama) olamayacağını belirterek bu görüşü reddetmiştir. Manevi tazminatın amacının zarar göreni ayağa kaldırmak (rehabilitasyon) olduğunu savunmuştur<sup>920</sup>.

## (2) Ceza Görüşü

Bunlardan ceza teorisine göre, manevi tazminat cezalandırıcı ve önleyici niteliğe sahiptir. Manevi tazminat bir anlamda özel hukuk cezasıdır. Haksız fiil failinden bir miktar para alınmak suretiyle zarar veren cezalandırılmaktadır. Burada devlet lehine değil, mağdur lehine bir cezalandırma yoluna gidilmektedir. Ceza teorisi taraftarları failin kusurundan hareket etmektedirler. Manevi tazminata hükmetmek için önemli olan mağdurun durumu değil, failin kusurudur. Mağdurdan hareketle onun elem ve acısını ölçmek zordur. Halbuki, failin kusurunu ölçmek daha kolaydır. Yasa koyucu bu nedenle tazminatın tayininde failin kusurunu esas almıştır<sup>921</sup>.

Manevi tazminatın ceza şeklinde nitelendirilmesi ceza hukukunun temel ilkesi olan suç ve cezanın kanuniliği ilkesine aykırıdır<sup>922</sup>. Çünkü manevi

<sup>919</sup> Eren, **13. Bası**, s.749.

<sup>920</sup> Bal, s.19.

<sup>921</sup> Kılıçoğlu, A, s.423.

<sup>922</sup> Kırca, Çiğdem, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", **Yarg. D.** Temmuz 1999, s.250; Bal, s.20.

tazminatın türünü ve miktarını tespitinde hakim önceden belirlenmiş kanuni bir miktar sınırı bulunmaksızın takdir hakkına sahiptir<sup>923</sup>. Oysa kanunilik ilkesi, suç ve ceza miktarının önceden kanunda belirli olmasını gerektirir. Manevi tazminat talebi, zarar veren ölmüşse onun mirasçılarına karşı da yöneltilebilir. Bu da cezaların şahsiliği ilkesi ile çelişmektedir<sup>924</sup>. Ayrıca cezaların şahsiliğinin diğer bir sonucu da suç olan bir fiilden kaynaklanan cezanın tamamını birden çok failden sadece birine yüklemek mümkün değildir. Halbuki müteselsilen sorumlu kişiler varsa bunların her biri manevi tazminat borcunun tamamından ayrı ayrı sorumlu tutulabilirler<sup>925</sup>.

### (3) Tazminat (Telafi) Görüşü

Manevi tazminatın telafi edici niteliği üzerinde duran Deschenaux/Tercier; manevi tazminatı; yardım etmek amacı güden, daha iyisi bulunmadığı için başvurulmuş beşeri adaletin sınır çizgisinde yer alan bir kurum olarak nitelemiştir<sup>926</sup>. Hatemi, maddi tazminatın az tutulması durumunda manevi tazminatın bu eksikliği telafi edeceği gereğine işaret etmiştir<sup>927</sup>. Eren, telafi edici niteliğini savunurken özellikle manevi tazminatın amacının uğranılan manevi zararın aynen veya nakten tazmini noktasından hareket etmiştir. Objektif bir görüş olduğu; zarar görenin zararı acı ve elem şeklinde hissedip hissetmemesine bakılmaksızın para ödenmesinin gerekeceğini vurgulamıştır<sup>928</sup>.

<sup>923</sup> Kılıçoğlu, Ahmet, "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği", **Ank. Bar. D.**, 1984, S.1, s.20.

<sup>924</sup> Bal, s.20.

<sup>925</sup> Kılıçoğlu, A, **Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği**, s.16.

<sup>926</sup> Deschenaux/Tercier, Çev. Özdemir, s. 61'den Akt: Kılıçoğlu, M, **Sorumluluk**, s.142.

<sup>927</sup> Kılıçoğlu, M, **Sorumluluk**, s.142.

<sup>928</sup> Eren, **13.Baskı**, s.751; Kılıçoğlu, M, **Sorumluluk**, s.142.

#### (4) Yargıtay'ın Görüşü

Gelişmiş ülkelerde manevi tazminatın eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiğini ortaya koymakta, kişi haklarının her şeyin üstünde olduğunu önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde; asıl olan insan yaşamıdır. Bedensel bütünlüğü zedelenen kişide veya yaşamın yitilmesi halinde yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değerle telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir parça da olsa rahatlama duygusu vermek, öte yandan da zarar veren yanı dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla caydırıcı olabilmektir." denilmiştir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin son yıllardaki hiç sapma göstermeyen uygulaması da bu yöndedir. Nitekim, Yüksek Daire, iş kazası sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan bir işçi tarafından açılan maddi ve manevi tazminat davası nedeniyle önüne gelen bir uyuşmazlıkta "...Hükmedilen manevi tutarın uğranılan manevi zararlarla orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir... bunun yanında olayın işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince almamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği.." görüşünü yansıtmıştır<sup>929</sup>.

#### c. Manevi Tazminat Davasının Amacı

İş ve sosyal güvenlik yasalarında Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan maddi zararlar ile manevi zararların işverenden istenip

<sup>929</sup> Y21HD. 6.4.2009, 2008/14826-5002, Güneren, s.1285.

istenemeyeceği konusunda bir düzenleme mevcut değilse de, Borçlar Kanunundaki genel hükümlere göre, bu zararların işverenden istenebileceği öğretide ve hiç sapma göstermeyen Yargıtay uygulamasında kabul edilmektedir. Buna göre, meslek hastalığı veya iş kazası sonucu bedensel bütünlüğü zedelenen işçinin kendisi, ağır bedensel zarar veya ölüm halinde ölenin yakınları iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayan işverene karşı manevi tazminat davası açabilir. (BK m. 47) (TBK m. 56)

Manevi tazminat davasıyla iş kazasına uğrayan işçinin çekmiş olduğu bedensel veya ruhsal acı elem ve ıstırap ödenecek tazminatla bir ölçüde dengelenmeye çalışılır. Her ne kadar bu acı ve elemin maddi zarar gibi parayla ölçülmesi olanaksızsa da, söz konusu tazminatla işçinin ıstırabının kısmen de olsa hafifletilmesi, bir ölçüde manevi açıdan tatmin edilmesi amaçlanır<sup>930</sup>.

Paranın manevi zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevi kaybı geri getirip yerine koyduğu, yahut manevi varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevi acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırılmaktan; bozulan manevi dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhi tatmin aracı olmaktan ibarettir<sup>931</sup>.

### **3. Manevi Tazminat İsteyebilecek Olanlar**

#### **a. Ruhsal Bütünlüğün İhlali Halinde**

Her şeyden önce şu hususu belirterek başlayalım; beden bütünlüğü kavramı sadece fiziki bütünlüğü değil, ruhsal bütünlüğü de kapsar ve 818 sy.

<sup>930</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.386.

<sup>931</sup> Usta, s.930.

BK m. 47'ye göre (TBK 56. m.) ruhsal bütünlüğü de koruyucu bir fonksiyona sahiptir. Bu bilgiler ışığında ruhsal bütünlüğün ihlalinde kimlerin manevi tazminat isteyebileceğinin inceleyelim.

### (1) Ruhsal Bütünlüğü Zarar Gören İşçi

Genel düzenlemeye göre, haksız fiil sonucu kişi yaralanmışsa (bedensel zarara uğramışsa) bu yüzden doğan manevi zararının da tazmin edilmesini talep edebilir. BK m. 47 ve TBK m. 56'ya göre "bedensel bütünlüğün zedelenmesi durumunda ... manevi tazminatın" ödenmesine karar verilebilir<sup>932</sup>.

İş hukukunda ise genel hükmün yorumlanmasından, işveren koruma ve gözetme borcuna aykırı davranarak işçinin bedensel bütünlüğünü (fiziksel veya ruhsal) ihlal etmişse ve fakat işçi ölmemişse manevi tazminat isteme hakkı kural olarak sadece zarara uğrayan işçiye aittir<sup>933</sup>.

İşçinin yüzündeki yara izi, bir organının şekil değiştirmesi, ciltte çirkin görüntülerin, kabukların meydana gelmesi, kaş ve kirpiklerin dökülmesi, kemiğin kırılması, ani şokların yaratmış olduğu bunalımlar vb. psikolojik rahatsızlıklar beden bütünlüğünün ihlaline örnektir. Bunlar kişide derin elem ve ıstırap yaratır ve kişinin ruhsal dengesini kökünden sarsar<sup>934</sup>. Zaten iş kazası olayında mekanik bir darbe veya pisişik bir müdahale sonucu bedende meydana gelen anatomik değişme ve bozulmaların ruhsal bütünlüğü de etkileyeceği, işçinin ruhsal dengesini bozarak büyük üzüntüye neden olacağı, dolayısıyla manevi zarar doğacağı kuşkusuzdur. Bunun gibi, meslek hastalığına tutulan işçinin, bu hastalığın bedeninde meydana getirdiği özürler nedeniyle, ruhsal bütünlüğünün de etkilendiği manevi zarar gördüğü tartışmasızdır. Manevi zarar gören işçi, bu zararın ödetilmesi için, sorumlusu işveren ve varsa diğer üçüncü kişiler hakkında manevi tazminat davası açma

<sup>932</sup> Kılıçoğlu, A, s.424.

<sup>933</sup> Bal, 114

<sup>934</sup> Bal, s.114-115.



hakkına sahiptir<sup>935</sup>. Hatta Yargıtay kararlarında da isabetli bir şekilde belirtildiği gibi işçi iş kazası ve meslek hastalığı sonucu %0 iş göremezlik halinde ise yani herhangi bir maluliyet oluşmamış olsa bile manevi tazminata hükmedilebilecektir<sup>936</sup>.

Cismani zarara uğrayanın, işverenden manevi tazminat alabilmesi için özellikle olayın iş kazası veya meslek hastalığı gibi bir hukuki nitelik taşıması gerekir. Temel farklılık manevi tazminatın hukuki mahiyetinde ve dolayısıyla da zararın kapsamındadır. Zarar maddi tazminata bedende görülecek iş göremezliğe bir anlamda maluliyete endekslenmiştir. Bu maluliyet endeksli tazminat hesabına göre, maluliyet sıfır ise tazminat talep edilemez. Ancak maluliyetin sıfır olması halinde manevi tazminata hükmedilebilir. Zira manevi zararın kapsamında iç bütünlüğün bozulmuş olması yeterlidir.

## (2) Ağır Bedensel Zarar Gören İşçinin Yakınları

6098 sy. TBK m. 56, 818 sy. BK m. 47'den farklı olarak "bedensel bütünlüğün zedelenmesi (bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi) nedeniyle manevi zararın tazmin edilmesi ölüm halinde talep edilebilecek manevi zararın tazminini birbirinden ayırıp maddeyi iki ayrı fıkra haline getirmiştir. Maddenin 1. fıkrasında "bedensel bütünlüğün zedelenmesi" (yarananma) halinde manevi zararın tazmin edilmesi hükme bağlanmış; 2. fıkrasında ise ölüm halinde manevi zararın tazmin edilmesini hükme bağlamıştır. Yasa bununla yetinmemiş, 2. fıkrasında bedensel bütünlüğün zedelenmesi halinde sadece zarara uğrayan kişi için değil onun "yakınlarının" da bu zararın ağır olması koşuluyla manevi zararlarının tazmin edilebilmesini kabul etmiştir. TBK m. 56 f. 2 hükmüne göre, Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde zarar

<sup>935</sup> Güneren, s.1313.

<sup>936</sup> HGK, 8.10.2003, 2003/21-500-541, Kılıçoğlu, M, **Tazminat Hesapları**, 808-809; Bal, s.115

görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir<sup>937</sup>.

Bu değişikliklerden önce uygulamanın nasıl olduğunu görmek açısından Yargıtay'ın son yıllarda istikrar kazanan görüşüne baktığımızda, yakınları cismani zarara uğrayan davacıların ruhsal hastalık iddiası ile açtıkları manevî tazminat davalarını (ispat edilmişse) kabul etmektedir<sup>938</sup>. Bu durumda, zarar verenin eylemi ile davacının ruh sağlığının bozulması arasında uygun illiyet bağı da aranmaktadır<sup>939</sup>. Aynı zamanda Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin bir kararına göre de "... bir kişinin cismani zarara uğraması sonucu onun (ana, baba, karı, koca, çocuk gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin kazaya uğrayan yakın kişi ağır şekilde iş göremez duruma gelmişse) onlarında manevi tazminat istemeleri kabul edilmelidir<sup>940</sup>

### (3) Zarar Gören İşçinin veya Yakınlarının Mirasçıları

Bir görüşe göre, manevi tazminat isteme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu nedenle bu hak mirasçılara geçmez. Diğer bir görüşe göre, manevi tazminat hakkı kişiye sıkı sıkıya hak olmayıp tamamen mameleki nitelikte, bir alacak hakkıdır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hak, ihlâl edilen değerler olup istenilen manevi tazminat değildir. Bu nedenle, bu hak her alacak hakkı gibi hiçbir kısıtlamaya tabi olmadan zarar görenin dava açmadan ölmesi halinde mirasçılara geçer<sup>941</sup>.

Karma görüş olarak nitelendirilen ve baskın olan üçüncü görüşe göre ise, zarar gören ölmeden önce, manevi tazminat isteme iradesini açıklamış ise bu hak mirasçılara geçer. Çünkü bu irade açıklamasıyla manevi

<sup>937</sup> Kılıçoğlu, A, s.425.

<sup>938</sup> HGK 26.4.1995, 122/430; 4. HD. 23.3. 1998, 10777/2125; 4. HD 13.6.1989, 4317/5371; 3. HD. 9.6. 1997, 5127/5664, Gökcan, s.804.

<sup>939</sup> Gökcan, s.804.

<sup>940</sup> Y21HD, 12.6.2003, 4754/5612, **Çim. İşv. D.**, Ağustos 2003, s. 34-35

<sup>941</sup> Eren, **13. Bası**, s.752-753; Güneren, s. 1333

tazminat hakkı mameleki bir alacak hakkına dönüşür. Bunun için zarar görenin, manevi tazminat davasını açmış veya böyle bir dava açmak için vekaletname vermesi veya tazminat sorumlusuna herhangi bir yolla örneğin, noter aracılığıyla veya bir mektup göndererek manevi tazminat isteminde bulunması ya da tazminat sorumlusunun borcunu ödemeyi kabul etmiş olması gerekir<sup>942</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 25/4. Maddesinde "manevi tazminat istemi... miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez" hükmü öngörülerek karma görüş benimsenmiştir<sup>943</sup>.

#### **b. Ölüm Nedeniyle Manevi Tazminat Talebinde Bulunabilecek Olanlar**

İşçi, iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda yaşamını yitirirse, yakınları 818 sy. Borçlar Kanununun 47. (TBK m. 56) maddesi uyarınca manevi tazminat talep etme hakkına sahiptirler. Her ne kadar, adı geçen maddede "ölenin ailesine" manevi tazminat ödeneceğinden söz ediliyorsa da öğretilerde oybirliği ile bundan ölüm nedeniyle içten bir acı ve ıstırap duyan yakınların anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>944</sup>. Nitekim Yargıtay'a göre de "Burada önemli olan aile hukuku çerçevesinde yakınlık değil duygusal yakınlıktır. Böyle olunca da uzak ya da yakın hısımlık bağları yerine ölenle çok yakın ve içtenlik taşıyan bir bağlılığın varlığı" aranır<sup>945</sup>.

O halde, işçinin iş kazası sonucu ölümünde manevi tazminat isteyebilecekler her somut olayda o olayın özelliğine göre belirlenir. Bu nedenle, arada yakın kan bağı bulunsa bile aradaki ilişkiler soğuk ve gevşemiş ise manevi tazminata hükmedilemez. Buna karşılık, herhangi bir akrabalık söz konusu olmasa da, ölen işçi ile (örneğin nişanlı, evlatlık gibi)

<sup>942</sup> Oğuzman/Öz, s.689; Güneren, s.1333.

<sup>943</sup> Güneren, s.1334.

<sup>944</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.388.

<sup>945</sup> Y4HD, 5.3.1979, 9973/2900; Y4HD, 18.10.1973, 10302/8845, Süzek, **7. Baskı**, s.388.

davacı arasındaki ilişki manevi bir acı ve elem duymasına neden olacak bir yakınlık düzeyinde ise manevi tazminata karar verilebilir<sup>946</sup>.

Özetle haksız fiil sonucu insan ölmüşse, ölen kimsenin yakınları manevi tazminat isteme hakkına sahiptirler. Ölenin yakınlarının sahip oldukları manevi tazminat isteme hakkı, mirasçılık sıfatıyla ilgili olmayan ve kanunun doğrudan doğruya kendilerine tanıdığı şahsa bağlı bir hak niteliği taşır<sup>947</sup>.

### (1) Anne ve Baba

Manevi tazminat isteyeceklerin en başında ana ve babanın geleceği kuşkusuzdur. Ölen evladın kız ya da erkek olması, yaşının küçüklüğü manevi tazminatın takdirinde etkili değildir. Keza evlat sayısı başka bir anlatımla davacı anne babanın sağ olan başkaca evlatlarının oluşu manevi tazminatın miktarının tayininde önemli değildir. Ana baba yönünden ölen her evladın acısı aynıdır ve anne ve babanın derin elem ve ızdırap çektikleri yasal bir karinedir. Yani bu durumu ispat etmeleri gerekmez. Ancak bazı öyle durumlar vardır ki manevi tazminatın takdirinde hususi hallerin göz önünde tutulmasını emreden 6098 sy TBK m. 56. (BK m. 47) maddesinin uygulanmasında göz ardı edilemez. Diyelim ki davacı ana ve baba, mongol ya da doğuştan tamamen fiziki özürlü spastik; tedavi ile iyileşmesi mümkün olmayan bir çocuga sahiptirler yada bu evlat sıhhatli doğduğu halde sonradan geçirdiği bir kaza sonucu bu hale gelmiştir ve iyileşmesi olanaksızdır. Ana ve baba bu evladın içinde bulunduğu durumdan ancak ölümle kurtulacağını bilmektedirler ve bunun içinde her gün dua etmektedirler. Örnek olarak belirtelim, bir gün trafik kazası sonucu bu evladın ölmesi halinde, davalı tarafça ölümün davacı anne ve baba tarafından tek kurtuluş yolu olarak dört gözle beklendiğinin ispat edilmesi durumunda davacı anne ve babanın manevi tazminata yönelik taleplerinin son derece ihtiyatla değerlendirilmesi gerekecektir. Böyle bir durumda hakimin BK 47. (TBK m. 56) maddesindeki hususi halleri ve de

<sup>946</sup> Süzek, 7. Baskı, s.388.

<sup>947</sup> Zapata, s.127-128.

TMK 4. maddesini nazara alarak hakkaniyet ve adalet kaideleri gereği ana ve babanın manevi tazminat istemlerinde son derece ihtiyatlı karşılaması gerekecektir<sup>948</sup>.

Anne ve babanın üvey olmasında da durum değişmez ölen işçi ile aralarındaki manevi bağa göre tazminata karar verilebilir. Konu ile ilgili bir Yargıtay kararı şöyledir: "...Tanık beyanı ve dosya içeriğine göre murisi ile üvey anne arasında uzun süre bir arada kalıp bakmasından dolayı manevi bağın kurulduğu ve murisin yakını durumuna geçtiği kardeşi Asiye'ye baktığı evden çalışmak için bile ayrılıp gittiğinde sıkça telefonla arayıp kardeşine oyuncaklar aldığı anlaşılmalı, murisin ölümü üvey anne ve kardeşi üzerinde manevi baskı acı ve elem oluşturduğundan üvey anneye de uygun bir miktar manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken tümünden reddi ayrıca aynı konu ile ilgili İstanbul 8. İş Mahkemesinin 2001-1325 E. 2002/1111 Karar sayılı ve Dairemizin 3.3.2003 tarih 2003/1313 E.-1508 K. Sayılı ilamında diğer kardeşlere 5 milyar TL. manevi tazminat verilmişken bu dosyadaki kardeş Asiye'ye daha az tazminat verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."

## (2) Eş

Evlilik bağı aradaki duygusal bağın varlığı konusunda bir karine oluşturduğundan, ölen işçinin eşinin de manevi tazminat talep etmesi doğaldır. Ancak ölen işçi yıllardır eşinden ayrı yaşıyorsa, aradaki ilişki kopmuşsa artık duygusal yakınlıktan söz edilemez. Örneğin boşanma davası sürerken işçi ölmüşse duygusal yakınlıktan söz edilemeyeceğinden manevi tazminat talebi de reddedilecektir<sup>949</sup>.

Resmi evlilik bağları olmayıp birlikte yaşayanlar, iş kazalarında ölümün gerçekleşmesi nedeniyle manevi tazminat talebinde bulduklarında, manevi

<sup>948</sup> Orhunöz, s.32-33,

<sup>949</sup> Süzek, 7. baskı, s.389.

bağın varlığı koşuluyla tazminat alabilirler. Yargıtay'ın bu yönde kararları mevcuttur<sup>950</sup>. Örneğin, "...Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde hakimin ölüm halinde ölenin ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebileceği bildirilmiştir. Maddedeki "ölenin ailesi" kavramını "ölenin yakınları" olarak anlamak gerekir. Ancak "ölenin ailesi" kavramının "ölenin yakınları" diye yorumlanması için ölen ile aralarında eylemli aile ve sevgi bağlarının varlığı gereklidir. Burada önemli olan, aile hukuku çevresinde yakınlık değil, duygusal yakınlıktır. Kişinin ölenin yakını sayılması için ölenle aralarında yakın ilişkiler bulunması yeterlidir. Somut olayda davacı Güler Yaraş ölen sigortalının karı-koca olarak bir araya gelerek yaşadığı kişi olup sigortalının ölümü nedeniyle kişiliğinde objektif bakımdan bir eksilme meydana geldiğinden manevi tazminat talep edebilecektir<sup>951</sup>."

Ülkemiz şartlarında nikahsız birliktelikler özellikle Doğu ve Güney Doğu Anadolu'da yerleşmiş örf ve adetler göz önünde tutulduğunda horlanan bir durum değil çoğunlukla tercih edilen ve süregelen bir sosyal gerçekliktir. Bu beraberlikler sosyolojik özellikleri açısından yasal bir aile düzeninden hiçbir farklılık göstermezler. Çiftler çocuk sahibi olup aile düzenini normal eşler gibi sürdürürler. Bu nedenle bazı Yargıtay kararlarında<sup>952</sup> işçinin nikahsız eşinin ortak yaşamı sürdürmeyeceği ve haneyi terk ederek yeni bir yaşamı tercih edeceği ve bu nedenle bakım ihtiyacının nikahlı eşte olduğu gibi desteğin bakiye ömrünün sonuna kadar devam etmeyeceği varsayımı ülkemizin sosyolojik ve ekonomik gerçekleri karşısında dayanaktan yoksundur<sup>953</sup>. Bu nedenle nikahsız eş lehine hükmedilecek tazminatlarda sırf işçi ile eş arasında resmi bir nikah olmadığından bahisle indirim yapılması sosyolojik yorum ilkesi gereğince somut olaya uygun düşmeyecektir<sup>954</sup>.

<sup>950</sup> Y9HD, 16.1.1966, 12216/270, YHGK, 25.11.1970, 31/645, Çenberci, 1028; Süzek, 7. Baskı, s.389.

<sup>951</sup> 21 HD 11.2.2009, 2008 /8297 – 1773, Güneren, s.1352.

<sup>952</sup> Y21HD, 20.03.2001, 1005/2091, Süzek, 7. Baskı, s. 382, 94.dn; Bal, s.124-125.

<sup>953</sup> Süzek, Sarper, **Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Açısından Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ankara, 2003, s.38-40,

<sup>954</sup> Bal, s.125.

Kanaatimizce her açılmış boşanma davasında duygusal yakınlık sona ermiş değildir. Bu nedenle sadece boşanma davasının açılmış olması manevi tazminat davasının reddedilmesi için yeterli değildir. Çünkü, uygulamada zaman zaman görülen, taraflardan birinin halen eşini seviyor olmasına rağmen, dava açtığı veya davaya muhatap olduğu vb. durumlarda duygusal yakınlık sona ermemiştir.

### (3) Çocuklar

Çocuklar doğal olarak ölenin yakını ve ailesidirler. Ölenle fiili ve gerçek yakınlıklarının bulunduğu kural olarak kabul edilmelidir. Davacıların üzüntü duyduklarını ispat etmelerine de gerek yoktur. Fakat, olayın özelliğine göre, ölenle aralarında fiili ve gerçek yakınlık bulunmadığı iddiası ileri sürülürse, iddia edenin kanıtları toplanarak ispat etmesi halinde davanın reddine karar verilmelidir<sup>955</sup>.

Çok küçük olan veya babasının ölümünden sonra doğan çocuklar ve hatta sağ doğmak kaydıyla cenin için de manevî tazminat istenebilir. Örneğin; "... manevi tazminat yalnız çekilen acılara değil, çekilecek acılara karşılık da takdir olunur. Nitekim bu gibi olaylarda sağ doğması kaydıyla olay gününde ana rahmine düşmüş çocuk yararına dahi böyle bir tazminata hükmedilmelidir<sup>956</sup>."

### (4) Kardeşler

Kardeşlerin işçinin ölümü dolayısıyla acı ve elem duymaları doğaldır<sup>957</sup>. Bununla beraber, kardeşin işçi ile yaşamı süresi içinde bir ilişki olmaması

<sup>955</sup> Gökcan, s.801.

<sup>956</sup> Y4HD. 12.10.1983, 7784/8331; Y4HD. 19.3.1981, 89/3442 K. Y4HD. 22.6.1965, 8782/3326, Gökcan, s.801.

<sup>957</sup> Y9HD, 3.5.1973, 43886/14345, Çenberci, s.1027.

halinde manevi tazminat talebi reddedilebilir veya bu gibi durumlar tazminatın takdirinde göz önünde tutulur<sup>958</sup>.

Son dönem uygulamalara baktığımızda kardeşler lehine manevi tazminata hükmetmeye devam edilirken<sup>959</sup> bazı olaylarda kardeşin işçi ile birlikte yaşamasına vurgu yaparak, birlikte oturmayan kardeşlerin manevi tazminat taleplerini reddetmektedir<sup>960</sup>.

### (5) Nişanlı ve Evlatlık

818 sy. BK'nun 47. maddesi ve bu hükmün karşılığı 6098 sy. TBK'nın 56. maddesine göre, ölüm nedeniyle manevi tazminata bak kazanabilmesi için kan veya sıhrî hısımlık koşul değildir. Önemli olan, ölenle çok yakın ve içtenlik taşıyan duygusal bir bağlılığın bulunmasıdır. Hal böyle olunca nişanlı veya evlâtlık gibi yakınlar manevi tazminat davası açabilirler. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir<sup>961</sup>.

Ancak, ölüm nedeniyle sağ kalan nişanlı, elem ve acı duyduğunu ölenin nişanlısıyla aralarında içtenlik taşıyan duygusal bir bağlılığın bulunduğunu kanıtlaması gerekir. Özellikle, görücü usulü ile nişanlanmalarda, nişanlanmanın evlilikle sonuçlanmayacağını belirgin olduğu durumlarda (örneğin nişan bozulması, hediyelerin iade davası veya hırsızlık, etkili eylem veya hakaret gibi nedenlerle nişanlılardan birisinin şikâyeti üzerine diğeri hakkında kovuşturma yapılması ya da ceza davası açılması, nişanın bir arada olmayı meşrulaştırmak amacıyla danışıklı olarak yapılması vb) açılan manevi tazminat davasının reddi gerekir<sup>962</sup>.

Orhunöz'ün bizimde katıldığımız fikrine göre, nişanlı tarafından açılan manevi tazminat davalarında hakimin çok dikkatli davranması, ölüm olayının

<sup>958</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.389.

<sup>959</sup> Y4HD, 19.11.2007, 1019/14433, Kılıçoğlu, M, **Tazminat Hesapları**, s.825; Bal, s.125.

<sup>960</sup> Y21HD, 06.03.2006, 152/1979, **Çalışma ve Toplum D**, S.10, 2006/3, 37-40.

<sup>961</sup> Güneren, s.1357

<sup>962</sup> Orhunöz, s.35-36; Güneren, s.1357.



mamelekte sebepsiz zenginleşme aracı yapılmamasını teminen takdir imbiğinin çok titizlikle kullanması, nişanlılar arasında oluşan bağın karşılıklı münasebetlerin çok hassas bir şekilde araştırılması gerekir<sup>963</sup>.

## (6) Diğer Yakınlar

İş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle ölenin teyze, hala, enişte, dayı, yenge, amca, kayınvalide ve kayınpeder, yeğen gibi akrabalarının üzülmeleri doğaldır. Ancak, bu üzüntü manevi tazminat davası açmak için yeterli değildir. Aslolan duygusal yakınlık olduğu için, ailevi ilişkilerin sonuçları bulunan bazı yakınlıkların manevi tazminat hakkı vermesi çoğu kez kuşkuyla karşılanmalıdır. Gerçekten, manevi tazminat isteyebilmek için ölenle aralarında içsel ve gerçek bir duygu bağının varlığı ve ölüm nedeniyle beden ve ruh sağlıklarının derinden, sarsılmış olması gerekir. Bu yönden, adı geçenlerin dava açtıkları takdirde kanıt sunarak manevi zararlarını ispat etmeleri gerekir. Yargıtay'a göre, bu ispat yükü yerine getirilmeden yakınlık kavramı çok geniş yorumlanarak ölen ile sık sık görüşmeleri ve aynı yerde oturmaları gibi gerekçeler ile manevi tazminata hükmedilemez<sup>964</sup>.

Ölenin akrabası olmadığı halde ölenle gerçek ve fiili bağ ve yakınlık içerisinde bulunan kimseler de manevî tazminat isteyebilirler. Ancak bu durumda davacının yakınlık ilişkisini ve üzüntü duyduğunu ispat etmesi gereklidir. Örneğin, ölenle tazminat isteyenler arasında mirasçı olabilme ilişkisine lüzum olmamakta ve ölen kişinin çok yakın bir arkadaşı dahi ölüm olayından üzüntü ve ızdırap çektiğini ispat ettiği takdirde manevi tazminata hükmedilebilmektedir<sup>965</sup>.

<sup>963</sup> Orhunöz, s.36

<sup>964</sup> Y4.HD.17.11.2006,12490-12432, Güneren, s.1358.

<sup>965</sup> Y11HD. 17.2.1983, 592/699, Gökcan, s.802-803.

### 3. Manevi Tazminat Takdirinde Olayın Özellikleri

#### a. Manevi Zararın Önemli Olması

Zararın önemli olması, belli bir ağırlıkta olması, zorunluluğu tazminatın istisnaî niteliğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü, herhangi bir acı ve elem manevi tazminat için yeterli değildir. Acı, bir kişinin normal olarak katlanabileceği acılardan fazla niteliği ve süresi yönünden önemli, istek sahibinin tüm varlığını kavrayan güçte olmalıdır. Süresiz, olağan, ruh ve beden huzurunu bozmayan bir acı manevi tazminata hak vermez<sup>966</sup>.

Gerçekten, bedensel ve ruhsal yönden sağlığında önemli bir bozulma olduğunu kanıtlayamayan kişinin manevi tazminat isteme hakkı yoktur. Günlük iş yaşamında sıkça görülebilecek ufak tefek sıyrıklar, çizikler, yanıklar gibi nedenler, kişiye kural olarak manevi tazminat isteme hakkı vermez<sup>967</sup>.

Manevi zarar tek başına tazminatı gerektirmez. Manevi zarar yanında, manevi tazminatı haklı kılan özel durumların bulunması gereklidir. Manevi zararın niteliği, zarar gören nezdinde meydana getirdiği ruhi çöküntü, olayın özelliği diğer durumlar tazminatı gerektirmelidir<sup>968</sup>. Olayın özelliklerine örnek olarak olayın normal, olağan bir biçimde gerçekleşmesi veya olağan dışı, acı ve üzüntüyü daha fazla artıran bir biçimde gerçekleşmesi, ölümün yakınlarının gözü önünde hunharca gerçekleşmesi ya da yakınları görmeden gerçekleşmesi, kusur durumu, zarar görenin sorumluyu af etmesi, ölen ya da zarar görenle sorumlu arasındaki yakın bağılılığın varlığı, ölenle davacı arasındaki ilişkinin yakınlık derecesi, çekilen bedensel ya da ruhsal acının büyüklüğü ve süresi, tarafların ekonomik sosyal durumları, vb. hâller gösterilebilir.

<sup>966</sup> Güneren, s.1391.

<sup>967</sup> Güneren, s.1391.

<sup>968</sup> Gökcan, s.813.

Ancak, Yargıtay'a göre, iş kazası sonucu iş göremezlik oranı %0 olarak tespit edilen sigortalı işçinin hastanede kaldığı ve raporlu olduğu günler, vücut bütünlüğünün zedelenmesi, duyduğu acı ve üzüntü nedeniyle kendisine uygun bir manevi tazminat takdir edilmesi gerekir<sup>969</sup>.

### **b. İşçinin Kendi Kusuru (Ortak Kusuru)**

İşçinin ortak (ortak) kusuruna iş göremezlik ve destekten yoksun kalma tazminatlarını anlatırken ayrıntılı bir şekilde değindik. Dolayısıyla burada kısaca değineceğiz.

Hakim, tazminatı her şeyden önce failin kusuruna, yani kusurun ağırlık derecesine göre belirler<sup>970</sup>. Kusurun tespitiyle ilgili bilirkişi raporunda iş kazası veya meslek hastalığı sonucu işçinin ölmesi veya cismani zarara uğramasında işçinin kendi kusurunun da olması halinde hakim tarafından tazminatta indirim yapılır.

Yargıtay'a göre, 818 sy. BK'nun 44. (TBK 52). maddesi bir zararın doğumunda zarar görenin de kusurunun olması durumunda, tazminat miktarından indirim yapılmasını öngörmüş ve ayrıca ekonomik yüklenme nedeniyle borçlunun sıkıntıya düşmesi ve kendisinin veya yardımcı kişinin ağır kusurunun olmaması halinde tazminat miktarının indirilebileceğini düzenlemektedir<sup>971</sup>.

### **c. Olayın Kaçınılmazlık Sonucu Oluşması**

Daha önce de iş göremezlik ve destekten yoksun kalma tazminatları bölümünde anlattığımız gibi zarar kaçınılmaz bir olay sonucu meydana

<sup>969</sup> Y21HD 2.10.2006, 8339-9319, 3.7.2006, 4815-7231, 17.5.2007, 2006/19246-8208, 25.12.2002. 10352-11160, Güneren, s.1392

<sup>970</sup> Nomer, s.98.

<sup>971</sup> Y21HD, 12.04.2005, 1248/3703. Aynı yönde Y21HD, 16.05.2002, 4083/4528, Bal, s.138.

gelmişse bu durumda kusur herhangi bir tarafa izafe edilemez. Ancak kusursuz sorumluluk ilkelerinden biri olan hakkaniyete göre zararın bir nebze de olsa işverence karşılanması gerektiğini şart koşar.

Bu çerçevede öğreti ve uygulamada bu tür durumlarda zararın % 40'lık bölümü işçiye % 60'lık bölümü de işverene yükletilerek zarar tazmin edilmeye çalışılmaktadır. Yani işverenin kusuru olmayıp olay % 100 kaçınılmazlık sonucu meydana gelmişse, Yargıtay ya zararı taraflar arasında paylaşdırmak ya da işçinin kusuru yoksa yalnızca işvereni sorumlu tutmakla birlikte hakkaniyet indirimi yapmaktadır. Bu tür ihtimallerde belirleyici olan ise işçinin kusurlu olup olmamasıdır. Şayet işçinin kusuru yoksa ve olay kaçınılmazlıktan doğmuşsa yapılan işin ağırlıklı faydası işverene ait olduğundan bu iş nedeniyle doğan riske de onun katlanması gerektiğinden işveren sorumlu tutulmakta<sup>972</sup> davaya konu olaya üçüncü kişi konumunda diğer bir işçinin kısmi kusuru da sebep olmuşsa bu kusur işverenin kusuruna eklenerek tazminat miktarı buna göre takdir edilmektedir.

#### **d. Satın Alma Gücü**

BK'nun 47. (TBK m.56) maddesine göre takdir olunacak manevi tazminat ruhsal dengeyi sağlayacak uygun bir miktarda olmak zorundadır. Hâkimin uygun karar vermesi, toplumun sosyal ve ekonomik yapısı ve özellikle tarafların gerçek durumlarının gerektirdiği hakkaniyete uygun sonucu bulmasıdır (TMK m. 4). Takdir hakkı, sübjektiflikten kurtularak objektif esaslara dayandığı ölçüde, kamuoyunda ve vicdanlarda hak ettiği güveni yaratır<sup>973</sup>.

<sup>972</sup> Akın, Destekten Yoksun Kalma, s. 38-39; İşverenin kusurlu bulunmadığı bu gibi hallerde tarafların ekonomik ve sosyal durumları, İş kazası ve meslek hastalığının ortaya çıkış şekli, trajik sonuçlar, duyulan acı, ızdırabın büyüklüğü, tedavilerin uzun sürmesi gibi özel haller dikkate alınarak manevi tazminat kararı verilebilmektedir, Bal, s.138.

<sup>973</sup> Güneren, s.1415.

Bu nedenle, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen veya bedensel ve ruhsal zarara uğrayan sigortalı veya hak sahiplerine manevi tazminat takdir olunurken, olay nedeniyle duydukları ve duyacakları elem ve üzüntü ve özellikle paranın değeri ve satın alma gücü göz önünde tutulmalıdır. Çekilen acıyı karşılamaktan uzak, sembolik olarak tanımlanabilecek tutarda takdir edilecek manevi tazminat hak ve adalet duygularını zedeleyeceği açıktır. Böyle bir sonuç, BK'nun 47. (TBK m. 56) maddesi öngörülen amaca da ters düşer. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir<sup>974</sup>.

#### **e. Tarafların Sosyal ve Ekonomik Durumları**

Tarafların sosyal ve ekonomik koşulları, hakim tarafından tazminata hükmedilirken göz önünde bulundurulması gereken önemli hususlardan biridir. Örneğin söz konusu tazminat işverenin sosyal ve ekonomik açıdan müzayaka durumuna sokacaksa veya böyle bir tazminata hükmedilemeyecek derecede aciz halindeyse hakim bu koşullara göre adalet ve hakkaniyete uygun olarak hüküm tesis edecektir.

#### **f. Tazminatın Tatmin Duygusu Oluşturacak Tutarda Olması**

Hakim manevi tazminata hükmederken cismani zarardan veya ölümden kaynaklı olarak manevi zarara uğrayan tarafların manevi zararlarının boyutunu göz önünde bulundurarak, bu zarara bir nebze de olsa tatmin edebilecek bir tazminat miktarına hükmetmelidir. Konuyla ilgili bir Yargıtay kararı şöyledir; “Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutan adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata

<sup>974</sup> HGK 11.11.1981,9/397-721, Y21HD. 23.5.2000, 2770-4189, Güneren, s.1415.

benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 26.06.1966 günlü ve 777 sayılı Yargıtay içtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir<sup>975</sup>.

#### **g. Tazminatın Caydırıcılık Uyandıran Tutarda Olması**

Manevi tazminatın caydırıcılık uyandırılacak tutarda olması manevi tazminatın cezalandırıcı olduğu görüşüyle yakından ilgilidir. Nitekim Ceza Kanununda yerleşik ilkelerinden biri olan cezaların caydırıcılığı ilkesi ile yakından ilgilidir.

Buna göre iş kazası ve meslek hastalığının cereyan etmemesi için gerekli olan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamış olan işverenin bir daha aynı kusuru yapmasını engel olacak bir ceza ile kusurların tekrarlanmasından caydırma fikrini taşır. Yargıtay da bu görüştedir; "...Manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hakimın takdirine bırakılmış ise de hakimın bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, davacının sürekli iş göremezlik oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması ve bunun yanında olayın işverenin sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince almamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak

<sup>975</sup> Y21HD. 30.4.2009, 2008/16284-6130, Güneren, s.1419.

tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır<sup>976</sup>.”

## **h. Tazminat Davasının Geç Açılması**

Yargıtay meslekte kazanma güç kaybı olduğu vakit bunun oranı kesin olarak belirlenmeden gerçek manevi zararın saptanamayacağını böylece manevi tazminata hükmedilemeyeceğini savunmaktadır<sup>977</sup>. İlginç bir diğer unsurda manevi tazminatın istenme zamanıdır. Yargıtay bir kararında manevi tazminata yol açan olayın üzerinden üç yıl geçtikten sonra açılan davada, tazminatın bu kadar uzun süre sonra istenmesi sebebiyle miktarın taktir edilenden daha az olması gerektiğini belirtmiştir<sup>978</sup>.

Kuşkusuz, davanın geç açılması, olaydan derin acı ve elem duymadıklarının kanıtı olarak değerlendirilemez. Gerçekten, davacının, çeşitli nedenlerle örneğin, dava açma hakkına sahip olduklarını bilmemeleri nedeniyle geç, ancak, zamanaşımı süresi içinde dava açma olasılığı vardır. Bunun gibi zarar verici olaydan kısa bir süre sonra, vekile maddi ve manevi tazminat davası açmak üzere vekaletname verilmiş olmasına karşın vekilden kaynaklanan nedenlerle, dava geç açılmış olabilir<sup>979</sup>. Kanaatimizce bu tür hallerde elem ve ızdırabın azaldığından bahisle indirimle gidilmesi hukuka aykırı olur.

## **i. Olayın oluş Şekli**

Zararın doğmasına sebebiyet veren olayın oluş şekli, manevi tazminat tutarının takdirine etki eden durumlardan birisidir. 22.6.1966 gün ve 7/7 sayılı

<sup>976</sup> HGK 23.6.2004, 13/291-370, Güneren, s.1421.

<sup>977</sup> Y21HD, 15.6.2000, 4703/4801, Balcı, Mesut, **İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Tazminat Davaları**, Ankara 2008, s.557.

<sup>978</sup> Bal, s.141.

<sup>979</sup> Güneren, s.1423.

İçtihadı Birleştirme Kararında değinildiği gibi "feci bir olay ile normal şartlar altında meydana gelmiş olan olay, bir tutulamaz." Örneğin, işyerindeki asit kazanına düşerek ya da yanarak ölen işçinin, hak sahibi yakınlarına manevi tazminat takdir edilirken herhalde olayın oluş şeklinin göz önünde tutulması gerekir. Ölüm gerçekleşmemiş olsa dahi, işyerinde çıkan yangında ağır yaralanan ve vücudunda ölünceye kadar kalıcı lekeler ve izler kalan kişinin ruhsal bütünlüğünün ağır zarara uğradığını kabul etmek ve manevi tazminat tutarını yüksek tutmak gerekir. Uygulama da bu yöndedir<sup>980</sup>.

## **j. İşçinin Olay Tarihindeki Yaşı**

### **(1) Ölüm Tarihindeki Yaşı**

Olay sonucu ölüm meydana gelmişse, PMF (Bakiye Ömür) Tablosuna göre, bir şahsın eceliyle öleceği yaş sınırı gösterilmiştir. Daha pratik bir anlatımla, Türkiye'de ortalama ölüm yaşı 65-68'dir. Bir şahsın bu sınırın üstünde ya da bu yaşta veya bu yaşa yakın ihtiyarlık çağında, herhangi bir haksız fiil neticesi ölmesi halinde, söz konusu haksız fiil olmasaydı da bu şahsın belli bir süre sonra zaten eceliyle öleceğini düşünmek mümkündür. Erken yaşta ölen bir kimsenin eş ve çocuklarının geçireceği manevi sarsıntı, onların statülerindeki değişiklik; yaşlı bir dönemde meydana gelen ölüm olayının yakınları üzerinde bırakacağı sarsıntı ile aynı derecede olmayabilecektir<sup>981</sup>.

Hakim ölüm halinde, genç yaşta olmayı hususi hal olarak göz önünde bulundurmalı ve tazminatı ona göre takdir etmelidir.

### **(2) Bedensel Zarar Tarihindeki Yaşı**

<sup>980</sup> Güneren, s. 1424.

<sup>981</sup> Orhunöz, s.83.



Olay sonucu cismani zarar meydana gelmişse genç yaşta sakat kalan bir kimsenin durumu ile aktif ömrünün önemli bir kısmını yada tamamını yitirmiş bir kimsenin durumu bir biriyle eş değerde değildir. Genç yaşta sakat kalan bir kimse hayatının geri kalan büyük bir bölümünü büyük bir eziklik, ruhi kompleksler ile geçirecektir. İş durumu, özel hayatı, geçirmiş olduğu sakatlıktan etkilenecek, belki de izdivaç dahi yapamayacak ya da uğradığı sakatlık sonucu yapacağı izdivaç dilediği gibi olmayacaktır<sup>982</sup>.

Hakim cismani zarar halinde, genç yaşta olmayı hususi hal olarak göz önünde bulundurmalı ve tazminatı ona göre takdir etmelidir.

#### **k. Ölen İşçinin Sağlığında Davalı İle Arasındaki İlişkinin Niteliği**

BK'nun 47. (TBK m. 56) maddesi hükmü uyarınca, iş kazası ölümle sonuçlanmışsa, ölenin yakınları işverenden manevi tazminat isteyebilir. Burada önemli olan, miras hukuku çerçevesinde yakınlık değil, ölenle çok yakın ve içtenlik taşıyan duygusal yakınlıktır. Örneğin ortak yaşamı paylaşan eşler arasında gerçek bir sevgi bağının bulunduğu, sağ kalan eşin ölümünden büyük acı duyduğu kabul edilir. Hal böyle olunca, manevi tazminat tutarının eşi tatmin edici oranda takdir edilmesi gerekir. Ancak, davalının sunduğu kanıtlardan sağ kalan eşin ölen eşi aleyhine sağlığında ağır suçlamalarla boşanma davası açtığı ve ayrı yaşamaya başladığı anlaşılırsa veya eşler arasında boşanma davası açılmamış olsa bile, sağ kalan eşin ölen eşini sağlığında dövmesi ve hakareti nedeniyle mahkemece cezalandırılmış ve bu nedenle ayrı yaşamaya başlamışlarsa, Yasanın aradığı anlamda gerçek bir sevgi, saygı ve duygu bağının kalmaması nedeniyle, eşe manevi tazminat takdir edilmeyebileceği gibi, takdir edilse dahi tutarının az olabileceği düşünülmelidir<sup>983</sup>.

<sup>982</sup> Orhunöz, s.84.

<sup>983</sup> Y21HD. 24.3.2009, 1603-4320, Güneren, s. 1426.

#### **4. Manevi Tazminatın Bölünmezliği İlkesi**

Kanun koyucu, BK 47. (TBK m. 56) maddesinde manevi tazminata karar verilebilmesi için "hususî hallerin " manevî tazminatı gerektirmesini yeterli saymış ve hakimin mutazarrıra ya da ölüm halinde ölenin ailesi yararına manevî zarar namıyla adalete muvafık tazminata hükmedilebileceğini öngörmüştür. Maddî ve manevî tazminat davaları arasındaki fark göz önüne alındığında, manevî zarar karşılığında tazminat isteğinde bulunan kişinin, bunun bir kısmını ilk davada isteyerek fazlaya ilişkin kısmını geleceğe bırakması manevî tazminat davasının mahiyeti ile bağdaşmaz. Çünkü hakimin takdirine geniş yer verilmiştir. Özel durumların değerlendirilmesi ve adalete uygun tazminat miktarının saptanması davaya bakan hakime aittir. Bu takdir hakkı bölünemez. Manevî tazminatın bölünmezliği ilkesi Yargıtay'ca benimsenmiş olup uygulama da bu yoldadır. Ancak zaman zaman bölünmezlik ilkesinin hakkaniyet kurallarına ters düşeceği göz önüne alınarak, nadir de olsa aksi görüşü dile getiren kararlara rastlanılmaktadır<sup>984</sup>. İleride yer yer aksi görüş niteliğindeki kararlara da değineceğiz.

##### **a. Manevî Tazminatın Ek Dava Konusu Yapılamaması**

Ek dava alacak hakkının bir kısmının istenip, dava edilmesinden ve dava dilekçesinde kalan kısmının saklı tutulup, sonraki bir dava ile talep edilmesidir. Sonradan açılan dava uygulamada ek dava olarak bilinmektedir.

---

<sup>984</sup> Orhunöz, s.47-48.

Manevi tazminat davasının kısmi dava olarak açılması olanaksızdır. Hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen acı ve üzüntüler o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir durumdur. Acı ve üzüntüyü zamana yaymak suretiyle manevi tazminatın bölünmesi, bir kısmının dava konusu yapılması, geri kalanın saklı tutulması ve ek dava açılması olanaksızdır<sup>985</sup>.

Meslek hastalığı veya iş kazası sonucu beden ve ruh bütünlüğü zarara uğrayan sigortalı işçi veya ölümü halinde hak sahibi yakınları sorumlu olan kişi veya kişiler hakkında açılan kamu davasına katılarak kendileri için belirli bir tutarda manevi tazminat istemişlerse, bu kişiler İş Mahkemesinde daha fazla manevi tazminat isteyemezler. Çünkü, kamu davasına katılma ile istenilen miktar, zarar daha fazla olsa bile onun dava ile ileri sürülmesinden vazgeçme iradesinin diğer tarafa ulaştırılması anlamındadır. Ceza Mahkemesindeki bu ikrar, HMK'nun 188. (HUMK m. 236) maddesi hükmüne göre kendi aleyhine delil oluşturur<sup>986</sup>.

Bazı durumlarda sonradan ortaya çıkan nedenler dolayısıyla manevi tazminatın ikinci kez istenmesinin bölünmezlik ilkesiyle çelişmediği kabul görmektedir. Örneğin, "davacı küçükler, yaralanmaları dolayısıyla manevi tazminat için öncü bir dava ile belli bir miktar tazminat isteminde bulunmuşlardır. Birleştirilen ve sonradan açılan eldeki dava ile de ayrı bir neden olduğu anlaşılan sabit eserden dolayı manevi tazminat istemişlerdir. Bu talep manevi tazminatın bölünmezliği ilkesine aykırı ise de, sabit eserin başlangıçta bilinmemesi halinde mümkün olabilir"<sup>987</sup>.

---

<sup>985</sup> Güneren, s.1224.

<sup>986</sup> Y4HD. 12.10.1983,6578-8330, Güneren, s.1290.

<sup>987</sup> Gökcan, s.815.

## **b. İslah Dilekçesi İle Manevi Tazminat İstenilmesi**

İslahla ilgili 6100 sy. HMK'nın 176. maddesi göre,

"(1) Taraflardan her biri, yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir.

(2) Aynı davada, taraflar ancak bir kez ıslah yoluna başvurabilir".

Buna göre, taraflar, daha önce olduğu gibi, ıslah yolu ile iddialarını ve savunmalarını genişletip değiştirebileceklerdir. Buna göre, davacı dava dilekçesinde belirttiği dava sebebini değiştirebileceği gibi, örneğin; daha önce belirttiği ödünç sözleşmesi sebebini değiştirip, sebepsiz zenginleşme sebebine dayanabilecektir. Keza, davacı dava dilekçesinde belirttiği vakıaları eksik belirtmişse, onları ıslah yolu ile tamamlayabilecektir<sup>988</sup>. Ancak anlaşıldığı gibi ıslah bir defaya mahsustur.

Davada talep sonucunun (müddeabihin) da ıslah yoluyla artırılması mümkündür. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile kabul edilen belirsiz alacak davası (m. 107) açılmış ise, davalının beyanları veya tahkikat sonucuna göre davacının alacağının miktarı veya değeri tam ve kesin olarak belirlenebilir hale geldiğinde davacı, ıslaha gerek olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir (m. 107/2). Bu sebeple şimdiye kadarki uygulamada kısmi dava açılması ve alacak miktarının ya da tazminat tutarının bilirkişi aracılığıyla tespitinden sonra ıslah yoluyla talep sonucunun (müddeabihin) artırılması şeklinde gerçekleşen uygulamada ciddi bir azalma görülmesi ve bu alanda ıslahın önemini kaybetmesi doğaldır. Gerçekten de alacağın miktarının açıkça belirli olduğu veya taraflar arasında çekişmesiz olduğu hallerde kısmi dava açılmayacak olması (m. 109), diğer taraftan belirsiz alacak davasında ise talep sonucunun artırılmasının iddiayı

<sup>988</sup> Kılıçoğlu, Mustafa, **İş Yargılamaları Usulü**, Legal Yayıncılık, Ankara 2011, s.131.

değiştirme yasağına tabi olmaması ıslahın talep sonucunun artırılmasındaki kullanımını azaltacaktır<sup>989</sup>.

Bu genel bilgilerden sonra manevi tazminat davasında ıslah dilekçesiyle tazminat talep edilmesine gelince, kural ve Yargıtay uygulamasına göre, manevi tazminat istenen davalarda ıslah yoluyla talep arttırılmaz. Ancak kimi kez ciddi hak kayıplarının sonradan cereyan etmesinden kaynaklı olarak, hakkaniyet gereği ıslahla dilekçenin değiştirilmesi yolu açıktır.

Maddi tazminata ilişkin davanın yargılması sırasında kısmî ıslah yolu ile manevi tazminat istenemez. Çünkü ıslah, açılmış bir davada taraflarca yapılmış usule ilişkin işlemlerin düzeltilmesi için yapılır. Bu bağlamda, yargılması devam eden bir dava için de ıslah yolu ile ikinci bir davanın açılması olanağı yoktur. Davacı isterse, dava dilekçesini tamamen ıslah ederek dava konusu değiştirebilir ve yeni dava konusu öncekinin yerine geçer. Ancak, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi uygulamada, ıslah için başvurma ve nispi harç yatırılmış ise, bu dilekçeyi ek dava olarak nitelendirmektedir<sup>990</sup>.

### **c. Açılmamış Sayılan Davadaki Tutarın Bağlayıcı Olmaması**

Gerçekten, Yargıtay'a göre, hukuka aykırı eylem nedeniyle çekilen acı ve üzüntü, o tarihte duyulan bir durumdur. Acı ve üzüntüyü zamana yaymak suretiyle manevi tazminatın bölünmesi, bir kısmının dava konusu yapılması, kalanın saklı tutulması, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesiyle bağdaşmadığından iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle işçi veya hak sahipleri tarafından daha önce açılan manevi tazminat davasının açılmamış sayılmasına karar verilmesi durumunda, bu dava dilekçesinde açıklanan

<sup>989</sup> Pekcantez/Atalay/Özekes, s.402.

<sup>990</sup> Güneren, s.1235.

miktar bağlayıcı olup, sonradan açılan başka bir manevi tazminat davasında daha fazla tazminat istenemez<sup>991</sup>.

Ancak, 1086 sayılı HUMK'nun 409. maddesinin karşılığı 6100 sayılı HMK'nun 150. maddesinin son fıkrasında, "hangi sebeple olursa olsun açılmamış sayılan davadaki talep dahi vaki olmamış sayılır." hükmü öngörülmüştür. Adalet Komisyonu değişiklik gerekçesinde değinildiği gibi, bu düzenleme uyarınca, açılmamış sayılan dava dilekçesinde yer alan manevi tazminat talebi, açılmamış sayılma kararı ile vaki olmamış sayılacağından sonraki davalarda, açılmamış sayılan davadaki miktar ile bağlı kalınmayacaktır<sup>992</sup>.

#### **d. Bedensel zararın Gelişerek Artış Göstermesi**

İş kazası ve meslek hastalığı sonucu işçi ölmemiş ancak bedensel zararı günden güne gelişerek artış göstermektedir ve manevi tazminat davası açıldıktan sonra yine durum değişmeyip işçinin zararı devam ediyorsa, böyle bir durumda manevi zararı dava tarihinde istenilen değerle sınırlı tutmak manevi tazminat kurumunun hizmet ettiği anlayışa tamamen aykırı düşer.

Bedensel zararın bu şekilde gelişerek artması halinde manevi tazminat önündeki ıslah yasağı kalkması ve talep sonucunun da artışa göre arttırılması gerekir. Üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle manevi tazminatın bölünmesi yeniden dava konusu yapılarak miktarın artırılması olanaksızdır. Ne var ki, kişide olay anında meydana gelen bedensel zararın zaman içinde gelişerek artış göstermesi sonucu, ortaya çıkan fark iş

---

<sup>991</sup> Güneren, s.1290.

<sup>992</sup> Güneren, s.1290.

göremezlik zararı için, ayrıca manevi tazminat istenilmesi olanaklıdır. Yargılayın yerleşik uygulaması da bu yöndedir<sup>993</sup>.

#### **e. Manevi Tazminata Mahsuben Bir Miktar Para Alınmasına Rağmen Dava Hakkının Saklı Tutulması Hali**

İş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan alacaklı işçinin veya yakınlarının ya da ölümü halinde hak sahiplerinin borçlu işverenden manevi tazminat alacağına karşılık bir miktar para alması ve bu konuda açılmış veya açılacak dava hakkını saklı tutması, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesine aykırı değildir. Böyle bir durumda, mahkemece manevi tazminat tutarı takdir edildikten sonra kısmî ödeme düşülerek (mahsup edilerek) hüküm kurulması gerekir<sup>994</sup>.

Hukuk Genel Kurulu bir kararında<sup>995</sup> isabetli olarak, yapılan yargılama sırasında alacaklının kısmi tediye kabul etmesi, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesini ihlal etmeyeceğini, mahkemece manevi tazminat takdir ve tayin edilip, kısmi ödemenin bundan mahsup edilerek hüküm kurulması gerektiğini kabul etmiştir. Yapılan ödemenin tam ibraya yol açmayacağını ancak makbuz niteliğinde olabileceğini benimsemiştir. Yüksek Mahkeme başka bir kararında<sup>996</sup> ise borçlu tarafından maddi ve manevi zararlar için davacı taraflara da itiraz olunmayan makbuzla 6.439, 00 TL ödendiği fakat bu ödemenin ne kadarının maddi ne kadarının manevi tazminata yönelik olduğuna ilişkin açıklama olmadığı bu durumda makbuz bedelinin yarısının manevi tazminata yarısının da maddi tazminata karşılık ödendiğinin kabulü gerekip hal böyle olunca makbuzla manevi tazminatlarına karşılık ödeme yapılan davacıların yeniden manevi tazminat istemelerinin mümkün

<sup>993</sup> Y21HD.4.2.2008, 2007/24515-1813, Güneren, s.1291.

<sup>994</sup> Güneren, s.1292.

<sup>995</sup> YHGK, 09/05/2007, 2007/21-269-269, Bal, s.154.

<sup>996</sup> YHGK, 26/05/2005, 2005/21-665-712, Bal, s.154.

olmadığını kabul etmiştir. Yargıtay önceki kararında, yapılan ödemenin kısmi olup tam ibraya yol açmayacağını söylerken bu karardan yapılan ödemenin manevi tazminata karşılık kısmı ile bu manevi zararın giderildiğini ve manevi tazminatın bir daha dava konusu yapılamayacağını, çünkü, bir kez istendikten sonra ıslah edilemez, bölünemez olduğunu belirtmiştir<sup>997</sup>.

---

<sup>997</sup> Bal, s.155.



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İŞ HUKUKUNA ÖZGÜ TAZMİNATLAR

Genel anlamıyla zarara uğrayanın bu zararının karşılanmasına yönelik bir hukuki kurum olan tazminatın İş Hukuku alanında özel bir önemi bulunmaktadır. Çünkü, ücretten başka geliri olmayan işçiyi ilgilendiren bir çalışma sırasında meydana gelen veya bu çalışmadan dolayı ortaya çıkan zararlar tazmin edilecektir. Daha önceki bölümde Borçlar Hukukundan kaynaklanan ve İş Hukuku alanında uygulanan tazminatları incelemiştik. Bu bölümde ise İş Hukukundan kaynaklanan ve sadece İş Hukuku alanında uygulanan tazminatları inceleyeceğiz.

#### I. KIDEM TAZMİNATI

Türk İş Hukukuna 1936 yılında 3008 sayılı İş Kanunu ile getirilen kıdem tazminatı müessesesi, 931 ve 1475 sayılı İş Kanunlarında da bazı değişikliklerle yer almıştır. Zamanımıza kadar önemli değişikliklere uğrayan kıdem tazminatına ilişkin olarak 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı Yeni İş Kanununda yeni bir düzenleme getirilmeyerek 120. maddesinde; 1475 sayılı İş Kanununun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi hariç diğer maddelerinin yürürlükten kaldırıldığı ifade edilmiştir<sup>998</sup>. Bu çalışmamızda Kıdem Tazminatının anlatıldığı bölümde ayrıca belirtilmediği sürece İş Kanunu olarak 1475 sayılı İş Kanunu kastedilmektedir.

1475 sayılı İş Kanununda yer alarak ve bir dizi değişikliğe tabi tutulan kıdem tazminatının, belirli hukuki çerçeveden yoksun, sosyal, ekonomik ve siyasi düşüncelerle asıl fonksiyonundan uzaklaştırılmış, hukuken muğlak bir müessese haline geldiği ileri sürülmüşse de kıdem esasıyla ilgisi ve iş

<sup>998</sup> Aktay/ Arıcı/ Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s.198.

sözleşmesinin sona ermesinin bir sonucu olma özelliği bakımından niteliğini koruduğu görülmektedir<sup>999</sup>.

Bu gelişmelerden başka kıdem tazminatında pozitif bir ayrımcılık yaratmak amacıyla 29.7.1983 tarih ve 2869 sayılı Yasa'nın üçüncü maddesi, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin ilk fıkrasında değişiklik yaparak, iş sözleşmesini, kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi halinde, kendisine kıdem tazminatına hak kazanma olanağını sağlamıştır. Buna göre, evlenen kadının kıdem tazminatına hak kazanması; 1475 sayılı İş Kanunu'nun başlangıcında tanıdığı bir olanak olmayıp, 1983 yılından itibaren ortaya çıkmıştır<sup>1000</sup>.

### A. Kıdem Tazminatının Hukuki Niteliği

Yarım yüzyılı aşan bir gelişme sürecinde çalışma hayatının ihtiyaçları doğrultusunda geliştirilen kıdem tazminatı, çok amaçlı bir kurum haline geldiği için, hukuki niteliğinin tespiti öğretide bir takım tartışmalara sebebiyet vermektedir<sup>1001</sup>.

Kıdem tazminatını açıklamak üzere öğretide bunun, ileriye bırakılmış ücret, ikramiye veya tazminat olduğu görüşleri ileri sürüldüğü gibi işçinin işyerine bağlılığının bir karşılığını oluşturduğu ya da işsizlik sigortası işlevini yerine getiren yahut iş güvencesini sağlayan bir hukuki kurum niteliği taşıdığı görüşlerine de yer verilmiştir<sup>1002</sup>.

<sup>999</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.783-784.

<sup>1000</sup> Centel, Tankut, "Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık", **Sicil İHD**, S.15, Eylül 2009, s.5.

<sup>1001</sup> Turan, **Ferdi İş Hukuku**, s.166.

<sup>1002</sup> Kıdem tazminatının niteliği konusunda birbirinden farklı görüşler için bkz Çelik, **İş Hukuku 24. Bası**, s.304; Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut, **İş Hukukunun Esasları, 5. Bası**, İstanbul 2008, s.218; Mollamahmutoğlu, 610-612; Süzek 679 vd.; Akyigit, Ercan, **Kıdem Tazminatı, Seçkin Yayınları, 2. Baskı**, Ankara, 2010, s.31-33.

Ayrıca, İş Kanununun kıdem tazminatını düzenleyen hükümlerinin değiştirilmesi amacıyla hazırlanan tasarılarla ilişkin gerekçelerde ve bazı Yargıtay kararlarında, kıdem tazminatının niteliği ve hukuki yapısı konusunda değişik açıklamalarda bulunulmuştur<sup>1003</sup>. Bu görüşler aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 02.01.2010 tarih ve 2010/1845 Esas ve 2010/1808 Karar sayılı kararında kıdem tazminatının ne olduğu konusunda görüşlere yer verilirken "İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dâhilinde verilen toplu paraya kıdem tazminatı denilmektedir" ifadesi kullanılmakta ve kısmen de olsa kıdem tazminatının ödenme gerekçesi açıklanmaya çalışılmaktadır. Yıpranma, yeni iş aramada karşılaşılan güçlükler ve işçinin işyerine sağladığı katkıların dışında kıdem tazminatının ödenme gerekçeleri olarak şunlar da sayılmaktadır; işçinin işyerine bağlılığı, sonraya bırakılmış ücret, yaşlılık sigortası, işsizlik sigortası ya da kendine özgü bir ödeme olması. Bütün bunlar kıdem tazminatının hukuki niteliğini açıklayan farklı görüşlerdir<sup>1004</sup>.

### 1. Ücret Görüşü

Bu görüş Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonunun 6. Genel Kurul Raporunda yer alan, "Kıdem tazminatı işçinin yıllarca birikmiş emeğinin karşılığı ve onun ücreti içinde yer alan ücret mahiyetinde bir gelirdir." şeklindeki bir tanımla İş Hukuku sahamıza girmiştir<sup>1005</sup>.

<sup>1003</sup> Usta, Osman, **İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamaları**, Feryal Matbaaları, Ankara, 1998, s.21.

<sup>1004</sup> Aktay, Nizamettin, Karar İncelemesi, "Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartlarının Hukuki Niteliği", **Sicil İHD**, S.18, Haziran 2010, s.100.

<sup>1005</sup> **Türk-İş 6. Genel Kurul İcra Kurulu Çalışma Raporu**, Türk-İş yayını, Ankara, 1966, s.70.

Yine aynı genel kurulda, “kıdem tazminatı, özellikle gelişmekte olan işyerlerinde, işçinin oraya sarfettiği yılların mükâfatıdır. Çünkü, işçi hiçbir zaman emeğinin tam karşılığını ücret olarak alamaz. Kıdem tazminatı, satılan emekten çok orada harcanan ve yıpranan insanlığın karşılığı ve manevî değeri büyük olan bir müessesedir.” şeklinde açıklanmıştır<sup>1006</sup>.

1986 yılında düzenlenen genel kurula sunulan çalışma raporunda, “kıdem tazminatı, işçinin, ödenmesi âtiye bırakılmış bir ücret bölümü ve yıllar süren emeğinin karşılığı olduğu...” şeklinde tanımlanmıştır<sup>1007</sup>.

Burada kıdem tazminatının işçinin işyerindeki çalışmalarının bir karşılığı olup, ödenmesi ileriye ertelenmiş bir ücret olduğu savunulmuştur. Ücretin İş Hukukundaki geniş tanımından da yararlanılarak ele alınmak yoluyla iş görülmesi karşılığında işçiye ödenen her türlü parayla ölçülebilen tutarlarının ücret kavramı içinde yer alması fikri bu görüşün temelini oluşturmuştur. Ücretin içinde üretim unsurlarından biri olan emek ögesine ödenen bedelin adı ne olursa olsun ekonomik anlamda ücrettir, biçimindeki yorumun sahipleri de vardır<sup>1008</sup>. Buna göre, kıdem tazminatının ikramiye olduğu kabul edilmekle birlikte, ekonomik bakımdan ücret olduğunu ancak ödüllendirmenin "motivasyon" amacı güttüğünden ikramiye niteliğinde sayılması gerektiğini kabul etmenin yerinde olacağı vurgulanmaktadır<sup>1009</sup>. Ancak, kıdem tazminatı ücretin ödenmesinin ileriye bırakılmış bir kısmıdır, görüşünü savunanlara göre kıdem tazminatı, ücretin iş sözleşmesi sona erdiğinde toptan ödenecek bir parçası niteliğindedir. Bu görüş, Türk - İş tarafından benimsenerek savunulmuştur<sup>1010</sup>.

<sup>1006</sup> Türk-İş 6. Çalışma raporu, s.70.

<sup>1007</sup> **Türk-İş 14. Genel Kurul Çalışma Raporu**, Türk-İş yayını, Ankara, 1986, s. 104.

<sup>1008</sup> Anadolu, s.11.

<sup>1009</sup> Abbasgil Cengiz, **İş Hukukunda Bütün Yönleriyle Kıdem Tazminatı ve Uygulaması**, İstanbul, 1994, s.52-53

<sup>1010</sup> Anadolu, s.11.

## 2.Tazminat Görüşü

Bu görüş bir çok Yargıtay kararında ifade olunmuştur. Örneklerin bir kısmı şöyledir: "Tazminat hakkı, iki tarafın arzu ve iradeleri dikkate alınmayarak işçiyi himaye etmek ve bir dereceye kadar zaruret ve ihtiyaçtan kurtarmak maksat ve sebebine dayanmış olduğuna binaen..."<sup>1011</sup>, "Kıdem tazminatı, kıdemli işçilere verilen bir tazminat olmakla beraber mücerret kıdem, bu tazminatın mamelekte tahakkukunun yegane şartı olmayıp, buna inzimam etmesi lazım gelen diğer şartların da tahakkuku lazımdır..."<sup>1012</sup>, "Kıdem tazminatı, kanundan doğan bir tazminat hakkıdır. Ücret kavramı içinde düşünülemez...."<sup>1013</sup>.

Bu görüş, işçinin işinden ayrılırken yıpranmasının ve işini yitirmesinin bir tehlike oluşturduğunu kabul ederek kendisine tazminat olarak bir ödemenin yapılmasının gerekliliğini savunmaktadır. Bu görüşün işveren çevrelerinde de kabul gördüğü gözlenmektedir. Bu çevrelere göre, kıdem tazminatı işçinin yıpranması ve yaşlanmasının bir karşılığı olmaktadır<sup>1014</sup>.

Senyen Kaplan'a göre kıdem tazminatı; işçinin işyerine bağlılığı göz önünde tutularak, çalıştığı yıllara göre, işveren tarafından işçiye kanuni şartları varsa ödenmesi gereken, bir işten çıkış veya ayrılış tazminatıdır<sup>1015</sup>.

Ancak tazminat görüşü tazmin edilecek zararı oluşturacak hukuka aykırı fiilin unsurları olan, kusur, zarar ve hukuka aykırılığın, kıdem tazminatında aranmaması yönünden eleştirilmekte ise de Anadolu da burada ödenen tazminatın 818 sayılı BK m. 55'e göre istihdam eden

<sup>1011</sup> YİBK, 3.11.1948, E. 1948/11, K. 1948/7 (RG, 28.12.1949-7143), Meşe HİP.

<sup>1012</sup> YİBK, 10.02.1954, E. 1953/19, K. 1954/5, Meşe HİP.

<sup>1013</sup> Y9HD, 8.10.1970, E. 1970/8210, K. 1970/10492, Turan, **Ferdi İş Hukuku**, s.167-168.

<sup>1014</sup> Abbasgil, s. 54.

<sup>1015</sup> Aktay/ Arıcı/ Senyen Kaplan, 4. Baskı, s.198.

işverenin objektif kusursuz sorumluluğu ilkesine göre ve hakkaniyet esasına göre ödenen tazminat olduğunu kabul etmektedir<sup>1016</sup>.

### 3. İkramiye Görüşü

Kıdem tazminatının bir ikramiye olduğu görüşü, 3008 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu 1936 ile 1950 yılları arasındaki dönemde geniş taraftar bulmuştur. Gerçekten de 3008 sayılı Kanun döneminde hizmet süresi en az beş yıl olan bir işçinin iş sözleşmesi hangi sebeple olursa olsun sona erdiğinde kıdem tazminatı ödenmekte idi. 3008 sayılı Kanunda 5518 ve 1927 sayılı Kanunlarla yapılan değişiklikler ile kıdem süresi önce üç yıla sonra bir yıla indirildiğinden ve bazı fesih hallerinin tazminat gerektirmemesinden dolayı kıdem tazminatının bağıllığı ödüllendiren bir ikramiye olduğu görüşü savunulmaz olmuştur<sup>1017</sup>.

Bu görüşe göre; kıdem tazminatı aynı iş yerinde uzun süre sadakat ve doğrulukla çalışan, işverene bağıllığı ortaya çıkan işçiyi ödüllendirmek amacına yöneliktir. Kıdem tazminatı, kısa aralıkla da olsa işçinin işini terk etmemesini, aynı işyerinde kalmasını sağlama amacına yöneliktir<sup>1018</sup>.

Kıdem tazminatının ikramiye olduğu kabul edilmekle birlikte, ekonomik bakımdan ücret olduğunu ancak ödüllendirmenin motivasyon amacı güttüğünden ikramiye niteliğinde sayılması gerektiğini kabul etmenin yerinde olacağı vurgulanmaktadır<sup>1019</sup>.

---

<sup>1016</sup> Anadolu, s.6.

<sup>1017</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.508.

<sup>1018</sup> Kayacan, Yavuz, **Kıdem Tazminatı**,  
[http://www.okumagrubu.com/haber\\_detay.asp?haberID=9883](http://www.okumagrubu.com/haber_detay.asp?haberID=9883), s.2.

<sup>1019</sup> Abbasgil s.52-53

Öte yandan, işveren güvенеbileceđi, deneyimli, işe uyum sağlamış işçilerden kıdem tazminatı aracılığıyla yeteri kadar yararlanabilecektir. Bu nedenle işveren uzun süre hizmetinde bulunan işçisinden ayrılırken ona karşı minnetini kıdem tazminat ile ödüllendirmektedir. Başka bir anlatımla işverenin yaptığı bu ödeme bir tür ikramiye niteliğinde olarak değerlendirilmektedir<sup>1020</sup>.

Diğer taraftan Usta'nın katıldığı bir Yargıtay kararı ikramiye boyutuna açıklık kazandırmış bulunmaktadır. Buna göre; kıdem tazminatı muayyen olmayan iş akitlerinde işine sebat göstermiş olan ve akde aykırı hareketinden başka bir sebeple işinden ayrılan işçiye mali menfaat sağlayarak işlerinde sebat etmelerini teşvik maksadıyla kabul edilmiştir<sup>1021</sup>.

Yargıtay'ın bu kararına göre, kıdem tazminatı, işyerinde uzun süre sadakatle çalışmış olan işçiye, işveren tarafından mükafat olarak ödenen bir ikramiye niteliğindedir<sup>1022</sup>.

#### 4. Sigorta Görüşü

Kıdem tazminatı,1930'lu yıllardaki niteliğine bakıldığı zaman işsizlik ve yaşlılık sigortalarının bulunmayışından doğan boşluğu doldurma işlevini yüklenmiştir. Emeklilik yaşına gelmeden işten ayrılmalarda bir tür işsizlik sigortası; emeklilik yaşına gelenlerde ise; kıdem tazminatının yükleneceği görev, yaşlılık sigortası olmuştur<sup>1023</sup>.

<sup>1020</sup> Kayacan, s.2,

<sup>1021</sup> YİBK 15.5.1957 T., E, 13, K. 10, Usta, Osman, **İş Kanunundan Doğan Kıdem Tazminatı ve Uygulaması**, Ankara, 1994, s.22

<sup>1022</sup> Usta, **Kıdem Tazminatı**, s.22.

<sup>1023</sup> Tunçomağ/Centel, 5. Bası, s.234.

Kıdem tazminatının bir çeşit işsizlik sigortası olduğunu savunan bir görüşe göre, bu görüşü destekler mahiyette bir hüküm 931 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde yer almıştır. Gerekçenin ilgili kısmı şöyledir; "...bu tasarinin hazırlanması sırasında kıdem tazminatı müessesesinin iş hayatına ilişkin sakıncaları yönünden yapılan çeşitli itirazlar göz önünde tutulmakla beraber, bu hakkın kaldırılmasının kazanılmış haklar bakımından sakıncaları düşünülerek ve henüz işsizlik sigortasının kurulmadığı göz önünde tutularak bu konunun sözü geçen sigortanın kuruluşu sırasında tekrar ele alınması uygun görülmüştür"<sup>1024</sup>.

Kıdem tazminatının ihtiyarlık sigortası rolü oynadığı görüşü, 1949 yılında yürürlüğe giren 5417 sayılı Kanunun hazırlanması sırasında hakim olmuştur. Anılan Kanunun 40. maddesinde, "İhtiyarlık aylığından faydalanabilecek durumda iken işinden ayrılan veya çıkarılan sigortalılar hakkında İş Kanununun 13. maddesinin kıdemle mütenasip tazminata müteallik hükmü uygulanmaz." deniliyordu. Ancak bu hüküm 1951 yılında 5752 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış olup, yürürlükteki yasalarda bu hükmün hiç bir izi kalmamıştır<sup>1025</sup>.

1980 yılında yapılan değişiklikle 1475 sayılı İş Kanununun bugün de yürürlükte bulunan 14. maddesine eklenen hükümlerle, "Kıdem tazminatından doğan sorumluluğu işveren şahıslara veya sigorta şirketlerine sigorta ettiremez. İşveren sorumluluğu altında ve sadece yaşlılık, emeklilik, malullük, ölüm ve toptan ödeme hallerine mahsus olmak kaydıyla Devlet veya kanunla kurulu kurumlarda veya % 50 hissedenden fazlası Devlete ait bir bankada veya bir kurumda işveren tarafından kıdem tazminatı ile ilgili bir fon tesis edilir. Fon tesisi ile ilgili hususlar kanunla düzenlenir." şeklinde düzenlemeler getirilmiştir.

<sup>1024</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.509.

<sup>1025</sup> Usta, **Kıdem Tazminatı**, s.23.



## 5. İş Güvencesi Kurumu Olduğu Görüşü

1966 yılında Kıdem tazminatının kaldırılması ile ilgili çalışmaların olduğu bir dönemde Türk-İş 6. İcra Kurulu Raporunda, "Kıdem Tazminatının iş güvencesi sağladığından bahsederken kıdem tazminatı , işçinin her an işten çıkarılma korkusundan biraz olsun masun, gönül huzuru içinde çalışmasını sağlayan bir müessese olarak faydalı ise, bu müessesenin kaldırılması, bile bile hataya düşmek demektir. Ayrıca şunu belirtelim ki, bugüne kadar kıdem tazminatı iş güvenliğini sağlayarak işsizlikle mücadelede tek ve en etkili tedbir olmuştur." şeklinde ifade edilmek suretiyle kıdem tazminatının iş güvencesi sağladığı görüşü ortaya konmuştur<sup>1026</sup>.

Akyiğit'e göre, bu düşüncenin çıkış noktası kıdem tazminatının yüklü bir meblağ tutacağı ve bu yüzden de işverenin iş sözleşmesini keyfi olarak feshetmesini önleyeceğidir<sup>1027</sup>. Bu nedenle, kıdem tazminatı aynı zamanda iş güvencesi sağlamaya yönelik bir kurumdur. Bu durumda kıdem tazminatı iş güvencesi sağlar. Çünkü, işverenin bazı durumlarda işine son verdiği işçilere kıdem tazminatı ödemek zorunda kalmasının, belli oranda caydırıcı tesiri olabilir. örneğin; işverenin herhangi bir sebep gösterme yükümlülüğü olmaksızın süreli fesih bildirim yoluyla işçinin işine son verebilmesi durumunda işçinin başlıca güvencesi işsizlik sigortası ve kıdem tazminatı isteme hakkıdır<sup>1028</sup>. Öte yandan kıdem tazminatının fonksiyonuna ilişkin olarak ileri sürülen önemli tezlerden biri de, kıdem tazminatı yoluyla işverenin işçisini kolaylıkla, haksız bir biçimde işten çıkarmasının önlenmesi, bu yolla iş güvencesinin sağlanmasıdır. Nitekim 1975 tarihinde İş kanununda değişiklik yapan 1927 sayılı yasanın gerekçesinde; "... kıdem tazminatı müessesesinin işçilerin gelir ve iş güvenliğini sağlayıcı ve keyfi işten çıkarılma işlemlerinin işçi aleyhine doğurduğu sonuçları giderici niteliği

<sup>1026</sup> Türk-İş 6. Çalışma raporu, s.70.

<sup>1027</sup> Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, 2. Baskı, s.33.

<sup>1028</sup> Anadolu, s.9.

yanında..." sözleriyle kıdem tazminatının iş güvencesini sağlamaya yönelik işlevine değinilmiştir<sup>1029</sup>.

Demir, işe alma zorunluluğu, işe iade, ihbar tazminatı ve kötüniet tazminatı yanında kıdem tazminatını da iş güvencesi sağlayan onarıcı hukuki kurumlar olarak belirtmektedir<sup>1030</sup>.

Mevzuatımızda iş güvencesi sağlama yolunda atılan bazı adımlara rağmen, gerçek bir iş güvencesinin ancak, işsizlik sorununu çözebilmiş bir ekonomik yapıda sağlanabileceği gerçeği ortadadır. Bu nedendir ki işçi ve sendika çevrelerinin iş güvencesi konusundaki tedirginlikleri aşılabilmiş değildir ve kıdem tazminatının fona devredilmesi eğilimlerine, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi eğilimleri karşısındaki caydırıcılık vasfını ortadan kaldıracığı için sıcak bakmamaktadırlar<sup>1031</sup>.

## 6. Kendine Özgü Bir Kurum Olduğu Görüşü

Kıdem tazminatı, kanunda gösterilen fesih hâllerinde en az bir yıllık kıdeme sahip işçiye veya işçinin ölümü hâlinde hak sahiplerine işveren tarafından kanun gereği ödenmesi icap eden, miktarı işçinin kıdemine göre ve son brüt kazancına göre belirlenen bir miktar paradır. Kıdem tazminatı, işverene yüklenmiş, kanundan doğan kendine özgü bir ödeme yükümlülüğüdür. Devlet memurlarına ödenen emekli ikramiyesinin işçiler bakımından karşılığı, işsizlik sigortasının eksikliğini gideren bir ödeme yükümlülüğü, işçinin yıpranma karşılığı ya da geciktirilmiş bir ücret niteliğinde olduğu söylenebilirse de, ayrı ayrı bu nitelermelerin hiç biri değil, duruma göre belki hepsidir<sup>1032</sup>.

<sup>1029</sup> Işıklı, s.108; Anadolu, s.9.

<sup>1030</sup> Demir, **İş Güvencesi**, s.160-161.

<sup>1031</sup> Işıklı, s.108.

<sup>1032</sup> Şakar/Yiğit Şakar, s.18.

Kıdem tazminatı, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde belirtilmiş olan asgari bir çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin yine kanunda sayılan nedenlerden biriyle son bulması halinde, işçiye ya da mirasçılarına kıdemi ve ücreti dikkate alınarak işverence yapılması gereken bir miktar ödemedir<sup>1033</sup>. İş sözleşmesinin sona erdiği her durumda değil, yasada öngörülen hallerin varlığı halinde belirli bir kıdeme sahip olan işçilere kıdemleri oranında ödenir<sup>1034</sup>.

Ertekin'e göre, kıdem tazminatı; işçinin işyerinde işverenine karşı sadakatla, doğrulukla belli bir süre çalışması (en az bir yıl) karşılığında işçinin yıpranmasının karşılığı olarak işçiye adeta bir ödül verme anlamına gelen kendine has özellikleri olan, şarta bağlı bir tazminat türüdür. Feshin niteliğine bağlı bir hak türüdür, kendine özgü bir yapıya sahiptir<sup>1035</sup>.

Akyiğit'e göre, kıdem tazminatı ister yasadan isterse de sözleşmeden doğsun "kendine özgü" bir niteliğe sahiptir. Diğer düşüncelerin hiçbirleriyle tam olarak açıklanamayan kıdem tazminatının geçildiği tarihsel evre de dikkate alındığında kendine özgü bir nitelik taşıdığı söylenebilir<sup>1036</sup>.

Süzek'e göre kıdem tazminatı, öğretide de bir kısım yazarlar tarafından savunulduğu gibi yukarıda bahsedilen görüşlerden hiçbirleriyle tam olarak açıklanamayan ve yasadan doğan kendine özgü bir hukuki kurumdur. Kıdem tazminatının belirli bir kalıba sokulmasının mümkün olmaması ve kendine özgü bir kurum niteliği kazanması, bu konuyu düzenleyen İş Kanunu hükmünün başlangıçtan itibaren farklı ve birbiriyle tutarsız, gerekçelerle çok sayıda değişikliğe tabi tutulmuş olmasından ve bu nedenle tutarlı bir çerçeveye oturtulamamasından kaynaklanmaktadır<sup>1037</sup>.

<sup>1033</sup> Akyiğit, **Kıdem Tazminatı 2. Baskı**, s.25; Çelik, 23 Bası, s.258.

<sup>1034</sup> Kayacan, s.1.

<sup>1035</sup> Ertekin, Özkan, **Açıklamalı İhtihatlı Kıdem Tazminatı Hukuku**, Kartal Yayınevi, Ankara, 2006, s. 237.

<sup>1036</sup> Akyiğit, **Kıdem Tazminatı 2. Baskı**, s.33

<sup>1037</sup> Süzek, s. 680.

## B. Kıdem Tazminatı İsteyebilme Koşulları

Kıdem tazminatına hak kazanabilme koşulları geçmişten günümüze işçilerin büyük ve haklı mücadeleleri sonucu şekillenmiştir. Kıdem tazminatı bu mücadele sonucu kazanılmış olan ve temelde işçiyi korumaya hizmet eden bir iş hukuku kurumu olmuştur.

### 1. İş Kanuna Tabi İşçi Olma

İşçinin kıdem tazminatı talep edebilmesi için öncelikle iş kanunlarına tabi olarak çalışması gerekir (İş K. m. 14; Den. İş. K. m. 20; Bas. İş. K. m. 6), O halde iş sözleşmesi ile çalışanların hepsi kıdem tazminatı talep edemezler. Süreksiz işte çalışanlar ile (İş K. m. 10) İş Kanununun kapsamı dışında kalanlar (İş K. m.4) kıdem tazminatı talep edemezler<sup>1038</sup>.

Kıdem tazminatı isteme hakkı, sadece işçilere tanınmış bir haktır. Bu bakımdan, işçi niteliği taşımayan kişilerin (gazeteciler ve gemi adamları hariç) örneğin, memurlar ile çırakların ve sözleşmeli personelin kıdem tazminatı hakkından yararlanmaları söz konusu değildir<sup>1039</sup>.

1475 sayılı İş Kanununda düzenlenen kıdem tazminatından yalnızca bu Kanuna tabi olan işçiler yararlanabilirler; m.14/f.1'de bu koşul, "Bu kanuna tabi işçiler..." tabiri ile açıkça ifade edilmektedir. Ancak 1475 sayılı İş Kanunu, 14. maddesi dışında yürürlükten kalktığından kıdem tazminatından yararlanacak işçiler, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olan işçiler olarak anlaşılmalı ve bu duruma göre de İş K.m.2'de yer alan işçi tanımına uygun düşseler bile, 4. maddede Kanunun kapsamı dışında kalanların kıdem tazminatından yararlanamayacakları açıktır. Şu halde kıdem tazminatı bakımından, İş Kanununa göre işçi olmak değil, bu Kanuna tabi işçi olmak birinci koşuldur. Bununla birlikte İş Kanunu kapsamı dışında kalan tarım ve

<sup>1038</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, s.227-228.

<sup>1039</sup> Demircioğlu/Centel, **14. Bası**, s. 196-197.

orman işçileri Yargıtay'a göre, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerinde hüküm bulunması halinde kıdem tazminatı hakkından yararlanabilirler<sup>1040</sup>.

## 2. İş Sözleşmesinin Kanunda Belirtilen Nedenlerle Sona Ermesi

Kıdem tazminatı iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda istenebilecek bir işçilik hakkıdır. Nitekim Yargıtay kararına göre, kıdem tazminatının, yasanın vurguladığı sona erme durumlarında ödeneceği kuşkusuzdur. Bu husus yalnız belirli fesih durumlarında kıdem tazminatını öngören 3008 Sayılı Kanun döneminde bir içtihadı birleştirme kararının konusunu teşkil etmiş; İşçinin kıdem tazminatı isteyebilmesi için İş Sözleşmesinin kanunda sayılan fesih durumlarından biriyle sona ermiş olması koşuluna bağlı bulunduğu vurgulanmıştır<sup>1041</sup>.

14. maddesi yürürlükte bulunan 1475 sayılı Kanunda kıdem tazminatı isteyebilmenin koşulları gösterilmiştir. 1. Fıkraya göre;

\* İşveren tarafından 1475 sayılı Kanunun 17. maddesinin 2 numaralı (4857 sayılı kanun 25 / 2. maddesi) bendinde gösterilen sebepler dışında,

\* İşçi tarafından aynı kanunun 16. (4857 sayılı kanun 24.) maddesi uyarınca,

\* Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,

\* Bağlı buldukları Kanunla kurulu kurum ve sandıklardan yaşlılık, emeklilik ve malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;

feshedilmesi veya;

<sup>1040</sup> "Davacının tüm çalışmasının tarım işinde geçtiği anlaşılmaktadır. 1475 sayılı İş Kanununun 5. maddesine göre, hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bu itibarla, İş Kanununa göre kıdem tazminatı istenemez. Ancak, hizmet akitlerinde veya TİS.'inde tarım işçilerine de kıdem tazminatı ödeneceğine ilişkin hüküm mevcut olduğu takdirde, tarım işçisi de böyle bir hükme dayanarak İş Mahkemesine dava açmak suretiyle kıdem tazminatı isteyebilir.", Y9HD. 9.9.1992, E. 2280. K.9386, Meşe HİP.

<sup>1041</sup> YİBK, 10.12.1954, E.1954/19, K. 1954/5; Anadolu, s.144.

\* kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya

\* işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde,

\* 506 sayılı kanuna göre yaşlılık aylığı almaya hak kazanacak durumda olanların kendi istekleriyle işten ayrılmaları nedeniyle,

\* İşçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir.

Kanunda sınırlı olarak sayılan bu sebeplerin dışındaki bir sebeple iş sözleşmelerinin feshi veya sona ermesi kıdem tazminatı hakkı doğurmayacaktır.

1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasına göre "Bu kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin işveren tarafından bu Kanunun 25. maddesinin 2 numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında... feshedilmesi" halinde kıdem tazminatı hakkı doğar. İşveren tarafından yapılan fesihlerde, bir yıldan fazla kıdemi olan işçiyi kıdem tazminatı hakkından yoksun bırakan durum, feshin işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı nedeniyle İş K. m. 25/2 uyarınca haklı nedenle yapılmasıdır. Bunun dışında TSGLK'nun 45. maddesinin 1. fıkrasına göre yasa dışı grev nedeniyle iş akdi haklı nedenle feshedilen işçiye tazminat ödenmeyeceği hükmü bulunmaktadır.

O halde, 4857 İş K. m. 25/2 ve TSGLK 45/1 dışında işverence yapılan tüm fesihlerde kıdem tazminatı hakkı doğar. Bu nedenle, iş akdi işveren tarafından İş K m. 25/1'e dayanarak sağlık nedeniyle" veya İş K. m. 25/3 uyarınca zorlayıcı nedenlerle ya da İş K. m. 25/4'e göre işçinin tutuklanması gerekçesiyle haklı olarak feshedilse de bir yıldan fazla çalışmış olan işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Bunun gibi, iş akdinin işverence İş

Kanununun 17. ve 18. maddesine göre süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi halinde de işçi lehine kıdem tazminatı hakkı doğar<sup>1042</sup>.

İş Kanununda belirtilen koşulların varlığı halinde belirsiz süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi belirli süreli iş sözleşmelerinin feshi veya sona ermesi durumlarında da kıdem tazminatı isteme imkanı vardır<sup>1043</sup>. Ancak belirli süreli iş akdi sürenin bitimiyle kendiliğinden sona erdiğinde işveren tarafından yapılmış bir fesih söz konusu olmadığı için kıdem tazminatı hakkı doğmaz. Nitekim Yargıtay'a göre de "Belirli süreli sözleşmelerde sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi durumunda kıdem tazminatının hüküm altına alınması doğru değildir. Çünkü böyle bir durumda sözleşme, sürenin bitimi ile sona ermektedir ki, bu fesih şekli kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden değildir"<sup>1044</sup>.

İş sözleşmesinin fesih bildiri yoluyla işverence feshi işçiye kıdem tazminatı isteme hakkı sağladığı halde, işçinin kendisi sözleşmeyi bu yöntemle feshettiği her durumda bu tazminatı isteyemez. Çünkü yasa kıdem tazminatına hak kazandıran fesih durumlarını işçi yönünden sınırlamıştır. Gerçekten de, işçinin kıdem tazminatı isteyebilmesi için iş sözleşmesinin bağlı bulunduğu kanunla kurulu kurum ve sandıklardan yaşlılık, emeklilik ya da malullük aylığı yahut da toptan ödeme almak amacıyla veya muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla feshetmesi; kadın işçinin ise evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde sözleşmeyi feshetmesi gerekir<sup>1045</sup>.

İşçinin sözleşmeyi bildirimsiz fesih durumu; İş K. m. 24 ile düzenlenmiştir. İşçi İş K. m. 24 çerçevesinde, yani sağlık nedenleri, ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan durumlar ve benzerleri ya da zorlayıcı nedenlerle sözleşmeyi bildirimsiz feshettiğinde kıdem tazminatına hak kazanma bakımından sözleşmenin yasada vurgulanan biçimde sona ermesi

<sup>1042</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.682.

<sup>1043</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.520.

<sup>1044</sup> Y9HD, 26.2.1996 T, 1996/26332 E, 1996/2570 K; Y9HD, 22.2.2001 T, 2001/18588 E, 2001/3147 K, Süzek, **7. Baskı**, s.683.

<sup>1045</sup> Anadolu, s.154

gereğini yerine getirmiş olacaktır. İş sözleşmesini bildirimsiz fesihle, işçi tarafından hemen sona erdiren bu durumlar İş K. m. 24'de vurgulanmıştır. Buna göre, işçi anılan İş K. m. 24'de vurgulanan nedenlere dayalı fesih hakkını kanuni sınırlar içinde kullanmak zorundadır, bunun tersi durumunda kıdem tazminatı isteme hakkından yoksun kalabilir. Özellikle, İş K. 24/2 bendinde yer verilen nedenlerle sözleşmenin bildirimsiz feshi m. 26'da öngörülen öğrenme tarihinden itibaren 6 iş günü ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren 1 yıllık sürelerle uygun olarak yapılması gerekir. Kanunumuzun sistemi başka türlü çözümleri engelleyici niteliktedir<sup>1046</sup>.

İşçinin iş sözleşmesini, muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle feshetmesi kıdem tazminatına hak kazanma bakımından yeterli olup muvazzaf askerlik hizmetinin süresi, örneğin kısa süreli olması<sup>1047</sup>, hatta Mollamahmutoğlu'na göre bedelli askerlik olması dahi önem taşımaz.

1475 sayılı Kanunda 2869 sayılı Kanunla yapılan bir değişiklik sonucunda, kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdirmesi halinde kendisine kıdem tazminatı ödenmesi imkânı getirilmiştir<sup>1048</sup>.

İşçinin, yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla iş sözleşmesini feshetmiş olması; yani böyle bir amaçla hareket etmesi yetmez; aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa başvurduğunu belgelemesi gerekmektedir. Ancak ölüm halinde bu koşul aranmaz. (m. 14/3) İşverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü, fesih tarihinden geriye gitmemek kaydı ile bu belgenin kendisine verildiği tarihten itibaren başlar<sup>1049</sup>. Bu itibarla

<sup>1046</sup> Anadolu, s.157.

<sup>1047</sup> Y9HD. 9.6.1983, E.1983/3488, K.1983/5183, Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.794.

<sup>1048</sup> Fakat iş sözleşmesi daha önce herhangi bir şekilde sona ermişse ister önceden isterse sonradan evlenmiş olsun, işçinin bu hükme dayalı olarak kıdem tazminatı talep etmesi söz konusu olmayacaktır. Y9HD, 16.1.1990 T, E. 1989/8421. K 1990/156, Usta, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.131.

<sup>1049</sup> Y9HD. 29.11.1990, E. 1990/12440, K.1990/12662, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.796.



belgenin işverene geç verilmesi kıdem tazminatı hakkından yararlanmayı etkilemez; İşçinin, kıdem tazminatı hakkından yararlanması için aylığın bağlanmış veya toptan ödemenin yapılmış olması şart değildir<sup>1050</sup>.

Yukarıda belirtilen hallerde kıdem tazminatı iş akdinin feshedilmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık işçinin ölümü halinde bir fesih olgusu değil sözleşmenin infisahı söz konusu olmakta ve kıdem tazminatı hakkı doğmaktadır. İş Kanununun 14. maddesinin 1. ve 14. fıkralarına göre, iş akdinin işyerinde bir yıldan fazla kıdemi olan "işçinin ölümü sebebiyle son bulması halinde doğan kıdem tazminatı işçinin kanuni mirasçılarına ödenir"<sup>1051</sup>. İş Kanununun anılan hükmünde işçinin sadece ölümünden söz edilip ölüm nedenleri üzerinde durulmadığından işçinin eceliyle ölmesi gibi ölümün üçüncü kişilerin veya işçinin kendi kusurlu davranışı ya da intiharı sonucunda ortaya çıkması da önem taşımaz. Ne var ki, Yargıtay yasanın bu hükmüne karşın kusurlu davranışı ile kendi ölümüne neden olan işçinin bu davranışı aynı zamanda işveren açısından sözleşmeyi haklı nedenle feshetme hakkı tanıyan nedenler arasında yer alıyorsa kıdem tazminatını doğmayacağını kararlaştırmıştır. Yüksek mahkemeye göre "Ölüme neden olan olay aynı zamanda işçinin işi savsaklaması sebebiyle işyerinde tehlike yaratmış veya işveren bakımından iş akdini haklı nedenle bozma sonucunu doğurmuşsa, bu takdirde mirasçılarının kıdem tazminatı alamaması gerekir"<sup>1052</sup>. Kanunun emredici hükümlerine karşı Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak mümkün görünmemektedir. Anılan maddede ölümden söz edilmiş ve işçinin ölmüş olması kıdem tazminatına hak kazanması için yeterli görülmeyle beraber ölümün hangi nedenle meydana geldiği veya işçinin kusurlu olup olmadığına dair herhangi bir kayıt yer almamıştır<sup>1053</sup>.

1999 yılında 4447 sayılı kanunla 14. Maddenin 1. Fıkrasına 5. Bent olarak eklenen bir hükümle yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için gerekli sigortalık

<sup>1050</sup> Y9HD. 1.2.2001, E.2001/17486, K.2001/1653, Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.796.

<sup>1051</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.689.

<sup>1052</sup> YHGK, 21.12.1979, E. 1979/9-1041, K. 1979/1634, Meşe HİP.

<sup>1053</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.690.

süresini ve prim ödeme gün sayısını dolduran ve kendi isteğiyle ayrılanlara kıdem tazminatı alma hakkı tanınmıştır.

4447 sayılı kanun gerekçesinde, yaşlılık aylığı almak için prim ödeme gün sayısının yanında yaş sınırı da getirildiğinden, prim ödeme gün sayısını dolduranlara, istekleri halinde yaş haddini doldurmalarını beklemeden kıdem tazminatlarını alabilmeleri amacıyla düzenlemenin yapıldığı açıklanmaktadır<sup>1054</sup>. Bu durumda, bir çalışan 15 yıl sigortalık süresini ve 3600 prim ödeme gün sayısını doldurmuşsa kendi isteği ile ayrılıp kıdem tazminatı alabilecektir.

### 3. En Az 1 Yıl Çalışmış Olmak Koşulu

Kıdem tazminatına hak kazanabilmek için yukarıda açıklanan fesih halleri ya da işçinin ölümü nedeniyle son bulan iş sözleşmesinin en az bir yıl sürmüş olması gerekir. Gerçi, 14. maddedeki bu koşul 1975 yılında çıkarılan 1927 sayılı Kanundan önceki düzenlemede yer verilmiş olan üç yıldan fazla çalışmış olmak koşulu kadar açık değildir. Bununla beraber, yeni düzenlemedeki "her geçen tam yıl" için işverence işçiye Kanunda belirtilen ücret tutarında kıdem tazminatı ödeneceği ve özellikle bir yıldan arta kalan süreler için de aynı oranda ödeme yapılacağı yolundaki hükümlerden (m. 14/1), kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin en az bir tam yıl çalışmış olması gerektiği sonucuna varılacaktır<sup>1055</sup>. Bir tam yıldan az çalışan işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz ve bu durumdaki işçiye çalıştığı süre ile orantılı kıdem tazminatı ödenemez<sup>1056</sup>. Buradaki bir yıllık sürenin fiilen

<sup>1054</sup> Tuncel, H. Ferhan, **Temel Hatlarıyla Kıdem Tazminatı**, Türk Metal Sendikası Yayınları, Ankara, 2011, s.32.

<sup>1055</sup> Çelik, **24. Bası**, s.312.

<sup>1056</sup> YHGK, 12.6.1991, E. 1991/9-287, K. 1991/349 ve Y9HD, 14.10.2010, 2008/35416 E, 2010/29106 K; Çil, İlke Kararları, s.792; Ancak, Yargıtay'a göre, en az bir yıllık yasal koşul nispi emredici bir hüküm olup sözleşme ile işçi yararına azaltılabilecektir 25.6.2009, E. 2008/3611, K. 2008/18066, **Çalışma ve Toplum EHD**, 2009/4, s.186-189.

çalışılan değil, 1475 sayılı Kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi, işçinin istirahat, izin ve diğer nedenlerle iş sözleşmesinin askıda kaldığı bütün durumları kapsayacağı açıktır<sup>1057</sup>.

En az bir yıllık kıdem koşulu, kamu düzenine ilişkin emredici nitelikte olduğundan, sözleşmelerle daha kısa veya daha uzun bir kıdem süresi kararlaştırılmaz. Nitekim Yargıtay da bir kararında, "Her ne kadar toplu iş sözleşmesinde en az yedi ay (210 gün) çalıştırılma garantisi getirilip, bunun bir iş yılı sayılması kabul edilmişse de bu hüküm, Yasanın düzenleyici hükmü ile bağdaşmayacağından itibar edilemez..." şeklinde bir görüş ortaya koymuştur<sup>1058</sup>. Buna karşılık öğretide işveren, işçiyi kıdem tazminatından yoksun bırakmak amacıyla iş sözleşmesini bir yılın dolmasına kısa bir süre kala feshetmesi gibi fesih hakkını kötüye kullanma sayılacak durumlarda işçinin kıdem tazminatı talep edebileceği görüşü ileri sürülmektedir<sup>1059</sup>. Ancak Kanun, fesih hakkının kötüye kullanılmasının yaptırımını ayrıca belirlemiş bulunmaktadır. Yargıtay da aksi yönde görüş bildirmektedir. Nitekim bir yılın dolmasına iki gün kala iş sözleşmesi feshedilen işçinin, kıdem tazminatına hak kazanamayacağı; zira, feshin, karşı tarafa varmakla sonuçlarını doğuran bir hukuki işlem olduğu; işçinin bu durumda tam yılı doldurmamış bulunduğu bir Genel Kurul kararında dile getirilmektedir<sup>1060</sup>.

Ancak, Yargıtay daha sonra görüş değiştirmiştir. Yargıtay'a göre, en az bir yıllık yasal koşul nispi emredici bir hüküm olup sözleşme ile işçi yararına azaltılabilecektir<sup>1061</sup>.

### C. Kıdem Tazminatına Esas Alınan Kıdem Tespiti

<sup>1057</sup> Ergin, 63 vd, s.67-68; Centel Tankut, **İş Hukuku Cilt-1, Bireysel İş Hukuku**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s.205; Akyiğit, **Kıdem Tazminatı 2. Baskı**, s.487; Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.805-806; 2822 sayılı Kanundaki grev ve lokavt süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağına ilişkin düzenleme konusunda bkz. Çelik, 23. Bası, s.308; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **4. Baskı**, s.202.

<sup>1058</sup> Y9HD. 5.7.1983, E. 1983/4083, K. 1983/6210, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.804.

<sup>1059</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.681.

<sup>1060</sup> YHGK. 12.6.1991, E. 1991/9-287, K. 1992/349, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.804.

<sup>1061</sup> 25.6.2009, E. 2008/3611, K. 2008/18066, **Çalışma ve Toplum EHD**, 2009/4, s.186-189.

## 1. Kıdem Tespitine İlişkin Esaslar

İşçinin kıdem tazminatından yararlanabilmesi için kanunun vurguladığı birtakım koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan biri de işçinin kıdemidir. Kıdem en az çalışma süresi, işte eskilik süresi, anlamına gelmektedir. İşçinin kıdemi, bir işçinin bir işyerinde işe başlamasından itibaren asgari bir sürenin geçmiş olmasıdır. Bu süre 1475 sayılı İş K. m. 14'e göre "işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir." Bu anlatımdan işçinin işe başladığından itibaren tam bir yıl dolmadan kıdem tazminatına hak kazanamayacağı anlaşılmaktadır.<sup>1062</sup>

İşçinin, edimini işverenin buyruğuna hazır bulundurması, fiilen işe başlaması anlamına geldiğinden, bu durumdaki bir işçiye iş verilmemiş olması, onun kıdemini etkilemeyecektir. Kaldı ki 4857 sayılı Kanunun 66/l-c maddesinde, İşçinin, işinde ve işverenin her an buyruğuna hazır bir halde bulunmakla beraber, çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği sürelerin iş süresinden sayıldığı belirtilmiştir<sup>1063</sup>.

İşçi işyerinde kısmi süreli bir iş akdi ile çalışmakta ise, kıdemnin sadece işyerinde fiilen çalıştığı ve çalışmış sayıldığı günlerin toplamından mı ibaret olacağı yoksa fiilen çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın iş akdinin devam süresinin mi dikkate alınacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki İş K. m. 13/2. fıkrasında kısmi süreli iş akdi ile çalıştırılan işçinin, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça salt sözleşmenin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamayacağı hükme bağlanmıştır. İş Hukukundaki baskın görüş İş K. m. 14/1. fıkrasındaki hükmü esas almak suretiyle kıdem hesabında, haftada

<sup>1062</sup> Anadolu, s. 189.

<sup>1063</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s. 266.

kaç gün veya günde kaç saat çalıştığına bakılmaksızın işçinin iş akdinin devam süresinin göz önünde tutulacağını kabul etmektedir. Yine bu görüşe göre, işçi kısmi süreli olarak değişik işverenler yanında çalışmakta ise, her işverenden ayrı ayrı iş akdi ile bağlı kaldığı sürenin tamamı için kıdem tazminatı talep edebilir<sup>1064</sup>.

Kısmi süreli çalışanların kıdem tazminatlarının hesaplanmasında iş akdinin devam süresinin nazara alınmasının tam süreli çalışanlara göre eşitsizlik yarattığı ve hakkaniyete aykırı bulunduğu da söylenemez. Çünkü kısmi süreli çalışan işçinin ücreti aynı işte tam süre çalışana göre genellikle daha düşük olacağından kıdem tazminatı da o oranda az olacaktır<sup>1065</sup>.

Yargıtay önceleri kısmi olarak çalışılan günlerin toplamının bir yılı geçtiği takdirde kıdeme esas alınacağını kabul ederken<sup>1066</sup>, 2000 yılından itibaren verdiği kararlarda kısmi süreli çalışan işçinin kıdemini belirlemede tüm sözleşme süresinin esas alınmasını kabul etmiştir. Yargıtay'ın bu kararı işçilerin daha fazla lehine olup zaten kısmi süreli çalışan işçinin ücreti daha düşük olacağından daha doğru bir karardır. Bu 4857 sayılı kanun bakımından da daha makul gözükmektedir<sup>1067</sup>.

Deneme süresi, belirli veya belirsiz süreli bir hizmet sözleşmesinin başlangıç dönemine işaret eder. Değişik bir söyleyişle, deneme süresi hizmet sözleşmesinin zaten içindedir, ondan ayrı değildir. O halde, deneme süresine ilişkin çalışma, iş ilişkisinin bir parçasıdır. Belirli olan süre sonunda sözleşme bozulmamış ise bu ilişki devam edecektir. Öyleyse, deneme süresi döneminde geçirilen çalışma süresi iş sözleşmesine dayalı bir çalışmadır ve

<sup>1064</sup> Süzek, 698.

<sup>1065</sup> Aydın, Ufuk, “**Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları**”, Sicil İHD, 2007/8, s.52.

<sup>1066</sup> Y9HD, **7. Baskı**, 1.5.1986, E.1986/3374, K. 1986/4502; Y9HD, 2.12.1997, E. 1997/16566 K. 1997/20066 ve 14.9.1999 E. 1999/11366 K. 1999/13217, Çelik, **24. Bası**, s.321

<sup>1067</sup> Çelik, **24. Bası**, s.321.

çalışan kimsenin, bu sözleşmeye Kanunun bağladığı sonuçlardan yararlanması tabiidir<sup>1068</sup>.

## 2. Süreye İlişkin Farklı Durumlar

Mevsimlik işlerde çalışan işçinin kıdem tazminatına ilişkin bir düzenleme yoktur. Mevsimlik sözleşmelerde, mevsim sonunda iş akdi sona ermeyip gelecek mevsime kadar askıda kalır. Mevsimlik işlerde askı döneminde geçirilen sürelerin kıdem tazminatının hesabında göz önünde tutulmayacağı Yargıtay kararlarında yer almaktadır. Yargıtay'a göre "Mevsimlik işlerde kıdem tazminatı hesaplanırken, fasıllı çalışmaların tam yıl çalışılmış gibi değerlendirilmesi hatalıdır. Davacının fiilen çalıştığı ve kanunen çalışılmış gibi sayılan günler, bordro ve diğer belgelerden tespit edilerek, bulunacak hizmet süresine göre, kıdem tazminatının hesaplanması gerekir. Buna rağmen mahkemenin, davacının her mevsim tam yıl çalışmış gibi kıdem tazminatını hesaplayan hatalı bilirkişi raporuna dayanarak hüküm vermiş olması bozmayı gerektirmiştir"<sup>1069</sup>. Ancak İş K. m. 14/1'de "hizmet akdinin devamı süresi" kuralı yer aldığından askı süresinin de kıdem tazminatı hesabında sayılması gerekir<sup>1070</sup>.

İşçinin, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalışması durumunda, iş sözleşmesi devam etmiş veya aralıklarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın bu süreler birleştirilerek işçinin kıdemi bulunur.(İş K. m. 14/2) Maddede sadece iş sözleşmesinin aralıklarla yeniden yapılmış olmasına bakılmayacağı belirtilmiş, ancak iş sözleşmesinin kıdem tazminatını gerektirmeyecek bir nedenle sona ermesi halinde de, bu sürenin diğer sürelerle kıdem tazminatının hesabında dikkate alınıp alınmayacağı

<sup>1068</sup> Narmanlıoğlu, s. 378-379; Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.266.

<sup>1069</sup> Y9HD, 22.3.1988, 1344/3384, **YKD**, Kasım 1988, 1526-1527. Aynı yönde, Y9HD, 23.1.1987, 2051/2437, Süzek, **7. Baskı**, s.697.

<sup>1070</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, s. 231-232; Çelik, **24. Bası**, s.319,320; Süzek, **7. Baskı**, 697-698. Aksi görüş, Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.988; Tunçomağ/Centel, **5. Bası**, s.229.

belirtilmemiştir. Bu konudaki bazı kararlarında Yargıtay'ın görüşü, iş sözleşmesinin İş K. m. 17/2 (4857 sk m. 25/2) göre feshedilmesinin kıdem tazminatının ödenmesi için sebep teşkil etmeyeceği, bazı kararlarında ise bu sürenin kıdem tazminatı süresinin hesabında dikkate alınmayacağı yönündedir. Kanunun açık hükmü (İş K. m. 14/2) karşısında önceki sürenin kıdem hesabında dikkate alınması gerekir<sup>1071</sup>.

Kamuda ayrı işverenler yanında geçen çalışma sürelerinden, iş sözleşmesinin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen süreler, İş K. m. 14/5'in açık ifadesi karşısında işçinin kıdemine dahil edilemez. Bu nedenle sözgelimi işçinin istifasıyla sona eren bir çalışma süresi, İş K. m. 14/4'e göre çalışma süreleri birleştirilerek kıdem bulunurken dikkate alınamaz. Ancak Yargıtay, çalışmasına ara vermeksizin işyeri değiştiren işçinin, ayrıldığı işyerine verdiği istifa dilekçesini gerçek anlamda bir istifa olarak değil, işyeri değiştirilirken kendisinden usulen alınan bir dilekçe olarak değerlendirmekte ve bu şekilde ayrıldığı işyerindeki çalışmasının kıdem tazminatında dikkate alınacağı sonucuna varmaktadır<sup>1072</sup>. Diğer taraftan, kamu kurum ve kuruluşlarında toplam çalışma süresinin kıdem tazminatında değerlendirilmesi için, her bir çalışmanın kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi yeterli olup ayrıca her çalışmanın bir yılı doldurmuş olması koşulunun aranmaması icap eder<sup>1073</sup>.

TİSGLK m. 42/5 gereğince, grev veya lokavt süresince hizmet sözleşmeleri askıda kalan işçilerin bu dönemde geçen süreleri kıdem

<sup>1071</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, s. 231.

<sup>1072</sup> Y9HD. 29.5.1989, E.1989/2259, K.1989/4900; 9.3.1990, E. 1989/11798, K. 1990/2605, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.820-821.

<sup>1073</sup> Uşan Fatih, "Kıdem Tazminatı Açısından Kamu Kuruluşlarında Geçen Hizmetler Birleştirilirken Bir Yıldan Az Süreler de Dikkate Alınabilir mi? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", **Legal YKİ**, S.4, 2007, sh.199. İncelemeye konu kararda (Y9HD. 24.01.2007, E.2006/16628, K.2007/737) askerlik nedeniyle kamu işyerinden ayrılan işçinin işyerindeki 7 ay 26 günlük hizmetini hizmet birleştirmesinde dikkate almaktadır. Kamu kurumunda geçen hizmet süresi bir yıldan az olsa da kıdem tazminatı yönünden hizmet birleştirilmesine esas alınır. Y9HD. 13.1.2005, E.2004/13000, K.2005/994, Çil, Şahin, **4857 sayılı İş Kanunu Şerhi** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, Cilt-3, Ankara, 2007, s.3492.

tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Toplu iş sözleşmelerine veya hizmet akitlerine bunların aksine hüküm konulamaz<sup>1074</sup>.

Aralıklı çalışma halinde, kıdem tazminatına imkan vermeyecek şekilde sona eren iş sözleşmelerine ilişkin çalışma süreleri kıdem hesabında dikkate alınamayacaktır. Yargıtay kararları bu yönde bir prensip oluşturmaktadır. Buna göre istifa ile sona ermiş önceki çalışma süresi<sup>1075</sup>, kanun dışı grev nedeniyle sona erdirilmiş çalışma süresi<sup>1076</sup>, işyerinde işlenen ve ceza davasına konu olan fiili nedeniyle işten çıkarılan, ancak ceza davası af kanunu ile ortadan kalkıp sonraki yıllarda tekrar işe alınan işçinin, önceki çalışma süresi<sup>1077</sup>, kıdem hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bu durumda İş K. m.17'ye göre işçinin istifası ile veya işveren tarafından iş sözleşmesini haklı nedenle feshedilmesi suretiyle sona eren önceki çalışma süreleri ile belirli süreli iş sözleşmesinin, belirli sürenin dolması ile sona eren çalışma süreleri, aksi kararlaştırılmamışsa, kıdem hesaplanmasında göz önüne alınamayacaktır<sup>1078</sup>.

İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki iş sözleşmeleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır (İş K. m. 14/2). Yine aynı hükme göre 12.7.1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren de müteselsil olarak sorumludur. Ancak iş yerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12.7.1975 tarihinden evvel işyeri devrolunmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur<sup>1079</sup>.

<sup>1074</sup> Tunçomağ, **5. Bası**, s.227.

<sup>1075</sup> Y9HD. 2.3.1990, E.89/11239, K.90/2109, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.815.

<sup>1076</sup> Aktay/Arıcı/ Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s.516

<sup>1077</sup> Y9HD. 10.5.1991,E. 1991/607, K. 1991/8314, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.815.

<sup>1078</sup> Süzek, **7. Bası**, s.576.

<sup>1079</sup> Kayacan, s.7.



Farklı tüzel kişiliği olan şirketler arasında organik bağın bulunması durumunda kıdem hesabında Yargıtay'a göre, "davalı şirketlerin aynı işverenlere ait olması ve aralarında organik bağ bulunması, işçinin çalışmasının bir bütünlük göstermesi, çalıştığı yer, yaptığı iş ve pozisyonunda herhangi bir değişiklik olmadan ve hiç ara vermeden çalışmasını sürdürmesi ve bu süre boyunca kâğıt üzerinde farklı şirketler tarafından girdi - çıktılarının yapılması halinde kıdem, ihbar tazminatı ve ücretli izin alacağı bakımından hizmetlerin birleştirilmesi ve şirketlerin birlikte sorumluluğuna karar verilmesi gerekir"<sup>1080</sup>.

Yargıtay'a göre, "İşyerinin ekonomik ve mali kriz nedeniyle çalışamaz duruma gelmesi yüzünden, işveren kapatma iradesini açıklayarak bu tarihten itibaren işyerini kapatmışsa, karşılıklı hak ve borçlar aynı tarihte sona ermiş sayılır. Bu nedenle, işyerinin kapatıldığına ilişkin irade beyanının tarihi, hizmet sözleşmesinin sona erdiği tarih sayılmalıdır"<sup>1081</sup>. Benzeri bir olay nedeniyle Yargıtay'ca verilen kararda, kıdem tazminatının, iş sözleşmesinin bozulma günü göz önüne alınmak suretiyle hesaplanması gerektiği, bu tarihten sonraki aylar için kıdem tazminatına hükmedilemeyeceği belirtilmiştir<sup>1082</sup>.

İş Kanununun 112. maddesine göre "Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kurum ve kuruluşların haklarında bu kanun ve 854, 5953 ve 5434 sayılı kanun hükümleri uygulanmayan personeli ile kamu kuruluşlarında sözleşmeli olarak istihdam edilenlere mevzuat veya sözleşmelerine göre kıdem tazminatı niteliğinde yapılan ödemeler kıdem tazminatı sayılır". Görüldüğü gibi söz konusu kişilere yapılacak kıdem tazminatı niteliğinde sayılan ödemelerde de yukarıda belirtilen koşullar ve esaslar aynen uygulanacak, kıdem tazminatlarının hesaplanması konusunda da burada açıklanan ilkeler ve miktarlar geçerli olacaktır<sup>1083</sup>.

<sup>1080</sup> Y9HD, 2.6.2009, E. 2009/9436 K. 2009/15249 **Teks. İsv. D.**, Nisan 2011, s. 2-5.

<sup>1081</sup> Y9 HD. 12.9.1984 T., E. 6457. K. 7457, Usta, **Kıdem Tazminatı**, s.303.

<sup>1082</sup> Y9HD, 12.5.1987 T, E. 4536. K. 4845, Usta, **Kıdem Tazminatı**, s.303.

<sup>1083</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.710.

Öte yandan Basın mesleğinde çalışan işçinin kıdem tazminatı isteyebilmesi için iş sözleşmesinin en az beş yıl sürmüş olması gereklidir. Bu koşul 5953 sayılı Basın İş Kanunu m. 6/1'de "meslekte en az beş yıl çalışmış olan gazetecilere kıdem hakkı tanınır şeklinde ifade edilmiştir<sup>1084</sup>. Basın İş Kanunu m. 6/2'ye göre akdin feshi halinde gazeteci bu süreye göre hesaplanacak tazminatı almaya hak kazanır.

#### D. Kıdem Tazminatına Esas Alınan Ücretin Tespiti

Kıdem tazminatının hesabında baz alınacak diğer bir temel öge işçinin ücretidir. Bu husus yasanın ilgili hükümlerinden de açıkça anlaşılmaktadır (1475 sayılı İş K.14/1 vd.). Ücret net ve brüt ücret diye ayırma tabi tutulduğu gibi çıplak ücret ve giydirilmiş ücret diye de ayrılabilir. Ücret ödeme sorumluluğu işverenin üzerinde kalmak koşuluyla ücretin fiilen bir üçüncü kişi tarafından ödenmesi de mümkündür<sup>1085</sup>. Keza ücretin aylık, haftalık vs. gibi zaman esasına göre ödenmesi mümkün olduğu gibi parça başı veya yüzde usulü gibi farklı biçimlerde ödenmesi yoluna da gidilebilir. Ayrıca ücretin temel ücret (iş karşılığı ücret) ve sosyal ücret biçiminde ayrıldığı da belirtilmelidir. Kıdem tazminatına esas ücretinse işçinin son ücreti olduğu ve

<sup>1084</sup> Davacı işyerinde 3.4.1994 tarihinde çalışmaya başladığını iddia etmiş, mahkemece de davacının bu tarihte çalışmaya başladığı kabul edilerek hüküm kurulmuştur. Davalı işveren ise sigortalı işe giriş bildirgesindeki 3.4.1995 tarihinin esas alınması gerektiğini savunmuştur. Davacı İş Müfettişine verdiği şikayet dilekçesinde işe başlama tarihinin 1.11.1994 olduğunu belirtmiştir. Tanıklar işe başlama ile ilgili bilgi vermemişlerdir. Davacının imzasını taşıyan sigortalı işe giriş bildirgesinde işe giriş tarihi 3.4.1995 olarak gösterilmiş ise de davalı işverene ait 11.12.1995 tarihinde yayınlanan paratiyo dergisinde davacının sayfa sekreteri olarak ismi yazılıdır. Bu deliller karşısında davacının 3.4.1995 tarihinden önce davalıya ait işyerinde çalıştığından işe başlama tarihinin Bölge Çalışma Müdürlüğüne verdiği şikayet dilekçesinde açıklandığı gibi 1.11.1994 olarak kabulü gerekir. Ücret alacağı dışındaki taleplerinde bu işe başlama tarihine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca 5953 sayılı Basın İş Kanununun 6/1 maddesi gereğince davacının kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için meslekte en az beş yıl çalışılmış olması gerekmektedir. Mahkemece bu husus da araştırılmadan eksik inceleme ile ücret alacağı dışındaki isteklerin yazılı şekilde hüküm altına alınması hatalıdır. Y9HD. 17.6.1997, E.8242, K.11906, Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.542.

<sup>1085</sup> Y9HD.nin 25.06.1997, E.1997/10292, K.1997/12960 sy. kararında bu husus gayet isabetli olarak «... ücretin mutlaka İşveren tarafından ödenmesi zorunluluğu yoktur. Ücretin üçüncü şahıslar tarafından ödenmesi, hizmet akdinin devamına engel değildir.» biçiminde dile getirilmiştir. Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, s.632.

brüt (giydirilmiş) nitelik taşıdığı yasada açıkça belirtilmiş, ücretin ödenme sistemine göre de bunun nasıl tespit edileceği düzenlenmiştir.

Kıdem tazminatının hesabında temel alınacak ücret, geniş anlamda ücret olarak da anılan giydirilmiş ücrettir. Bu bakımdan, kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında; asıl (çıplak) ücrete ek olarak, “işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler” de göz önünde bulundurulur. (1475 sayılı İş K. m. 14/11) Ancak, kıdem tazminatının hesabına katılacak ek ödemelerin süreklilik niteliği taşımaları gerekir<sup>1086</sup>.

### 1. Giydirilmiş Ücret

İşçinin kıdemini her yılı için, son aldığı brüt ve giydirilmiş 30 günlük ücret ödenecektir. Yıldan artan süreler (aylar ve günler) için aynı oranda ödeme yapılır (İş K. m. 14/1). Kanundaki 30 günlük ücret tutarı, sözleşme ile arttırılabilir.<sup>1087</sup>

Genellikle ücret belirli bir miktar para olarak gözüktür. Fakat para olarak verilen kısımdan ayrı, parayla ölçülmesi mümkün aynî ödemelerle, temel ücret dışında yine para olarak işçiye sağlanan diğer ödemeler de ücrete dahildir. Ücret ekleri ya da ücretin tamamlayıcısı niteliğinde olan ve ücret dışında ayrıca verilmesi gerekli ödemeler, işin, işyerinin özelliğinden doğabileceği gibi, sözleşmelerle (özellikle toplu iş sözleşmeleriyle) işçiye sağlanmış olabilir. Her ne şekilde ortaya çıkarlarsa çıksınlar, günümüzde bu ödemelerin sayılarının ve şekillerinin çok arttığı ve karmaşık bir manzara arz ettiği bir gerçektir<sup>1088</sup>.

<sup>1086</sup> Geçer Bekir / Evcil, Cahit, HGK, T. 03.03.2004. E. 2004/9-86, K. 2004/24, **İş Kanunu Uygulama Rehberi**, İstanbul, 2006, s.623; Uluğ, s.70.

<sup>1087</sup> Şakar/Yiğit Şakar, s. 25-26.

<sup>1088</sup> Usta, **Kıdem Tazminatı**, s.337.

Para veya para ile ölçülebilir bir nitelikte olan, yani giydirilmiş ücrete konu olabilecek veya böyle sayılamayacak, kendine has özellik gösteren pek çok kalem vardır. Bunlardan bazıları şunlardır:

**İşçilere verilen konut yardımı:** Yargıtay'a göre işçiye yapılan konut yardımı para ile ölçülmesi mümkün menfaatlere girdiğinden, son bir sene içerisinde sağlanan bu menfaatin parasal değeri dikkate alınarak bir günlüğe isabet eden miktarının tazminat hesabına katılması icap eder<sup>1089</sup>.

**Süt - yoğurt yardımı:** Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen süt/yoğurt yardımı da süreklilik niteliği bulunduğu takdirde kıdem tazminatına yansıtılacaktır<sup>1090</sup>.

**Bayram harçlığı:** Yargıtay, her yıl Ramazan ve Kurban Bayramlarında ödeneceği toplu iş sözleşmesi ile öngörülen bayram harçlığının süreklilik taşıyan bir ödeme olduğunu ve kıdem tazminatı hesabına yansıtılacağı benimsenmektedir<sup>1091</sup>. Ancak bunlara hak kazanmadan işten ayrılan işçi için bu kabul edilmemektedir<sup>1092</sup>.

**İkramiye ve yakacak yardımı:** Çeşitli nedenlerle yapılan ikramiye ve yakacak yardımı adı altındaki ödemelerin de süreklilik niteliği taşımaları durumunda işçinin son ücretinin (ve dolayısıyla da kıdem tazminatının) hesabında dikkate alınacağı benimsenmektedir<sup>1093</sup>.

**Giyim ve temizlik malzemeleri:** İşyerinde kullanılmak üzere verilen giyim ve temizlik malzemeleri ve diğer eşyalar hesaba katılmamaktadır. Keza işyerinde giyilmek üzere verilen iş eşyaları sosyal yardım niteliğinde olmadığından kıdem tazminatı hesabına dahil edilmemektedir, örneğin havlu

<sup>1089</sup> Y9HD, T.15.12.1986, E.1986/10136, K.1986/11165, Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, s.640.

<sup>1090</sup> Y9HD, T.25.12.1984, E.1984/10400, K.1984/11954, Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, s.641.

<sup>1091</sup> Y9HD, T.20.05.1991, E.1001/725, K.1991/8693, Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, s.641.

<sup>1092</sup> Y9HD, T.05.04.1984, E.1984/3497, K.1984/3717, Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, s.641.

<sup>1093</sup> Y9HD, T.24.06.1996, E.1996/2525, K.1996/14233, Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, s.642.

ve sabun gibi. Buna karşın sadece yardım niteliğinde olanlar hesaba katılmaktadır<sup>1094</sup>.

**Öğrenci yardımı ve çocuk yardımı:** Toplu iş sözleşmesi ile getirilen ve öğrenci yardımı olarak nitelenen yardım, çocukların öğrenim yapma şartına bağlı olduğundan kıdem tazminatına yansıtılmaktadır<sup>1095</sup>.

**Teşvik primi:** Yıllık satışlarından elde edilen tüm gelirlerin belirli bir oranının çalışanlara dağıtılacağı belirtilen teşvik primi, daimilik taşıyan ödemelerden bulunmayıp arızı ve değişkenlik gösterdiğinden kıdem tazminatı hesabına katılmaması benimsenmektedir<sup>1096</sup>. Buna karşın ağır vasıta şoförüne yol primi adı altında yapılan ödemenin hesaba katılacağı benimsenmiştir<sup>1097</sup>. Aynı şey satış elemanına ödenen prim açısından da benimsenmiştir<sup>1098</sup>.

**Satış primi:** Bu prim de belirli bir miktarda olmadığı ve süreklilik taşımadığı gerekçesiyle kıdem tazminatına yansıtılmamaktadır<sup>1099</sup>.

İş K. m. 14/11. fıkrası hükmü ile yukarıdaki açıklamalardan çıkarılan sonuca göre, ücret eklerinin, yani işçiye sağlanan menfaatlerin asıl ücrete (çıplak ücret) eklenerek kıdem tazminatı hesabına dahil edilebilmesi için, aşağıdaki koşulların varlığı aranmalıdır.

- İşçiye bir menfaat sağlanmış olmalıdır.
- İşçiye sağlanan menfaat, para veya para ile ölçülebilir nitelikte olmalıdır.

<sup>1094</sup> Y9HD, T.23.06.1992, E.1991/6342, K.1992/7253, Akyiğit **Kıdem Tazminatı**, s.641.

<sup>1095</sup> Y9HD, T.26.06.2008, E.2008/24182, K.2008/17922, Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, 2. Baskı, s.609.

<sup>1096</sup> Y9HD, T.27.05.1986, E.1986/3018, K.1986/5488, Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, s.640.

<sup>1097</sup> Y9HD, 07.02.2005 E. 950/3328 K, Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, 2. Baskı, s.609.

<sup>1098</sup> Y9HD. 20.12.2004, E. 11922/29003 K, Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, 2. Baskı, s.609.

<sup>1099</sup> Y9HD, T.15.06.1989, E.1989/3057, K.1989/5582, Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, 2. Baskı s.610.

- İşçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilir menfaatler akitten veya kanundan doğmalıdır.
- İşçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün menfaatler, geçici nitelikte olmamalıdır<sup>1100</sup>.

## 2. Son Ücretin Belirlenmesi

Kıdem tazminatına esas ücret ile ilgili somut olaya uygulanması gereken 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin konuya ilişkin 9. ve 10. fıkrası hükümleri şöyledir;

“Kıdem tazminatının hesaplanması son ücret üzerinden yapılır. Parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü gibi ücretin sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama ücret bu tazminatın hesabına esas tutulur.

Ancak, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, tazminata esas ücretin işçinin işten ayrılma tarihi ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır.”

Genellikle ücret belirli bir miktar para olarak gözüktür. Fakat para olarak verilen kısımdan ayrı, parayla ölçülmesi mümkün aynı ödemelerle, temel ücret dışında yine para olarak işçiye sağlanan diğer ödemeler de ücrete dahildirler. Ücret ekleri yada ücretin tamamlayıcısı niteliğinde olan ve ücret dışında ayrıca verilmesi gerekli ödemeler, işin, işyerinin özelliğinden doğabileceği gibi, sözleşmelerle (özellikle toplu iş sözleşmeleriyle) işçiye sağlanmış olabilir. Kıdem tazminatının hesabında nazara alınacak ücret eklerinin niteliği yürürlükten kalkmış bulunan 3008 sayılı İş Kanunu

---

<sup>1100</sup> Usta, **Kıdem Tazminatı**, s.338-343.

döneminde verilen 15.5.1957 gün ve E. 13, K 10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile tutarlılık kazanmıştır<sup>1101</sup>.

## E. Kıdem Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 12. fıkrasında, "Bu maddede belirtilen kıdem tazminatı ile ilgili 30 günlük süre hizmet akitleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine değiştirilebilir. Kural olarak, işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet sözleşmesinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler içinde aynı oran üzerinden ödeme yapılır (İş K. m. 14/1).

İşçilere bir yıl için ödenecek kıdem tazminatının hesabında esas alınacak gün sayısı kanunda 30 gün olarak belirlenmiştir. Bu sürenin hizmet akitleri ve toplu iş sözleşmeleriyle artırılması durumunda bu belirlenen miktar esas alınarak kıdem tazminatı hesaplanacaktır<sup>1102</sup>.

### 1. Kıdem Tazminatının Miktarı

Kıdem tazminatı miktarı, sözleşmeler yoluyla artırılabilir<sup>1103</sup>. Ancak bu artırım belli bir noktaya kadar olup sınırsız değildir. Kıdem tazminatının sözleşmeler yoluyla artırılabilceği bu miktara (sınıra), uygulamadaki adıyla "kıdem tazminatı tavanı (üst sınırı)" adı verilir. Yargıtay, kıdem tazminatındaki artırım imkanını, yalnızca her yıl için ödenecek 30 günlük ücretin örneğin "45 günlük ücret veya 60 günlük ücret gibi" kabul edilmesi suretiyle mümkün olduğunu kabul etmekte; yıldan artan sürenin yıla tamamlanması gibi bir

<sup>1101</sup> YHGK, 03.03.2004 T, 2004/9-86 E, 2004/121 K, Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh** Cilt-2, s.1002-1003.

<sup>1102</sup> Cenk, Ramazan, **Ücretler, Tazminatlar ve Harcırahlar** Yaklaşım Yayınları, Ankara 1999, s.445.

<sup>1103</sup> Y9HD, 22.11.2006, E. 9890/30806 K., 01.10.2007, E. 1866/28586 K., Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, s.615.

şekilde artırımını ise mümkün görmemektedir<sup>1104</sup>. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay, toplu iş sözleşmesindeki 6 ayı aşan sürelerin bir yıla tamamlanacağı<sup>1105</sup>, toplu iş sözleşmesinde kıdem tazminatı hesabında her sezonun tam yıl sayılacağı, bir yıldan az sürelerin bir yıla tamamlanacağı yolundaki toplu iş sözleşmeleri hükümlerini Kanunun emredici hükmüne aykırı görerek geçersiz saymış<sup>1106</sup>, 300 günün tam yıl olarak hesaplanacağını öngören Toplu İş Sözleşmesi hükmüne de itibar etmemiştir.

Kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesinde ödenecek tazminatın T.C. Emekli Sandığına tabi olarak geçen hizmet süresine ait kısmı için ödenecek miktar, yaşlılık veya malullük aylığının başlangıcı tarihinde T.C. Emekli Sandığı Kanununun yürürlükteki hükümlerine göre emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktardan fazla olamaz (İş K.m 14/6) Öte yandan aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı ödenemez(İş K.m 14/8)<sup>1107</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu 120. maddesiyle 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. Maddesi dışında tüm maddelerini yürürlükten kaldırmıştır. 14. madde halen yürürlükte olmasına rağmen 98. maddede düzenlenen cezai hükümlerin kalkmasıyla kamu düzenini ilgilendiren hükümler dışındaki hükümler mutlak emredici nitelikten nispi emredici niteliğe bürünmüş olmaktadır. Bunlardan bir tanesi de kıdem tazminatı tavanı uygulamasıdır<sup>1108</sup>.

<sup>1104</sup> Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, s. 669.

<sup>1105</sup> "Kıdem tazminatı tavanı hizmet akdinin fesih tarihine göre belirlenir ve aşılamaz. Çalışılmış sürelerin kıdem tazminatı hesabında oldukları gibi dikkate alınacağı mutlak emredici hükümle düzenlendiği için toplu iş sözleşmesinde olsa dahi yıldan artan süreler tam yıla iblağ edilemez.", Y9HD. 12.3.1996, E. 1995/31229, K. 1996/5255; Ekonomi, Münir, **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Emsal Kararları**, Ankara, 1998, s. 93; Aynı yönde, Y9HD. 14.3.1996, E. 1995/31621, K. 1996/5329 - Ekonomi, 1996 Yılı Emsal Kararları, s. 94; Şen, Murat, **Hizmet Akdinin Bildirimli Feshinde Önel İçinde Gerçekleşen Kıdem Tazminatı Tavan (Üst Sınır) Artışı** (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), **Kamu-İş D**; C: 7, S: 1/2002, s. 6-7

<sup>1106</sup> YHGK, 02.11.1983, E. 734, K. 1119, Çenberci, s. 495.

<sup>1107</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh** Cilt-2, s.1001.

<sup>1108</sup> Aktay, A. Nizamettin, "**Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartlarının Hukuki Niteliği, Karar İncelemesi**", Sicil İş Hukuku D., S.18, Haziran 2010, s.99 vd.



Geçmiş yıllarda da kıdem tazminatına tavan getirilmiş ve bu hükme göre işçinin alacağı kıdem tazminatının, yürürlükteki asgari ücretin 30 günlüğünün 7,5 katını aşamayacağı öngörülmüştü. Ancak bu hüküm daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir<sup>1109</sup>.

## 2. Kıdem Tazminatının Hesaplanması

Kıdem tazminatının hesaplanmasında temel alınacak ücret, geniş anlamda ücrettir. Buna göre, söz konusu ücretin içine, her şeyden önce işçiye para olarak ödenmiş karşılık, yani nakden ödenmiş tutar girer. Sonra, işçiye "sağlanmış olan para ve parayla ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler" de, göz önünde tutulur (1475 sayılı İş K. m. 14/2). Kıdem tazminatı hesaplanırken, işçinin son ücreti göz önünde bulundurulur (1475 sayılı İş K.m 14/9). Eğer işçinin aldığı son ücret asgari ücretin altındaysa, o zaman kıdem tazminatı asgari ücret üzerinden hesaplanacaktır<sup>1110</sup>. Geniş ücretten kastedilen menfaatler: ikramiye, yol primi, yıpranma tazminatı, bayram harçlığı, konut yardımı, hizmet ikramiyesi, ağır ve tehlikeli işler zammı vb menfaatler kıdeme esas ücret kapsamındadır. Kıdeme esas alınacak olan menfaatleri ise şöyle sıralayabiliriz: Ürün yardımı, eğitim yardımı, ücretli izin parası, yolluk, otel ev gideri olarak ödenen paralar, geçici görev tazminatı, avans ödenmesi vb. menfaatlerdir.

Son ücret deyimi ile anlatılan iş sözleşmesinin sona erdiği andaki ücrettir<sup>1111</sup>.

<sup>1109</sup> Anayasa Mahkemesi, 23.01.1979 tarihli, E.1978/14, K.1979/6 sayılı kararı (RG. 14.04.1979, No.16609), Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, s.670.

<sup>1110</sup> Tunçomağ/Centel, s. 230-231.

<sup>1111</sup> "İhbar ve Kıdem tazminatının hesabına esas alınacak ücret, iş sözleşmesinin feshi tarihindeki ücrettir". 1475 sayılı İş Kanununun 14/9. maddesine göre kıdem tazminatı işçinin son ücreti üzerinden hesaplanır. İhbar öneli tanınmak suretiyle yapılan fesihte önelin bittiği tarihte fesih gerçekleştiğinden, önelin bittiği tarihteki ücret esas alınmalıdır. Bildirim öneli tanınmaksızın ancak ihbar tazminatı da tam olarak ödenmeden işverence yapılan fesih durumunda ise bildirim öneli sonuna kadar işyerinde uygulamaya konulan ücret artışından iş sözleşmesi feshedilen işçinin de yararlanması ve tazminatının bu artan ücret esas alınarak hesap edilmesi gerekir. Kıdem tazminatı hesabında ise

Feshin bildirimli ya da bildirimsiz olarak feshedilmiş olması durumlarında kıdem hesabı farklılık gösterir çünkü bildirimli ya da bildirimsiz fesih kıdem ne zaman bittiği ile ilgili farklılık gösteren durumlar içerir. Sözleşme işveren tarafından bildirim önellerine uyularak feshedilmişse, öneller sonunda bozulmuş sayılacağından, kıdem süresinin sona erdiği tarih olarak, önellerin bittiği tarihin dikkate alınması gerekecektir. Zira, 4857 sayılı Kanunun 17. maddesi hükmü, kolaylıkla bu sonuca varmamızı sağlayacak açıklıktadır. Bildirimsiz fesih durumunda ise bildirimsiz feshin hukuki niteliğinden kaynaklı olarak kıdem sonu değişiklik arz eder. Bildirimsiz fesih hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olup, hükmünü doğurması diğer tarafın kabulüne bağlı değildir. Bu bakımdan iradenin açıklandığı (karşı tarafa yöneltildiği) anda hizmet akdi sona erer; bildirimli fesih halinde olduğu gibi ihbar önellerine ilişkin sürenin kıdeme eklenmesi söz konusu olamaz<sup>1112</sup>.

## **F. Kıdem Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi**

### **1. Kıdem Tazminatının Alacaklısı**

Kıdem tazminatının alacaklısı işçidir; onun ölümü halinde kanuni mirasçılardır (1475 sk m. 14/14)<sup>1113</sup>. Burada kıdem tazminatı işçinin ölümüyle akdin son bulması üzerine onun (yalnızca) kanunî mirasçısına ödenebilecektir. 4721 sayılı Medeni Kanununun 439 ilâ 448. maddelerine göre kanunî mirasçılar, hısımlar (fûru, baba ve ana, büyük baba ve büyük ana, büyük baba veya büyük ananın baba ve anaları, nesebi sahih olmayan

---

dikkate alınması gereken ücret, işçinin brüt ücretidir. O halde, kıdem tazminatı, işçinin fiilen eline geçen ücreti üzerinden değil, sigorta primi, vergi sendika aidatı gibi kesintiler yapılmaksızın belirlenen brüt ücret göz önünde tutularak hesap edilmelidir. Y9HD. 4.7.2011, E 2009/14815, K 2011/21757. Çil, **Yargıtay İlke Kararları**, s. 816.

<sup>1112</sup> Usta, **Kıdem Tazminatı**, s. 288.

<sup>1113</sup> Yalnızca ölüm değil ölüm gibi sonuç doğuran ölüm karinesi ve gaiplik karinesinden hareketle mahkemece işçi hakkında gaiplik kararı verilmesi halinde de akit ölümle son bulmuş sayılır. Y9HD, 06.05.1997, E 1997/2723, K. 1997/8235, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.841.

hısımlar), karı-kocadan sağ kalan, evlatlığa alınan çocuk ve mirasçı bırakmaksızın vefat eden kimseler bakımından devlettir. Yasada açıkça yasal mirasçılardan söz edildiğinden mansup mirasçılar kıdem tazminatının alacaklısı olamazlar<sup>1114</sup>.

Oysa bir de kıdem tazminatını başka bir nedenle akdin sona ermesiyle hak eden işçinin henüz onu tahsil etmeden ölmesi hali vardır ve bu durumda kanunî-atanmış mirasçı ayırımı yapılmaksızın anılan kıdem tazminatı alacağı ve dolayısıyla alacaklı sıfatı miras hukuku kuralları çerçevesinde işçinin mirasçılarına (terekeye) intikal etmektedir (MK. m. 539).

Bunlar dışında önemli bir husus, işçinin yaptığı bir sözleşmeyle kıdem tazminatını alacağını başkasına devretmesi ve dolayısıyla da alacaklı sıfatının yine bir başkasında gerçekleşmesi durumudur. Gerçekten kıdem tazminatının ücret niteliği taşımaması ve ücretten farklı olarak kıdem tazminatı için bir devir yasağının bulunmaması sonucu, kıdem tazminatı alacağının kısmen veya tamamen bir üçüncü kişiye devri mümkündür (BK. 162 vd). İşte kıdem tazminatı alacağının üçüncü kişiye bütünüyle temlikinde sadece bu 3. kişi alacaklı sıfatına haizken, kısmen devri halindeyse işçi yanında kısmî alacaklı olarak yine 3. kişinin böyle bir vasfının bulunduğu söylenebilecektir<sup>1115</sup>.

## 2. Kıdem Tazminatının Borçlusu

Kıdem tazminatının borçlusu işverendir. İşverenin bu borcu kural olarak kişiseldir; kıdem tazminatından doğan sorumluluğunu, şahıslara veya sigorta şirketlerine sigorta ettiremez (m. 14/15). Buna karşılık m. 14/16'ya göre, "İşveren sorumluluğu altında ve sadece yaşlılık, malullük, ölüm ve toptan ödeme hallerine mahsus olmak kaydıyla Devlet veya kanunla kurulu kurumlarda veya % 50 hissedenden fazlası Devlete ait bir bankada veya bir

<sup>1114</sup> Usta, **Kıdem Tazminatı**, s.457.

<sup>1115</sup> Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, s.690-691.

kurumda işveren tarafından kıdem tazminatı ile ilgili bir fon tesis edilir.” Madde 14 son fıkraya göre de fon tesisi ile ilgili hususlar bir kanunla düzenlenir.

4857 sayılı İş Kanunu da Geçici 6. maddesinde, kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulacağını; buna ilişkin kanun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı Kanunun m.14 hükümlerine göre kıdem tazminatı haklarının saklı olduğunu belirtmektedir. İşyerini birlikte çalıştıranlar, yani müşterek işverenler, 818 sayılı BK m. 535'e göre kıdem tazminatından dayanışmalı olarak sorumludurlar. İşyerinin devir intikali halinde devreden ile devralan işverenin sorumlulukları, 1475 sayılı Kanun m. 14/2 ve 4857 sayılı Kanun m. 6'daki esaslara göredir<sup>1116</sup>.

Kamu işverenlerinin sorumluluğu açısından da kural olarak aynı esaslar geçerlidir. Ancak, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malûllük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiler bakımından kıdem tazminatının borçlusu son kamu kuruluşu işverenidir<sup>1117</sup>.

Öte yandan, İş Kanununda sözü geçen kaloriferli konut kapıcıları ile çalışmasını aynı işverene veya aynı konuta hasreden konut kapıcıları tarafından hak kazanılan kıdem tazminatının borçlusu, konutun maliki veya ortaklarıdır. Konut yöneticisi işveren vekili olup, malî sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>1118</sup>.

Borçlu sayısının birden fazla olduğu durumlar çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki tüzel kişiliği bulunmayan bir işyerinin ortaklaşa işletilmesidir. Bu durumda ortaklardan her biri İş Kanunu açısından işveren

<sup>1116</sup> Mollamahmut, **3. Bası**, s. 841-842.

<sup>1117</sup> Usta, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.665.

<sup>1118</sup> 1475 sayılı Kanuna 22.2.1979 tarih ve 2184 sayılı Kanunla eklenen Ek madde 1.

sayılır ve çalıştırdıkları işçilerin iş sözleşmesinden ya da iş kanunlarından doğan haklarından birlikte ve müteselsilen sorumlu olurlar<sup>1119</sup>.

Asıl işveren alt işverenin elemanlarına karşı, ihale tarihinden sonraki hizmetleri bakımından ve alt işverenin sorumlu olduğu tutarla sınırlı şekilde sorumlu olur<sup>1120</sup>.

Ödünç iş ilişkisinde, bir işverenin kendi işçisini işçinin de rızasıyla iş görme edimini yanında ve yönetimine bağlı biçimde yerine getirmek üzere geçici bir süre için bir başka işverene vermesiyle oluşturduğu söylenebilecek ödünç iş ilişkisinde hizmet akdi ödünç esnasında da varlığını sürdürdüğünden, ödünç işçinin tüm süre için kıdem tazminatından ödünç verenin (işçinin işvereni sıfatıyla) sorumlu olacağı açıktır<sup>1121</sup>. Ödünç veren yanında her bir ödünç alanın da işçinin kendi yanındaki hizmet süresiyle ve hizmetin ücretle sınırlı biçimde sorumluluk taşıması gerekip gerekmediği İş K. 7/4'deki ait işveren işçisiyle ilgili hükümden hareketle ele alınabilir<sup>1122</sup>.

<sup>1119</sup> "1966 tarihinden sonraki çalışmalarının yeni bir İşyerinde ve yeni bir işveren nezdinde geçmiş olduğunun kabulü gerekir. Fakat burada davalı (K) yönünden aynı işverenin değişik işyerlerinde çalışma söz konusudur. Böyle olunca davacının 1955-1977 yılları arasında geçen tüm hizmet süresi için, son ücrete göre hesap edilecek kıdem tazminatının 1965 yılına kadar olan miktarından davalı (K.)'ın müstakil olarak 1966-1977 arasına isabet eden miktarından ise, davalı (K.) da dahil tüm davalıların müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaları gerekecektir. O halde davacının kıdem tazminatı buna göre hesaplanmalı, bulunacak miktarın tümünün 1955-1965 arasına isabet eden kısmının tümünün müstakil olarak davalı (K.)'dan 1966-1977 arasına isabet eden kısmının da rücu hakları saklı olmak üzere (K.)'da dahil tüm davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmelidir". Y9HD, 21.6.1984, E 5808/K 6825, Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s. 738

<sup>1120</sup> "Davacı, Yaşar İnşaat işyerinde çalışmakta iken, Adana, Büyükşehir Belediyesi Temizlik İşlerini 1.5.1988 tarihinde Yaşar İnşaat'a ihale etmiştir. Yaşar İnşaat Şirketi 1.5.1988 tarihinden itibaren kendi işçileri ile Belediyenin temizlik işlerini yapmayı üstlenmiştir. Buna göre davalı Belediyenin davacıya karşı ihbar ve kıdem tazminatından sorumluluğu 1.5.1988 tarihinden sonraki hizmet süresi için söz konusu olur. 1.5.1988 tarihinden önceye ait Yaşar İnşaat'ta geçen çalışmalarından sorumlu tutulamaz. Zira İş Kanununun 14. maddesi anlamında bir devir veya herhangi bir suretle el değiştirme durumu yoktur. Bu husus gözetilmeden hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir. Önceki kısmi davanın kesinleşmiş olması niteliği itibarıyla bu duruma etkili değildir". Y9HD. 21.4.1992, E, 1912/K 4565, Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s. 736.

<sup>1121</sup> Ödünç işçinin kıdem tazminatı hakkında bkz. Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Başkasına İşçi Verme, **İst. Baro. D**, Çalışma Hakkı Hukuku Komisyonu Bülteni, 1997/2, 83-86

<sup>1122</sup> Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, s.645.

### 3. Kıdem Tazminatında Zamanaşımı

Bilindiği gibi zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu eksik bir borç haline dönüştürür ve dolayısıyla alacağın dava edilebilme özelliğini ortadan kaldırır. Zamanaşımı, BK m. 140. (TBK m. 161) maddesinde yer alan (...ileri sürülmezse, hakim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz...) kuralında da vurgulandığı gibi, kişisel bir savunma nedeni olup, bütün öteki savunmalarda da olduğu gibi ve özellikle itiraz nedenlerinden farklı olarak savunulmadığı zaman mahkemece re'sen gözetilemez ve uygulanamaz. HMK 25. maddesi de taraflarca getirilme ilkesi başlığı altında kanunda gösterilen istisnalar dışında iki taraftan birisinin söylemediği şeyi kendiliğinden dikkate alamaz. Demek oluyor ki, zamanaşımının davayı etkisiz bırakması kendiliğinden gerçekleşmemekte ve ancak borçlunun iradesine bağlı bulunmaktadır<sup>1123</sup>. Bu itibarla, zamanaşımı savunması ileri sürülürse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir<sup>1124</sup>.

Dava zamanaşımı ile ilgili temel birkaç hususa değindikten sonra kıdem tazminatında zamanaşımına dönecek olursak; kıdem tazminatı, Borçlar Kanunu m. 125'e göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Kıdem tazminatı ödenmeyen ya da eksik ödenen işçi, bu süreyi geçirmeden talepte bulunmalı ve gerekiyorsa dava açmalıdır. Aksi halde işveren, zamanaşımı savunmasında bulunarak, kıdem tazminatı ödemekten kurtulabilir. Yargıtay içtihatları da bu yönde istikrar kazanmıştır<sup>1125</sup>.

<sup>1123</sup> Usta, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.760.

<sup>1124</sup> YHGK. 2.11.1983 T., E. 11-2802, K. 1047, Usta, s.760.

<sup>1125</sup> Davacının 1984 - 1996 yıllarında çalıştığı yerleri işverenleri 1475 sayılı Yasanın 14/7. maddesinde sayılan kamu kuruluşlarından olmadığından aynı yasanın 14/4. maddesinin uygulanma olanağı mevcut değildir. Dava konusunda uygulanması gereken 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesidir. Nitekim davacı davalı işverene ait işyerinde 1976 14.06.1984 tarihleri arasındaki geçen çalışmalar ile ilgili olarak kıdem tazminatı talep

Zamanaşımının başlangıcı ise kıdem tazminatı hakkının doğumu daha doğru bir anlatımla istenebilir duruma gelmesi tarihi olması gerekir. Bu tarih ise sözgelimi kıdem tazminatının iş sözleşmesinin feshiyle doğuşu durumunda feshin kesinleştiği kıdem tazminatının ölümle gerçekleştiği durumlarda ise ölüm tarihleridir. Bu tarihten başlayarak kıdem tazminatı 10 yıl içerisinde her zaman istenebilir. Elde edilemediği durumda yine bu süre içerisinde mahkemeye başvurulabilir. Ancak, işveren defi hakkını kullanmazsa veya süre aşımı dolmasına karşın borcunu öderse, ödeme geçerli bir işlem olacaktır. Çünkü süre aşımı dolmasına karşın işçi için bu alacak dayanaksız değildir. Bu sebeple böyle bir borcu ödemiş bulunan bir işveren süre aşımından söz ederek ödediğini geri isteyemez. Çünkü ödediği kıdem tazminatı onun borcudur<sup>1126</sup>.

Yargıtay kararına konu olan olayda davacı işçi işyerinde 1972 yılından 1981 yılına kadar çalışmış araya bir fasıla girdikten sonra tekrar aynı işyerinde çalışan işçi 1989 yılında emekli olmuştur. İş mahkemesi kıdem hesabında 1981 yılından önceki dönemleri göz önünde bulundurmamıştır. Yüksek mahkeme yerinde olarak on yıllık süre aşımı süresinin iş sözleşmesinin emeklilik nedeniyle son bulunduğu 1989 yılından itibaren işlemeye başladığını, önceki döneminde göz önünde tutularak kıdem tazminatının hesaplanması gerektiğini kararlaştırmıştır. Gerçekten, işçinin kıdemini aynı işverene ait işyerinde fasıllı olarak yaptığı çalışmaların birleştirilerek hesaplanması durumunda önceki dönem çalışması yönünden süre aşımının işlememesi gerekir<sup>1127</sup>.

#### 4. Kıdem Tazminatının Gecikme Faizi

---

etmektedir. Davacının ilk hizmet süresi sona erdikten on iki yıl geçtikten sonra tekrar 18.06.1996 yılında yeni bir hizmet akdi ile işe başlamıştır. Somut olayda davacının davalı işverende yaptığı ilk çalışma ile son çalışma arasında on yıllık genel zaman aşımı süresi geçmiştir. İsteğin reddi gerekirken Yasanın yanlış yorumuyla yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.", Y9HD, 23.12.2003 T, 2003/11071 E, 2003/22578 K, Kılıçoğlu, Şenocak, **Şerh**, Cilt-2, s.1031-1032.

<sup>1126</sup> Abbasgil, s.333-340; Anadolu, s.325-326.

<sup>1127</sup> Süzek, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2001, s.61.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde 2869 sayılı Kanunla yapılan bir değişiklikle, kıdem tazminatının ödenmemesi ve işçinin dava yoluna başvurması halinde mahkemece işverene hükmedilecek tazminattan başka ödenecek yasal faiz oranının düşüklüğü nedeniyle, uzayan davalar karşısında işçilerin zor duruma düşmelerini önlemek ve tazminatların ödenmemesi durumlarına karşı etkili bir önlem getirilmek istenmiştir. Kanuna göre, kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davaların sonunda hâkim, gecikme için, ödenmeyen süreye göre, mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmeder ( İş K. m. 14/11)<sup>1128</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önceleri en yüksek mevduat faizi olarak Merkez Bankası'nın verilerini almış daha sonra ise uzunca bir dönem Kamu Bankalarının uyguladıkları en yüksek mevduat faizini geçerli kılmıştır. Ancak bu uygulamalarda veri olarak Merkez Bankası'na ulaşan bilgilerin bankaların fiilen uyguladıkları en yüksek faiz oranları olmayıp uygulayabilecekleri alt ve üst limitler olduğu gerçeğinden hareketli buradaki en yüksek oranların dikkate alınmasının hak ve nesafet kurallarını yansıtmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Son dönemde bu görüşünden de vazgeçerek kamu bankalarının değil özel bankaların fiilen uyguladıkları mevduat faizlerinin en yüksek oranlarına dönüş olmuştur. Burada gerek kanun koyucunun ve gerekse Yargıtay'ın sürekli arayışı ve amacının temelinde işçilerin kıdem tazminatlarının geç ödenmesinden dolayı zarara uğramamaları ve korunmaları yatmaktadır. Kıdem Tazminatları için yüksek faiz uygulaması yapılarak işverenleri Kıdem Tazminatı'nı beklemeksizin ödemeye teşvik etmek düşüncesi de göz ardı edilemez<sup>1129</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 9. ve 12. Hukuk Daireleri verdikleri kararlarda artık sanal oranların değil gerçekte "fiilen uygulanan oranların"

<sup>1128</sup> Faize ilişkin bilgi için Balkır, Zehra Gönül, "Türk İş Hukukunda Gecikme Faizi ve Sorunları", **Çim. İşv. D.**, Mart 2001, s.11-14; Günay, "İş Hukukunda Faiz ve Uygulaması", **Kamu-İş Der.**, Yargıç, Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Cilt-6, 2002, Sayı:4, s. 112-119

<sup>1129</sup> Ülgen, Celal, "yargıtay kararları ışığında kıdem tazminatlarında en yüksek mevduat faizi uygulaması ve uygulamada süregelen yanlışlıklar", **Ali Güneren'e Armağan**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010, s.103.



esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Bunun için de öncelikle kıdem tazminatı ile ilgili en yüksek faizin tarafların bildireceği özel bankalardan sorulması ve gelen bu yazı cevapları üzerine dosyanın bilirkişiye verilerek saptanan en yüksek mevduat faizinin birer yıllık dönemler halinde kıdem tazminatı alacağına uygulanması gerekir<sup>1130</sup>.

Kıdem tazminatı için uygulanacak bu faiz, fesih tarihinden itibaren yürütülür<sup>1131</sup>. Ödenmemiş kıdem tazminatı için faiz, dava tarihinden değil, temerrüt tarihinden itibaren hesaplanmak gerekir. Kıdem tazminatının ödenmediği süre için işletilecek "Mevduata uygulanan en yüksek faiz" sözleri, vadeli veya vadesiz mevduata uygulanan en yüksek faize işaret eder<sup>1132</sup>. İşçinin ölümü halinde faizin başlangıç hesabında ölüm tarihi esas alınır. Yargıtay'a göre, mevduata uygulanan en yüksek faizin hesaplanmasında faiz miktarlarının yıllık dönemler itibariyle göz önünde tutulması gerekir<sup>1133</sup>. Faiz tutarı, dönem tarihlerinin başlangıcında bir yıllık mevduata kamu bankalarının fiilen uygulanan en yüksek oranın bankalara sorulup tespitinden sonra hesaplanır. Merkez Bankası kayıtlarına göre hesap yapılması hatalıdır<sup>1134</sup>.

Kıdem tazminatı faizinin tediyesinde temerrüt nedeniyle tekrar faiz uygulanamaz. Yargıtay, BK m. 104/son (TBK m. 121) uyarınca kıdem

<sup>1130</sup> Ülgen, s.104.

<sup>1131</sup> YHGK, 6.11.1996, E. 1996/9-636 K. 1996/754. **Teks. İşv. D**, Nisan 1997, 14; Y9HD, 21.9.1998, E. 1998/12747 K. 1998/13594, **Çim. İşv. D**, Kasım 1998, 31; 4.5.1999, E. 1999/4414 K. 1999/8378, **YKD**, Nisan 2000. 552-553. 20.1.2000, E. 1999/18181 K. 2000/237, **İşv. D**, Nisan 2000, 16-17; 21.6.2005, E. 2004/26646 K. 2005/22235, **Legal İHSGHD**, Temmuz 2005, 2517-2518; 18.9.2009, E. 2008/6469 K. 2009/23426, **Legal İHSGHD**, 2009/24, 1633-1635. Ancak kurala göre, emeklilik nedeniyle işten ayrılmada işçinin Kuruma başvurusunu belgelemesi durumunda faizin başlangıcı belgenin işverene verildiği tarihtir, Çelik, 23. Bası, s.328.

<sup>1132</sup> Tunçomağ/Centel, s.233.

<sup>1133</sup> Y9HD, 7.5.2007, E. 2006/29525 K. 2007/14135, **Çalışma ve Toplum EHD**, 2007/14, 248-249; 24.9.2008, E. 2007/27654 K. 2008/24625 ve K. Y. Dönmez'in incelemesi, **Sicil İHD**, Eylül 2009, 112-119; ödenmeyen günler için faiz miktarı yıllık faiz oranının 365'e bölünmesi suretiyle bulunur, Y9HD, 8.12.1997, E. 1997/18156 K 1997/21846, Ekonomi, 1997 Yılı Emsal Kararları, Ankara, 2000, s.96-97.

<sup>1134</sup> Y9HD, 7.5.2007, E. 2006/29525, K. 2007/14135, **Çalışma ve Toplum D**, 2007/14, s. 248-249; Çelik 23. Bası, s.329.

tazminatı faizine ayrıca dava tarihinden itibaren kanuni faiz uygulayan mahkeme kararını bozmuştur<sup>1135</sup>.

İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 13.2.1987 tarih ve E. 1986/6, 1987/1 sayılı kararına da konu olan 9HD. 16.10.1985, E.6951, K.9466; 4.11.1985, E.811, K. 10025 ve 9.4.1986, E.2571, K.3868 sayılı Yargıtay kararlarında toplu iş sözleşmelerinde öngörülen gecikme zammının, faiz niteliği taşıdığı; bu nedenle gecikme zammı yanında ayrıca kıdem tazminatı faizine hükmedilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>1136</sup>.

Eğer kıdem tazminatı, ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin kabul edilmiş ise, faiz talep edilemez. Zira, BK 103'e (TBK m. 120) göre, asıl borcun ödeme veya başka bir yolla kalkması halinde ona bağlı fer'i haklar da ortadan kalkar<sup>1137</sup>. Ancak, işlemiş faizleri talep hakkının saklı tutulduğu önceden beyan edilmiş veya halin icabından anlaşılıyorsa faiz talep edebilecektir (BK 113 veya TBK 131)<sup>1138</sup>.

Bazı durumlarda işçinin uğramış olduğu zarar geçmiş günler faizinden daha fazla olabilmektedir. Hukukumuzda munzam zarar diye adlandırılan bu zararın BK m. 105'e (TBK m. 122) göre tazmini mümkün bulunmaktadır. Munzam zararlar ilgili olarak alacaklı işçi açtığı davada bu zararı iddia ve ispat ettiği takdirde bunu borçlu işverenden alabilecektir. İşveren ise munzam zarar konusunda kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispatlamak suretiyle borçtan kurtulabilecektir<sup>1139</sup>.

<sup>1135</sup> Y9HD. 18.4.1990, E.1990/1331, K.1990/5126.

<sup>1136</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.844.

<sup>1137</sup> Borçlar Kanununun 113. maddesine göre davacı, kıdem tazminatını, ihtirazi kayıt koymaksızın almışsa, artık onun fer'isi niteliğinde bulunan gecikme faizini isteyemez. Y9HD. 13.4.1992, E. 1991/16468, K.1992/4080, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.844.

<sup>1138</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.844-845.

<sup>1139</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.759.

Kıdem tazminatının geç ve parçalar halinde ödendiği durumlarda yapılan kısmi ödemeler BK m. 84 (TBK m. 100) uyarınca öncelikle faiz ve masraflara mahsup edilir<sup>1140</sup>.

### **G. Sosyal sigorta Primleri Yönünden Kıdem Tazminatı**

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "prime esas kazançlar" başlıklı (Değişik: 17/4/2008-5754/47 m.) 80. maddesinin a bendinde Sigortalıların prime esas kazançlarının hesabında: Hak edilen ücretlerin, Prim, ikramiye ve benzeri nitelikte olup o ay içinde sigortalılara yapılan ödemelerin brüt toplamı esas alınacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin b bendinde ise prime esas kazançta tabii tutulacak ödemelerin istisnaları sayılmış ve bu istisnalar arasına aynı yardımlar ile kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme ve ihbar tazminatı da dahil edilmiş ve açık bir şekilde bu ödemelerin prime esas kazançta tabii tutulmayacağı belirtilmiştir.

Zaten işçinin işyeri ile olan hukuki bağı, iş sözleşmesinin feshi ile sona erdiğinden, kıdem tazminatı sigorta primine esas kazançta dahil edilemez<sup>1141</sup>.

### **H. Vergi Hukuku Yönünden Kıdem Tazminatı**

Gelir Vergisi Kanununun 25. maddesinin 7. fıkrası uyarınca İş Kanunu ile Deniz İş Kanununa göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile Basın İş Kanununa göre ödenen kıdem tazminatlarının 24 aylığı aşmayan, tutarı gelir vergisi dışında tutulmuştur<sup>1142</sup>. Her ne kadar 1475 ve 854 sayılı Kanunlara göre ödenen kıdem tazminatlarının gelir vergisinden istisna edileceğine dair sınırlama getirmeyen söz konusu hüküm mevcut ise de, bu istisnaya sınırlama getirmeyen hükmün gerekçesi; 854 sayılı Kanun'la ve

<sup>1140</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.761.

<sup>1141</sup> Şakar, **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, s. 154-155; Şakar/Yiğit Şakar, s.33.

<sup>1142</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.710.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi ile ödemeye ilişkin üst sınırın (en yüksek devlet memuruna ödenen kıdem tazminatı tavan miktarını aşmamasına ilişkin hükmün) getirilmesi ve bu sınırın üstünde de kesinlikle ödeme yapılmaması esasına bağlı olmasıdır<sup>1143</sup>.

Gelir vergisi kanunu'na göre, kıdem tazminatının tavanı aşan kısmı gelir vergisine tabiidir.

Burada bahsedilen 1475 sayılı kanuna yapılan atıf 4857 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi gereğince 4857 sayılı kanuna yapılmış sayılmakla birlikte 1475 sayılı kanunun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi yürürlükte olduğundan bu maddeye yapılmış sayılır.

## II. İHBAR TAZMİNATI

İş sözleşmesinin sona erme hallerinden birisi de iş sözleşmesinin fesih bildirimiyile sona ermesidir. Buna göre; iş sözleşmesi işçi veya işverenin tek taraflı bir irade beyanı ile sona erdirilebilir. Taraflardan birinin sözleşmeyi sona erdiren irade beyanına fesih bildirimini denir. Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi İş Kanunu'na göre de, belirsiz süreli sözleşmelerde taraflardan biri öteki tarafa bir süre vererek fesih bildiriminde bulunabileceği gibi, (İş K. m. 17, BK m. 340 veya TBK m. 430, 431) belirsiz veya belirli süreli olan sözleşmelerde haklı bir nedenin varlığı halinde süre vermeksizin fesih bildiriminde bulunabilir<sup>1144</sup>.

İş K. m. 17'de, "İş sözleşmeleri;

\* İşi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,

<sup>1143</sup> Cenk, s.462.

<sup>1144</sup> Çelik, **24. Bası**, s.191.

\* İŖi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüŖ olan iŖçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından baŖlayarak dört hafta sonra,

\* İŖi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüŖ olan iŖçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından baŖlayarak altı hafta sonra,

\* İŖi üç yıldan fazla sürmüŖ iŖçi için, bildirim yapılmasından baŖlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiŖ sayılır.

Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir.

Bildirim Ŗartına uymayan taraf, bildirim süresine iliŖkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır.” Ŗeklinde düzenlenmiŖtir.

## **A. İhbar Tazminatının Tanımı ve Hukuki Niteliği**

### **1. Tanımı**

Süresi belirli olmayan sürekli hizmet akitlerinin bildirim Ŗartına uyulmadan feshi hallerinde, Ŗarta uymamıŖ olan taraf, bildirim sürelerini karŖılayan ücret tutarındaki bir parayı diğer tarafa ödemek zorundadır ki, uygulamada ve öğretide buna ihbar tazminatı denilmektedir<sup>1145</sup>.

Bir tanıma göre, ihbar tazminatı, fesihte bulunan tarafın, bildirim sürelerine uymaması halinde ödenmesi gereken, miktarı kanunla belirlenmiŖ bir para tutarıdır. Bir baŖka tanıma göre de, ihbar tazminatı, süresi belirli olmayan sürekli iŖ sözleşmelerinin bildirim Ŗartına uyulmadan feshi

---

<sup>1145</sup> Usta, **İŖ Hukukunda Tazminatlar**, s.787.

hallerinde, şarta uymamış tarafın, diğer tarafa ödemek zorunda olduğu, bildirim sürelerini karşılayan ücret tutarındaki bir paradır<sup>1146</sup>.

İhbar tazminatı, İş Yasalarında, belirsiz süreli sürekli hizmet akitlerinin taraflarca feshinden evvel, önceden haber verme suretiyle bir fesih güvencesi sağlamak amacıyla yer almıştır. İş ilişkisi kesilen kimse için bir güvence olması yanında fesheden ve ilişkiyi kesen için de yasal bir sorumluluk ve zorunluluktur. Bu sorumluluğu yerine getirmeyen taraf için yasada veya sözleşmede belirlenen önel süreleri karşılığı ihbar tazminatı öngörülmüştür. İhbar tazminatının, iş hukukunun temel ve vazgeçilmez ilkeleri arasında yer almasının nedeni kısaca budur<sup>1147</sup>.

Bildirim şartına uyulmaması nedeniyle ödenmesi gereken ihbar tazminatı ile karşılanamayacak ölçüde maddi veya manevi zarara uğrayan gerek işçi gerekse işveren tarafı karşı taraftan ayrıca tazminat isteyebilir<sup>1148</sup>.

## 2. Hukuki Niteliği

İhbar tazminatı ödenmesiyle ilgili yasal düzenleme İş Kanununun 17. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshedilmeden önce gerekli bildirim sürelerine uyularak bu durumun karşı tarafa bildirilmesi gerektiğini belirterek, ihbar tazminatının doğma nedenlerini kanunen ortaya koymuştur.

Yukarda da değinilmiş olduğu gibi ihbar tazminatının hukuki niteliği konusunda değişik görüş ve uygulamalar bulunmaktadır. Bunların bir kısmında ihbar tazminatı tazminat, diğer bir kısmında ücret şeklinde görülürken, söz konusu tazminatı özel nitelikte bir ödeme olarak kabul edenler de vardır. Nitekim, Mollamahmutoğlu/Astarlı, ihbar tazminatının

<sup>1146</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.677

<sup>1147</sup> Y9HD, 26.2.1985 T., E. 1984/11722, K. 1985/1522, Usta, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.787.

<sup>1148</sup> Şakar, **İş Hukuku Uygulaması**, s.142.

teknik anlamda bir tazminat olmayıp kanundan doğan bir tazminat olduğu görüşündedir<sup>1149</sup>. Yargıtay'a göre ihbar tazminatı, hizmet akdinin süre verilmeden feshi durumunda işçinin yeni iş buluncaya kadar boşta geçireceği günlerin tazminatıdır. Hatta Yargıtay'ın bazı kararlarında söz konusu ödemenin işsizlik tazminatı olduğu belirtilmiştir<sup>1150</sup>. Kaplan-Senyen'e göre bu tazminat, ihbar önellerine uymayan tarafa uygulanan cezai bir müeyyide mahiyetinde özel hukuka ilişkin cezai bir tazminattır<sup>1151</sup>. Yine Kılıçoğlu/Şenocak'a göre de ihbar tazminatı kanundan doğan götürü bir tazminattır<sup>1152</sup>. Usta'ya göre ihbar tazminatı iş güvencesi sağlama amacına yönelik olan bir tazminattır<sup>1153</sup>. Ekonomi, ihbar tazminatını bildirim süresine saygı şartını emredici bir kural olarak koyan hükme aykırı davranışın hukuki bir yaptırımını olarak görmektedir<sup>1154</sup>. Ona göre söz konusu tazminat teknik ve genel hükümlerde olduğu gibi bir zarar karşılığı kabul edilmemiş, bildirim koşuluna gerektiği gibi uyulmasını sağlamak amacı yanında, diğer taraf için doğabilecek zararı da karşılayacak çift karakterli özel bir tazminat olarak kabul edilmiştir. Çift amaca yönelik olmasının sonucu, bildirim sürelerine uyulmadan yapılan fesihte karşı taraf bir zarar görmese dahi ihbar tazminatı istemek hakkı vardır. Bu bakımdan, işverenin önceden bildirimde bulunmaksızın işten çıkardığı işçi hemen veya birkaç gün sonra iş bulsa ya da benzer şekilde bildirim sürelerine uymaksızın işyerini terk eden işçinin yerine işveren işçi bulsa dahi karşı taraftan ihbar tazminatı isteyebilecektir. Çenberci de, ihbar tazminatına ilişkin hükümlerle Yasa Koyucunun fesih bildiriminde bulunan tarafı süre tanımaya zorlama amacı taşıdığı, yoksa bu yüzden uğranılan zararı ya da yoksun kalınan ücreti karşılamak amacı gütmeyeceği düşüncesindedir. Bu bakımdan fesih bildiriminde bulunan tarafın

<sup>1149</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.817-818.

<sup>1150</sup> Y9HD 31.12.1965 T., E.10578, K.10295, Çenberci, s.337.

<sup>1151</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan-Senyen, **4. Baskı**, s.156.

<sup>1152</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s.313; Akyiğit, İş Güvencesi, s.29; Süzek, 7. Baskı, s.471.

<sup>1153</sup> Usta, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.787.

<sup>1154</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında da ihbar tazminatı aynı nitelikte görülmektedir. Bkz YHGK 29.5.1963 T., E.3/39, K.59, Ekonomi, Münir : "Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Açısından Yargıtay Kararlarının Etkisi", Yargıtay Dergisi, S.1-4 (Ocak-Ekim 1989), Özel Sayı, s.449, 451.

karşı tarafa süre tanımamasından dolayı süreye ilişkin ücret tutarını ödemesi, tazminat ya da ücret düşüncesine değil, süre tanımaya zorlama amacının gerçekleştirilmesine yöneltmiş medeni bir ceza esasına dayanmaktadır<sup>1155</sup>.

İhbar tazminatı, Yargıtay tarafından "iş akdini fesheden taraf için değil, karşı taraf yararına iş güvencesi olarak getirilmiş, önele bağlı bir tazminat türüdür. Böyle olunca, iş akdini fesheden taraf ihbar tazminatını isteyemez<sup>1156</sup>." şeklinde tanımlamış ve karara bağlamıştır.

İhbar tazminatının, teknik anlamda bir tazminat olmadığı anlaşılmaktadır. Usulsüz fesihte bulunan tarafın, bu tazminatı ödeme yükümlülüğü, kusur ve zararın mevcudiyetine bağlı değildir. Diğer bir anlatımla, fesihte bulunan tarafın kusurlu olup olmaması önem taşımadığı gibi, diğer tarafın, feshin usulsüzlüğünden doğan bir zarara maruz kalması ve bunu da ispat etmesi aranmaz. Kanuna göre, bildirim şartına uymamak; yani bildirim süresine uymamak, ihbar tazminatının talep edilebilmesi için gerekli ve yeterli bir koşuldur<sup>1157</sup>.

## **B. İhbar Tazminatı İsteyebilme Koşulları**

### **1. İş Kanuna Tabi İşçi Olma**

İş Kanunu'nun 17. maddesi ile düzenlenen ihbar tazminatı, İş K. m. 2 anlamında işçi niteliğini taşıyan kişilere ödenebilecek bir paradır. İhbar tazminatına hak kazanılabilmesi için, kişinin işçi niteliğini taşıması da yeterli olmamakta, yapılan iş ve çalışılan işyerlerinin 4. maddedeki istisnalar arasına girmemiş olması gerekmektedir<sup>1158</sup>. Aynı zamanda ihbar tazminatına hak kazanabilecek kişinin Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında

<sup>1155</sup> Çenberci, s.336, 337; Saracel, s.5.

<sup>1156</sup> Y9HD. 24.3.1988 T, E. 3199, K. 3417, **YKD**, S: 11, Kasım 1988, s. 1527,1528.

<sup>1157</sup> Ancak, süreli feshine ilişkin hükümlere uymaksızın sözleşmenin feshedilmesinin kusurlu bir davranış olduğunda kuşku yoktur, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.678.

<sup>1158</sup> Usta, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s. 790.



çalışan olması da ihbar tazminatına hak kazanmasına engel değildir. İş sözleşmesinin gerekli önellere uyulmadan feshedilmesi durumunda sözleşme aleyhine feshedilen taraf ihbar tazminatına hak kazanırken kendisi iş sözleşmesini usulsüz fesheden taraf ihbar tazminatı ödemek durumundadır.

## 2. Süresi Belirsiz Sürekli İş Sözleşmesi ile Çalışma

Belirli süreli iş sözleşmelerinde ihbar tazminatı gündeme gelmez<sup>1159</sup>. Ancak belirli süreli iş sözleşmesi akdedilmesine rağmen, İş Kanununun 11. Maddesindeki koşulları taşııyorsa, belirsiz süreli sayılacağından, usulsüz fesih ihbar tazminatının ödenmesi sonucunu doğurabilecektir<sup>1160</sup>. Bunun gibi iş sözleşmesi belirsiz süreli olmasına karşın, fesih dışındaki başka bir şekilde, örneğin, tarafların anlaşması (ikale), işçinin ölümü nedeniyle sona ermişse ihbar tazminatı talep edilemez<sup>1161</sup>. İhbar tazminatı, İş Kanununun 10. maddesinin 2. fıkrası gereği, sadece sürekli işlere ilişkin iş sözleşmelerinde uygulanır. Ancak belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshi (haklı nedenin bulunmaması, ispat edilememesi veya feshin hak düşürücü süreler dolduktan sonra yapılması) halinde ihbar tazminatı gerekir; zira, bildirim süresi, belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde öngörülmemiştir; haklı neden yoksa, belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirim şartına aykırı olarak feshi, yani; usulsüz feshi gündeme gelmiş olur<sup>1162</sup>.

Özetle 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca ihbar tazminatı talebinde bulunabilmek için işyerinin İş Kanunu'na tabii ve iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olması gerekmektedir. Sözleşmenin tam zamanlı veya kısmi zamanlı olması önemli değildir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde

<sup>1159</sup> Y9HD, 23.02.2006, E. 2005/21753, K. 2006/4591 Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s.312.

<sup>1160</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s.312.

<sup>1161</sup> Deniz İş Kanununun 4. bendinde "..... Geminin Türk bayrağından ayrılması halinde hizmet akdi kendiliğinden bozular" denilmektedir. Buna göre, geminin Türk bayrağı taşıma hakkını sonlandıracak şekilde satılması halinde işverenin ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır..." Y9HD, 16.2.2006, E. 2005/20310, K. 2006/3814, Kılıçoğlu, Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s.312.

<sup>1162</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.679.

sözleşmenin bitim tarihi taraflarca bilindiğinden tarafların ihbar tazminatı talebi hukuken mümkün değildir. İş sözleşmesi işverence haklı neden iddiası (4857/25-II) ile sona erdirilen işçilerin konuyu yargı mercilerine taşımaları halinde böyle bir nedenin mevcut olmadığı veya öne sürülen nedenin varlığı kanıtlanamaması halinde yapılan fesih haksız fesih sayılarak ihbar tazminatına hükmedilebilmektedir.

Mevsimlik işlerde ise, mevsimin sona ermesi ile iş sona ermeyip tatile uğrar. Yani askıda kalır. Müteakip mevsim başlangıcında kadar işçi işyerinde çalışmak zorunda değildir; işveren de ücret ödemekle yükümlü değildir. Örneğin, bir pres veya çırçır fabrikası yahut turistik otel ya da köy hizmetleri yol bakım işlerinde çalıştırılan işçilerin çalışmaları bu niteliği itibariyle süreksiz ve belirli süreli değil; süresi belirsiz sürekli çalışmadır. Ancak, işveren işçiyi yeni mevsimde işe almayacağını ihbar ettiği takdirde, hizmet sözleşmesi mevsimin bitimiyle sona erer ve işçi ihbar tazminatına hak kazanır<sup>1163</sup>.

İşveren böyle bir ihbarda bulunmaz ve işçi yeni mevsimin başında işe alınmazsa, iş sözleşmesi yeni mevsim başında bozulmuş olur ve elbette ki işçi de ihbar tazminatına hak kazanır<sup>1164</sup>.

### 3. İş Sözleşmesinin Bildirimsiz Fesh Edilmesi

Fesih, varması gerekli irade beyanı olduğundan, işçiye veya yetkili temsilcisine ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Buna göre, sınırlı ehliyetsiz bir işçi karşısında beyan edilen fesih, fesih bildirimini kanuni temsilciye varmasıyla geçerli olur. Fesih bildirimini, küçüğe hitaben yapılsa bile kanuni temsilci bildirimden haberdar olduğu anda, fesih hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Birlikte temsilin söz konusu olduğu hallerde, pasif temsil yönünden birlikte temsil yetkisine sahip temsilcilerden herhangi

<sup>1163</sup> Usta, *İş Hukukunda Tazminatlar*, s.793.

<sup>1164</sup> Usta, *İş Hukukunda Tazminatlar*, s.793.

birisinin temsil yetkisi vardır. Dolayısıyla, birlikte temsilcilerden birine ulaşan fesih, hüküm ve sonuç doğurur<sup>1165</sup>.

Belirtilen usule uymadan yapılan fesihte İhbar tazminatı, usulsüz feshe maruz kalan muhatap tarafından talep edilebilir. Dolayısıyla, iş sözleşmesini işçi usulsüz feshetmişse, işveren; işveren usulsüz feshetmişse işçi isteyebilir. Buna rağmen, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesheden taraf dahi ihbar tazminatı talep edemez<sup>1166</sup>. Çünkü, tekrar vurgulamak gerekirse, ihbar tazminatı, iş sözleşmesinin, usulsüz fesheden tarafın, sözleşmenin usulsüz feshe muhatap olan karşı tarafına ödemesi gereken götürü tazminat mahiyetinde bir yaptırımdır. Buna göre, istifa eden işçi ihbar tazminatını isteyemez<sup>1167</sup>.

İş K. m. 17'de fesih bildiriminde bulunma zorunluluğu hem işçi hem işveren açısından getirildiğinden ve İş K. m. 17/4'de sadece işverenin değil bildirim koşuluna uymayan tarafın bu tazminatı ödeyeceği hükme bağlandığından, usulsüz fesihte bulunan işçi de bu tazminatı ödemekle yükümlüdür<sup>1168</sup>.

İşverenin bildirim sürelerine uymaması veya bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin (m. 18, 19, 20, 21) hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz<sup>1169</sup>.

#### 4. Bildirimsiz Feshin Haklı Nedene Dayanmaması

İş K. 20. madde uyarınca işçinin açtığı dava sonunda fesih için haklı neden gösterilmediği veya feshin haklı nedene dayanmadığı mahkemece sabit görülerek 21. maddeye göre feshin geçersizliğine karar verildiğinde

<sup>1165</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh** Cilt-1, s.305.

<sup>1166</sup> Y9HD, 25.1.2006, E. 2005/16541, K. 2006/1374; Y9HD, 25.3.2004, E, 2003/15311, K. 2004/6056, Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh** Cilt-1, s.312.

<sup>1167</sup> Y9HD, 5.12.2005, E. 2005/12583, K. 2005/37937, Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh** Cilt-1, s.312.

<sup>1168</sup> Y9HD, 12.7.2006, E. 1797, K. 20696, **Legal İHSGHD**, 13, 343-344; Y9HD, 11.3.2008 36130/4319 Yayınlanmamış karar, Süzek, **7. Baskı**, s.470

<sup>1169</sup> Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s.156.

işveren işçiyi bu maddede öngörüldüğü gibi işe başlatmak zorunda olup başlatmadığı takdirde iş güvencesi tazminatı ve dört aya kadar ücret ödemekle yükümlü olabilir.

Konumuzla ilgili boyutu, işveren, belirsiz süreli iş sözleşmesini haksız feshettiği işçisine yukarıda iş güvencesi hükümlerinde öngörülenlerden başka m. 17/4 de öngörülmüş bulunan ihbar tazminatını da ödemekle yükümlüdür<sup>1170</sup>.

İş sözleşmesini haksız olarak fesheden taraf diğer tarafa ihbar tazminatı ödemekle sorumlu olur. Haksızlık ölçüsü olarak: Kanunen nedensiz sayılacak bir devamsızlık olmamasına rağmen iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi, işçinin işverenden habersiz başka bir işyerinde çalıştığı gerekçesi ile iş sözleşmesinin feshi, mevsimlik işlerde işçinin mevsim başı işe davet edilmeyerek iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılması, işçinin gözetiminden serbest bırakılıp işe başvurmasından sonra iş sözleşmesinin nedensiz feshedilmesi, izin hakkının kullanıldığı sırada iş sözleşmesinin feshi halleri gösterilebilir. İhbar tazminatı ödenmesine neden olan bazı haksız fesih hallerini aşağıdaki gibi sıralayabiliriz.

- İş sözleşmesinin feshinden önce işçinin rapor almış olması,
- İzin hakkının kullanıldığı sırada iş sözleşmesinin feshi,
- Toplu sözleşmelerde işten çıkarma cezası disiplin kurulu kararına bağlanmışsa buna uyulmamak ihbar tazminatı gerektirir.
- İşveren elinden istifa dilekçesi alıp, kıdem tazminatı ödeyerek işine son verdiği işçisine ihbar tazminatı ödemek zorundadır<sup>1171</sup>.

Yukarıda sayılan fesih halleri de Yargıtay uygulamalarında ihbar tazminatını gerektiren fesih halleridir.

<sup>1170</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.649

<sup>1171</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.125-130.

Benzer Yargıtay kararlarında belirtildiği gibi, Y9HD, T. 19.02.2003, E 2002/14234, K 2003/1874 sayılı kararında da “Haklı nedene dayansa dahi hizmet akdini kendi isteği ile fesheden taraf ihbar tazminatı isteyemez.” hükmü ile iş sözleşmesini sona erdiren tarafın ihbar tazminatı isteyemeyeceğini kararlaştırmıştır<sup>1172</sup>.

### **C. İhbar Tazminatına Esas Hizmet Süresi, Ücret ve Hesaplanması**

#### **1. İhbar Tazminatına Esas Hizmet Süresi**

İhbar tazminatına esas hizmet süresi ile kıdem tazminatına esas hizmet süresi arasındaki benzerliklerden dolayı ihbar tazminatına esas hizmet süresi hakkında ayrıntıya girmeden kısa bir şekilde ele alınacaktır.

Kıdem ile ilgili şu hatırlatmayı yapmakta yarar vardır. Yargıtay'a göre, kıdem tespitinde iş sözleşmesinin süresi değil, Kanunen çalışılmış gibi sayılan süreler de dahil olmak üzere işçinin bu sözleşme boyunca fiilen çalıştığı süre önemlidir<sup>1173</sup>.

Hizmet süresinin hesabında grev ve lokavtta geçen süreler dikkate alınmaz. Çünkü bu durumda iş sözleşmesi askıdadır. Bunun gibi muvazzaf askerlik dışında askere alınmada geçen süreler, mevsimlik işlerde çalışılmayan süreler, hizmet süresinin hesabında dikkate alınmayacaktır<sup>1174</sup>.

#### **2. İhbar Tazminatına Esas Ücret**

<sup>1172</sup> <http://www.ozmena.com/hukuk/4857-sayili-is-kanunu8217na-gore-ihbar-tazminati-ve-uygulamasi-62040.html>

<sup>1173</sup> Yargıtay bir kararında, bildirim Öneli, işçinin işyerine girişiyle çıkışı arasında geçen süreye göre hesap edileceğini belirtmiştir. Y9HD. 10.11.1967 T., E. 8383, K. 10362, Çenberci, 6. Bası, s. 338; Usta, s.839

<sup>1174</sup> Usta, **Tazminatlar**, s.839

İhbar tazminatı, işçinin işyerindeki kıdemine göre belirlenen bildirim süreleri göz önünde tutularak işçinin giydirilmiş son brüt ücreti esas alınarak hesaplanır<sup>1175</sup> ve ödenir (İş K. m. 17/son fıkra). İhbar tazminatının hesabında, İş Kanunu'nun 32. maddesinde belirtilen ücrete ek olarak, "para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de" göz önünde bulundurulacaktır. İhbar tazminatının bu şekilde hesaplanacak miktarı, işçi tarafından usulsüz fesih yapılması halinde işverene ödenecek tazminat için de söz konusudur.

İş sözleşmesi ile bildirim süreleri arttırılmışsa, ihbar tazminatının hesabında arttırılan bu süreler dikkate alınır<sup>1176</sup>. Toplu iş sözleşmesi ile bildirim süreleri arttırılmışsa da ihbar tazminatının hesabında arttırılan bu süreler dikkate alınır. Çünkü, toplu iş sözleşmelerinin hizmet akitleri üzerindeki etkisi doğrudan doğruya ve emredici niteliktedir. Tarafların rızasına bakılmaksızın toplu iş sözleşmeleri hizmet akitleri üzerinde etki yapar<sup>1177</sup>.

Ancak, taraflar, sözleşmede, sözleşmenin feshedilmesi için belirli süre tanımları; bu süre içerisinde sözleşme feshedilmediği zaman sözleşmenin yenilenmiş sayılacağına dair hükmü kararlaştırmaları ihbar süresi niteliğinde olmadığından, ihbar süresini uzatan anlaşma hükmü değildir<sup>1178</sup>.

İş Kanunu'nun 17. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak bildirim sürelerini uzatma imkanına sahip olan taraflar, aynı hükmün 4. fıkrasında düzenlenen ihbar tazminatını da işçiyi işverenden daha kötü duruma sokmamak kaydıyla arttırabilmelidir<sup>1179</sup>. 4773 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce 1475 sayılı eski İş Kanununda ihbar tazminatının miktarı tayin edilirken bildirim süresine ilişkin ücret denmeyip m. 13'te belirtilen sürelerle ilişkin ücret

<sup>1175</sup> Y9HD, 15.3.2006 T, E. 2005/27116, K. 2006/6704, Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s.314; Süzek, **7. Baskı**, s.471.

<sup>1176</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 471;

<sup>1177</sup> Aktay, A. Nizamettin, **Toplu İş Sözleşmesi**, Ankara, 2000, s. 79-80.

<sup>1178</sup> Y9HD, 8.3.2006 tarih ve E. 2005/26437, K. 2006/5755 Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s.314.

<sup>1179</sup> Süzek, s. 472; Mollamahmutoğlu, s. 681; Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s.314.

dikkate alındığından bir görüş, sözleşmeyle kararlaştırılan bildirim sürelerinin, ihbar tazminatının hesabında esas alınamayacağı yönündeydi. Yargıtay, bildirim süreleri sadece işverenin feshi yönünden artırılabilir, işçi yönünden kanuni sürelere uyulması gerektiğinden, işçi tarafından ödenecek ihbar tazminatının hesabında kanuni sürelerin dikkate alınmak zorunda olduğu; buna karşılık, işverenin ödeyeceği ihbar tazminatının, toplu iş sözleşmesinde öngörülen bildirim süreleri üzerinden hesap edilmesi gerekeceği görüşündeydi<sup>1180</sup>. 4773 sayılı Kanunla değişik m. 13/4'te olduğu gibi 4857 sayılı İş Kanunu m. 17/4'te de, Kanundaki bildirim sürelerine göre değil de genel olarak "bildirim süresine ilişkin ücret tutarında" bir tazminat öngörüldüğünden, bildirim süreleri sözleşmeyle artırılmışsa, ihbar tazminatının hesabında, kanuni asgari sürelerin değil bu sürelerin dikkate alınması gerekeceği açıktır. Şu halde, 1475 sayılı eski İş Kanununun, 4773 sayılı Kanunla değiştirilmesini takiben 13. maddenin 4. fıkrasında, önceki metindeki "... yukarıda yazılı önellere ilişkin ücret" ifadesi yerine yalın olarak "... bildirim süresine ilişkin ücret ..." ifadesinin kullanılması ve 4857 sayılı İş Kanunu m.17/4'te de aynı ifadeye yer verilmesi karşısında sözleşmeyle bildirim süreleri artırılacak olursa, anılan süreler üzerinden ihbar tazminatının ödenip ödenmeyeceği artık Türk İş Hukukunda tartışma konusu olmaktan çıkmıştır<sup>1181</sup>.

### 3. İhbar Tazminatının Hesaplanması

İhbar tazminatına esas ücret kısmında da değindiğimiz gibi öğretide hakim görüşe göre ihbar tazminatı götürü ve kesin bir tazminattır ve hesaplanırken işçinin çıplak ücreti değil, giydirilmiş brüt ücreti esas alınır<sup>1182</sup>.

Giydirilmiş ücret ise İş K. 17/son'a göre; bu maddeye göre ödenecek tazminatlar ile bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücretin hesabında 32.

<sup>1180</sup> Y9HD. 1.11.1991, E.91/9217, K. 91/13701, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.681.

<sup>1181</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.682.

<sup>1182</sup> Y9HD, 6.4.2000, E 1088/K 4866, Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.129.

maddenin birinci fıkrasında yazılan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur. Buradan anlaşılan şu ki yasa koyucuya göre; giydirilmiş ücret, iş karşılığı ücret ile iş karşılığı olmayan fakat süreklilik arz eden parasal ödemelerden oluşur<sup>1183</sup>.

İhbar tazminatı, bildirim süresindeki gün sayısı ile giydirilmiş brüt ücretin çarpımı sonucu bulunan miktardır. Buradaki brüt ücret, fesih anında alınan son ücrettir. Giydirilmiş ücreti oluşturan ücret ekleri kıdem tazminatının hesaplanmasındaki gibidir.

#### **D. İhbar Tazminatının Borçlusu, Alacaklısı, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi**

##### **1. İhbar Tazminatının Alacaklısı**

Bildirim öneline uymayan taraf, karşı tarafa ihbar tazminatı ödemekle yükümlüdür. Bu durumda bildirim öneline uymadan iş sözleşmesini sona erdiren tarafın bu tazminatı isteme hakkı yoktur<sup>1184</sup>.

İhbar tazminatı usulsüz feshe maruz kalan muhatap tarafından talep edilebilir. Dolayısıyla, iş sözleşmesini işçi usulsüz feshetmişse, işveren; işveren usulsüz feshetmişse işçi isteyebilir. Fakat, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesheden taraf dahi ihbar tazminatı talep edemez. Çünkü, ihbar tazminatı, iş sözleşmesinin, usulsüz fesheden tarafın, sözleşmenin usulsüz feshe muhatap olan karşı tarafına ödemesi gereken götürü tazminat

<sup>1183</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.129.

<sup>1184</sup> Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s. 156.



mahiyetinde bir yaptırımdır. Buna göre, istifa eden işçi ihbar tazminatını isteyemez, Yargıtay çağrı üzerine çalışmanın söz konusu olduğu bir iş sözleşmesinde, İşçinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, ihbar tazminatını talep etme hakkına sahip olmadığını vurgulamıştır<sup>1185</sup>.

## 2. İhbar Tazminatının Borçlusu

İş Kanunu 17. madde 4. fıkrasında yer alan "Bildirim şartına uymayan taraf bildirim surelerine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır" şeklindeki hükümden anlaşıldığı gibi İş Kanunu bu konuda işçi, işveren ayırım yapmamıştır. Bu nedenle belirsiz süreli sürekli bir iş sözleşmesini bildirim şartına uymaksızın fesheden taraf ihbar tazminatının borçlusudur<sup>1186</sup>. Özellik arz eden birkaç durumu aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

- İş sözleşmesi işyerinin devrinden sonra feshedilirse ihbar tazminatının tamamından yeni işveren sorumlu olur. Fesih nedeniyle önceki işverene hiç bir sorumluluk yüklenemez<sup>1187</sup>.

- Fesih tarihinden önce ortaklıktan ayrılan işveren ihbar tazminatından sorumlu olmaz<sup>1188</sup>.

<sup>1185</sup> "Davalı ise 10.4.2000 tarihli cevabi ihtarnamesinde kendini çağırıp usulü yöntemiyle çağırıldığını sözleşmesinin devam etmekte olduğunu vurgulamıştır. 13.4.2000 tarihinde de davacı bu davayı açarak davalı tarafından çağrılmamak suretiyle sözleşmesinin feshedildiğini iddia ederek fesih bağlı tazminatlarla bir kısım işçilik hakları isteklerinde bulunmuştur. İki aya yakın yani mevcut uygulamayla bağdaşmayan uzunca bir süre çağırılmaması durumunda kalan davacı işçi ihtarnameyle durumu önce açıklığa kavuşturmak istemiş, sonra da bu davayı açmıştır ki davalı işveren sözleşmenin sürmekte olduğunu bildirdiğine göre kendisi iş saatlerinde bir değişiklik, başkalaşma bulunduğu farkında olarak bu davayı açmakla sözleşmeyi feshi yoluna gitmiştir. Böyle bir durumda haklı da olsa sözleşmeyi feshettiğinden ihbar tazminatı hakkı doğmamıştır". Y9HD, 17.4.2000, E 2001/1039, K 2001/6436, Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s.312.

<sup>1186</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.77

<sup>1187</sup> Y9HD. 28.1.1991, E 1991/5209, K 1991/7829, Günay, **İş Davaları**, s.223.

- Emeklilik nedeniyle fesihte işçinin ihbar öneli vermesi gerekli değildir<sup>1189</sup>.

- Evlilik nedeniyle iş sözleşmesini sona erdiren kadın işçi işverene ihbar öneli vermek zorunda değildir.

### 3. İhbar Tazminatında Zamanaşımı

İhbar tazminatının hukuki niteliğine ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalarda da belirtildiği üzere, ihbar tazminatı ücret niteliğinde olmayıp, tazminat niteliğinde bir paradır. Bu bakımdan Borçlar Kanununun ücretlere ilişkin 5 yıllık zamanaşımının, ihbar tazminatında uygulanması olanağı bulunmamaktadır<sup>1190</sup>.

İhbar tazminatının Kanun'dan doğan götürü bir tazminat olması nedeniyle, BK 125. (TBK 146) maddesindeki on yıllık zamanaşımı süresine tabidir<sup>1191</sup>. Aynı şekilde, hukuki niteliği itibariyle ücret olmadığından, haciz, takas, temlik yasağı gibi ücrete ilişkin kurallar ihbar tazminatı hakkında uygulanmayacaktır<sup>1192</sup>. İhbar tazminatına hükmedilebilmesi, karşı tarafın usulsüz fesih nedeniyle herhangi bir zarara maruz kalması şartına bağlı değildir. Karşı taraf, zarara maruz kalsın veya kalmayın, usulsüz fesheden

<sup>1188</sup> Y9HD. 29.04.1997, E. 1997/2161, K. 1997/7807, Usta, s.863.

<sup>1189</sup> Y9HD. 18.11.1996, E. 1996/12250, K. 1996/21379, Günay, **İş Davaları**, s.671.

<sup>1190</sup> Usta, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.871.

<sup>1191</sup> "...İhbar tazminatı dairemizin yerleşik uygulamasına göre ücret olmayıp tazminat niteliğinde bulunmaktadır. Borçlar Kanununda hususi bir hüküm bulunmayan bütün davalar, anılan kanunun 125 inci maddesi uyarınca on yıllık zaman aşımına tabidir. İş sözleşmesinin haksız bozulması sebebiyle açılan bu davanın da on yıllık zaman aşımına tabi olduğu kabul edilerek işin esasının incelenmesi gerekirken, ücret gibi değerlendirilerek beş yıllık zaman aşımına uğradığından bahisle reddine karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." Y9HD. 10.4.1996,, E. 1995/35212, K. 1996/7921, Usta, s.872; Y9HD, 5.12.2005, E.2005/12551, K. 2005/37846, Kılıçoğlu, Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s.313

<sup>1192</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.471.

tarafından, kanunda öngörölmüş olan götürü tutarı ihbar tazminatı olarak talep edebilecektir<sup>1193</sup>.

#### 4. İhbar Tazminatının Gecikme Faizi

Kıdem tazminatının ödenmesindeki gecikme halinde özel bir faiz (mevduata uygulanan en yüksek faiz) düzenlemesi bulunduğu halde; ihbar tazminatı için temerrüt tarihinden itibaren kanunî faiz yürütülecektir. Borçlu daha önce temerrüde düşürölmemişse, faiz dava tarihinden itibaren yürütölür<sup>1194</sup>. Temerrüde düşürmek için ihtarname çekilmiş ve ödemenin yapılması için süre tanınmışsa, ihtarnamedeki sürenin bitimi tarihinin ertesi gününden itibaren faiz yürütölür<sup>1195</sup>.

Ancak eğer ihbar tazminatının geç ödenmesi durumunda iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde daha yüksek bir faiz oranı belirlenmiş ise bu durumda sözleşmelerle belirlenmiş olan faiz oranı gecikme faizi olarak uygulanır. Böyle bir kaydın bulunmadığı durumlarda yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi temerrüde uygulanan kanuni faiz dava tarihinden itibaren uygulanır.

Öte yandan BK 113. (TBK 131) maddesinde ilke olarak asıl borcun ödenmesi ile faiz, rehin, kefalet gibi fer'i hakların düşeceği kabul edilmiştir. Anılan maddenin 2. fıkrasında evvelce işleyen faizler için genel kurala bir istisna getirilmiş ve ödeme zamanında faiz alacağının saklı tutulduğunun beyan edilmesi veya halin icabından saklı tutulduğunun anlaşılması halinde bu hakların sonradan talep edilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle ihbar tazminatının ödenmesi sırasında bordroya veya ihbarnameye faiz alacağının saklı tutulduğuna ilişkin bir ihtirazi kayıt konmalı veya bu durum halin icabından anlaşılmalıdır. Aksi halde ihtirazi kayıt konmadan, ihbar tazminatının alınması sonradan faiz talebinin reddine yol açacaktır. İhtirazi

<sup>1193</sup> Kılıçoğlu, Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s.313

<sup>1194</sup> Y9HD. 17.03.1997, E. 1996/21966, K. 1997/5242, **Teks. İşv. D**, Ekim 1997, s.14.

<sup>1195</sup> Y9HD, 08.05.1998, E. 1997/5914. K. 1998/8.567, **Teks. İşv. D**, Eylül 1998, s.24.

kayıt konmuş ise bu kez ihbar tazminatı bakımından borçlunun temerrüde düşürülüp düşürülmediği araştırılmalıdır<sup>1196</sup>.

### E. İhbar Öneline İlişkin Ücretin Peşin Ödenmesi

Peşin ücret ödeme ile sözleşmenin feshi, 3008 sayılı Kanun zamanın da yargı kararlarıyla uygun görülen bir uygulama olarak başlamış; daha sonra 931 ve 1475 sayılı Kanunla işverene bir hak olarak tanınmış, 4857 sayılı Kanunda da korunmuştur<sup>1197</sup>.

İş K. m. 17' ye göre, bildirim sürelerine ait ücretin peşin verilerek iş sözleşmesinin sona erdirilmesi hakkı sadece işverene tanınmıştır. Zira işveren bildirim süresi sonuna kadar işçinin çalışmasını uygun bulmayabilir. İşçinin işe bağlılığı ve verimi de azalabilir. İşte bu nedenle ortaya çıkabilecek sakıncaları bertaraf etmek için işverenin bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödeyerek iş sözleşmesini sona erdirmesi iki tarafın lehine olabilir<sup>1198</sup>.

Bu hak, işçi için şu açıdan yararlı olmaktadır. Feshi ihbar öneline ait ücretini peşin alan işçi, çalışmak zorunda olmadığı için daha rahat iş arama olanağına sahip olmaktadır. Böylece, hem İş Kanununun güttüğü işçiyi koruma ve sosyal güvenliği (güvenceyi) sağlama amacı gerçekleşmiş olur hem de işverenin menfaatleri korunmuş ve karşıt çıkarlar bağdaştırılmış olur<sup>1199</sup>.

Yargıtay'a göre, bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin ödenerek iş sözleşmesinin kesilmesi halinde, işçinin kıdemi bu tarihte sona erer. Öğretide eleştirilen bu uygulama neticesinde işçinin bildirim süresi uygulanmış olması halinde hak kazanacağı ikramiye, yıllık ücretli izin, toplu iş sözleşmesi zammı gibi hakları kaybolmakta, bildirim süresi söz konusu olmadığında daha az

<sup>1196</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.109-110.

<sup>1197</sup> YHGK. 29.5.1963. E.4/39, K.59, Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.685.

<sup>1198</sup> Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s.154.

<sup>1199</sup> Demir, **İş Hukuku Uygulaması**, s. 221-222.

kıdem tazminatı gündeme gelmektedir<sup>1200</sup>.

İhbar tazminatı peşin ödenmekle hizmet sözleşmesi sona erer ve feshin tüm sonuçları ortaya çıkar. İhbar tazminatı peşin ödenmeksizin hizmet akdinin feshi halinde, davacı işçi bu arada Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurarak emekli olabilir. Yargıtay bu takdirde ihbar tazminatı daha sonra ödenmiş olsa da aradaki sözleşmenin emeklilik nedeniyle feshedilmiş sayılması gerektiğinden, ihbar tazminatı isteminin reddedilmesi gereğine işaret etmektedir<sup>1201</sup>. Yargıtay'ın, "emekliliğin sözleşmenin işçi tarafından feshi anlamına geldiği" yönündeki görüşü sonradan değişmiştir. Bu tür durumlarda işe iade davasına devam edilerek karar verilmelidir.

İhbar önelleri ücretinin peşin olarak ödenmesi ile iş akdinin derhal feshi kural olarak ortaya çıkar. Ancak ihbar önellerine ilişkin ücret yani ihbar tazminatı peşin olarak ödense de raporlu olan işçinin hizmet sözleşmesi askıda olduğundan bu arada yürürlüğe giren TİS'nin 2. yıl zammından yararlanması gerekir. Bazı toplu iş sözleşmelerine konulan hükümlerle ihbar önelleri ücretinin peşinen ödenmesi halinde de ödeme gününe ihbar önellerinin ilavesi sonucu bu arada doğacak haklardan işçilerin yararlanması öngörülebilir. Ancak bu haklar mevcut TİS hükümleri ile getirilen haklardır. Sonra yürürlüğe giren TİS'deki haklar ve bu sırada doğan ücret zamlarından yararlanılamaz<sup>1202</sup>.

<sup>1200</sup> Mortaş, Adem / Koç, Muzaffer, İhbar Süresi ve Tazminatı, Mali Çözüm Sayı : 99 - 2010, s.142.

<http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/99malicozum/6%20H%20adem%20mortas-m.%20koc.pdf>

<sup>1201</sup> Yargıtay bir kararında " dosyadaki belge ve bilgilere göre davacı işçinin hizmet sözleşmesi önelsiz olarak feshedilmiş olup, emeklilik için işlemler yerine getirilmiş ve davalı idarece bu olgu göz önünde tutularak borçlanılan askerlik süresi de hesaba katılmak suretiyle kıdem tazminatı ödenmiştir. Dairemizin uygulamasına göre 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesi uyarınca fesihlerde ihbar tazminatı peşin ödenmeksizin davacı işçi SSK ya başvurarak emekli olduğu takdirde ihbar tazminatı daha sonra ödenmiş olsa aradaki sözleşmenin emeklilik nedeniyle feshedilmiş sayılması gerekir. Böyle olunca ihbar tazminatı isteği reddedilmelidir" denilmiştir. Y9HD. 18.11.1996, E. 1996/12250, K: 1996/21379, Günay, **Şerh**, Cilt-1, s.621.

<sup>1202</sup> Yargıtay kararında " Davacı, 14.12.1990- 17.03.1991 tarihleri arasında raporludur. İş akdi 31.12.1990 tarihinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle feshedilmiştir. Fesih tarihinde davacı raporlu olduğundan iş akdi askıda olup bu askı süresi içinde

Peşin ücretle fesihte ücretin miktarı, kıdem tazminatında olduğu gibi hesaplanır. İş K. m. 17/son fıkrada peşin ödenecek ücretin hesabında, kıdem tazminatında olduğu gibi, 32. maddede belirtilen temel ücretin yanında para veya parayla ölçülmesi mümkün kanundan ve sözleşmeden doğan menfaatlerin de göz önüne alınacağı ifade edilmektedir.

### **F. Sosyal sigorta Primleri Yönünden İhbar Tazminatı**

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "prime esas kazançlar" başlıklı (*Değişik: 17/4/2008-5754/47 m.*) 80. Maddesinin a bendinde Sigortalıların prime esas kazançlarının hesabında: Hak edilen ücretlerin, Prim, ikramiye ve benzeri nitelikte olup o ay içinde sigortalılara yapılan ödemelerin brüt toplamı esas alınacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin b bendinde ise prime esas kazançca tabii tutulacak ödemelerin istisnaları sayılmış ve bu istisnalar arasına aynı yardımlar ile kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme ve ihbar tazminatı da dahil edilmiş ve açık bir şekilde bu ödemelerin prime esas kazançca tabii tutulmayacağı belirtilmiştir.

Zaten işçinin işyeri ile olan hukuki bağı, iş sözleşmesinin feshi ile sona erdiğinden, ihbar tazminatı sigorta primine esas kazançca dahil edilemez<sup>1203</sup>.

### **G. Vergi Hukuku Yönünden İhbar Tazminatı**

193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde ücretin tanımı yapılmış, anılan maddenin 3. fıkrasının 2. bendinde ise; evvelce yapılmış veya gelecekte yapılacak hizmetler karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan diğer menfaatlerin de ücret sayılacağı belirtilmiş, aynı maddede

---

01.01.1991 tarihinde yürürlüğe giren 2. yıl zammının uygulanması gerektiğinden davanın kabulü yerine mahkemenin aksine düşünce ile davanın reddine karar vermesi isabetsiz" bulunmuştur. 9HD 27.5.1993, E:1992/14793, K: 1993/9275, Günay, **Şerh**, Cilt-1, s.621.

<sup>1203</sup> Şakar, **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, s. 154-155; Şakar/Yiğit Şakar, s.33.

ücretin tazminat veya başka adlar altında ödenmiş olmasının onun mahiyetini değiştirmeyeceğine ilişkin hüküm yer almıştır. Buna göre 4857 sy. Kanun'un 17. maddesi gereğince yapılacak ödeme; hangi ad altında yapılırsa yapılsın, işverenin hizmet akdini feshedeceğini bildirdiği tarih ile feshin gerçekleştiği tarih arasındaki süreye karşılık, işçiye yapılan ücret ödemesi olması nedeniyle gelir vergisine tabi bulunmaktadır<sup>1204</sup>.

Danıştay Üçüncü Dairesince verilen ve sürekli hale gelen kararlarında ihbar tazminatı adı altında yapılan ücret ödemesinin, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinde öngörülen işten çıkma ya da işsizlik sebebiyle verilen tazminat olarak kabulünün mümkün bulunmadığı, yapılan ödemenin ihbarsız işten çıkarılma sebebiyle önellere ilişkin olarak mahrum kaldığı ücretin karşılığı olduğu, dolayısıyla da, gelir (stopaj) vergisine tabi tutulmasında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır<sup>1205</sup>.

Yukarıda açıklandığı üzere İş K. m. 17 uyarınca, işçinin ihbar önellere ait ücretini peşin vermek suretiyle hizmet akdinin feshinde yapılan peşin ödemenin 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 25. maddesinde sözü edilen tazminat olarak kabulü mümkün olmadığından, aynı kanunun 94. maddesi uyarınca, bunların gelir vergisi kesintisine tabi tutulması gerekir<sup>1206</sup>.

488 Sayılı Damga Vergisi Kanununa göre, “Maaş, ücret, gündelik, huzur hakkı, aidat, ihtisas zammı, ikramiye, yemek ve mesken bedeli, harcırah, tazminat ve benzeri her ne adla olursa olsun hizmet karşılığı alınan paralar (avans olarak ödenenler dahil) için verilen makbuzlar ile bu paraların nakden ödenmeyerek kişiler adına açılmış veya açılacak carî hesaplara nakledildiği veya emir ve havalelerine tediye olunduğu takdirde nakli veya tediye temin eden kâğıtlar Binde 6,6 oranında damga Vergisine tabi

<sup>1204</sup> Cenk, s.528.

<sup>1205</sup> Dan3D, T. 28.01.1993 , E. 1992/1727, K. 1993/544 ve T. 27.01.1993, E. 1992/1625, K. 1993/477 kararları, Cenk, s.528.

<sup>1206</sup> Dan. 3D. 27.1.1993 T., E. 1992/1706, K. 1993/478, Usta, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.883.

tutulması gerekmektedir". Bu hüküm gereğince İhbar tazminatı da damga vergisine tabiidir.

### III. KÖTÜNİYET TAZMİNATI

Belirsiz süreli bir hizmet sözleşmesinin işverence herhangi bir neden göstermeksizin önelli veya peşin ödemeye feshi mümkündür. İşte bu durum zaman zaman söz konusu feshin arkasında, aslında hukuken hiç de hoş karşılamayacak düşüncelerin yatmasına imkan vermektedir. Örneğin, işçi yasal bir hakkını aradığı için yahut işveren aleyhine mahkemede tanıklık yaptığı için veya işverenle farklı bir siyasi eğilime mensup olduğu için sözleşmesi işverence feshedilmiş olabilir. Böylesi durumlarda kötüniyetli fesihten yahut fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilir<sup>1207</sup>.

İş Kanununun iş güvencesine ilişkin 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, bu kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresine ilişkin ücretin üç katı tutarında tazminat (kötüniyet tazminatı) ödenir (İş K. m. 17/6). İş sözleşmesini fesih hakkı kötüye kullanılmış, bildirim sürelerine de uyulmamışsa ayrıca ihbar tazminatı da ödenecektir. O halde kötüniyet tazminatı iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde söz konusudur. Maddede işverenin fesih hakkının kötüye kullanılması ve yaptırımı düzenlenmiştir. Sözleşmenin işçi tarafından kötüniyetle feshinde işveren genel hükümlere göre tazminat talep edebilir<sup>1208</sup>.

<sup>1207</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.132.

<sup>1208</sup> Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, **3. Baskı**, s.185.



Kanunda fesih hakkının kötüye kullanılması hususunda, 1475 sayılı Kanunda olduğu gibi, örnekler verilmemiştir. Fesih hakkının sosyal gayesine uygun kullanılmaması, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde kullanılması halinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. Örneğin işçinin işvereni yetkili makamlara şikayet etmesi üzerine, işçinin iş sözleşmesinin feshi kötü niyetli fesihtir<sup>1209</sup>.

### A. Kötüniyet Tazminatının Hukuki Niteliği

Sorumluluk hukukunun genel esası, haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık hallerinde zarara uğrayan tarafın gerçek zararının karşılanmasıdır. Hâlbuki, İş Hukuku'nda bazı yaptırımlar götürü tazminat şeklindedir. Diğer bir ifade ile iş mevzuatında bazı tazminatlar kesin ve götürü şekilde hesaplanmakta, bazıları ise asgari ve/veya azami sınırı kanunla götürü olarak belirlenmiştir<sup>1210</sup>.

Kötüniyet tazminatı da, ihbar tazminatı gibi zarar kavramından bağımsız, maktu, götürü nitelikte bir tazminattır; işveren tarafından süreli fesih hakkının kötü niyetle kullanıldığına hukuken sabit olması, işçinin bu tazminata hak kazanması için yeterlidir; fesih nedeniyle bir zarara uğradığını, zararın miktarını ispat gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bu niteliğiyle, hukuki ve teknik anlamda bir tazminat kabul edilemeyeceği malumdur. Nitekim, öğreti, niteliği ve fonksiyonu bakımından kötü niyet tazminatını, hukuken medeni ceza veya hususi ceza şeklinde nitelemektedir<sup>1211</sup>.

Kötüniyetli feshin yaptırımı feshin geçersizliği değil kötüniyet tazminatı denilen bir miktar tazminattır. Kötüniyet tazminatı, işçinin "fesih bildirim önellerine ait ücretinin üç katı tutarında" bir tazminattır (İş K. 17/6, 3; Den. İş K. 16/D, 2). Bu tazminat götürü bir tazminat olup, işçinin zarara uğraması

<sup>1209</sup> Y9HD. 30.9.2004, E. 4860/ K. 21081, Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, s.185.

<sup>1210</sup> Bedük, Mehmet Nusret, "**İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı**", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt-1 Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.938-939

<sup>1211</sup> Çenberci, s.261; Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s. 695.

koşuluna bağlı değildir. Tıpkı ihbar ve kıdem tazminatı gibi işçinin giydirilmiş son ücreti baz alınarak hesaplanır. Sözleşmelerle doğrudan doğruya kötüniet tazminatının miktarını artırmak mümkün olduğu gibi fesih bildirim önellerini artırmak suretiyle de kötüniet tazminatı artırılabilir<sup>1212</sup>.

Kötünietli bir fesihte aynı zamanda fesih bildirim önellerine de gereğince uyulmamışsa, bu durumda işçiye hem önellere uymamanın yaptırımı olan ihbar tazminatı ve hem de (önele uyulsaydı bile gündeme gelebilecek) kötünietli feshin yaptırımı olan kötüniet tazminatının ödenmesi gerekir. Zira, bu iki tazminatın işlevleri ve amaçları birbirinden farklıdır (İK 17/6)<sup>1213</sup>.

Hizmet akdinin kötünietle feshinde kötünietin somut olarak ortaya konulması gerekir. Kötünietli davranışların belirlenmesinde, insanlar arasındaki ilişkilerin değerlendirilmesi gerekir. "Kötüniet veya "iyiniyet" kanun, tüzük, yönetmelik ve hatta örf ve adet hukuku gibi düzenlemeler dışında sosyal ve kültürel ilerleme içinde ahlak, dürüstlük gibi esaslardan esinlenerek toplumun değer yargısı ile oluşan kurallardır. Bu bakımdan fesih işleminin disiplin kurulundan geçirilmemesi, tek başına kötünieti göstermez<sup>1214</sup>.

<sup>1212</sup> Olumsuzluk içeren Personel Yönetmeliği değişikliğini kabullenmeyen işçinin sözleşmesinin bu yüzden feshi de kötünietli fesih sayılmamıştır. (Y9HD. 04.11.2003-12421/18679) Keza ücretsiz izine çıkarılma önerisini reddeden işçinin sözleşmesinin bu yüzden feshi de kötünietli fesih görülmemiştir. Y9HD. 14.10.2003-4464/17050, Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.133.

<sup>1213</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.133.

<sup>1214</sup> Bu nedenle olayın özel koşullar, oluşumu ve diğer yanları itibariyle genel değer yargıya göre iyiniyet kurallarına uygun düşen bir fiil ve davranış bir düzenleme ile kötüniet kuralı olarak ortaya konulamayacağı gibi akside olamaz. Nitekim İş Yasasınının 13/C-3. fıkrasında; işçinin sendikaya üye olması şikayete başvurusu gibi sebeplerle işinden çıkarılması diye bazı örnekler verilmiştir. Onun için genel değer yargıya göre kötüniet sayılabilecek somut olay ortaya konulup kanıtlanmadıkça sadece ve sadece disiplin kurulu kararı olmadan ve fakat haklı nedenlere dayanan bir fesih kötüniet sayılamaz. Bu nedenle davacının anılan toplu iş sözleşmesinin 65. maddesinde kabul edilen disiplin kuruluna başvurulmadan çıkarılmasının kötüniet sayılması doğru değildir. Davada objektif kötünieti gösteren somut bir olay kanıtlanmadığına göre mahkemenin kötüniet tazminatına hükmetmesi doğru değildir. 9.HD. 15.10.1983, E. 1985/7070-K. 1985/9454, Günay, **Şerh**, Cilt-1, s.709.

4857 sayılı İş Kanununun 17/6 ve 854 sayılı Deniz İş Kanununun 16/2. maddelerinin aksine, 5953 sayılı Basın İş Kanununda hizmet sözleşmesinin işverence kötüniyetle feshi konusunda bir yaptırım ön görülmemiştir<sup>1215</sup>.

## **B. Kötüniyet Tazminatı İsteyebilme Koşulları**

### **1. İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanmayan İşçilerden Olma**

İş güvencesinden yararlanmayan işçi olmadan kasıt 4857 sayılı iş kanununun 18-21 hükümlerine tabi olmadan çalışma anlamına gelmektedir. O halde bu hükümlere tabi olmayan işçinin iş sözleşmesinin kötüniyetli olarak feshedilmesini engellemeye yönelik olan kötüniyet tazminatı işvereni bu anlamda sınırlayan bir düzenlemedir. Bir anlamda iş güvencesi tazminatı olmaktadır.

Dikkat edileceği üzere, açılan işçi alacağı davalarında kötüniyet tazminatının hüküm altına alınabilmesi için, davacının öncelikle İş Kanununun 18-21. maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanacak durumda olmaması gerektiğini yukarda belirttik. İşçi, iş güvencesi kapsamında ise, feshin geçersizliğine karar verileceği ve işe iade

<sup>1215</sup> Yargıtay kararında "Davacı, davalı işverene ait işyerinde çalışırken kötüniyetli hizmet sözleşmesinin fesh edildiğini iddia ederek kötüniyet tazminatı isteğinde bulunmuş, mahkemece de istek doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Dosya içinde bulunan bilgi ve belgelerden davacının Basın İş Kolu kapsamında çalışan işçi olduğu anlaşılmaktadır. Ancak davacının işyerinde yaptığı iş ve ünvanı dikkate alınarak davacının 1475 sayılı İş Kanununun mu yoksa 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun mu uygulanma alanı içine girdiği yeterince incelenip ve araştırma konusu yapılmamıştır. 5953 sayılı Yasada ayrıca kötüniyet tazminatına yer verilmiş değildir. Bu bakımdan davacının tabi olduğu kanunun belirlenmesi sorunun çözümü açısından önemlidir. Mahkemece bu yönde inceleme ve araştırma yapılmalı ve sonucuna göre kötüniyet tazminatı ile ilgili hüküm kurulmalıdır, öte yandan davacının 1475 sayılı İş Kanununun kapsamında işçi olduğu sonucuna varıldığı takdirde de bu kanunda öngörülen kötüniyet tazminatı Yasanın 13/A maddesinde belirlenen öneller üzerinden hesaplanmalıdır Bir başka deyişle aynı maddenin (B) bendinde belirtildiği şekilde sözleşme ile arttırılan öneller dikkate alınarak hesaplama yapılmış olması hatalıdır. 9 HD. 21.5.1997, E 1997/5873, K 1997/9610, Günay, **Şerh**, Cilt-1 s.708.

imkânından yararlanacağı için kötüniet tazminatı talebinde bulunamaz<sup>1216</sup>. Bu nedenle, iş güvencesi kapsamında bulunan işçinin iş sözleşmesinin kötünietli feshedilmesinde, işverenin bu davranışının karşılığı olarak ayrıca bir yaptırım uygulanmaması, işverenin fesih hakkını çok rahat bir şekilde kullanmasına imkân tanımaktadır<sup>1217</sup>.

Kötüniet tazminatı, iş güvencesinden yararlanmayan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından kötünietle feshinin hukuksal yaptırımıdır. Bu nedenle, yukarıda iş güvencesi kısmında daha geniş olarak izah edildiği gibi iş güvencesinden yararlanan işçiler kötüniet tazminatından yararlanamazlar. Kötüniet tazminatı süreli fesih hakkının kötüye kullanımının yaptırımı olduğundan ve belirli süreli iş sözleşmelerinin de süreli feshi söz konusu olamayacağından bu sözleşmelere göre çalışan işçilerin kötüniet tazminatından yararlanması mümkün değildir<sup>1218</sup>.

## 2. İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması

İş ilişkisinin belirli bir süreye tabi olarak yapılmadığı iş ilişkisinin bitiş tarihinin sözleşmede gösterilmediği veya halin icabından böyle bir bitiş tarihinin olmayacağını düşündüren iş sözleşmeleri belirsiz süreyle yapılmış olan sözleşmelerdir.

İş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılabilmesi için her şeyden önce tarafların feshi ihbar hakkına sahip olması gerekir. Kural olarak feshi ihbar hakkı yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmelerinde mevcuttur. Belirli süreli iş sözleşmeleri süre bitiminde sona ereceklerinden bu tür sözleşmelerde feshi ihbar söz konusu olamayacaktır.

<sup>1216</sup> YHGK. 11.07.2007, 9-549/543, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); Y9HD. 12.03.10 E.2007/33250, K.2008/117; Y9HD. 08.05.2008, E.2008/11918, K.2008/11807 Y9HD. 21.10.2008, E.2008/5024, K.2008/27988, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

<sup>1217</sup> Bedük, s.931.

<sup>1218</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.695.

Kötüniyet tazminatı İş Kanunu'nun 17. maddesinde belirsiz süreli iş sözleşmelerinin önelli feshiyle birlikte düzenlenmesinden, süreli fesih hakkının kötüye kullanımının yaptırımı olması; belirli süreli iş sözleşmelerinin ise süreli feshinin söz konusu olamaması nedeniyle, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanın kötüniyet tazminatından yararlandırılmaması gerekir. Ayrıca, hakkın kötüye kullanılması, sadece bir hakkın doğmuş olması halinde ortaya çıkabileceğinden, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitiminden evvel haklı bir neden olmaksızın feshedilmesi halinde fesih hakkı doğmamış olduğundan fesih hakkının kötüye kullanılması ve dolayısıyla kötüniyet tazminatı söz konusu olmayacaktır<sup>1219</sup>. Bütün bu gerekçelerden ötürü, kötüniyet tazminatının belirsiz süreli iş sözleşmesinin varlığını şart koştuğu söylenebilir. Sözleşmenin belirsiz süreli olması yeterli olup; kötüniyet tazminatı açısından, sözleşmenin kısmi ya da tam süreli olması önem arz etmez<sup>1220</sup>.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan fakat iş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçiler de kötüniyet tazminatı isteme hakkına sahip değildirlir<sup>1221</sup>.

### 3. Fesih Bildiriminin Bir Hakkın Kötüye Kullanılmasını Oluşturması

<sup>1219</sup> Mollamahmutoğlu, s. 695; Kılıçoğlu, Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s. 316-317; Süzek, 7. Baskı, s.475.

<sup>1220</sup> Ertürk, S.: 4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 254; Y9HD, 7.10.2003 E, 2003/2828, K. 2003/16324. Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh**, Cilt-1, s. 316-317.

<sup>1221</sup> Davacı, kıdem, ihbar, tazminatı, kötü niyet tazminatı, fazla çalışma ücreti ile ücret alacağına ödenilmesine karar verilmesini istemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17/4. maddesinde, " 18. maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulama alanı dışında olan işçilerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sonu erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir. düzenlemesine ver verilmiştir. Bu kural gereği, iş güvencesi kapsamında kalıyor ise, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlandığından kötüniyet tazminatı isteminde bulunamayacaktır. Somut olayda işveren olan davalı G. Y. Pet. Ür. Sond. Müt. ve Tic. A. Ş.'nin iş güvencesi kapsamında kaldığı ve davacının da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulama alanı içinde kaldığı tartışmasızdır. İş güvencesi uygulama alanı içimde kalan ve feshin geçersizliğini ileri sürmeyen işçi kötüniyet tazminatı isteyemez. Bu isteğin reddi yerine kabulü hatalıdır. Y9HD. 07.12.2005. E.11133, K. 38820, Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.138.

Kötüniyet tazminatı isteyebilmenin üçüncü koşulu olan fesih bildirimimin bir hakkın kötüye kullanılmasını oluşturması, feshi ihbar hakkının işveren tarafından usul ve süre bakımından şeklen Kanuna uygun olarak kullanılmasına rağmen bu kullanımın öz ve esas bakımından işçiye zarar verme amacına yönelik ve kötüniyetli olmasıdır. Kötüniyetin varlığı sonucu işçinin bir zararının da meydana gelmiş olması aranmaz. Salt kötüniyetin zarar verme amacına yönelik olması bu tazminatın doğumu için yeterli bir neden olmakla birlikte kötüniyetin varlığı da şarttır<sup>1222</sup>.

Feshi ihbar hakkı Kanuna uygun olarak kullanılmışsa herhangi bir tazminat söz konusu olmayacaktır. Şayet feshi ihbar Kanuna aykırı ise, ihbar tazminatı istenebilecektir. Feshi ihbar şeklen Kanuna uygun olmakla birlikte öz ve esas bakımından işçiye zarar verme amacıyla kötüniyetli yapılmışsa istenebilecek tazminat kötüniyet tazminatı olacaktır<sup>1223</sup>.

İş sözleşmesinin 17. madde uyarınca fesih hakkının dürüstlük kuralına aykırı düşecek tarzda kullanılması halinde, fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilir<sup>1224</sup>. Yargıtay da fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde, "objektif iyiniyet kurallarına aykırılık" ölçütünü benimsemiş ve uygulamıştır<sup>1225</sup>. Buna göre, işveren, fesih hakkını kullanırken kişisel durumundan bağımsız olarak aynı durum ve koşullar içinde bulunan dürüst, namuslu ve makul işveren nasıl davranacak idiye o yönde davranmak zorundadır<sup>1226</sup>. Kötüniyetli feshin bulunup bulunmadığı her somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Ailevi durum, ırk, köken gibi kişisel özelliklerine dayalı olarak gerçekleştirilen fesih, kötüniyetlidir. Bunun gibi, dünya görüşü, din, yaş,

<sup>1222</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.140.

<sup>1223</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.140.

<sup>1224</sup> Doktrinde, fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde "işverenin meşru menfaatinin bulunmaması", "karşı tarata zarar verme kastının bulunması" "feshi ihbar hakkının işletme dışında kullanılması" gibi kriterler de ileri sürülmüştür. Bu kriterler ve eleştirisi için bkz, Süzek, **Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, s.74.

<sup>1225</sup> Y9HD.:, 15.2.1996 Tarih ve E. 1996/29784, K. 1996/1320, Kılıçoğlu, Şenocak, **Şerh**, Cilt1, s.318.

<sup>1226</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.475.

kırmızı saç gibi genel görünüşüne ait bir özellik, içine kapanıklık, aşırı titizlik gibi karakter çizgilerine dayalı olarak gerçekleştirilen fesih de dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Bu bağlamda homoseksüellik veya cinsiyet değiştirme de fesih nedeni olmamalıdır. Aynı şekilde üçüncü kişi ile akrabalık, arkadaşlık da meşru fesih nedeni değildir. Hamilelik nedeniyle iş sözleşmesinin feshi, kötüniyetli fesihtir<sup>1227</sup>.

### **C. Kötüniyetin Ölçüsü ve Fesih Hakkının Kötüye Kullanıldığı Durumlar**

#### **1. Kötüniyetin Ölçüsü**

1475 sayılı İş Kanunu 13. maddesinde işçinin sendikaya üye olması, şikâyete başvurması gibi sebeplerle işinden çıkartılması hallerinde denilmek suretiyle bu örneklere benzeyen diğer fesihlerin de kötü niyetli sayılacağı anlatılmak istenmişti; bunlar dışındaki fesihlerden hangilerinin kötüniyetli kabul edileceği ise, genel olarak hizmet akdini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlarda genel çerçevesi içinde ifade edilerek, hakimin takdirine bırakılmıştı. 4857 sayılı İş K. m. 17. maddede ise "... işçilerin iş sözleşmelerinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda..." denilerek örnek verilmeksizin genel bir ifade ile yetinilmiştir.

---

<sup>1227</sup> Kılıçoğlu, Şenocak, **Şerh**, Cilt1, s.318.

Kanun Koyucunun çizdiği genel çerçeveden yola çıkarak diyebiliriz ki, fesih bildirim hakkı dürüstlük kurallarına uygun olmayan bir görünüme sahipse, hakkın kötüye kullanıldığı sonucuna varılabilir<sup>1228</sup>.

Fesih işleminin şikayet sebebine bağlanamadığı durumlarda feshin kötünietli olduğu kabul edilemez<sup>1229</sup>.

Şikayetin haklı veya haksız olmasının, resmi veya özel kuruluşlara yapılmasının sonuç üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır<sup>1230</sup>.

İşçinin işveren aleyhine dava açması veya tanıklık yapması nedeniyle işten çıkarılması, aynı şekilde iş ve sosyal güvenlik mevzuatından doğan hakkını talep etmesi nedeniyle yapılan fesihlerin kötünietle yapıldığı kabul edilir ve kötüniet tazminatını gerektirir. Bu durumlar karine olarak kabul edilir. İşveren bu durumun aksini iddia ediyorsa bunu kanıtlamakla ancak bu yükümlülükten kurtulur.

Muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilen işçinin gerçek işverenin toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için ihtarda bulunması üzerine işten çıkarılması halinde işverenin kötüniet tazminatı ödemesi söz konusu olur<sup>1231</sup>.

## 2. Fesih Hakkının Kötüye Kullanıldığı Durumlar

İş Kanununda hangi hallerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanıldığıyla ilgili düzenleme bulunmadığından genel olarak bu durumların neler olabileceğini Yargıtay içtihat ve kararlarından öğrenebiliriz Yargıtay'a göre:

- İşçinin bir siyasi partiye veya bir derneğe üye olması,

<sup>1228</sup> Usta, s. 889.

<sup>1229</sup> Y9HD. 25.2.1998, 308/2507, Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.143.

<sup>1230</sup> Y9HD, 28.05.1997 T, E. 6254, K. 10175, Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.145.

<sup>1231</sup> Y9HD, 03.05.2005 T, E. 21000, K. 15399, **Çalışma ve Toplum D**, 2005/4, s.238-239.



- Suç sayılmayan bir dini ve felsefi inanca sahip bulunması,
- Özellikle kamu kurum ve kuruluşlarında, atama veya seçimle gelen üst düzey yöneticilerin, mensubu oldukları siyasi partinin yandaşlarını işe alabilmek (kadrolaşmak) amacıyla, mevcut işçileri işten çıkarmaları,
- İş Kanununda öngörülen mali bir yükümlülükten kurtulmak için yapılan fesih,
- Bildirim süresi içinde doğacak haklara engel olmak amacıyla fesih,
- İşverenin yasal olmayan bir isteğinin kabul edilmemesi sebebiyle fesih, (Örneğin işverence sendikadan ayrılması isteğini yerine getirmeyen işçinin işine son verilmesi.)
- Kanundan doğan bir hakkını kullanması ya da yasal görevini yapması sebebiyle fesih, (Örneğin, ödenmemiş ücretini istemesi, SSK primlerini yatırmadığı için işvereni şikâyet etmesi, hizmet tespiti davası açması gibi...)
- Gerekli olmadığı halde işçinin statüsü ve görevini değiştirip, sonra da başarısız olduğu gerekçesiyle işten çıkarılması<sup>1232</sup>,
- İşverenin toplu iş sözleşmesi zamlarından yararlandırmamak için derhal fesih yoluna gittiği anlaşılırsa, işçinin kötüniyet tazminatı isteme hakkı doğar.
- Kadın işçinin iş sözleşmesinin hamile olması nedeniyle feshedilmesi kötüniyet tazminatı gerektirir<sup>1233</sup>.

Yukarıda sayılan ve Yargıtay tarafından kötüniyet tazminatı gerektiren fesih çeşitleri olarak kabul edilenler sınırlı olmayıp iş sözleşmesinin objektif iyiniyet kuralları ihlal edilerek fesih hakkının kötüye kullanıldığı diğer durumlarda da kötüniyet tazminatı ortaya çıkar.

<sup>1232</sup> Usta, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.146.

<sup>1233</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.146-148

## D. Kötüniyetin İspat Yüğü

İş sözleşmesinin kötüniyetli olarak feshedildiğini iddia ederek bunu mahkemeye taşımış olan taraf bunu ispat etmekle mükelleftir. Yani iş sözleşmesinin kötüniyetle işveren tarafından feshedildiğini somut olgularla ispat etme yükümlülüğü iddia eden işçiye aittir<sup>1234</sup>.

Uygulamada Yargıtay'ın kural haline getirdiği birkaç duruma bakmakta yarar bulunmaktadır:

- Kıdem süresinin dolmasına kısa bir süre kala iş sözleşmesinin feshi tek başına kötüniyetin delili sayılamaz. İş sözleşmesinin işçinin kıdem hakkından mahrum bırakılması amacıyla bozulduğunun ispatı gerekir<sup>1235</sup>.

- İş sözleşmesi feshinin katsayı artışından 18 gün önce yapılması feshin kötüniyetli olması anlamına gelmez. Bunun ayrıca ispatı gerekir<sup>1236</sup>.

- İş sözleşmesinin Toplu İş sözleşmesinin yürürlük tarihinden bir gün önce feshedilmesi işverenin kötüniyetini kanıtlamaya yetmez. Bunun ayrıca kanıtlanması gerekir<sup>1237</sup>.

- Mahkemeler tarafından kötüniyet tazminatına ilişkin yargılama yapılırken deliller eksiksiz olarak toplanmalı, gerektiği takdirde yerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmalı ve sonunda oluşacak kanaate göre hüküm

<sup>1234</sup> “1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesinin son dan bir önceki fıkrasında öngörülen kötüniyet tazminatının hüküm altına alınabilmesi için feshin kötüniyete dayandığının ispatı gerekir. İspat külfeti bu konuda davacı işçiye düşer, davacı şahitleriyle kötüniyeti kanıtlamak istediğini bildirmiş olmasına rağmen kendisine bu imkan tanınmamış ancak buna rağmen kötüniyet tazminatına karar verilmiştir. Bu durum usul ve yasaya aykırıdır. Mahkemece yapılacak iş kötüniyet tazminatıyla ilgili olarak davacının ne gibi delilleri varsa toplanmalı ve tanıkları dinlenmelidir. Ayrıca davalı işverene savunmasını ispat için ne gibi delilleri varsa onlar da toplanmalı, şahitleri dinlenmeli bunun üzerine toplanan deliller bir değerlendirmeye tabi tutularak sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde kötüniyet tazminatının da kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, 9.HD. 21.5.1997, 8368/9628, Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.153.

<sup>1235</sup> Y9HD. 30.3.1984, E. 1984/1371, K. 1984/3293, Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.154-155.

<sup>1236</sup> Y9HD. 10.10.1994, E. 1994/8993 K. 1994/13826, Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.155.

<sup>1237</sup> Y9HD. 8.4.1991, E. 1991/14473 K. 1991/7311, Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.155.

kurulmalıdır<sup>1238</sup>. Örnekler bunlarla sınırlı olmayıp Yargıtay'ın somut olayın özelliğine göre vermiş olduğu daha çok sayıda kararı bulunmaktadır.

### E. Kötüniyet Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması

Kötüniyet tazminatı; İş Kanununun 17. maddesinin 6. fıkrasında işverenin hizmet akdini fesih hakkını kötüye kullandığı durumlarda bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında ödenecek bir tazminattır.

İhbar önellere asgari olduğu sözleşmeler ile arttırılabileceği 17. maddenin 3. fıkrasında kabul edilmiştir. Sözleşmeler ile arttırılabileceği belirtilmiş olduğundan ferdi veya toplu iş sözleşmeleriyle bu süreler arttırılabilir. Eğer arttırılmış ihbar süreleri olan bir iş sözleşmesi kötüniyetli olarak feshedilirse kötüniyet tazminatı arttırılmış ihbar sürelerine göre hesaplanacaktır.

1475 sayılı kanun döneminde ihbar sürelerinin arttırılabileceği kabul edilmiş olmasına rağmen, kötüniyet tazminatının belirlenmesinde sadece (A) bendinde yazılı önellere üç katı kadar tazminat ödenebiliyordu. Ancak, arttırılmış önellere kötüniyet tazminatında esas alınabilmesi ferdi veya toplu iş sözleşmesinde açık bir hüküm olmasına bağlı idi. Şimdi ise ihbar önellere arttırılmış olması kötüniyet tazminatının bu önellere göre hesaplanması için yeterlidir<sup>1239</sup>.

Kötüniyet tazminatı hesaplanırken, İş K. m. 17'de hafta olarak ifade edilen fesih bildirim (feshi ihbar) süresinin önce 3 katı alınacak ve her haftası yedi gün üzerinden güne çevrilecektir. Bulunan toplam gün sayısı ile tazminata esas son brüt giydirilmiş günlük ücret çarpılacaktır. Bulunan kazanç brüt kötüniyet tazminatıdır. Bu kazanç üzerinden işçinin yıllık toplam gelir vergisi matrahının hangi tevkifat dilimine giriyorsa bu tevkifat oranı

<sup>1238</sup> Y9HD. 266.1996, E. 1996/236, K. 1996/14393, Ekonomi, **Kamu-İş D**, 1996 Yılı Yargıtay Emsal Kararları, s.60; 30.9.1998, 11125/13805, Ekonomi, **Kamu-İş D**, 1998 Yılı Yargıtay Emsal Kararları, s. 25.

<sup>1239</sup> Günay, **Şerh**, Cilt-1, s.724.

üzerinde gelir vergisi ve yine brüt kazanç üzerinden binde 6.6 oranında damga vergisi kesintisi yapılacaktır.

## **F. Kötüniyet Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi**

### **1. Kötüniyet Tazminatının Alacaklısı**

Kötüniyet tazminatı sadece işçiler tarafından talep edilebilecek bir tazminat türüdür, dolayısıyla koşulları oluşmuşsa alacaklısı, iş sözleşmesi kötüniyetli olarak feshedilen ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçidir.

### **2. Kötüniyet Tazminatının Borçlusu**

Kötüniyet tazminatının borçlusu işverendir. Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı gibi, iş güvencesinden yararlanmayan işçinin iş sözleşmesinin kendisine kanunen tanınmış olan fesih hakkını kötüye kullanarak fesheden işverendir.

### **3. Kötüniyet Tazminatında Zamanaşımı**

Yukarıda ihbar tazminatında değindiğimiz gibi bu tazminatların zamanaşımıyla ilgili kanuni düzenlemesi bulunmadığından, BK 125. Maddesindeki (TBK 146) “Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça her alacak 10 yıllık zamanaşımına tabidir.” şeklinde açıklanan genel zamanaşımı süresine tabidir.

#### 4. Kötüniyet Tazminatının Gecikme Faizi

3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanununun 1. maddesi uyarınca, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır. Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir.

Madde hükmünde, "miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse" kaydı bulunduğundan, kötüniyete dayalı feshlerde yasal faizin üstünde bir faizin ödenmesi, sözleşme ile kararlaştırılabilir. Eğer sözleşme ile bir faiz oranı belirlenmişse, bu oranın uygulanması gerekir<sup>1240</sup>.

Dönmez ve Usta'ya göre, kötüniyet tazminatı dava ile elde edilebilecek bir tazminat türü olduğundan, faizin başlangıç tarihi, akdin feshedildiği tarih değil; eğer dava dilekçesinde talep edilmişse dava tarihi olmalıdır<sup>1241</sup>.

Şakar ve Mollamahmutoğlu/Astarlı'ya göre, faiz temerrüt tarihinden başlamalıdır. Eğer işveren temerrüde düşürülmemişse dava tarihinden başlar. Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşü de bu yöndedir<sup>1242</sup>.

Kanaatimizce, faizin başlama tarihi kötüniyetli feshin haksız fiil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine göre değişecektir. Haksız fiil olarak kabul edilirse faizin başlangıcı işçinin haksız fiili öğrendiği yani kötüniyetli feshin işçiye bildirildiği tarih olmalıdır.

Bugüne kadar yargı kararlarıyla uygulama alanı bulan ve genel kabul gören haksız fiillerde temerrüdün ve dolayısıyla faiz başlangıcının fiilin işlendiği tarihten başlaması gerektiği yönündeki görüş 6098 sayılı TBK 117. maddesinde "...haksız fiilde fiilin işlendiği sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur."

<sup>1240</sup> Usta, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.915-916.

<sup>1241</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**,s.167; Usta, **Tazminatlar**, s.916;

<sup>1242</sup> Şakar, s.108; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.836;

şeklinde ifade edilerek uygulamada kabul gören görüş mevzuata aktarılmıştır.

### **G. Sosyal sigorta Primleri Yönünden Kötüniyet Tazminatı**

İş Kanununun 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenmesi gerekmektedir. Bu durumda da işçinin işyeri ile olan hukuki bağı, iş sözleşmesinin feshi ile sona erdiğinden işçiye ödenen kötüniyet tazminatı prime esas kazanca da dahil edilemeyecektir<sup>1243</sup>.

### **H. Vergi Hukuku Yönünden Kötüniyet Tazminatı**

Kötüniyet tazminatından gelir vergisi ve binde 6,6 damga vergisi kesilir. Bu konuda ihbar tazminatında yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

### **I. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kötüniyet Tazminatı**

818 sayılı Borçlar kanununda düzenlenmeyen kötüniyet tazminatı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda İş Kanununa paralel olarak 434. maddede düzenlenmiştir. Feshe karşı koruma başlığı altında yapılan bu yeni düzenlemeye göre, "Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür". Buradaki başlıktan anlaşılacağı üzere kötüniyet tazminatı açıkça iş güvencesi kurumu olarak

<sup>1243</sup> Şakar/Yiğit Şakar, s.107-108.

görülmektedir. Buradaki tazminat miktarı TBK m. 432' deki ihbar sürelerinin 3 katı tutarında olacaktır.

Genel kanun niteliği olan 6098 sayılı TBK'nun feshe karşı koruma başlığı altında getirilen bu hükümleri kötünietli feshi düzenleyen özel hükümler içeren 4857 sayılı İş kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu açısından olmasa bile bu konuda düzenleme bulunmayan 5953 sayılı Basın İş Kanunu açısından uygulama alanı bulacaktır<sup>1244</sup>.

#### IV. SENDİKAL TAZMİNAT

##### A. Sendikal Tazminatın Hukuki Niteliği

Sendika özgürlüğü çalışanlar açısından ne derece önemliyse, bu özgürlüğün korunması da o derece önemlidir. Bu özgürlüğü korumak amacıyla getirilen güvence, özgürlüğün zedelenmesini önlemek ve bu özgürlük sahiplerinin karşılaşacağı zararları önlemek amacı taşır. Sendikalar Kanunu 31. maddede düzenlenen sendikal tazminat da bu anlamda düzenlenmiş bir hükümdür<sup>1245</sup>. Bu tazminat Sen K. 31. maddedeki yasaklara aykırı şekilde yapılan tüm fesihlerde işverenin, işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere ödemekle sorumlu olduğu bir tazminattır. Bu tazminata uygulamada ve doktrinde sendikal tazminat veya bazen de sendikacılık tazminatı adı verilmektedir. Sendikal tazminat, sadece sendikal faaliyet nedeniyle yapılan fesihlerde değil, işverenin işyerinde yaptığı aynı zamanda sendikal ayrımcılık nedeniyle Sen. K. m. 31/6 uyarınca öngörülen; işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacak olan tazminattır<sup>1246</sup>.

Anayasa'nın 51. maddesinin 4. fıkrasında, hiç kimsenin sendikaya üye olmaya, üye kalmaya, üyelikten ayrılmaya zorlanamayacağı; Yine çalışma

<sup>1244</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.830

<sup>1245</sup> Terzioğlu Ahmet, Sendikal Fesih, **Kamu-İş D**, C:10, S:1/2008 s.49.

<sup>1246</sup> Terzioğlu, Sendikal Fesih, **Kamu-İş D**, C:10, S:1/2008, s.49-50

özgürlüğünü teminat altına alabilmek için negatif sendika özgürlüğünün varlığının şart olduğunu ifade eden ve 1961 Anayasası'na göre daha ileri bir adım olan 6. fıkrasında ise, herhangi bir iş yerinde çalışabilmenin, işçi sendikasına üye olmak veya olmamak şartına bağlanamayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>1247</sup>.

Sendikal tazminatın dayanağı da, kaynağını Anayasanın yukarıda anılan hükmünden alan 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesidir. Anılan madde hükmüne göre, İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemede, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yaparsa; işçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılırsa veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulurlarsa; işveren, işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere bir tazminat ödemeye mahkum edilir. İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır.<sup>1248</sup>

Her ne kadar Sendikalar Kanunu'nun 31/6. maddesinde "İşverenin, hizmet akdinin feshi dışında, üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir... Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise İş K. 18, 19, 20 ve 21. Hükümleri uygulanır. Ancak 21. maddeye göre ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz." şeklindeki düzenlemede bu ödeme tazminat olarak adlandırılıyorsa da sendikal tazminat, niteliği itibarıyla teknik anlamda bir tazminat olmayıp "medeni ceza", "özel ceza" olarak kabul edilmektedir.

<sup>1247</sup> Aktay, **Sendika Hakkı**, s.55

<sup>1248</sup> Usta, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.939.



Sendikal tazminat, iş sözleşmelerinin, işveren tarafından kötüniyetle feshini gösteren sendikal amaçlı işten çıkarmaların vasıflı bir tazmin şeklidir<sup>1249</sup>.

Sendikalar Kanununda 4773 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmasından önce, “sendikal tazminata hükmedilmesi halinde iş kanunlarındaki kötüniyet tazminatı uygulanmaz” hükmü bulunmaktaydı. Buna göre sendikal tazminatın yanında ayrıca kötüniyet tazminat talebi yasal olarak engellenmişti. 4773 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra bu hükme yer verilmemiş ise de gerek öğretide gerekse yargı kararlarında aynı durumun halen geçerli olduğu kabul edilmektedir. Öğretide her iki tazminatın da temelde aynı hukuki nitelikte olduğu, sendikal tazminatın kötüniyet tazminatının özel bir halini oluşturduğu belirtilmektedir<sup>1250</sup>.

## **B. Sendikal Tazminat İsteyebilme Koşulları**

### **1. İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanmayan İşçilerden Olma**

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin, iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshi halinde, 2821 sayılı Kanun'da öngörülen sendikal tazminat uygulama alanı bulacaktır.

Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 7. fıkrası hükmü gereği; Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununa tabi işçiler ile 4857 sayılı İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçiler ancak iş sözleşmelerinin feshi halinde sendikal tazminat isteyebileceklerdir. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sendikal tazminat isteyebilmeleri, hem sendikal nedenle ayırımı tabi tutulmaları hem de sendikal nedenle iş sözleşmelerinin feshi durumunda mümkün iken; iş güvencesi kapsamına

<sup>1249</sup> Günay, Cevdet İlhan, **İş Hukuku, Yeni İş Yasaları**, Ankara-2003, s.441; Terzioğlu, Sendikal Fesih, **Kamu-İş D**, C:10, S:1/2008, s.51.

<sup>1250</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **3. Baskı**, s.185; Mollamahmutoğlu, s.556; Süzek, **7. Baskı**, s.481.

giren işçilerin doğrudan sendikal tazminat isteyebilmeleri, ancak sendikal ayırım halinde söz konusu olacaktır<sup>1251</sup>.

## 2. Sendikaya Üye Olma, Olmama veya Sendikal Faaliyet

"Sendikaya üye olup olmama hürriyetinin teminatı" başlığı altında bireysel sendika özgürlüğüne ilişkin teminatlar içeren 31. maddenin 3. fıkrasına göre, işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle, sendika üyesi olmayan işçiler veya farklı sendikalara üye işçiler arasında çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Aynı maddenin 25.5.1988 tarihli ve 3449 sayılı Kanunla değişik 5. fıkrasına göre de "İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika ve konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz..." İşte sendikal tazminat, işverenin bu hükümlere aykırı olarak işçileri arasında ayırım yapması ve/veya işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi halinde uygulanan bir hukuksal yaptırımdır<sup>1252</sup>.

İşçinin sendikaya üye olması sebebiyle işten çıkarılması, Sendikalar Kanununun 31. maddesinden ayrı olarak, İş Kanununun 17. maddesinde de kötüniyet tazminatı adı altında yaptırıma bağlanmış olup, İş Kanunundaki bu genel hükme nazaran sendika özgürlüğünün güvence altına alınması amacıyla getirilen 2821 sayılı Kanunun 31. maddenin özel tazminat hükmüne, maddenin kapsamı kadar "sendikaya üye olup olmama hürriyeti" olarak ifade edilen başlığına uygun düşecek şekilde uygulanma imkanı kazandırmak üzere, 25.5.1988 tarihli ve 3449 sayılı Kanunla, 31. maddenin 5. fıkrasına "sendikaya üye olmaları veya olmamaları" ibaresi eklenmiştir<sup>1253</sup>. Bu değişiklikten sonra, işçinin hizmet akdi sendikaya üye olması veya olmaması sebebiyle feshedilmişse, 4857 sayılı Kanunu'nun 17.

<sup>1251</sup> Şahlanan Fevzi, "İş Güvencesi Sistemi İçerisindeki Sendikal Tazminat", (Karar İncelemesi), **Teks. İşv. D**, Nisan, 2006, s.52; Terzioğlu, Sendikal Fesih, **Kamu-İş D**, C:10, S:1/2008, s.56.

<sup>1252</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.698.

<sup>1253</sup> Bkz. 3449 sayılı Kanuna ilişkin gerekçe.

maddesindeki kötüniyet tazminatına ilişkin hükmün değil; 2821 sayılı Yasanın 31. maddesinin sendikal tazminat ile ilgili 6. fıkra hükmünün uygulanması gerekecektir<sup>1254</sup>.

### 3. İş Sözleşmesi Feshedilmeksizin Sendikal Nedenlerle Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranılması

Eşit davranma borcu, aynı durumdaki işçilerin farklı muameleye tabi tutulmasını engellemeyi amaçlayan işverenin kanuni yükümlülüklerinden biridir. Aynı durumda olan işçilere karşı gerek ücret, gerek izin, gerek iş koşulları vb. bakımından işverenin keyfi olarak farklı davranmasını önleyip mantıksal olarak en uygun olan aynı koşulda bulunan işçilerin aynı koşullara tabi tutulmasının zeminini hazırlar.

Söz konusu eşit davranma borcuna riayet etmeyip sendikal nedenlerle işçiler arasında farklı uygulamaya giden işveren böyle bir ayrıma gitmiş olduğundan dolayı işçinin 1 yıllık ücreti tutarında sendikal tazminat ödemek zorunda kalır<sup>1255</sup>.

#### C. Sendikal Tazminatta İspat Yükü

4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, sendikal tazminat istemi ile açılan davalarda ispat yükümlülüğü işverene bırakılmıştır. Böylece, önceden yargı kararlarında<sup>1256</sup> ispatla yükümlü tutulan işçi yerine işveren, feshin, sendikal nedene dayanmadığını ispat edemediği takdirde tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu değişiklikle beraber işçinin sendika üyesi olma veya olmama gibi hakları güvence altına alınarak işverenin bir nevi işçinin bu haklarını

<sup>1254</sup> Y9HD. 22.1.1990 T., E. 1989/8620, K. 1990/310, Usta, s. 948.

<sup>1255</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**,s.176.

<sup>1256</sup> Y9HD. 24.11.1999, E.1999/14887, K. 1999/17913, Ekonomi, Münir, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları, **Kamu-İş D**, Ankara, 2001, s.320-321

kullanmasını engelleyen keyfi hareketleri frenlenmiştir. İspat yükümlüğünün işverende olması işçiyi ağır bir külfetten kurtarmış durumdadır<sup>1257</sup>.

Türk Hukukunda işçinin sendikal nedenle feshe karşı korunmasını sağlayan düzenlemeler açısından bazı sorunlar bulunmaktadır. Şöyle ki; İş güvencesinin kapsamında bulunan bir işçi sendikal nedenin bulunduğunu ispat yükümlülüğü bulunmasına rağmen, iş güvencesinin kapsamı dışında bulunan işçi bakımından böyle bir yükümlülük yoktur. Çünkü, sendikal nedenin bulunmadığını ispatlama yükümlülüğü işverene verilmiştir. İspat yükü bakımından ortaya çıkan bu ayrım yerinde değildir. İş güvencesinin kapsamında bulunan işçiler açısından da benzer bir düzenlemenin getirilmesi isabetli olacaktır<sup>1258</sup>.

Yargıtay kararlarında<sup>1259</sup>, işçinin sendika üyesi olmadığı bir dönemde işine son verilmesinin feshin sendikal nedene dayanmadığını göstermeyeceğini, sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmak için başvuru yaptığı dönemde yapılan fesihleri, işverenin sendikadan çekilmeyi kolaylaştıracak veya zorlayacak bir tutum takınmasını, işçilerin işyerinde sendikal örgütlenme yapmak için çalışmaları üzerine yapılan fesihleri, yetki aşamasında veya toplu görüşmeler sürerken yapılan fesihleri, işverenin sendika üyelerinin iş sözleşmelerini feshederken sendika üyeliğinden çekilenlerin iş sözleşmelerini feshetmemesini sendikal nedenle yapılan fesih olarak değerlendirmişir<sup>1260</sup>.

#### D. Sendikal Tazminatın Miktarı ve Hesaplanması

<sup>1257</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s. 699.

<sup>1258</sup> Sümer, Haluk Hadi, **”İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi”**, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt-2, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.1663.

<sup>1259</sup> Y9HD. 22.6.2009, E 34144/K 17161; Y9HD. 19.10.1998, E 12272/K 14546; Y9HD. 6.4.2009, E 24147/K 9509, Sümer, **İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi**, s.1645-1646.

<sup>1260</sup> Özveri, Murat, **”Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması; Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları”**, Legal İHSGHD., 2005/8, s.1541.

Sendikalar Kanunu 31. maddenin 6. fıkrasında "...işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere bir tazminata hükmedilir..." denilmekte olup, bu hükümde, işçinin çıplak ücretinin mi, yoksa giydirilmiş ücretinin mi esas alınacağı belirtilmemiştir. Yargıtay içtihatlarında ve öğretide tazminatın hesabına esas alınacak ücretin, aksi yönde (lehte) hüküm öngörülmediğinden, işçinin aldığı en son kök (çıplak) ücret olacağı kabul edilmektedir<sup>1261</sup>.

Hükmedilecek tazminatın alt sınırı, işçinin ücretinin bir yıllık tutarı olarak çizilmiş, ancak üst sınır getirilmemiştir. Bu duruma göre, talep edilen miktarı aşmamak, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak koşuluyla, sendikal tazminat miktarı, önüne gelen olayın özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle hakim tarafından takdir edilecektir diyebiliriz. 17. maddenin 6. fıkrası hükmüne göre, hükmedilecek tazminatın dışında, işçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır<sup>1262</sup>.

Sendikal tazminat, zararın mevcudiyeti ve miktarı ile ispatı gibi teknik anlamda tazminatın koşullarını içermemekle birlikte yargıç, işçinin bir yıllık ücretleri tutarının üzerinde bir miktar olarak tespit ederken genel hükümleri (TBK m. 51/1 veya BK m. 43/1) dikkate alacaktır<sup>1263</sup>.

Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi iş güvencesi kapsamındaki işçiler iş sözleşmelerinin feshi halinde Sen. K. m. 31/6 gereğince salt sendikal tazminat talebiyle dava açamayacakları gibi, işe iade davalarında da sendikal tazminat talebinde bulunamazlar. Bununla birlikte sendikal nedenle geçersiz fesih halinde talep edecekleri iş güvencesi tazminatı en az bir yıllık ücret tutarında olacak ve ayrıca sendikal tazminat talep edilemeyecektir<sup>1264</sup>.

<sup>1261</sup> Usta, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s. 956; Şakar, s.110.

<sup>1262</sup> Usta, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s. 956.

<sup>1263</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s. 699.

<sup>1264</sup> Y9 HD. 27.12.2004 T, E.2004/20181, K.2004/29411, Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **4. Baskı**, s.157.

## **E. Sendikal Tazminatın Borçlusu, Alacaklısı, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi**

### **1. Sendikal Tazminatın Alacaklısı**

İş sözleşmesi feshedilen işçi sendikal tazminatın alacaklısıdır. Sendikalar Kanununun 31. maddesinin “işçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları... dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar” anlatımından, sadece sendika üyesi işçilerin değil sendika üyesi olmayan işçilerin de sendikal faaliyet nedeniyle güvence altına alındıkları anlaşılmaktadır<sup>1265</sup>. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 7. fıkrası hükmü gereği; Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanununa tabi işçiler ile 4857 sayılı İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21’inci maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçiler ancak iş sözleşmelerinin feshi halinde sendikal tazminat isteyebileceklerdir. Bu kapsama giren işçilerin sendikal tazminat isteyebilmeleri, hem sendikal nedenle ayırımı tabi tutulmaları hem de sendikal nedenle iş sözleşmelerinin feshi durumunda mümkün iken; iş güvencesi kapsamına giren işçilerin doğrudan sendikal tazminat isteyebilmeleri, ancak sendikal ayırım halinde söz konusu olacaktır<sup>1266</sup>.

### **2. Sendikal Tazminatın Borçlusu**

Sendikal tazminatın borçlusu, sendikal nedenlerle işçinin iş sözleşmesini fesheden veya işçiler arasında sendikal nedenlerle ayırım yapan işverendir.

### **3. Sendikal Tazminatta Zamanaşımı**

<sup>1265</sup> Terzioğlu, Sendikal Fesih, **Kamu-İş D**, s.55.

<sup>1266</sup> Fevzi Sahlanan, ”İş Güvencesi Sistemi İçerisindeki Sendikal Tazminat, (Karar İncelemesi)”, **Teks. İşv. D**, Nisan, 2006, s.52.

İhbar ve kıdem tazminatlarında olduğu gibi, sendikal tazminatlar için de özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, BK 125. (TBK 146) maddesindeki 10 yıllık zamanaşımı süresinin bu tazminat için de uygulanması gerekir.

#### **4. Sendikal Tazminatın Gecikme Faizi**

Sendikal tazminatın ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde ihbar ve kötüniyet tazminatlarında olduğu gibi 3095 sayılı "Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun" hükümleri uygulanır. Bir Yargıtay kararında bu durum şöyle vurgulanmıştır. Hüküm altına alınan sendikal tazminat için mevduata uygulanan en yüksek faizin yürütülmesi hatalıdır. Gerçekten bu faiz 1475 sayılı İş Kanununun 14/11 maddesinde kıdem tazminatı için öngörülmüştür. Böyle olunca sendikal tazminat için yasal faize karar vermekle yetinilmelidir<sup>1267</sup>.

#### **F. Sosyal Sigorta Primleri Yönünden Sendikal Tazminat**

İş sözleşmesinin feshi veya çeşitli sebeplerle işten ayrılan işçilere işveren tarafından bir defaya mahsus olmak üzere ödenen toplu ödemeler, prime tabi tutulması gereken ödemeler kapsamında olmadığından prime esas kazancın hesaplanması sırasında dikkate alınmayacaktır.<sup>1268</sup>

#### **G. Vergi Hukuku Yönünden Sendikal Tazminat**

<sup>1267</sup> Y9HD. 29.6.1998, E. 9343, K.10978, Dönmez, **Tazminatlar**, s.180.

<sup>1268</sup> Şakar, s.110-111.

Sendikal tazminattan gelir vergisi ve binde 6,6 damga vergisi kesilir. Sendikal tazminat, vergi hukuku bakımından ihbar tazminatı ve kötüniyet tazminatı gibidir<sup>1269</sup>.

## V. AYRIMCILIK TAZMİNATI

### A. Ayrımcılık Tazminatının Anayasal Dayanağı

Türk Hukukunda eşit davranma borcunun temel dayanağı olarak Anayasa'da ifadesini bulan eşitlik ilkesi gösterilmektedir<sup>1270</sup>. 1982 Anayasası, ayrımcılık yasağını içeren "olumsuz" boyutunu da kapsayan yaklaşımla 10. maddesinde güvenceye aldığı yasa önünde eşitlik ilkesi dışında, ayrımcılık yasağıyla doğrudan ve dolaylı ilgili başka "özüml" kurallara da yer vermiştir<sup>1271</sup>. Eşit davranma borcu açıklanmak istenirken, gözetme borcu, İş Hukukunun koruyucu karakteri, dürüstlük kuralı, adalet düşüncesi, ahlak kuralı, hakkaniyet kuralı anayasal eşitlik ilkesi gibi farklı kavram ve kurallara dayanılmıştır<sup>1272</sup>. Anayasanın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesinin 1. fıkrasına göre; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." Bu anayasal ilke, yine Anayasa'nın 11. maddesinin 1. fıkrasındaki "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır" ifadesi dikkate alındığında Anayasaya göre, salt bir kamu hukuku kurumu olmayıp özel hukuk ilişkileri alanında da geçerli bir ilkedir ve bu yönüyle de İş

<sup>1269</sup> Şakar, s.111.

<sup>1270</sup> Aktay/ Arıcı/Kaplan Senyen Yenilenmiş 4. Baskı, s.136; Tuncay, A. C, " **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Basım, Haziran 2007, s. 108; Çelik, 24. Bası, s.164; Süzek, 7. Baskı, s.395; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.645.

<sup>1271</sup> Gülmez, Mesut, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye – İş Yayınları, Ankara, 2009, s.545.

<sup>1272</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.645;



Hukukunda işverenin eşit davranma borcunun pozitif dayanağı olarak somutlaşmaktadır<sup>1273</sup>.

Anayasa Mahkemesinin, anayasa yargısının erken dönemlerinde verdiği ve söz konusu hükmü dar yorumlayarak sadece ayırım yasağı ile sınırlayan bir kararına konulan muhalefet şerhinde bu gerçek şu ifadelere yer verilmek suretiyle dile getirilmiştir. Bu görüşe göre "Anayasa'nın 12. (şimdi 10.) maddesi, yalnızca orada sayılan dil, ırk, cinsiyet gibi yönler dolayısıyla yapılan hukuki ayrımları değil, bunlardan başka nedenlerle gerçekleştirilecek hukuki eşitsizlikleri dahi yasaklamaktadır. Çünkü Anayasa'nın 12. (şimdi 10.) maddesinin dayandığı ilke birbirinin aynı olan durumlarda, haklı bir neden yok iken, başka başka hukuk kurallarının öngörülmesinin (bu ibare hukuki işlemler yapılmasının şeklinde de okunabilir) yasaklanmasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararlarında da aynı görüşe rastlanmaktadır. Eşitlik ilkesini yalnızca Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen durumlar dolayısıyla ayırım gözetmekten kaçınma anlamında yorumlayıp, orada sayılan durumlar dışında herhangi bir duruma dayanılarak yapılacak ayrımları sözü edilen fıkra kuralının dışında saymak hem Türk Anayasa Hukukunun tarihsel gelişmesine, hem de tartışma konusu kurala ilişkin yasama belgelerindeki yazılara ve maddenin her iki fıkrasının (şimdi 1. ve 3.) birlikte ve herkes sözcüğü üzerinde durularak incelenip tümü bakımından yapılacak yorumdan çıkan sonuca, hem de insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerle Alman, Avusturya, Fransa Anayasalarındaki metinlerdeki yazılışlara uygun düşmemektedir"<sup>1274</sup>.

## B. Ayrımcılık Tazminatının Hukuki Niteliği

4857 sayılı Kanunun getirmiş olduğu önemli yeniliklerden birisi, çalışma hayatında eşitliğin sağlanması konusunda, özellikle de cinsiyet ayrımcılığının

<sup>1273</sup> Aktay/ Arıcı/Kaplan Senyen 4. Baskı, s.136; Süzek, s.395-396; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.646.

<sup>1274</sup> R. Seçkin'in 19.6.1969 tarihli ve 8/37 sayılı Anayasa Mahkemesi kararındaki karşı oy yazısı, AMKD, S. 7, 1978, 355 vd., 360 vd., Süzek, 7. Baskı, s.397-398.

yasaklanması alanında olmuştur. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrası İş Hukuku alanındaki eşit davranma ilkesini tekrar etmekte ve bugüne kadar işverenin gözetim yükümlülüğünden veya Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinden çıkartılan eşit davranma ilkesini düzenlemektedir<sup>1275</sup>. Gülmez, Anayasanın 10. Maddesinin 1. fıkrasında bahsedilen yükümlülüğü salt eşitlik yükümlülüğü olarak değil, ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü olarak tanımlamaktadır<sup>1276</sup>. Yine 2. fıkarda kısmi süreli çalışan işçi ile tam süreli çalışan işçi arasında ayırım yapılamayacağını belirtmektedir. Ancak, Kanunun 3. fıkrası Türk İş Hukukunun bugüne kadar tamamen yabancı olduğu cinsiyet ayrımcılığı yasağını düzenlemektedir. Gerçi daha önceden de 1475 sayılı Kanunun 26. maddesi benzer işi yapan işçiler arasında cinsiyet nedeniyle ücret ayrımcılığı yapılamayacağını belirtiyor olmasına rağmen, yeni Kanunla getirilen düzenleme cinsiyet ayrımcılığını sadece ücretler bakımından değil, iş ilişkisinin bütün süreçlerinde yasaklamaktadır. Buna göre iş sözleşmesinin yapılması, sözleşmenin uygulanması ve sona ermesi esnasında cinsiyet ayrımcılığı mutlak anlamda bir yasak olarak öngörülmektedir. Kanun bir adım daha ileri giderek sadece doğrudan değil, dolaylı cinsiyet ayrımcılığını ve özel olarak da hamilelik nedeniyle ayrımcılık yapılmasını da yasaklamaktadır<sup>1277</sup>.

Anlaşılacağı gibi yürürlükte bulunan mevzuatta, eşit işlem yapma borcuna aykırı davranışın yaptırımını İş Kanununun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, iş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir<sup>1278</sup>. Bu düzenleme nispi emredici niteliktedir ve iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle arttırılabilir<sup>1279</sup>.

<sup>1275</sup> Demiral, Cavit, "4857 Sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı", e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Mart 2005, s.1-2.

<sup>1276</sup> Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, s.548.

<sup>1277</sup> Demiral, s.2.

<sup>1278</sup> Yıldız, Gaye Burcu, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.328.

<sup>1279</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.401.

Ayrımcılığa karşı öngörülen yaptırımın etkili, orantılı ve caydırıcı olabilmesi için bazı ayrımcılık durumlarının cezai yaptırıma bağlanması gerektiği dile getirilmiştir. Ancak sadece cezai yaptırım uygulanması da isabetli görülmemektedir. Çünkü cezai yaptırımlar, nitelikleri gereği mağdurun şahsi zararlarını tazmine yönelik değildirler. Bunun yanı sıra ceza hukuku yaptırımları için failin kusurlu olması şarttır, oysa ayrımcılık nedeniyle gündeme gelebilecek hukuki yaptırımlarda kusur aranmaz. Adalet Divanının Dekker davasında belirtmiş olduğu üzere, eşitliğe aykırılık durumunda işverenin ayrıca kusurlu olması gerekmemekte, eşitlik ilkesine aykırılık tazminattan sorumlu olabilmek için tek başına yeterli olmaktadır. Bu gerekçelerden dolayı da ayrımcılık durumunda sadece cezai yaptırım öngörülmüş olması isabetli bulunmamaktadır<sup>1280</sup>.

### C. Eşit Davranma Borcunun Şartları

Eşit davranma borcundan, işverenin işçilerine karşı her durumda eşit davranması anlaşılmalıdır. Eşitlik ilkesinin İş Hukuku'ndaki yansıması olan eşit davranma ilkesi, işverenin işçileri arasında mutlak bir eşitliği gerçekleştirmeyi amaçlamaz. Zira, iş ilişkisinde eşit davranma ilkesinin bizzat kendisi, işçiler arasında farklı davranılmasını gerektiren haklı nedenlerin varlığı halinde, eşitliğin zedelenmemesi bakımından bu kez de farklı işlem yapılmasını gerekli kılmaktadır. Aksi takdirde, yani, farklı durumda olanların bu farklılıkları göz ardı edilerek işveren tarafından işçilere eşit davranılması halinde, eşit davranma ilkesinin amaçladığı eşitliğin gerçekleştiği söylenemez. Bilakis eşitliği sağlamak için farklı işlem yapması gereken işverenin işçilerine eşit davranmaya devam etmesi, bu ilkenin ihlali anlamına gelir<sup>1281</sup>.

<sup>1280</sup> Yıldız, s. 318.

<sup>1281</sup> Ertürk, Şükran/Gürsel, İlke, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt-1, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.428-429.

• **Aynı işyerinin işçileri olma:** İşçiye eşit davranma borcunun ortaya çıkabilmesinin ilk koşulu eşit davranmanın söz konusu olduğu işçilerin arasında bir iç ilişkinin bulunmasıdır. Böyle bir iç ilişki, sadece "aynı işyerine aidiyet"le kurulabilir. Bundan çıkan sonuç, bir işverenin, yer ve konu itibarıyla birbirinden ayrı işyerlerinde çalıştırdığı işçiler karşısında eşit davranma borcunun olmamasıdır. Buna göre, işverenin, eşit davranma borcu, İş Kanunu'nun 12. maddesinin son fıkrası ile 13. maddesinin 3. fıkrası hükmü hariç, aynı işyerinde çalışan işçilerine karşı söz konusudur<sup>1282</sup>.

Buna karşılık, İş Kanunu'nun 12. maddesinin 3. fıkrasına göre, belirli süreli - belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler aleyhine bir ayrımcılığı önlemek için kriter alınan emsal işçi olarak "işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır". İş Kanunu'nun 13. maddesinin 3. fıkrasına göre de, kısmi süreli işçiye karşı ayrımcılığı önlemek için emsal alınan tam süreli işçi olarak, "Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçi alınır. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o iş kolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır"<sup>1283</sup>.

İşverenin eşit davranma borcu kural olarak aynı işyerinin işçilerine karşı olmakla birlikte, işyerlerinin özellikleri bakımından farklı davranmayı gerektiren objektif haklı nedenler bulunmuyorsa işveren, farklı işyerlerinde çalışan ve emsal işçi konumundaki işçiler arasında eşit davranmakla yükümlüdür. Buna göre, işyeri devri veya birleşme halinde de işveren emsal işçiler bakımından da eşit davranmakla yükümlüdür<sup>1284</sup>.

<sup>1282</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh** Cilt-1, s.143.

<sup>1283</sup> Kılıçoğlu/Şenocak, **Şerh** Cilt-1, s.143.

<sup>1284</sup> Yıldız, s.185; Mollamahmuoğlu/Astarlı, 4. Baskı, s.648.

\* **İşyerinde bir işçi topluluğunun mevcudiyeti:** Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için, işverenin işyerinde çalıştırdığı işçilerin sayı itibariyle ikiden fazla olması gerekir. Çünkü eşit davranma ilkesi, işçiler arasında karşılaştırma yapılmasını içerir ve bu da, doğal olarak, en az iki işçinin, yani bir işçi topluluğunun varlığını zorunlu kılar. Böylece eşit davranma borcu, ancak işçi topluluğunu ilgilendiren konularda söz konusu olabilir. Nitekim, çalışkan bir işçinin ödüllendirilmesi biçimindeki bireysel uygulamalar, işyerindeki işçi topluluğunu ilgilendirmediği sürece, eşit davranma borcundan söz etmeyi gerektirmez<sup>1285</sup>.

Eşit işlem borcunun yerine getirilmesinde, işyerindeki işçi topluluğunun içinde yer almakla beraber özel gruplar oluşturan alt işveren işçileri ve ödünç işçilerine karşı işverenin eşit işlem borcu hangi oranda devreye girecektir? Doğrusu yargı kararları ile bu yönde oluşmuş bir içtihat söz konusu değildir. Ancak doktrindeki hakim görüş, işverenin bu gruplara karşı eşit işlem yapmakla yükümlü olacağı yönündedir. Bu görüşe göre işyerinde işçi olarak çalışmakla birlikte, başka işverenlerin işçisi olanlar, yani; geçici iş ilişkisi içindeki (ödünç) işçilerin, taşeron işçilerin varlığı halinde de durum böyledir. İşyerinde birden fazla işçi çalışmakla birlikte, kendisine iş sözleşmesiyle bağlı bir işçisi bulunan, diğerleri ödünç işçi veya taşeron işçi olan ne kendi işçisi karşısında ne de ödünç işçi ve/veya taşeron işçiler karşısında eşit davranma söz konusudur. Yeter ki kanunda bu yönde bir bölüm öngörülmüş bulunmasın. Şu halde işyerinde birden fazla işçi bulunmakla beraber, sadece kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan ve bir topluluk oluşturan işçilere karşı yükümlülüğünden bahsedilebilir<sup>1286</sup>.

Ancak konu ayrımcılık yasağı olduğunda işveren tek bir kişi dahi olsa ayrımcılık yapmış sayılabilir. Örneğin işyerinde çalışan tek işçinin cinsel tercihinin anlaşılmasından sonra işyerinde daha fazla çalışmasının

<sup>1285</sup> Demircioğlu/Centel, s. 120-121.

<sup>1286</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, 4. Bası, s. 648-649; Kaya, s.149.

istenmemesi durumunda, sadece bu kişinin iş sözleşmesinin cinsel tercihi nedeniyle feshedilmesi ayrımcılık oluşturmaktadır<sup>1287</sup>.

•**Hukuken kollektif nitelikte davranışta bulunma:** İşverenin eşit davranma borcu, hukuken kollektif nitelikteki davranışları bakımından ortaya çıkar. Hukuken kollektif nitelikteki davranışlar, genel, objektif nitelikteki uygulamalardır. Bir veya bir kısım işçi, bu nitelikteki uygulamaların dışında tutulduklarında eşit davranma borcunun ihlalinde bahsedilebilir. Bu nedenle münferit nitelikteki işlem ve uygulamaları açısından işverenin eşit davranma borcu doğmaz. Sözelimi, bir veya birkaç işçiye ikramiye verilmemesi, ikramiye kollektif nitelikte bir uygulama olduğundan, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturabilecekken çalışkan bir işçinin işveren tarafından ödüllendirilmesi, münferit bir uygulama olduğundan, bu borca aykırılıktan söz edilemeyecektir<sup>1288</sup>.

Bir görüşe göre, eşit davranma ilkesi, bazı işçilerin diğerlerine göre kötü duruma düşürülmesine engel olur ancak bazı işçilerin diğerlerine göre daha iyi duruma getirilmesinde uygulama alanı bulmaz. Çünkü bazı işçilerin daha iyi duruma getirilmiş olması diğerlerini kötü duruma düşürme anlamına gelmemektedir. Hatta, kendisine bir takım ek yararlar (ödemeler) sağlanan işçiler ile aynı durumda olan işçiler dahi eşit davranma ilkesine dayalı olarak hak talep edemezler. Çünkü işverenin bir veya birkaç işçiye ek birtakım haklar sağlaması, bunlarla aynı durumda bulunan diğer işçilerin onayına bağlı değildir. Eşit davranma ilkesinin amacı haklardaki eşitliği sağlamak olduğundan, durumları daha kötü olan işçiler daha iyi durumda olan işçilerin haklarının kendi seviyelerine indirilmesini de talep edemezler. Bunun yanı sıra burada işverenin kollektif nitelikte bir işlemi değil bireysel alanda gerçekleşen, bazı işçilerin iş sözleşmelerini etkileyen, sözleşme serbestliği ilkesine uygun bir işlemi bulunmaktadır<sup>1289</sup>.

<sup>1287</sup> Yıldız, s.186.

<sup>1288</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, 4. Bası, s.650

<sup>1289</sup> Yıldız, s. 186.

## D. Ayrımcılık Tazminatı İsteyebilme Şartları

### 1. İş İlişkisinde Dil, Irk, Cinsiyet, Siyasal Düşünce, Felsefi İnanç, Din ve Mezhep ve Benzeri Sebeplerle Ayrım Yapılması

Globalleşme, mültecilik, yabancı işgücü çalıştırma, işsizlik, milliyetçi duyguların güçlenmesi gibi olguların gittikçe artması ve geçtiğimiz birkaç yüzyıla damgasını vuran sömürge politikasının kaçınılmaz sonucu olarak son 50-60 yılda dünyanın özellikle gelişmiş ülkelerinde ırk, etnik ve ulusal kökene dayalı ayrımcılık olayları ekonomik ve sosyal alanda artış göstermiştir. Çalışma hayatı da bu olaylardan nasibini almakta ve daha da alacağa benzemektedir<sup>1290</sup>.

Ülkemizde böyle bir ayrımın önüne geçebilmek adına mevzuatta düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden biri İş K m. 5/1'dir. Buna göre iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri nedenlere dayalı ayırım yapılamaz. Kanun, benzeri nedenleri de dikkate aldığından bu konudaki düzenlemesini maddede sayılan nedenlerle sınırlandırmamıştır. Bu itibarla maddede açıkça yer verilmemekle birlikte işverenin, işçinin özürülük durumu, ailevi durumu, yani boşanmış veya evlilik dışı yaşam gibi nedenlerle işçiye ayırım yapamayacağı kuşkusuzdur<sup>1291</sup>.

Burada önemli olan nokta; yürürlükteki hukuk düzeninin yapılacak bir ayrımı haklı (meşru) kılmayıdır. Bu anlamda, İş K m. 5; esas olarak işçinin çalışması sırasında dayandığı iş sözleşmesinin türüne yada cinsiyete göre ayırım yapılmasını haklı görmemekte (f.2-3) ve giderek, Sendikalar

<sup>1290</sup> Tuncay, A., Can, "Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt-1, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.725.

<sup>1291</sup> Özürülük Kanununun 14. maddesinde özürülükler için ayırım yasağı özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, "işe alımda; iş seçiminde, başvuru formları, secim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürülüklerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz; Çalışan özürülüklerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özürülük ile ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz". TCK m. 122'de ise özürülük nedeniyle işe alınmada ayırım yapılması cezai yaptırıma bağlanmıştır. Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.651.

Kanununun 31. Maddesini saklı tutarak (f.6) bunlara haksız sendikal ayrımları da eklemektedir<sup>1292</sup>.

İş K. m. 5/1'de yasaklanmış bulunan ırka dayalı ayırım yasağı, açıkça belirtilmiş olmasa da etnik kökene dayalı ayırımı da içerir. Bu nedenle işverenin belli etnik kökenden gelenlere karşı ayırım oluşturacak davranışları da yasaktır. Nitekim Avrupa Birliğinin 29.6.2000 tarih ve 2000/43 sayılı Yönergesi de, ırka dayalı ayırım yanında etnik kökene dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı da yasaklamaktadır (m. 1). Etnik farklılığın en önemli kriterlerinden biri dil olduğundan dile dayalı ayrımcılık da bu kategoride değerlendirilmelidir. İşverenin, dile dayalı ayırım yapamaması, işçiye salt anadilinin farklılığı itibariyle bir ayırım yapamamasını ifade eder. Yoksa, iletişim güçlüklerini, işin niteliklerini dikkate alarak Türkçe bilmeyen bir kişiyi işe almaması, dile dayalı ayrımcılık olmadığı gibi, Kanunun işçiye yönelik olarak öngördüğü işlemleri (yazılı sözleşme, yazılı sözleşme yapılmayan halde yazılı belge, çalışma belgesi, ücret hesap pusulası, işçiye yapılacak bildirimler vs.), iş mevzuatında açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, resmi dil olması hasebiyle Türkçe yapması da zorunludur<sup>1293</sup>.

İşveren bu ayırım yasaklarına uymadan hareket ettiği takdirde ayrımcılık tazminatı ödemeye mahkum edilir

## 2. İş Sözleşmesi Türleri Nedeniyle İşçiler Arasında Ayırım Yapılması

4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesinin türüne dayalı olarak farklı uygulamaları açıkça yasaklamıştır. İş Kanununun 5/2. maddesi "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" hükmünü içermektedir. Maddenin gerekçesinde bu düzenlemeyle ilgili olarak, "Diğer yandan ülkemizde esnek istihdam türleri

<sup>1292</sup> Tunçomağ/Centel, **5. Bası**, s. 138.

<sup>1293</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 651-652.



için belirli iş sözleşmesi türlerine ilişkin düzenlemeler getirilirken Avrupa Birliği çalışma müktesebatı da dikkate alınmış, bunlardan biri olarak maddede belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile tam ve kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalışmada ayrımı haklı kılan nedenler olmadıkça eşit davranılması kuralına da yer verilmiştir" ifadesi yer almaktadır. Sonuç olarak İş Kanununun 5. maddesinin ikinci fıkrasının, sadece iş sözleşmesinin türüne dayalı olarak işverenin eşit işlem yapma borcu ile ilgili bir düzenleme getirdiği anlatılmaktadır<sup>1294</sup>.

İşverenin esaslı nedenler bulunmadıkça tam süreli çalışan karşısında kısmi süreli çalışana (İş K. 5/2 ve 13/2); belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan karşısında ise belirli süreli sözleşmeyle çalışana ayırım yapmaması gerekir (İş K. m. 5/2 ve 12). Kısmi süreli yahut belirli süreli çalışana haksız ayırım yapıp yapılmadığı emsal işçiye bakarak tespit edilir. Kısmi süreli çalışan için emsal İşçi, bu işçinin çalıştığı işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. Eğer o işyerinde böyle bir işçi yoksa, bu kez o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işte tam süreli olarak çalıştırılan işçi emsal alınır (İş K m. 13/3). Tam süreli çalışan işçinin emsal olabilmesi için kural olarak belirsiz süreli sözleşmeyle çalışması gerekmez.

Belirli süreli sözleşmeyle çalışan için emsal işçi ise; O işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan işçidir. Ama o işyerinde böyle birisi yoksa, bu durumda o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işte belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan işçi baz alınır (İş K. 12/3).

Bu kıstaslar baz alınarak işçinin sadece iş sözleşmesinin türünün farklılığından kaynaklı olarak kendisine emsal teşkil edebilecek işçiden farklı koşullara tabi tutulduğu zaman ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini söyleyebiliriz. Bu yasak çiğnendiği zaman, çiğneyen taraf hukuki bir yaptırım olan ayrımcılık tazminatı ödemek durumunda kalabilir.

---

<sup>1294</sup> Yıldız, s. 226.

### 3. Cinsiyet Nedeniyle İşçiler Arasında Ayrım Yapılması

Türk İş Hukuku'nda cinsiyete dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Cinsiyete dayalı ayırım yasağı ILO normları ve Avrupa Birliği Mevzuatı paralelinde Türk İş Hukuku'na taşınan bir hükümdür. Dolayısıyla Türk İş Hukuku'nda ayrımcılığa karşı yapılan düzenlemelerin içinde en iyi korumayı getiren hükümler cinsiyet eşitliğine ilişkin olmuştur. Nitekim İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca "İşveren, biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan ve dolaylı farklı işlem yapamaz."

3. fıkranın önemi ve getirdiği yenilik, doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki farklı işlem türünden ilk kez söz etmiş ve her ikisini de , özellikle dolaylı farklı işlemleri de açıkça yasak kapsamına almış olmasıdır<sup>1295</sup>.

#### a. İş Sözleşmesinin Yapılması, Şartlarının Oluşturulması, Devamı ve Sona Ermesinde İşçiler Arasında Ayrım Yapılması

Çalışma hayatında kadın ve erkek eşitliği ilkesi, ilerleme, geliştirme, terfi gibi erkeklere tanınan her türlü imkanın kadınlara tanınmasını da gerektirir. Ancak eşit haklara sahip olma kadın ve erkeği, eşit yapma, manasında anlaşılmamalıdır<sup>1296</sup>.

Farklı işlem yasağına ilişkin olarak getirilen düzenlemeye göre işverenin iş sözleşmesinin yapılmasında, uygulanmasında, şartların oluşturulmasında ve sona ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak farklı olarak işlem yapması eşit işlem borcuna aykırı olur. Ancak

<sup>1295</sup> Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, s.606.

<sup>1296</sup> Aktay/Arıcı/ Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s.139.

biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılırsa farklı işlem uygulanabilecektir (İş K. m. 5/3)<sup>1297</sup>.

İş akdinin devamı süresince işveren eşit davranma ve ayırım yapmama borcuna uygun davranmak zorundadır. Başka bir deyişle, işverenin ücret ve tüm çalışma koşullarının uygulanmasında bu ilkeye uygun davranması gerekir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi ayırımı haklı kılan nedenler varsa işverenin bu konularda farklı işlem yapması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz. Yargıtay, işverenin işçiye daha az ücret zammı vermesini haklı ve objektif nedenlere dayandıramaması halinde, eşit davranma borcunu ihlal ettiğini isabetli olarak kararlaştırmaktadır<sup>1298</sup>.

İş Kanunu ve Anayasanın 10/2. maddesindeki cinsiyet ayırım yasağıyla ilgili özel düzenleme gereğince işe alma sırasında cinsiyet nedeniyle ayırım yapılamayacağı gibi işin devamı süresince de ücret ve çalışma koşullarında ve iş akdinin sona ermesinde aynı nedenle bir ayırım yapılamayacaktır (İş K. m. 5/3). Bu kuralın istisnasını biyolojik veya işin niteliğine ilişkin nedenlerin ayırım yapılmasını zorunlu kılması oluşturur. İş Kanununun anılan maddesinde aynı veya eşit değerde bir işte çalışan işçiye sırf kadın olması nedeniyle düşük ücret ödenemeyeceği hükme bağlanmış (İş K m. 5/4) ve işçinin cinsiyeti dolayısıyla mevzuattaki bazı koruyucu hükümlerin uygulanmasının, örneğin hamilelik nedeniyle daha hafif işlerde çalıştırılmasının (İş K m. 74/4) veya süt izni verilmesinin (İş K m. 74/son) daha düşük ücret ödenmesinin haklı gerekçesini oluşturamayacağı öngörülmüştür (İş K m. 5/5)<sup>1299</sup>.

İş sözleşmelerinin feshi hallerinde kural olarak eşit davranma borcu söz konusu edilemez. Fesih hakkının kötüye kullanılması durumları dışında işveren aynı durumdaki işçilerden istediği işçinin iş sözleşmesine süreli fesih bildirim yolu ile son verebilir. İş Kanunundaki geçerli sebeplerle iş

<sup>1297</sup> Aktay/Arıcı/ Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s.139.

<sup>1298</sup> Y9HD, 18.2.2003, E. 2002/13208, K.2003/1836, **Legal İHSGHD**, 2004/3, 1075-1076. Y9HD, 5.4.2005, E. 9518, K. 12140, **Legal İHSGHD**, 2005/8, 1746-1748; Y9HD, 1.11.2004, E. 8671, K. 24558, **Teks. İsv D**, Mart 2005, s. 39.

<sup>1299</sup> İş ilişkisinin devamı sırasında cinsiyet nedeniyle ayrımcılık konusunda geniş bilgi için bkz. Yıldız, 89 vd., 198 vd. 263 vd. Ertürk, **Kadın Erkek Eşitliği**, 167.

sözleşmesinin feshine ilişkin olarak, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerle feshinde olduğu gibi, bazen toplu işçi çıkarma sonucunu doğuran çok sayıdaki işçinin iş sözleşmelerinin işletmenin, işyerinin ve işin gereği sebebiyle feshinde de, işçilerin kişisel durumlarının, yeteneklerinin ve diğer niteliklerinin farklılığı karşısında, bu sonuca varılmalıdır<sup>1300</sup>. Yargıtay'ın böyle bir duruma örnek oluşturan bir kararına göre, norm kadro uygulaması uyarınca geçici işçilerin öncelikle işten çıkarılması gerekirken, bunların yerine aynı işi daha düşük ücretli işçilere yaptırmak amacıyla, sadece kadın işçileri işten çıkarmasını eşit davranma borcuna aykırı bir davranış olduğu şeklinde yorumlamıştır<sup>1301</sup>. İş Kanununun eşit davranma ilkesi ile ilgili hükümlerin de (m. 5 ve m. 18/3) öngörülen ayırım yasaklarının buna bir engel oluşturduğu düşünülemez. Eşit davranma ilkesine ilişkin 5. maddedeki, iş ilişkisinde, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı yolundaki genel hükümden sonra, iş ilişkisinin sona ermesi konusunda, cinsiyet ve gebelik nedeniyle farklı işlem yapılamayacağına (m. 5/3) ve buna aykırılığın yaptırımına (m. 5/4) ilişkin özel düzenlemede, sadece bu hallerle ilgili olarak ayırım yasağına yer verilmektedir<sup>1302</sup>.

### **b. Eşit Değerde İş İçin Farklı Ücret Uygulanması**

Sosyo-ekonomik tanımına göre ücret, bir iş karşılığında işveren tarafından işçiye saat başına, gündelik, haftalık, onbeş günlük ya da aylık ödenen para ve para ile belirlenebilen malların ve hizmetlerin oluşturduğu bir gelir<sup>1303</sup> ve yine çalışmadığı halde ücret ödenmesini içeren durumlar dışında yapılan bir hizmetin (işin) karşılığı olarak işveren veya 3. kişilerce işçiye sağlanan ve para veya parasal değeri bulunan menfaatlerden oluşan bir gelir

<sup>1300</sup> Çelik, Nuri, **24. Bası**, s.184.

<sup>1301</sup> Y9HD, 11.9.2006/18576 K. 2006/21357, **Kamu-İş Bülteni**, 2007, Sayı: 53, s.22.

<sup>1302</sup> Çelik, **24. Bası**, s.184.

<sup>1303</sup> Turan, Kamil, **İş Hukukunun Genel Esasları**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1990, s.81; Evren, Kemal Öcal, **İş Hukukunda Ücret ve Uygulanması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.20.

çeşididir. Hukuki tanım ise 4857 sayılı İş Kanununun 32. maddesinde, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya 3. kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar şeklinde yer almıştır<sup>1304</sup>. Bu tanımlar çerçevesinde eşit davranma borcunu tahlil edersek yapılan işin eşit değerde olması durumunda ücret olarak yapılan ödemelerin de eşit olması gerekir. Aksi durumun varlığı ayrımcılığın varlığına işaret eder.

İş Kanunu'nun 5. maddesinde getirilen düzenlemeye göre, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı gibi işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu nitelikteki hükümlerin uygulanması da, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı göstermez. Ayrıca aynı maddenin 1. fıkrasında yer alan ve iş ilişkilerinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak ayırım yapılamayacağına ilişkin temel kural gereği, bu nedenlere dayalı olarak farklı ücret ödenmesi uygulanmasına da gidilemeyecektir<sup>1305</sup>.

Farklı yeteneklere sahip olan işçiler arasında, özellikle ücretler yönünden, işçilerin nitelikleri göz önünde tutularak ayırım yapılabilir. Eşitlik sadece eşit niteliklerin varlığı halinde söz konusu olabileceğinden, eşit davranma borcu öğrenim derecesi, yaş, kıdem gibi objektif niteliklerle ve çalışkanlık, beceriklilik, kabiliyet, liyakat gibi sübjektif niteliklerle sınırlı bulunmaktadır<sup>1306</sup>. Bu niteliklerin işçilerde eşit olarak var olduğu genellikle düşünülmemeyeceğine göre, çoğu zaman işçilerin ücretleri arasında farklılık yapılabilir<sup>1307</sup>. Ancak işçilere işverence eşit ölçüde (seyyanen) bir zam uygulanması halinde artık işçilerin kişisel niteliklerine bakılmadan eşit işlem görmeleri ve bazı işçilerin zam dışında bırakılmamaları gerekir<sup>1308</sup>.

<sup>1304</sup> Evren, s.20.

<sup>1305</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 2.Baskı, s135; Aktay/Arıcı/ Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s137-138.

<sup>1306</sup> Çelik, **24. Bası**, s.183.

<sup>1307</sup> Y9HD, 20.5.1985, E. 1985/2546 K. 1985/5437, Çelik, **24.bası**, s.183.

<sup>1308</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 404-405; Çelik, **24.bası**, s.183.

Kural olarak aynı veya eşit değerdeki işi yapan işçi, ister kadın ister erkek olsun cinsiyet ayrımı gözetilmeden, aynı ücreti almaya hak kazanmalıdır. Ancak, Senyen Kaplan'a göre sözleşmenin konusunu, erkek işçi tarafından yapılacak iş teşkil ediyorsa ve bunun için belirli bir cinsiyet vazgeçilmez bir şart olarak aranmışsa veya söz konusu işin kadın işçi tarafından yapılamayacağına ilişkin (gece işi gibi) objektif bir sebep varsa, ya da yapılan işte cinsiyet ayrımı yapıldığını gösteren objektif nedenler mevcut değilse eşit veya eşit değerde işi yapan ister kadın ister erkek olsun farklı ücret ödenmesi hukuken caiz olmalıdır<sup>1309</sup>.

### **E. Ayrımcılık Yapıldığının İspatı ve İspat Yükünün Yer Değiştirmesi**

İş Kanununa göre işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığını kural olarak işçi ispat etmek zorundadır (İş K. m. 5/son). Ancak bu konudaki ispat güçlüğü göz önünde tutan yasa koyucu işçinin ispat yükünü yumuşatmış ve belirli durumlarda bu yükün yer değiştirebileceğini hükme bağlamıştır. Gerçekten İş Kanununun 5. maddesinin son fıkrası gereğince "20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur"<sup>1310</sup>.

O halde kural işçinin, işverenin eşit davranmaya aykırı davrandığını ispat etmesiyken, aşağıdaki 2 durumda ispat yükü yer değiştirir.

<sup>1309</sup> Aktay/Arıcı/ Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s.138.

<sup>1310</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.418.

•Eşit davranma borcuna aykırılık iddiası, iş sözleşmesinin işveren tarafından 20. maddede belirtildiği gibi sebep gösterilmeksizin veya geçerli sebep olmaksızın feshedilmesi halinde, yani, iş sözleşmesinin sona ermesinde eşit davranma borcuna aykırılık iddiası halinde, örneğin, iş sözleşmesinin, işçinin etnik kökeni veya siyasal düşüncesi veya benzeri nedenle feshedildiği iddiasına karşı feshin hukuken geçerli bir nedeni bulunduğunu, 20. maddenin 2. fıkrası uyarınca işveren ispatla yükümlü olur.

•İşçi, işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiğini ispat edememekle birlikte bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir şekilde gösteren bir durumu ortaya koyduğu takdirde, işveren, böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispatla yükümlüdür. Bu halde ispat yükünün işverene düşmesi için, işçi, ihlalin varlığının kuvvetli bir ihtimal olduğu yönünde hakimde kanaat oluşturacak somut objektif vakaları ortaya koymalıdır<sup>1311</sup>.

## **F. Ayrımcılık Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması**

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında "iş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, 4 aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka, yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki hükümleri saklıdır." ifadesine yer verilmiştir.

Böylece, işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı davranması halinde, işçinin isteyebileceği 4 aylık ücreti tutarındaki tazminat güvenceye bağlanmıştır. 5. maddenin gerekçesinde açıklandığı üzere "tazminat için esas olacak ücret, asıl ücret olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir." Hemen belirtelim ki, tazminatın miktarını yargı belirleyecektir. 5. maddedeki hükme göre tazminat işçinin dört aya kadar ücreti tutarında olduğundan, tazminatın tutarı, olayın özelliğine

<sup>1311</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.661.

göre işveren tarafından yapılan ayrımcılığın ağırlığına, işçinin işyerindeki konumuna ve kıdemine uygun olarak yargıç tarafından belirlenecektir. Ayrıca, 5. maddenin 6. fıkrası, işverenin salt eşit işlem borcuna aykırı davranışı yaptırma bağladığından, işçi bu tazminatı herhangi bir zararı olmadan da isteyebilir. Tazminat miktarı ile ilgili olarak belirtmemiz gereken diğer bir husus ise, tazminatı düzenleyen hükmün nispi emredici özelliğinden dolayı, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile miktarı daha yüksek belirlemek mümkündür<sup>1312</sup>.

İşverenin ayrımcı davranışına maruz kalan işçi, 4 aya kadar ücreti tutarındaki (ayrımcılık) tazminattan başka ayrıca İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrası uyarınca yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir<sup>1313</sup>. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, esas olarak iş sözleşmesinin feshinde eşit işlem yapma borcunun bulunup bulunmadığını incelediği bir uyuşmazlıkta, "...iş sözleşmesinin feshi, işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur. Söz konusu borca aykırılığın yaptırımı 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 6. Fıkrasında 4 aylık ücrete kadar bir tazminat olarak belirlenmiş ve İşçinin ayrıca yoksun kaldığı hakları talep edebileceği açıklanmıştır." ifadelerine yer vererek eşit işlem yapma borcuna aykırılık durumunda da İş K. m. 5/6'da öngörülen yaptırımın uygulanacağını belirtmiştir<sup>1314</sup>.

Ayrımcılık tazminatı, teknik anlamda bir tazminat olmayıp eşit davranma borcuna aykırılığın hukuksal yaptırımı olduğundan, işçinin, bu tazminatı talep edebilmesi için salt ayırım oluşturan bir işlem veya davranışa maruz kalması yeterli olup ayrıca zararının doğmuş bulunması gerekmez<sup>1315</sup>.

## **G. Ayrımcılık Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi**

<sup>1312</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.414; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.660; Kaya, s.169.

<sup>1313</sup> Kaya, s.169.

<sup>1314</sup> Y9HD. 18.9.2007, E. 28933, K. 26947, **Legal YKİ**, S.5, 2007, s.296-298.

<sup>1315</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.660.



### **1. Ayrımcılık Tazminatının Alacaklısı**

Ayrımcılık tazminatının alacaklısı, gerek işe alınırken, gerek iş devam ederken ve gerekse işin sona ermesinde ayrımcılığa maruz kalan taraftır. Ayrımcılık fiili işveren tarafından işlendiği için alacaklı ayrımcılığa uğrayan işçidir.

### **2. Ayrımcılık Tazminatının Borçlusu**

Eşit davranma borcunu ihlal ederek ayırım yapma yasağını çiğneyen işveren ayrımcılık tazminatının borçlusudur. Zaten İş K madde 5/6 işverenin ayırım yapma yasağına aykırı davranmasının yaptırımı olarak düzenlenmiştir.

### **3. Ayrımcılık Tazminatında Zamanaşımı**

İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenmiş olan ayrımcılık tazminatıyla ilgili olarak özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bu tazminat BK 126. (TBK 147) maddesi kapsamına da dâhil olmadığından BK 125. Maddesi (TBK 146) uyarınca genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl içinde talep edilmelidir On yıllık zaman aşımı süresi ayrımcılık kapsamında değerlendirilen fiil yapıldığında işlemeye başlayacaktır<sup>1316</sup>.

İşverenin işçi ücretlerinin ödenmesinde eşit işlem yapma borcuna ya da ayrımcılık yasağına aykırı davranması halinde, bakiye ücret alacağı talebi ise beş yıllık zamanaşımına tabidir (Bk 126). Burada beş yıllık sürenin her

---

<sup>1316</sup> Yıldız, s.348.

ücret alacağı için anılan ücret alacağının doğduğu tarihten itibaren işletileceği de dikkate alınmalıdır<sup>1317</sup>.

#### **4. Ayrımcılık Tazminatının Gecikme Faizi**

Bu konu ile ilgili de özel bir faiz uygulanacağına dair bir düzenleme bulunmadığından, kötüniet tazminatında gecikme faiziyle ilgili yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olup, bahsi geçen yasal faiz, ayrımcılık tazminatına da uygulanır. Faiz başlangıcı ise haksız fiilde olduğu gibi ayrımcılığın yapıldığı zamandır.

#### **H. Sosyal Sigorta Primleri Yönünden Ayrımcılık Tazminatı**

Burada ikili bir ayrıma gidilmelidir. İşe alımda iş sözleşmesi hiç kurulmadığından ve iş sözleşmesinin feshinde işçinin işyeri ile olan hukuki bağı, iş sözleşmesinin feshi ile sona erdiğinden işçiye ödenen ayrımcılık tazminatı prime esas kazanca da dahil edilemeyecektir.

İşe devam ederken yapılan ayrımcılık halinde ise tazminat tutarı sigorta primine esas aylık kazanca dahil edilebilecektir<sup>1318</sup>.

#### **I. Vergi Hukuku Yönünden Ayrımcılık Tazminatı**

Ayrımcılık tazminatından gelir vergisi ve binde 6,6 damga vergisi kesilir. İhbar tazminatında ve sendikal tazminatta yapılan açıklamalar ayrımcılık tazminatı için de geçerlidir.

### **VI. İŞ GÜVENCESİ (İŞE BAŞLATMAMA) TAZMİNATI**

<sup>1317</sup> Yıldız, s.348.

<sup>1318</sup> Şakar/Yiğit Şakar, s.107-108.

### A. İş Güvencesi Tazminatının Hukuki Niteliği

Feshin geçersiz olduğuna ilişkin yargı kararının tebliğinden itibaren işçinin on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurması ve işverenin işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmaması halinde işverenin iş güvencesi tazminatı ödeme yükümlülüğü doğacaktır. İş Kanununun 21. maddesinde işverenin işçiyi başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmaması halinde, işçiye en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağı belirtilmiştir<sup>433</sup>. Bu süre 4773 Sayılı Kanunla değişik eski İş Kanununda ise işçinin en az altı ay en çok bir yıllık ücreti tutarı olarak düzenlenmişti ( m.13/D, fıkra I)<sup>1319</sup>.

Anlaşıldığı üzere, feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar veren yargılama makamının aynı zamanda yasal süresinde başvuran işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminata da karar vermesi gerekir. Bu olgu, feshin geçersizliğinin ve işe iadenin doğal bir sonucu olarak yasada belirtilmiştir (İş K. 21/2). İşte bu tazminata "iş güvencesi tazminatı" denilmektedir. Gerçekten de bu ödeme, bizzat yasada da belirtildiği üzere (İş K. 21/2) gerçek bir tazminattır<sup>1320</sup>. Ancak, zarar koşuluna bağlı tutulmadığından "götürü bir tazminat" olduğu söylenebilir.

### B. İş Güvencesi Tazminatı İsteyebilme Koşulları

İş K. m. 21/1'e göre işçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Fıkradan açıkça anlaşıldığı gibi işçi tazminat talebinde bulunamayacak yalnızca işe iade talebinde bulunabilecektir. Buna karşılık seçim hakkı kendisinde olmak üzere işveren, isterse işçiyi işe başlatacak, işe başlatmak

<sup>1319</sup> Manav, H, s.134.

<sup>1320</sup> Şahlanan, Fevzi, İşe İade Kararının Uygulanmaması Durumunda Dört Aylık Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi, **Teks. İşv. D**, Nisan 2005, s.44-45.

istememezse bunun yerine işçiye tazminat ödeyecektir. İşveren işçiye işe başlatmadığı takdirde, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında olmak üzere bir tazminat ödeyecektir<sup>1321</sup>.

İşçi lehine bir iş güvencesi tazminatının ödenmesi için öncelikle yargı mercileri tarafından geçersizliği hüküm altına alınmış bir fesih olmalı ve bu fesih sonucu iş sözleşmesi feshedilerek işten çıkartılan işçi lehine işe iade kararının verilmiş olması gerekir. Yani işçinin iş güvencesi tazminatına hak kazanabilmesi için mahkemece verilen feshin geçersiz olduğuna ilişkin kararın kesinleşmesi ve işe iade olgusunu içeren bir mahkeme veya özel hakem kararının olması, işçinin işverene süresi içinde başvurması ve işverence bu başvurudan itibaren bir ay içinde işe başlatılmaması gerekmektedir. İşveren işe başlatmama iradesini açık veya örtülü şekilde açıklayabilir. İşverenin bir aylık süre içinde işçiye işe başlatmayacağını yazılı şekilde işçiye bildirmesi halinde açık bir işe başlatmama iradesinden, işverenin suskun kalarak bir ayın bitiminde işçiye fiilen işe başlatmaması halinde örtülü bir işe başlatmama iradesinden söz edilir<sup>1322</sup>.

### C. İş Güvencesi Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması

Yargı organının iş güvencesi tazminatının belirlenmesinde takdir hakkını kullanırken hangi ölçütlere başvuracağı konusunda kanunda bir düzenleme yoktur. Ekmekçi ve Süzek'e göre kanunun gerekçesinde de yer alan "iş sözleşmesinin sona erdirilmesi sebeplerinin" diğer deyişle iş akdini feshederken işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığını göz önünde tutması uygun olacaktır. Bunun yanında işçinin işyerindeki kıdemi de tazminatın saptanmasında bir ölçüt olarak düşünülebilir. Yargıç bu ölçütleri ve her olayın özelliğini göz önünde tutarak bir sonuca varacaktır<sup>1323</sup>.

<sup>1321</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.325.

<sup>1322</sup> Manav, E, s.391.

<sup>1323</sup> Ekmekçi, Öner, "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Legal İHSGHD**, 2004/1, s.175; Süzek, **7. Baskı**, s. 586.

Yargıtay iş güvencesi tazminatının üst sınır üzerinden belirlenmesini uygun görmemektedir. Yüksek mahkemeye göre "İşe başlatılmama tazminatının üst sınırı olan 8 aylık ücret tutarında ve miktar belirtilerek hüküm altına alınması hatalıdır. Zira alt sınırdan uzaklaşıldığı takdirde bunun nedenleri açıklanmalı ve gerekçelendirilmelidir<sup>1324</sup>. Aynı konuya ilişkin bir Yargıtay kararı şöyledir: "4857 Sayılı Yasanın 21. maddesinin birinci fıkrasında işe başlatılmama tazminatının alt ve üst sınırları gösterilmiş olup; bu sınırlar arasında işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi hususlar nazara alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Fesih nedeni de dikkate alınarak, yaklaşık 13 yıllık hizmeti bulunan davacı için anılan tazminatın alt sınırdan belirlenmesine karar verilmesi hatalıdır" şeklindedir<sup>1325</sup>.

Yüksek mahkemenin bir kararında iş güvencesi tazminatının miktarı takdir edilirken fesih nedeni ve şekli göz önünde tutulmuştur. Bu kararda, sözleşmesi feshedilen işçinin emekliliğe hak kazanmış olması ve fesih yapılırken tazminatlarının ödenmiş olması nedeniyle işe başlatılmama halinde ödenecek tazminatın dört aylık ücret tutarında olması gerektiğine hükmedilmiştir<sup>1326</sup>. Yüksek mahkeme birçok kararında ise işçinin kıdemi göz önünde tutarak tazminatın belirlenmesi yoluna gitmiştir<sup>1327</sup>. Örneğin "...Mahkemece hiçbir gerekçe gösterilmeksizin 8 aylık brüt ücreti tutarında üst sınırdan tazminat belirlenmesi hatalıdır. Davacının hizmet süresi 1 yıl 2 ay 2 gündür, çalışma süresine göre tazminat 4 ay brüt ücreti tutarında belirlenmelidir. Açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılması ve dairemizce 4857 sayılı İş Kanununun 20/3, maddesi uyarınca davacının yasal sürede başvurmasına rağmen işverenin süresi

<sup>1324</sup> Y9HD, 19.1.2004, 22196/261, **Teks. İşv. D.**, Ağustos, 2004, s.36-37. Aynı yönde Y9HD. 20.11.2003, 19348/19644, **Legal İHSGHD**, 2004/3, s.1058-1059.

<sup>1325</sup> Y9HD. 26.02.2007 T., 2006/33887 E., 2007/5314 K, **Çalışma ve Toplum, EHD**, S.14, 2007/3.

<sup>1326</sup> Y9HD, 10.11.2003, E. 18919, K. 18913, **Çalışma ve Toplum, EHD**, 2004/1, 155-157. Y9HD, 30.4.2007, E. 5646, K. 13561, **Legal İHSGHD**, 2007/16, 1574-1575.

<sup>1327</sup> Süzek, **7. Baskı**. s.587.

içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının dört aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesine.." karar verilmiştir<sup>1328</sup>.

İş Kanununun 21. maddesinin 2. fıkrasında, iş güvencesi tazminatının miktarından ve bu miktarın mahkemece belirlenmesinden söz edilmesine karşın, işçinin hangi andaki ücreti esas alınarak tazminatın hesaplanacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu hususta doktrindeki bir görüşe göre, işçinin fesih tarihindeki ücretinin değil, işe iade hükmünün kesinleşmesi tarihindeki en son çıplak ücretinin esas alınması gerekmektedir. Bu nedenle de, fesih tarihi ile kararın kesinleştiği tarih arasında işçinin ücretinde zam yapılmış ise, tazminat zamlı ücret üzerinden hesaplanmalıdır<sup>1329</sup>. Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise, İş K. m. 21'de işçinin hangi tarihteki ücretinin esas alınacağı açıkça ortaya konulmadığı ve iş hukukunda işçi lehine yorum ilkesi geçerli olduğu için, iş ilişkisinin sona erdiği tarihteki ücreti esas alınmalıdır. Ancak bu fesih işverenin geçersiz feshi değil, işçinin başvurusuna rağmen bir ay içinde işe başlatmayacağını açıkladığı ve bir aylık sürenin dolması ile yaptığı kabul edilen fesihtir<sup>1330</sup>. Zaten işe başlatmama tazminatı ikinci feshe bağlanmış bir yaptırımdır. İşçi işe başladığı zaman tazminat borcu ortadan kalkacaktır.

2821 Sayılı Kanun'un 31. maddesinde düzenlenmiş olan sendika üyeliğinin teminatı 4773 sayılı Kanunun 10. maddesi ile genişletilmiş ve İş Kanunundaki iş güvencesi hükümleri sendika üyeleri için de uygulanarak sendika üyelerinin iş sözleşmelerinin feshi halinde işe iade yolu açılmıştır. Bu düzenleme ile işverenin sendika üyesi işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler

<sup>1328</sup> Y9HD. 11.12.2003, E. 2003/20229, K. 2003/20605, **Legal İHSGHD**, 2004/2, s.649-650.

<sup>1329</sup> Ekmekçi, Ömer; "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Legal İHSGHD**, 2004/1, s.174.

<sup>1330</sup> Akı/Altıntaş/Bahçıvanlar, s.160; Çankaya/Günay/Göktaş, 2. Bası, s.306; Demir'e göre hem işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek iş güvencesi tazminatının miktarı hem de işçiye işverence işe başlatılsın veya başlatılmasın ödenecek olan dört aya kadar boşta geçen süre ücretinin muaccel olduğu tarihteki işçi ücreti üzerinden hesaplanması gerekmektedir. Bu nedenle mahkeme kararının kesinleştiği ve alacakların muaccel olduğu tarih itibarıyla yürürlüğe giren zamlar dikkate alınarak hesaplama yapılır. İş güvencesi tazminatı da işçiyi işe başlatmak için işverene tanınan bir aylık sürenin sonunda muaccel olduğu için bu tarihteki ücret üzerinden hesaplama yapılmalıdır. Bkz. Demir, **İş Hukuku Uygulaması**, s.246-247; Y9HD, 1.12.2003, E.2003/19181, K.2003/19777; Çankaya/Günay/Göktaş, 2. Bası, s.267

arasında ayırım yapması, işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları nedeni ile işten çıkarılmaları halinde bir yıllık ücretleri tutarında tazminat öngörülmüştür. Bu açıdan iş güvencesi düzenlemelerinin sendikalaşmayı teşvik ettiği söylenebilir<sup>1331</sup>.

Fesih sendikal bir sebebe dayanıyorsa, Sendikalar Kanunu m.31 uyarınca, ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücretinden az olamaz. Feshin sendikal sebebe dayanması halinde, işçi dava dilekçesinde talebini Sen. K. m.31'e dayandırmalıdır. Zira Yargıtay, istekten fazlasına mahkemenin karar veremeyeceğini öngören usul hükümlerini gerekçe göstererek, işe başlatmama tazminatının bir yıl değil, sekiz aylık ücret tutarında olabileceğine karar vermektedir<sup>1332</sup>.

## **D. İş Güvencesi Tazminatının Alacaklısı ve Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi**

### **1. İş Güvencesi Tazminatının Alacaklısı**

Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışmak, en az altı aylık kıdeme sahip olmak, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmak, İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili veya yardımcısı ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda bulunmamak şartlarına haiz olan işçi, iş sözleşmesi geçersiz bir şekilde feshedilirse ve bu fesih mahkemece geçersiz sayılırsa iş güvencesi tazminatının alacaklısı konumuna gelir.

### **2. İş Güvencesi Tazminatının Borçlusu**

<sup>1331</sup> Şakar/Yiğit Şakar, s.144.

<sup>1332</sup> Y9HD, 20.05.2004, E. 21425/K.22545, Şakar/Yiğit Şakar, s.144.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçinin iş sözleşmesini geçersiz sebeple fesheden işveren ise iş güvencesi tazminatının borçlu tarafıdır.

### **3. İş Güvencesi Tazminatında Zamanaşımı**

İşe iade edilmeme halinde ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatının BK 125. (TBK m. 146) maddesi uyarınca “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir” hükmü gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

### **4. İş Güvencesi Tazminatının Gecikme Faizi**

İş Kanununun 21. maddesinde açıkça işverenin bir aylık yasal süre içinde işçiyi işe başlatmaması halinde tazminat ödemekle yükümlü olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla iş güvencesi tazminatı, işe iadeye ilişkin kararın kesinleşmesini takiben işçinin on iş günü içinde işverene başvurması ve bir aylık süre içinde işveren tarafından işe başlatılmaması halinde muaccel olacaktır<sup>1333</sup>. Bu sebeple de bu tarihten itibaren faiz işleyecektir<sup>1334</sup>. İşleyecek olan faiz türü ise yasal faiz olacaktır.

### **E. Sosyal Sigorta Primleri Yönünden İş Güvencesi Tazminatı**

Sosyal Sigortalar Kurumu'nun bir Genelgesine göre, iş güvencesi tazminatı niteliği itibariyle ücret sayılabilecek bir kazanç mahiyetinde olmaması, işe başlatılmayan sigortalının işe başlatılmaması nedeniyle sigortalılık vasfının ortadan kalkması ve ödenecek paraların işçinin işe

<sup>1333</sup> Manav, H., s.139-140.

<sup>1334</sup> Y9HD. 22.01.2010 T, 2009/13227 E., 2010/834 K., (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com); Aksi Görüş, Faiz işlemesi için muacceliyet tarihinin değil, temerrüd tarihinin dikkate alınması gerektiğini, işveren temerrüde düşürülmeden faizin işlemeyeceğini belirtmektedir. Sarıbay, s. 262-263.



başlatılmaması nedeniyle işverene yüklenen medeni bir ceza niteliğinde olması sebebiyle sigorta primine tabi değildir ve bu tazminatın miktarının tespitinde geçen süre işçinin hizmet süresine eklenmez. (SSK Genelge 16-330)

### F. Vergi Hukuku Yönünden İş Güvencesi Tazminatı

Bölge İdare Mahkemesi'nin, "mahkeme kararına dayalı olarak yapılan tazminat ödemesi GVK.m.61 çerçevesinde bir ücret ve gelir niteliğinde olmadığı için vergiye tabi tutulmaz"<sup>1335</sup> görüşünde olmasına rağmen bu kararın isabetli olmadığını savunan Çil'e göre, iş güvencesi tazminatının işsizlik sebebiyle verilen tazminatlarla bir ilgisi bulunmamaktadır. İşçi feshe itiraz davasının yargılaması sırasında çalışmaksızın davanın sonucunu beklemiş veya bu sürede başka bir işte çalışmış olsa dahi işverence işe başlatılmadığı takdirde bu tazminata hak kazanır. İş güvencesi tazminatının kıdem tazminatı ile de hukuki niteliği ve hak kazanma koşulları bakımından bir ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle iş güvencesi tazminatının işsizlik dolayısıyla verilen tazminat ya da kıdem tazminatına benzetilerek vergiden muaf sayılması düşüncesi kabul edilemez<sup>1336</sup>.

Yargıtay yeni tarihli bir kararında ise, farklı yönde karar vermiştir. Bu karara göre, "Somut olayda işe başlatılmama tazminatı ücret sayılan ödemelerin ortak özelliklerini taşımadığı için anılan ödemelerden Gelir Vergisi Kanunu'nun 61 ve 94/1-1 maddeleri uyarınca vergi kesintisi yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/1-1 maddesinde vergiden müstesna tutulan işsizlik sebebiyle verilen tazminat niteliğinde

<sup>1335</sup> bkz. Bölge İdare Mahk. 28.10.2004, E.2004/3086, K.2004/3572; **Legal İHSGHD.**, 2005/6, s.855-856.

<sup>1336</sup> Çil, Şahin, "**Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları**", Ank. Bar. D, Yıl:66, 2008/1, s.51.

olduğundan, anılan alacaktan gelir vergisi kesilemeyeceğinden, mahkemece bu şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir<sup>1337</sup>.”

Benokan ve Özcan'a göre de işe başlatmama tazminatı GVK madde 61 kapsamında tazminattır ve dolayısıyla ücret değildir. Bu nedenle de ödenen bu tazminat tutarları üzerinden GVK madde 94 uyarınca tevkifat yapılmaması gerekmektedir<sup>1338</sup>.

Öğretide ve Yargı kararlarındaki bu farklılık kanuni düzenleme ile ortadan kaldırılarak İşe başlatmama tazminatı da tazminat olarak nitelendirilerek vergiden muaf tutulmuştur.

5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 3 Temmuz 2009 tarih ve 27277 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Söz konusu Kanunla getirilen düzenlemelerden bir tanesi de Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili maddesi uyarınca işverenlerce işçilere ödenen işe başlatmama tazminatı ile ilgili olarak yapılan ve 3 Temmuz 2009 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemedir. Yapılan değişiklikle Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/1. maddesinde yer alan "ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat" ibaresi "ve işsizlik sebepleriyle (işe başlatmama tazminatı dahil) verilen tazminat" şeklinde değiştirilmiştir. Getirilen bu parantez içi hüküm sonucunda "işe başlatmama tazminatı" 3 Temmuz 2009 tarihinden itibaren Gelir Vergisi'nden müstesna tutulmuştur. Maliye Bakanlığı'nca verilen görüşler doğrultusunda işe başlatmama tazminatının ücret olarak gelir vergisine tabi tutulmasına rağmen, yargı organlarının ve öğretinin bu tür ödemelerin ücret niteliğinde olmadığı yönünde vermiş olduğu kararlar söz konusu değişikliğin yapılmasındaki temel sebep olmuştur. İstisna kapsamına giren meblağ, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar veren mahkeme veya özel

<sup>1337</sup> Y9HD, 15.12.2008, E.2007/29695, K.2008/33704, Manav, s.390, dn: 1724.

<sup>1338</sup> Ömer Benokan/Turgut Özcan, **İş Kanunu ve Vergi Uygulaması**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Ankara 2007, s.480-481.

hakemin kararında belirlediği işçinin işe başlatılmaması nedeniyle ödenecek tazminat miktarı ile sınırlı olacaktır<sup>1339</sup>.

Bunun yanında 5904 sayılı Kanun ile Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 77. madde ile de 3 Temmuz 2009 tarihinden önceki dönemlerle ilgili olarak işçiye ödenen "işe başlatmama tazminatları" damga vergisi hariç hiçbir vergiye tabi tutulmayacaktır<sup>1340</sup>.

## VII. BOŞTA GEÇEN SÜRE TAZMİNATI

### A. Boşta Geçen Sürede İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Öncelikle belirtmek gerekir ki, boşta geçen süre ancak feshedilen iş sözleşmesinde feshin geçersizliğinin mahkeme tarafından tespiti halinde ortaya çıkacaktır. Aksi halde yani işçi hiç dava açmaz ya da mahkeme davayı reddederse fesih geçerli olacak ve sözleşme kesin olarak sona ereceğinden boşta geçen süre de ortaya çıkmayacaktır. Bu durum göz önüne alınarak işçi tarafından feshe karşı dava açılması durumunda ortaya çıkacak olan ve boşta geçen süre diye adlandırılan bu dönem aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

#### 1. Boşta Geçen Sürede İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin İşverenin Temerrüdü Açısından Değerlendirilmesi

BK. m. 325'e (TBK m. 408) göre, işveren, işi kabulde temerrüt ederse, işçi yüklendiği işi yapmak zorunda olmaksızın sözleşmedeki ücretini isteyebilir.

<sup>1339</sup> Hakan, Üzeltürk, "İşe Başlatmama Tazminatının Gelir Vergisi Karşısındaki Durumu", Sicil İHD, S.15, Eylül, 2009, s.240.

<sup>1340</sup> Üzeltürk, Sicil İHD, S.15, Eylül, 2009, s.205.

4857 sayılı İş Kanununda boşta geçen sürenin hukuki niteliğine ilişkin bir düzenleme getirilmemiş olmakla birlikte, doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, işçinin her an iş görmeye hazır şekilde beklemesine rağmen çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği bu süre içinde işverenin 818 sayılı BK m. 325 çerçevesinde iş vermekte temerrüde düştüğü kabul edilmelidir. Bu nedenle de, işçinin sözleşmesi işveren tarafından işe başlatıldığı veya bir aylık süre içinde işverence işe başlatılmadığı zamana kadar aralıksız devam etmektedir<sup>1341</sup>.

Akyiğit'e göre Yargı kararıyla fesih geçersiz sayılınca boşta geçen sürenin anlamı işverenin işi kabulde temerrüdünden başka bir şey olmaz<sup>1342</sup>.

Aynı yönde diğer bir görüşe göre de, feshin geçersizliğinin tespiti, işverenin işçiyi çalıştırmadığı süre içinde kabulde temerrüde düştüğü ve çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretin işçiye ödenmesi gerektiği anlamına gelir<sup>1343</sup>. Boşta geçen süre ücreti, geçerli sebebe dayanmayan fesih sonucu doğan işveren temerrüdünün 818 sayılı BK m. 325'e göre özel ve öncelikli bir düzenlemesidir. İş Kanununda işverene mahkeme kararına rağmen işçiyi işe iade edip etmemek konusunda bir seçim hakkı tanınmış ve işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin en çok dört aylık ücret ve eklerini talep edebileceği düzenlenmiştir. Ancak iş sözleşmesi hiç sona ermemiş olsaydı, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilerek; işçinin bu süre içinde doğan tüm ücret ve haklarını alması gerekirdi<sup>1344</sup>.

Kanaatimizce yargılama sonucu çıkacak sonuca göre, BK m. 325 anlamında işverenin işi kabulde temerrüde düşüp düşmediği tespit edilebilir.

<sup>1341</sup> Aktay, Nizamettin, "İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi", **Sicil İHD**, Eylül, 2006/3, s.106.

<sup>1342</sup> Akyiğit, **İş güvencesi**, s.338.

<sup>1343</sup> Başterzi, Süleyman, **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi**, Ankara, 2007, s.204-205.; Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.338; Manav, E., s.372.

<sup>1344</sup> Alp, **Feshe Karşı Koruma**, s.23.

Eğer mahkeme tarafından, açılan dava reddedilirse iş sözleşmesi, fesih tarihinden itibaren geçerli olarak feshedildiği için işveren hakkında temerrüt hükümleri uygulanamaz. Çünkü temerrüt durumunda ortada devam eden bir iş sözleşmesinin bulunması gerekir. Ancak dava kabul edilirse iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği geriye dönük olarak fesih tarihinden itibaren başlar ve iş sözleşmesi feshedilmemiş gibi devam eder. Bu durumda işverenin temerrüde düştüğü belki düşünülebilir fakat bu halde dahi temerrüdün şartları tam olarak oluşmamıştır. Bu süre zarfında ne iş görme edimini yerine getirmek için hazır olarak bekleyen işçi vardır ne de işçiyi çalıştırma ve karşılığında ücret ödeme niyetinde olan bir işveren vardır.

Özellik arz eden bir durum da şudur, işverence yapılan feshin mahkemece geçersiz nedenle yapıldığı tespit edilmiş ve işe iade kararı verilmesine rağmen işçi işe başlamamışsa, bu durumda işçinin işe başlayabileceği son günden itibaren iş sözleşmesi feshedilmiş olur. Bu işçi tarafından yapılmış yeni ve geçerli bir fesih halidir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 408. madde ile getirdiği yeni düzenlemeye baktığımızda 818 sayılı Borçlar Kanununun 325. maddesinin kenar başlığında kullanılan “İş sahibinin temerrüdü” ibaresi, 408. maddede “İş görme ediminin ifasının engellenmesi durumunda ücret” ve alt başlıkta “İşverenin temerrüdü durumunda” şekline dönüştürülmüştür.

Madde gerekçesinde, “hizmet sözleşmesinde işverenin temerrüdü, alacaklının temerrüdünün (BK m. 90, TBK m.106) özel bir hâlidir” denilmiş ve işverenin, işçinin iş görme ediminin ifasının engellendiği şu iki durumda da ücret ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir:

- \* İşverenin, işçisinin gereği gibi önerdiği iş görme edimini kabulde temerrüde düşmesi,
- \* İşverenin, işçinin iş görme edimini ifasını kusuruyla engellemesi.

Madde gerekçesine göre, işverenin işin görülmesini kusuruyla engellemesi,

\*o işin yapılmasından vazgeçmesi,

\* işçinin yerine başkasını çalıştırması gibi sebeplere dayanabilir.

Yukarıdaki iki durumdan biri veya benzerleri gerçekleştiği takdirde işveren, kabulden kaçındığı ya da ifasını kusuruyla engellediği iş görülmediği hâlde, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olacak ve daha sonra, aynı işin görülmesini ondan isteyemeyecektir.

Bizim de katıldığımız Mollamahmutoğlu/Astarlı'nın görüşüne göre hükümde "iş görme ediminin yerine getirilmesinin işverenin kusuruyla engellenmesi" ifadesi işveren temerrüdünün koşullarından biri olmayıp, kabulde temerrüdün bir halidir<sup>1345</sup>.

Yine 408. madde hükmüne göre, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilecektir.

6098 sayılı TBK 408. maddeyi değerlendiren Yavuz'a göre, hizmet sözleşmesi sona erdirilmediği halde, işverenin işçisine karşı bazı borçlarını yerine getirmek istememesi ve özellikle ücret ödememesi, işi kabulden kaçınmayı doğurmuş olmaktadır. Ancak bunun doğumu için de işi kabulden kaçınmanın haklı bir nedene dayanmaması gerekir. Doktrinde ve mahkeme kararlarında, bu durumdan ayrı olarak, haksız işten çıkarmaların da işi kabulden kaçınmayı doğurduğu düşüncesi benimsenmiştir. Esasen uygulamada işverenin işi kabulden kaçınmasına ilişkin yasal esasların uygulanması asıl temerrüt durumundan çok haksız işten çıkarma olaylarında söz konusu olmaktadır. Gerçekten hizmet sözleşmesinin işveren tarafından fesih yoluyla sona erdirildiği, fakat bunun kanuna aykırılığı nedeniyle sözleşmenin geçerli olarak devam ettiğinin işçi tarafından öne sürüldüğü

<sup>1345</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.592 - 593.

durumlara sık sık rastlanmaktadır. Böylece işçi tarafından sözleşmeye uygun olarak fiilen yapılan ve hukuken mümkün bir işin ifası teklifinin, işveren tarafından haksız olarak kabul edilmediği her olayda TBK m. 408 uygulama alanı bulacaktır<sup>1346</sup>.

6098 sayılı TBK 408. madde hükmüne göre boşta geçen sürenin işverenin temerrüdü olup olmadığını değerlendirdiğimizde, yukarıda da değinildiği gibi madde metninde iş görme ediminin yerine getirilmesinin işverenin kusuruyla engellenmesi ve edimin kabulünde işverence temerrüde düşülmesi durumunda işverenin temerrüdü ortaya çıkmaktadır. Bu bilgiler ışığında boşta geçen süre tazminatında işverenin temerrüdü olup olmadığını yine yargılama sonucunda çıkan karara göre yorumlamak gerekecektir.

Yargılama sonucunda dava kabul edilir ve işe iadeye karar verilirse iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi devam etmektedir. Mahkeme, bu kararıyla aynı zamanda iş sözleşmesinin geçersiz bir fesih nedeniyle feshedilmiş olduğunu da tespit eder. İşverenin iş sözleşmesini geçersiz fesih nedenlerinden biriyle feshetmiş olması işverenin kusurlu olduğuna ve fesih hakkını işçinin zararına kullandığı anlamına gelir. İşverenin kusurlu olan bu davranışı hukuka aykırılığa işaret eder. Dolayısıyla TBK 408 deki temerrüt hali olan işverenin kendi kusuruyla iş görmeyi engellemesi, iş sözleşmesini geçersiz fesih nedeniyle feshederek bu yöndeki kusurlu iradesini göstermiş ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesini engellemiş olan işverenin davranışıyla benzerlik göstermektedir. İşçi, işverenin kusuruyla iş görmesi engellendiğinden uğramış olduğu zararı (ücretini) isteyebilecektir. TBK bir anlamda burada ortaya çıkan tüm zararın karşılanması gerektiğini düzenlemiş ve 4 aylık ücret gibi bir sınırlamaya gitmemiştir. Kanaatimizce bu düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız boşta geçen sürede ödenecek miktarın tazminat olarak değerlendirilmesi ve ücret geliri kaybından doğan tüm zararın ve diğer zararlarının ödenmesi gerektiği yönündeki fikrimizi destekler mahiyette bir düzenlemedir.

<sup>1346</sup> Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku**, s.410.

Davanın reddedilmesi, işverenin iş sözleşmesini geçerli olarak feshetmiş olduğu anlamına gelir. Böylece iş sözleşmesi fesih tarihinden itibaren feshedilmiş olur. Bu durumda işverenin kusurlu davranarak iş görme ediminin ifasını engellediği yorumu yapılamaz. Bu da boşta geçen süre içinde işverenin temerrüde düşmediği anlamına gelir.

Yargılama sonucunda işe iadeye karar verilmesine rağmen işçi işe başlamak için işverene başvuruda bulunmasa bile, boşta geçen süre içinde iş görme edimini ifa etmeye hazır durumda olması, işverenin kendi kusuruyla edimin ifasını engellediği sonucuna işaret eder ve işçi bu süre içinde yoksun kaldığı gelir olan ücretini ve uğradığı diğer zararlarını tazminat olarak işverenden talep edebilmelidir.

## **2. Boşta Geçen Sürede İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin İş Sözleşmesinin Askıda Olması Açısından Değerlendirilmesi**

Yargıtay'ın bazı kararlarına göre, iş sözleşmesinin geçersiz feshi, iş sözleşmesinin askıya alındığını vurgular. İşçinin feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine karar verilmesi halinde boşta geçen en çok dört aya kadar olan süre ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağını etkiler. Nitekim dört aya kadar işçinin çalıştırılmadığı süre işçinin fiilen çalışmasına eklenir<sup>1347</sup>.

Çankaya/Çil'e göre de işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarih ile işe iade kararının kesinleştiği tarih arasında iş sözleşmesi askıdadır<sup>1348</sup>.

Kılıçoğlu/Şenocak'a göre, öğretide kabul gören boşta geçen dört aylık sürenin kıdemden sayılması düşüncesinin gerekçesi bu sürede işçi çalışmadığı ve dolayısıyla yıpranmadığı ve Yargıtay da kıdem tazminatını yıpranma karşılığı saydığı için tutarlı olmamaktadır. Kıdem tazminatının

<sup>1347</sup> Y9HD, 28.4.2005, E.2005/886, K.2005/14880; Kılıçoğlu/Şenocak, **İş Kanunu Şerhi**, C.2, s.7.

<sup>1348</sup> Çankaya, Osman Güven, Çil, Şahin; **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Ankara 2011, s.96.



hesabında boŖta geçen bu sürenin dikkate alınabilmesi için bu süre zarfında iŖ szleŖmesinin askıda kalmıŖ kabul edilmesinin kdemden sayılma gerekçesini daha tutarlı hale getireceği belirtilmektedir<sup>1349</sup>.

Doktrinde ileri sürülen bir görüŖe göre, feshin geçersizliğinin tespiti halinde iŖ szleŖmesinin mahkeme süresince askıda kaldığı ve iŖinin her an iŖ görmeye hazır Ŗekilde beklemesine rağmen alıŖtırılmaksızın ve çıkacak iŖi bekleyerek boŖ geçirdiği bu süre içinde iŖverenin BK m. 325 çerçevesinde iŖ vermekte temerrüde dŖtė kabul edilmelidir. Bu nedenle de, iŖinin szleŖmesi iŖveren tarafından iŖe baŖlatıldıėı veya bir aylık süre içinde iŖverence iŖe baŖlatılmadıėı zamana kadar aralıksız devam etmektedir<sup>1350</sup>.

Kanaatimizce, feshin geçersizliğinin mahkemece tespitine kadar iŖinin alıŖtırılmadıėı bu süre askı süresi olarak değerlendirilemez. Çünkü askı halinde olan bir iŖ szleŖmesinde iŖi ve iŖverenin yan borçları devam etmesine karŖılıklı szleŖmeden doğan asli borçları askıya alınmaktadır. Yani iŖi askı süresi içinde iŖ görme borcunu iŖveren de ücret ödeme borcunu yerine getirmemektedir. Ancak burada iŖi kanunun kısıtlaması nedeniyle boŖta geçen sürenin tamamının ücretini alamasa da, alıŖtırılmadıėı en çok dört aya kadar olan kısmını elde etmektedir.

Askı halinde taraflarda fesih iradesi olmamasına rağmen boŖta geçen sürede iŖverende fesih iradesi vardır.

### **3. BoŖta Geçen Sürede İŖ SzleŖmesinin Hukuki Niteliğinin İŖinin cretsiz İzinli Sayılması Açısından Değerlendirilmesi**

Uygulamada boŖta geçen sürenin ücretsiz izinli sayılmak suretiyle iŖinin iŖe baŖlatılması uygulamaları karŖısında Yargıtay'ın bir kararına göre, boŖta geçen sürede iŖinin ücretsiz izinli olduğu söylenemez ve iŖinin

<sup>1349</sup> Kılıçoğlu/Ŗenocak, **Ŗerh**, C.2, s.913.

<sup>1350</sup> Aktay, "İŖinin Davet Edilmesine Rağmen İŖe BaŖlamaması", **Sicil İHD**, s.106; Demir, **İŖ Hukuku Uygulaması**, s.245-246.

işe iadesi, boşta geçen sürenin ücretsiz izinli sayılmasını kabul etme şartına bağlı tutulamaz<sup>1351</sup>.

Bize göre de boşta geçen sürede işçinin ücretsiz izinli sayıldığıının kabulü mümkün değildir. Çünkü sözleşme fesh edilmiştir. Sözleşmenin olmadığı bir yerde ücretsiz izinli sayılmak da mümkün değildir. İşçi bu dönem için kanundan dolayı en çok dört aya kadar olan ücretine de hak kazanmaktadır.

## **B. Boşta Geçen Sürede İş Sözleşmesinin Unsurlarının İş Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Yönünden Tartışılması**

### **1. Boşta Geçen Sürede İş Sözleşmesi Unsurlarının İş Kanunu Açısından Tartışılması**

4857 sayılı İş Kanunu, önceki iş kanunlarından farklı olarak iş sözleşmesini tanımlamış; kanunun, tanım ve şekil, başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.

---

<sup>1351</sup> “..Davalı işveren boşta geçen sürenin ücretsiz izinli sayılmasını kabul etme koşuluna bağlı olarak davacıyı işe başlatmak istemiştir. Davacı 8.9.2003 günü işyerine gitmiş, saat 16.00’ya kadar işyerinde çalışmadan bekletilmiş sonra işverenin söz konusu şartını duyunca ayrılmış ve bir daha işe gelmemiştir. Burada yasanın aradığı anlamda bir işe başlatmadan söz edilemez. Bu nedenle, davacının işe başlatıldığından söz edilerek davanın konusu kalmadığı gerekçesi ile karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması hatalı olduğundan ....” Y9HD, 21.6.2004, E.2004/3377, K.2004/15404, Manav, E., s.375.

Bu tanıma göre iş sözleşmesinin İş Kanunu açısından unsurları şunlardır:

• **Bir işin görülmesi**, İş, "bir kimsenin iktisadi yönden iş olarak değerlendirilen her türlü davranışıdır<sup>1352</sup>." iş sözleşmesinin en önemli unsuru bir işin görülmesidir. Yapılan işin bedenen veya fikren yapılması önemli değildir.

• **Ücret**, işveren tarafından yapılan iş karşılığında işçiye nakden ödenen bir meblağdır. İş Kanununun 32. maddesine göre ücret "bir kimseye iş karşılığında veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır." Hatır için yapılan işler ücret gerektirmez. Bir kimsenin ücret almadan çalışması düşünülemez.

• **Bağımlılık unsuru**, Bağımlılık, iş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan ana unsurdur. Nitekim iş sözleşmesini tanımlayan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde bağımlılık unsuru açıkça yer almıştır: "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir."

Kural olarak iş sözleşmesi ile işçi, ücret karşılığında belirli veya belirsiz bir süre için işverenin hizmetinde çalışma borcu altına girmektedir. İşçinin bu çalışması diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak bir organizasyon içinde işverene bağlı olarak ifa edilir<sup>1353</sup>. Böylece işveren, işin yapılması sırasında işçiye talimat verme ve onu denetleyebilme imkanına sahiptir. Bağımlılık unsuru iş sözleşmesini diğer iş görme akitlerinden ayıran en önemli unsurdur. Özellikle ekonomik ve teknolojik gelişmeler neticesinde yeni çalışma türlerinin kabul edilmesi bağımlılık ilişkisinin belirlenmesinde değişik kriterlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ancak en önemli kriter, bir iş organizasyonu içinde işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görme ediminin yerine getirilmesidir.

<sup>1352</sup> Hueck/nipperdey I. s.35'ten Akt: Aktay/Arıcı/ Senyen Kaplan, **4. Bası**, s.47.

<sup>1353</sup> Aktay/Arıcı/ Senyen Kaplan, **4. Bası**, s.47.

İşverene ait iş organizasyonu içinde onun yararına iş görme ölçütü ile işçinin işverene bağımlılığını belirlerken her somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalı ve sınırları belirlenmelidir. Bir tekstil atölyesi için fason üretim yapan bir başka işletme sahibi, işverene ait üretim organizasyonunda onun yararına iş görmekle birlikte, arada bağımlılık ilişkisinin bulunduğundan söz edilemez. Kendilerine ait müşterileri olan, üretim araçlarının maliki olan, işine ilişkin karar verme hakkı bulunan, kendi işletmesinin ekonomik risklerini üstlenen, yaptığı işin kârını elde eden, zararına katlanan kişiler, bir başkası yararına iş görmelerine rağmen işçi olarak kabul edilemezler. Aralarındaki hukuki ilişkinin kaynağı ise bir iş sözleşmesi değil, genellikle bir eser sözleşmesidir. Bağımlı çalışmada ise, işçi kural olarak sahibi bulunmadığı üretim araçlarıyla çalışmasını sürdürür. Gelenek haline gelmiş bazı istisnalar dışında iş araçları, işte kullanılan hammadde ve elde edilen ürün işverenin mülkiyetindedir. İşçinin kendilerine hizmet sunduğu kimseler işverenin müşterileridir<sup>1354</sup>.

Boşta geçirilen süreyi İş Kanununun iş sözleşmesi unsurlarına göre tahlil ettiğimizde,

İş sözleşmesinin feshiyle birlikte (yargılama aşaması sonunda sona ereceği veya devam edeceği yargılamayla belli olacak olmasına rağmen) boşta kalan işçi açısından bir iş görme edimi bulunmamaktadır. Bu süre içinde işçinin işverene karşı yerine getirmesi gereken bir iş görme borcu fesihle ortadan kalkmıştır. İş sözleşmesi geçersiz fesihle sona ermiş olsa bile işe iade ve işe başlama henüz sağlanmadığı dönemde işçinin herhangi bir iş görme edimi bulunmamaktadır. Zira bu dönemde geçerli bir iş sözleşmesi yoktur.

Ücret açısından baktığımızda yapılan bir iş olmadığından işçi bu süre içinde herhangi bir ücret de alamamaktadır. Zaten ücret yapılan iş karşılığı ödenen bedeldir. İş sözleşmesi feshedilmiş olan işçinin yaptığı herhangi bir iş

<sup>1354</sup> Sümer, Haluk Hadi, "İş sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru", Karar İncelemesi, Sicil İHD, 2010/19, s.70

bulunmamaktadır. Bu yüzden işçiye ödenen bir ücretin de bulunmaması normaldir. Başka bir isim altında bir para alıyor olsa bile bu İş Kanunu açısından iş sözleşmesinden kaynaklanan iş karşılığı ödenen bedel olmadığından ücret sayılamaz.

Bağımlılık açısından baktığımızda işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş olduğundan, işçinin işverene karşı bir bağımlılığı kalmamıştır. İşveren de bu süre içinde işçiye emir ve talimat veremez. İşçi de iş görme edimini yerine getirmek üzere hazır beklemek zorunda değildir.

Kısaca, iş sözleşmesi fesh edilmiş olduğundan boşta geçen sürede İş Kanunu açısından sona ermiş bir iş sözleşmesi mevcuttur. Ancak mahkeme kararıyla fesih geçersiz sayılırsa ihtimallere göre tekrar değerlendirilecek konuma gelecektir.

## **2. Boşta Geçen Sürede İş Sözleşmesi Unsurlarının Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Açısından Tartışılması**

818 Sayılı Borçlar Kanunu 313. Maddesinde hizmet akdini şöyle tanımlamaktadır. "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder."

818 sayılı Borçlar Kanunumuzda kaynak kanunda bulunan bağımlılık unsuru yer almadığından öğreti ve yargı, bağımlılık unsurunu tanıma dahil etmiş ve daha geliştirilmiş tanımlar yapmıştır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında iş sözleşmesini "... bir kimsenin ücret karşılığında belirli veya belirsiz bir süre için hizmet görmeyi, hizmetini iş sahibinin elinde bulundurmaya ve iş sahibinin de ona bir ücret vermeyi üstüne alması ..." şeklinde tanımlarken<sup>1355</sup> öğreti, bağımlılık unsurunu daha açık dile getirmek

<sup>1355</sup> Any. Mah. 26-27.9.1976, E. 1963/336, K. 1967/29, RG. 19.10.1968, No. 13031, Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.291.

suretiyle, genel bir ifadeyle, işçinin, işverenin emir ve talimatına tabi bir şekilde belirli ya da belirsiz bir süre için iş görmeyi, işverenin de buna karşılık bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlamıştır<sup>1356</sup>.

TBK m. 393 f.1'de hizmet sözleşmesi, şu şekilde tanımlanmıştır: "Hizmet Sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak, belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir".

Bu tanıma göre hizmet sözleşmesinin unsurları şunlardır:

- İşçinin bir süre işverene bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmet görmesi veya görmeyi vaad etmesi
- Hizmet görülmesinin veya hizmet edimi vaadinde bulunulmasının bir ivaz (ücret) karşılığında olması
- Tarafların anlaşması veya bir karşılık ödenmesine yol açacak bir hizmet ilişkisinin var olması gerekir<sup>1357</sup>.

6098 sayılı TBK 393. Maddesi, 818 sayılı kanunda yer almayı fakat öğreti ve yargı tarafından tanımlanan bağımlılık unsuruna da yer vermektedir. Bununla birlikte zaman unsuru da bu tanımda yer almaktadır. Bu tanıma göre, hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir.

Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununa göre, boşta geçen süreyi iş sözleşmesi unsurları açısından değerlendirdiğimizde,

<sup>1356</sup> Aktay/Arıcı/ Senyen Kaplan, **4. Bası**, s.47; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.291; Süzek, **7. Baskı**, s.213

<sup>1357</sup> Yavuz, s.385.

İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesi feshedildiğinden, işçinin bu süre içinde işverene bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmet gördüğü veya görmeyi vaad ettiğini söyleyemeyiz. Zira geçersiz nedenle feshedilmiş olsa bile yargılama sonucunda işe iade kararı kesinleşinceye (işçinin başvurusundan sonra işverenin işe başlatmak üzere işçiyi 30 gün içerisinde davet etmesine) kadar işçi ile işveren arasında iş görmeye yönelik herhangi bir bağımlılık kalmamış durumdadır. Dolayısıyla bu süre işçi açısından iş görme borcunun olmadığı bir dönemdir.

Hizmet sözleşmesi feshedilmiş olduğundan yargılama bitinceye kadar işçiden hizmet görülmesi veya hizmet edimi vaadinde bulunulması beklenemez aynı zamanda hizmet ivazlı olduğundan bu süre içinde çalışmayan işçiye işveren tarafından bir ivaz (ücret) verilmez.

Bozucu yenilik doğuran hak olan fesih hakkını kullanan işveren iş sözleşmesinin sona ermesine ve bağımlılık ilişkisinin bitmesine neden olur. Mahkemece kesin bir hükme bağlanana kadar da hizmet ilişkisi sona ermiş haldedir. Bu aşamada taraflar arasında bir bağımlılık ilişkisi de kalmamıştır.

Zaman unsuru açısından değerlendirildiğinde zaman unsurunun 4857 sayılı İş Kanununda yapılan tanımda yer almadığı görülmektedir. Buna karşılık, 818 sayılı Borçlar Kanunu tanımına göre; işçinin hizmet görme taahhüdü belirli veya belirsiz bir zaman içindir (m. 313/1). Zaman unsuru 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da süre terimi kullanılmak suretiyle aynen vurgulanmaktadır (TBK m. 393/1). Bu anlamda zaman, çalışma taahhüdünde bulunan belirli veya belirsiz bir süreyi anlatmaktadır. Borçlar Kanunu zamanı, iş sözleşmesinin ayırdedici unsuru kabul etmektedir. Yargıtay içtihatları da bu yöndedir<sup>1358</sup>.

<sup>1358</sup> Yargıtay'a göre de zaman bağımlılık unsuru gibi, hizmet sözleşmesinin ayırıcı ve belirleyici özelliğidir (Y9HD. 27.2.1978, E.78/2806, K.78/3343). Yine bir başka Yargıtay kararına göre, işyerinde çalışma ve bağımlılık unsurları birlikte zaman unsurunu da ortaya çıkarır. Bir işin sonuçlarının hemen alınmasını gerektiren işler bağımlılık ve zaman açısından hizmet sözleşmesinin oluştuğunu göstermez. Y9HD 28.5.1991, E. 1991 /8501, K. 1991 /9026, Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.294-295

Gerçekten de iş sözleşmesi, sürekli edimi konu edinen, edimin bir süre içinde müteaddit ifası ile karakteristik olan bir sözleşme olduğundan bir tek edimle sona eren bir iş ilişkisi, iş sözleşmesine konu olamaz. İşçinin temel edimi olan iş edimi, muhakkak bir zaman boyunca, müteaddit ve ard arda ve bu bakımdan da sürekli tekrarlanan edimlerden oluşur. Bu itibarla iş sözleşmesi, belirli veya belirsiz bir sürede cereyan eden sürekli bir iş ilişkisini ifade eder. Diğer taraftan, iş edimi bir netice borcu olmadığından işçi, sadece bir zaman içinde belirli bir faaliyet göstermekle yükümlüdür. Bu durumda, karşı edim olan ücretin de, kural olarak, iş ifasının sonucuna göre değil zamana göre tespiti söz konusu olur. Zaman, iş sözleşmesinin önemli bir unsuru olmasına rağmen diğer unsurlar olmadan, sözleşmeyi benzer sözleşmelerden ayırt etmeye yetmez. Örneğin, bir işçi tarafından zamanın serbestçe kullanılması ve işverenin her türlü denetimi dışında kalan bir ilişkide kural olarak iş sözleşmesinin olduğu söylenemez<sup>1359</sup>.

Boşta geçen süre içerisinde işçi zamanını serbestçe kullanabilmektedir. Hatta bulabilirse başka bir işte dahi çalışabilmektedir. İşveren ise bu süre içerisinde işçiye emir ve talimat vermemekte, hiçbir denetimde bulunmamaktadır. Yukarıda da bahsedildiği gibi işverenin her türlü denetimi dışında kalıp, zamanın tamamen serbestçe kullanıldığı bir ilişkide iş sözleşmesinin varlığından bahsedilemez.

### **C. Boşta Geçen Süre İçin Ödenecek Miktarın Ücretin Unsurları Yönünden Tartışılması**

#### **1. Boşta Geçen Sürede Ücretin Unsurlarının İş Kanunu Açısından Tartışılması**

<sup>1359</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.295



4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesi 1. fıkrasında ücret şu şekilde tanımlanmaktadır: "Genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır". İş Kanunu 32/1. fıkrasında yapılan tanıma göre, ücretin; bir iş karşılığında ödenmesi, işveren ya da üçüncü kişiler tarafından ödenmesi, para olarak ödenmesi şeklinde üç unsuru vardır. Bu unsurlara kısaca değinmek gerekirse;

- İş Kanununda belirtildiği üzere ücret, bir iş karşılığında ödenir. İşçinin bir iş görmeksizin ücret alması mümkün değildir. Ancak, günümüzde modern İş Hukukunun koruyucu yapısı içinde, işçiye bir iş karşılığı olmaksızın da bazı hallerde ücret ödenmesi esası benimsenmiştir. Sosyal ücret olarak nitelendirilen bu konu ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

- 4857 sayılı İş Kanununda da, ücretin sadece işveren tarafından ödenmesi gerekir şeklinde bir kısıtlamaya gidilmemiş, üçüncü kişiler tarafından da ödenebileceği açıkça ifade edilmiştir. Üçüncü kişilerden kastedilen; işçiyle arasında iş sözleşmesi ilişkisi olmayan, hizmetin sunulduğu kişilerdir. Ücretin üçüncü kişiler tarafından ödenmesine en tipik örnek, yüzde usulü ile ücretin ödenmesidir<sup>1360</sup>.

Boşta geçen süre ücreti olarak, mahkemece en fazla 4 aya kadar olan ücrete hükmedilmesi, ücretin hukuki niteliği ve unsurları bakımından tahlil edildiğinde boşta geçen süre ücreti diye tabir edilen iş güvencesi kurumunun sadece ücretin yukarıda değindiğimiz, ücret unsurlarından (sosyal ücret olup olmadığı dışında) hiçbiri ile uyumluluk göstermediği görülmektedir. Ücretin en önemli unsuru olan yapılan bir iş karşılığında ödenmesi gerektiği unsuruna hiç uygunluk bulunmamaktadır. Çünkü işçi boşta kaldığı süre içinde iş sözleşmesi feshedilmiş olduğundan herhangi bir iş yapmamaktadır. Dolayısıyla işçi çalışmadığı için kendisine işveren tarafından bir ücret de ödenmemektedir. Yine üçüncü kişiler tarafından ödenen bir para da mevcut değildir.

---

<sup>1360</sup> Topalhan, s.6-7.

İş Kanunu açısından değerlendirildiğinde boşta geçen sürede ödenecek olan miktarın ücretin unsurlarını taşımadığı ortaya çıkmaktadır.

## 2. Boşta Geçen Sürede Ücretin Unsurlarının Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Açısından Tartışılması

İşçinin iş görme borcunun karşısında yer alan ve iş sahibinin hizmet sözleşmesinden doğan başlıca borcu ücret ödeme borcudur. 818 sayılı BK 323. maddeye göre, “İş sahibi mukavele edilen yahut adet olan yahut kendisinin bağlı bulunduğu umumi mukavelede tespit olunan ücreti tediye ile mükelleftir.” TBK m. 401’e göre ise, “İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.”

Yukarıda değinmiş olduğumuz gibi, her iki kanuna göre de iş sahibinin ücret ödeme borcu altında bulunduğu hususu, hizmet sözleşmesinin bir unsuru olarak belirtilmiştir<sup>1361</sup>. Yapılan tanımlarda ücret, hem iş sözleşmesinin temel unsuru, hem işverenin temel bir borcu, asli karşı edimi olarak özellikle vurgulanmaktadır<sup>1362</sup>.

Yukarıda değindiğimiz genel kurallar ışığında boşta geçen süreye ilişkin en çok dört aya kadar ödenebilecek ücretin, Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun ücretle ilgili esaslarına göre değerlendirdiğimizde, İş Kanununda ücret olarak belirtilen bu kurumun ücret olarak nitelendirilemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Çünkü ücret, işverenin iş sözleşmesinden doğan borcudur. Yani işçinin iş görme ediminin karşılığıdır. Boşta geçen sürede iş sözleşmesi feshedilmiş durumda olduğundan mahkemece hükmedilen bu paranın ücret niteliği bulunmamaktadır. Ancak boşta geçen süre içinde işçinin çalışmıyor olmasından doğmuş olan zararlarını karşılamaya yönelik olduğu ortadadır.

<sup>1361</sup> Yavuz, s.404.

<sup>1362</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.297.

Bu nedenle bu miktar paranın tazminat niteliği daha çok ön plana çıkmaktadır.

### **3. Boşta Geçen Sürede Ücretin Unsurlarının Vergi Hukuku Açısından Tartışılması**

Genel tanım olarak ücret, bedensel ve/veya zihinsel bir emek karşılığında elde edilen hasılayı ifade eder. İnsan emeğinin karşılığı olan bu hasıla, para şeklinde olabileceği gibi, aynı veya para ile temsil edilebilen menfaatler de olabilir<sup>1363</sup>. Gelir Vergisi Kanunu'ndaki ücret kavramı, yukarıda yer alan ücret kavramından farklı bir anlama sahiptir. Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesine göre; "Ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara, hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir." Ücretin, ödenek, tazminat, kasa tazminatı, mali sorumluluk tazminatı, tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık ilişkisi niteliğinde olmamak koşuluyla kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması, niteliğini değiştirmez.

Vergi Hukukuna göre, ücret vergiye tabidir. O halde boşta geçen süre için ödenen bedelin ücretin unsurlarına göre ücret olup olmadığını tespit ettikten sonra bunun vergiye tabi olup olmadığını anlayabiliriz. Boşta geçen sürede işverence işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş olduğundan kaynaklı işçinin işverene bağlılığının devam ettiği düşünülemez. O süre içinde işçi çalışmadığından dolayı herhangi bir hizmeti de bulunmamaktadır. Dolayısıyla işçiye ödenen bu bedel bir hizmet karşılığı olarak ödenmemektedir. GVK m. 61'deki ücret tanımına uymayan boşta geçen süreye ilişkin bedelin ücret olduğu söylenemez. Ücret tanımına uygunluk göstermemesine rağmen uygulamada boşta geçen süre için ödenen bedel ücret olarak kabul edilmektedir.

---

<sup>1363</sup> Benokan/Özcan, s.280.

Boşta geçen süre tazminatı bölümünde anlattığımız üzere, boşta geçen süre ücreti işverence iş sözleşmesi geçersiz fesih nedenlerinden biriyle feshedilen işçiye ödenen bedeldir. Bu bedel, işverenin haksız fiiliyle boşta kalmasından kaynaklanan zararlarını gidermeye yönelik bir bedeldir. Bir zararın karşılanmasına hizmet eden boşta geçen süre için ödenen bedelin ücretten ziyade tazminat niteliği ağır basmaktadır. Dolayısıyla tazminat niteliği taşıyan boşta geçen süre tazminatının vergiden muaf olması gerekmektedir.

#### **4. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Sosyal Ücret Açısından Tartışılması**

Ücret geliri, bu geliri elde eden kişinin tek geliri olması bakımından diğer gelirlerden ayrılmaktadır. Hukukçular, emek sahibi ile işveren arasında hukuki sonuç doğuran hizmet akdi ilişkisini bu ilişkinin doğurduğu hak ve borç ilişkisi çerçevesinde düşünmüşler ve bunun sonucunda ücreti, işçiler açısından bir hak, işveren açısından ise bir borç olarak tanımlamışlardır<sup>1364</sup>.

Günümüzde ücret kavramının ekonomik yönü yanında aynı zamanda sosyal yönü de ağır basmaktadır. Çünkü ücret aynı zamanda işçinin ve bakmakla yükümlü olduğu ailesinin temel ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için gerekli yegâne gelir kaynağıdır. Bu sebeple sosyal ücret, işçi ve ailesinin eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik ihtiyaçlarını karşılayabilmek amacıyla<sup>1365</sup>.

Ücretin sosyal fonksiyonu diye tanımlayabileceğimiz bu sosyal amaçların gerçekleştirilmesi için ödenmesi gereken ücret, işçinin emeğinin karşılığı alacağı ücretten çok daha farklıdır. Bundan dolayı emeğinin karşılığı olan gerçek ücretten (asıl ücretten) başka öğretilde sosyal ücret olarak adlandırılan ödemeler yapılmaktadır. Bu konuya örnek olarak, yıllık izin

<sup>1364</sup> Bedir, Eyüp, **Sosyal Politika Ders Notları**, s. 26

<sup>1365</sup> Topalhan, s.9.

ücretleri, hafta tatili ücreti ve genel tatil ücretleri ile zorlayıcı nedenlerle çalışılmayan günlerde ödenen ücretler verilebilir<sup>1366</sup>.

İş sözleşmesinin sosyal fonksiyonu dikkate alınarak çalışmadığı halde işçinin ücrete hak kazandığı durumlar kanunda düzenlenmiştir. Bu haller dışında işçiye çalışmadan ücret ödenmesi söz konusu değildir<sup>1367</sup>.

Sosyal ücretin öğretide her ne kadar bir çalışma karşılığı olmadan verilen ücret olduğu, sadece sosyal devlet ilkesinin bir yansıması olduğu belirtiliyor olsa da uygulamada işçinin bu sosyal ücrete hak kazanabilmesi için o iş yerinde belli bir kıdeminin olması şartı aranır. Bir nevi daha önce yapılmış çalışmaya, harcanmış emeğe karşılık verilen bir hak durumundadır.

Boşta geçen sürede ödenecek ücret sosyal ücret midir? sorusunu cevaplamak için yukarıda verilen bilgilere göre bir değerlendirme yaptığımızda;

\*Sosyal ücret normal şartlar altında iş sözleşmesi ve çalışma ilişkisi devam ederken kişilere verilen ve önceki çalışmalarına dayanan bir ücrettir. Bir anlamda daha önce sarf edilmiş emek ve kıdem karşılığı verilen bir ücrettir. Oysa boşta geçen sürede işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş ve çalışma ilişkisi sonlanmış durumdadır. Her ne kadar işçinin feshe itiraz hakkı varsa da işverenin iradesi sözleşmenin sona ermesi yönündedir.

\*Ayrıca sosyal ücretin kapsamına ancak fiili çalışma sırasında elde edilebilecek gelirlerden fazla çalışma ücreti, satışa dayalı prim, geçici sosyal yardım vs dahil olabilecek olmasına rağmen boşta geçen sürede işçinin fiili çalışması devam etmediği için bu tür haklardan ve dolayısıyla gelirlerden istifade edemeyecektir.

\*Sosyal ücret alan bir işçinin bu dönem içerisinde uğradığı bir haksız fiil olan geçersiz fesih yoktur. Bu nedenle uğramış olduğu zararlar da

<sup>1366</sup> Topalhan, s.9-10.

<sup>1367</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, **4. Bası**, s.96.

bulunmamaktadır. Geçersiz feshe muhatap olan işçi bu dönem içerisinde gelir kaybı yanında avukatlık ücreti, dava harç ve yargılama giderleri gibi masrafları nedeniyle zarara uğramıştır.

\*Sosyal ücrette iş hukukunun koruyucu yapısı içerisinde sürekli çalışma ilişkisi içerisinde bulunan işçinin periyodik olarak dinlendirilmesinin yanında sosyal çevresinden kopmaması amaçlanmaktadır. Boşta geçen süre ücretinde ise ne dinlendirme ne de sosyal çevreden kopartmama gibi bir amaç yoktur. İşçiye uğradığı zararların sadece bir kısmı ücret adı altında ödenmektedir.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararı da şöyledir: Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak çalışması ile ortaya çıkabilecek olan arızı fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerin, en çok 4 ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kıvamında değerlendirilmesi mümkün olmaz<sup>1368</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere boşta geçen süre ücretini sosyal ücret olarak nitelemek de oldukça zordur.

#### **D. Boşta Geçen Süre İçin Ödenecek Miktarın Tazminatın Unsurları Yönünden Tartışılması**

<sup>1368</sup> Y9HD, 17.05.2010, E:2008/25997, K:2010/13749, Meşe HİP.

## 1. Boşta Geçen Sürede Tazminatın Unsurlarının İş Kanunu Açısından Tartışılması

İş Kanunu açısından tazminatın unsurlarının neler olduğu, işçiye verilecek tazminatın niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Ancak genel kural olan kusur sorumluluğunun İş Hukukundaki yansımalarından ya da kusursuz sorumluluk ilkesinin yansımalarından doğmaktadır.

Yukarıda İş Hukuku tazminatları bölümünde ayrıntılı olarak incelemiş olduğumuz işçiye ödenecek tazminatların sebepleri her ne kadar farklı olsa da sorumluluk hukukunun türevi niteliğindedir. Örneğin kötüniyet tazminatını ele aldığımızda, işveren iyiniyet kurallarına aykırı davranarak çeşitli saiklerle iş sözleşmesini fesheder ve bu fesih sonucu işsiz kalan işçi maddi zarara uğrar. Buradan anlaşıldığı gibi işverenin bu sorumluluğu kusura dayanan sorumluluktur. Çünkü haksız fiil sorumluluğunu doğuracak şartlar gerçekleşmiş durumdadır. Örneğin, işverenin, iyiniyet kurallarına aykırı davranması haksız fiili (hukuku aykırı fiil), işçinin haksız fiil sonucu işsiz kalması ve gelir kaybına uğraması zararı, bu zararın hukuka aykırı fiilden kaynaklanması ise illiyet bağıını oluşturmaktadır.

Bu bilgiler ışığında boşta geçen sürede ödenen miktarın İş Hukuku açısından niteliğine baktığımızda; hukuka aykırı fiili, geçersiz sebeple yapılmış fesih; zararı bu fesih sonucunda mahkeme kararının kesinleşmesine kadar maruz kalınan işsizlik ve gelir kaybı; illiyet bağıını ise, bu işsizlikten doğan zararın geçersiz sebeple yapılan fesihden kaynaklı olması oluşturmaktadır.

Yukarıdaki değerlendirmelerden çıkan sonuç, tazminatın unsurlarına haiz olan boşta geçen süre için ödenen miktar İş Kanunu açısından tazminat niteliği taşıdığı yönündedir.

## 2. Boşta Geçen Sürede Tazminatın Unsurlarının Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Açısından Tartışılması

### a) Kusur (Haksız Fiil) Sorumluluğu İlkesine Göre, Boşta Geçen Sürede Tazminatın Unsurları Yönünden Tartışılması

Haksız fiilin unsurlarından biri fiildir. Fiil, bir insan davranışıdır. Her insan davranışı bir düşünme ve düşüncenin açığa vurulması aşamasından geçer. İnsan davranışı düşünce aşamasında kaldığı sürece fiilden söz edilemez. Fiil yapma (hareket) ya da yapmama (hareketsizlik) şeklinde gerçekleşebilir. Hukukta sadece yapma şeklinde değil, yapılması gerekeni yapmama şeklinde de haksız fiil işlenebilir. Kişinin yapması gerekeni yapmaması da bir fiildir. Örneğin: Banka memuru Banka'ya ait parayı zimmetine geçirdiğinde yapma şeklinde bir haksız fiil işlemiş olur; buna karşılık, bir banka'nın alacağını tahsile koymasına gerekirken bunu yapmayan memurun davranışı yapmama suretiyle gerçekleşen bir haksız fiildir<sup>1369</sup>.

Haksız fiilin unsurlarında biri de fiilin hukuka aykırılığıdır. Genel olarak, mutlak bir hakkın (aynı hak, fikri hak veya şahsiyet hakları) ihlali veya kişilerin menfaatini koruma amacı güden emredici bir davranış kuralının, bu hak ve menfaatleri koruyucu bir kanun hükmünün çiğnenmesine yönelik eylemler hukuka aykırı fiilleri teşkil etmektedir. Daha kısa bir ifadeyle hukuka aykırılık; zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmaktır<sup>1370</sup>. Ancak, adalet ilkesi ve toplumun ahlak değerlerine duyulan saygı gereği bir takım ahlak kurallarının ihlaline yönelik eylemlerin failleri de tazmin ile sorumlu tutulmuşlardır.

Bir fiilin ne zaman hukuka uygun ne zaman aykırı olduğu hususu, bütün hukuk sistemi göz önünde tutularak belirlenebilir. Fiilin, hukukun

<sup>1369</sup> Kılıçoğlu, A, **14. Bası**, s.264.

<sup>1370</sup> Gökcan, s.33.



kaynaklarından her hangi birine aykırı olması yeterlidir. Bu nedenle, hukuka aykırılığı, kanuna aykırılık ile sınırlı tutmamak gerekir<sup>1371</sup>.

Haksız fiilin unsurlarından bir başkası fiili gerçekleştirenin kusurlu olmasıdır. Bir kimse hukuki sonuçlar doğuracak hareketlerde bulunurken hukuk düzenince kabul edilemeyen bir irade içinde olabilir. Kişinin fiili yaparken içinde bulunmaması gereken irade onu verdiği zararın ödenmesini gerektiren bir davranış yükümlülüğü içine sokar. Zararın ödenmesini gerektiren irade, bir kimsenin bazen hukuka aykırılık konusunda istekli olması, bazen de hukuk kurallarına uyma konusunda yeterli dikkat ve özeni göstermemesi şeklinde karşımıza çıkar. Bu şartlar altında kusur, iradenin hukuka aykırı bir sonuca yönelmesi veya hukuka aykırı bir sonucun önlenmesi veya meydana gelmemesi için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi şeklinde ortaya konabilir<sup>1372</sup>. Yani kusur; hukuk düzenince kişiden belirli durumlarda beklenen ortalama hareket tarzına uyulmamasıdır. Başka bir deyişle, haksız fiile yol açan kişinin davranışındaki sübjektif unsurdur. Kusur, haksız eylemin sübjektif ögesi, hukuka aykırılık ise objektif ögesidir<sup>1373</sup>. Kusur failin düşüncesine veya davranışına göre kast veya ihmal şeklinde ortaya çıkar. Kaldı ki kusurlu hareketin ceza kanunu bakımından suç oluşturması da gerekli değildir.

Haksız fiil sorumluluğunu doğuran bir başka unsur da hukuka aykırı fiil sonucu bir zararın meydana gelmesidir. Zarar bir eksilmeyi ifade eder. Haksız fiilin borç doğurmasının sebebi, doğan zararı giderme yükümlülüğünden kaynaklanır. Haksız fiilin faili, bu fiiliyle yaratmış olduğu eksilmeyi gidermek, zarar gören kişiyi fiilden önceki durumuna getirme borcu altına girmiştir. Haksız fiil failinin borcu, doğan bu zararı tazmin etmeye dayanır. Buna göre, haksız fiilden doğan tazminat borcunun üst sınırını doğan zarar oluşturur.

<sup>1371</sup> Kılıçoğlu, A, 14. Bası, s.266.

<sup>1372</sup> Şenyüz, s.86.

<sup>1373</sup> Gökcan, s.42.

Haksız fiil sorumluluğunun doğması için gerekli olan son unsur şüphesiz illiyet bağıdır. İlliyet bağı; mağdurun zararının, zarar doğurucu eylemi yapan failin eyleminin sonucu olarak meydana gelmiş olmasını ifade eder. Failin eylemi ile zarar arasında mantıki anlamda sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Fakat maddî ve mantıki illiyet bağı tek başına yetersizdir. Örneğin, esnaftan bıçak satın alan ve bu bıçakla başkasını öldüren kişinin eyleminde mantıki illiyet olarak bıçağı satan kişiye ulaşabiliriz. Ancak ölüm olayından satıcıyı sorumlu tutmak hakkaniyete ve hukuka uygun olmayacaktır. Bu nedenle mantıki illiyetin "hukuki illiyet" derecesinde tutulması, olayda hukukî illiyetin varlığının araştırılması gereklidir. Örnek olayda hukukî illiyet, yalnızca bıçak ile ölene saldıranın sorumlu olduğu şeklindedir<sup>1374</sup>.

Haksız fiil sorumluluğunun doğması için gerekli olan unsurları kısaca anlattıktan sonra boşta kalan süre için ödenen bedelin haksız fiil unsurları bakımından tazminat olup olmadığını değerlendirdiğimizde şu sonuçlara varabiliriz;

- Yargılama sonucu işe iade kararı kesinleşinceye kadar iş sözleşmesi feshedilmiş durumdadır. İş sözleşmesi işverenin fesih yönündeki iradesini açıklamasıyla son bulmuştur. O halde işverenin haksız fiil sorumluluğunu doğurma ihtimali olan bir fiil mevcuttur.

- İş sözleşmesinin feshi eylemi hukuka aykırı mıdır diye baktığımızda ise feshin, mahkeme tarafından geçersizliğinin tespiti işverenin fesih yönündeki irade açıklamasının hukuka uygun olmadığı anlamındadır. O halde işveren geçerli sebeple fesih hakkı tanıyan İş K. 18-21 maddelerine aykırı davranarak sözleşmeyi feshetmiştir. Norm ihlali olduğundan işverenin iş sözleşmesini feshetme fiili hukuka aykırıdır.

- Kusuru tahlil ettiğimizde işverenin iş sözleşmesini feshederken kastı yada ihmali olup olmadığına bakarız. İş sözleşmesini kanunen fesih için

<sup>1374</sup> Hukuki illiyetin tespiti konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler için bkz; Eren, s. 13. **Baskı**, 500 vd; İnan, s. 277-279 vd.

geçerli fesih nedeni olmayan bir nedenle veya usulle feshetmiş olması işverenin kusurlu olduğunu gösterir. Aynı zamanda bu hukuka aykırılığı bilerek yapmışsa kasıt var demektir. Aksi takdirde ihmali davranmış olur. Örneğin işveren sendikal nedenlerle iş sözleşmesini feshetmişse burada kasıtlı hareket olduğu kabul edilmelidir. Zira böyle bir nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi işverenin kötüniyetli olduğunu da gösterir.

• Haksız fiil sorumluluğunu doğurabilecek bir zarar var mı diye baktığımızda ise, iş sözleşmesi feshedilen işçi işsiz kalmış ve gelirinden yoksun kalmıştır. Bu işçinin zararının meydana geldiğini göstermektedir. Her ne kadar en çok dört aya kadar boşta geçen süre için bedel ödeniyor olsa bile, uygulamada davaların çok uzun sürelerde karara bağlanması işçinin 4 aydan daha fazla zararının meydana gelebileceğini gösterir. Ayrıca gelir yoksunluğu dışında yargılama giderleri, avukatlık ücreti gibi başka zararları da ortaya çıkmaktadır.

• Meydana gelen zarar ile işverenin fiili arasındaki illiyet bağına baktığımızda ise, işveren iş sözleşmesini hukuka aykırı olarak feshetmemiş olsaydı işçi işsiz kalmayacak ve bir zararı doğmayacaktı. Anlaşılmaktadır ki haksız fiil sorumluluğunu doğuran illiyet bağı da mevcuttur.

O halde en çok dört aya kadar ödenen boşta geçen süreye ilişkin bedelin hukuki nitelik olarak, Türk Borçlar Kanununun 49. maddesi anlamında haksız fiil sorumluluğundan doğan bir tazminat niteliği taşıdığı kanaati oluşmaktadır.

## **b) Kusursuz Sorumluluk İlkesine Göre, Boşta Geçen Sürede Tazminatın Unsurları Yönünden Tartışılması**

Haksız fiil sorumluluğunda kural, kusur sorumluluğudur. BK m. 41 (TBK m. 49) hükmü, bunu açık bir biçimde haksız fiilin unsurlarından birinin kusur olduğunu belirterek ortaya koymuştur. Buna göre, kusur yoksa haksız fiilin

diğer unsurları bulunsa bile sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Kural bu olmakla birlikte, bazı sosyal düşünceler ve hakkaniyet gerekleri, doğan zarar nedeniyle kusuru bulunmayan bazı kişilerin sorumlu tutulmalarını gerektirmiştir. Bu nedenle, yasa koyucu zararın doğumunda kusuru bulunmayan bazı kişilerin de bundan sorumlu tutulmalarını kabul etmiştir. Kusuru bulunmadığı halde doğan zarardan sorumlu tutulmaya "kusursuz sorumluluk" adı verilmektedir<sup>1375</sup>.

Kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinde farklı ilkeler göz önünde bulundurulmuştur. Bunlar:

- *Hakkaniyet ilkesi*: Haksız fiil nedeniyle doğan zarardan sorumluluk için, failin haksız fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Haksız fiil ehliyeti, failin kusurlu hareket edebilme ehliyetini ifade eder. Fail, fiili işlediği sırada kusurlu hareket edebilme yeteneğine sahip değil ise doğan zarardan sorumlu tutulmayacaktır. Ancak, bu kuralın mutlak olarak uygulanması bazen haksız sonuçlar doğurabilir. Somut olayda, akıl hastası ya da akıl zayıfı olması nedeniyle kusurlu hareket etme ehliyetine sahip olmayan kişinin, doğan zararı tazmin etmesi hakkaniyet ve adalet gereği olarak ortaya çıkabilir. İşte, bunu düşünen yasa koyucu, BK m. 54'de (TBK. m. 65) hakkaniyet ilkesine dayanan kusursuz sorumluluğu düzenlemiştir<sup>1376</sup>.

- *Tehlike sorumluluğu*: Bu tür sorumluluk; bir işletmenin yürütülmesinden, belirli bir faaliyette bulunulmasından veya sahip olunan nesneye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesi ile doğar. Gerçekten de modern hayat içerisinde motorlu araçların işletilmesi, demiryolu ve havayolu taşımacılığı, enerji santralleri, nükleer santraller, çeşitli konularda üretim yapan her türlü sanayi ve fabrikalar sürekli bir zarar tehlikesini potansiyel olarak taşımaktadırlar<sup>1377</sup>. Bu nedenlerle de tehlike sorumluluğu kusursuz sorumluluk içerisinde yer almaktadır.

<sup>1375</sup> Kılıçoğlu, A., **14. Bası**, s.302.

<sup>1376</sup> Kılıçoğlu, A., **14. Bası**, s.304.

<sup>1377</sup> Gökcan, s.292.

• *Olağan sebep ilkesi*: Burada, kusursuz sorumluluğun kabul edilme sebebi, sorumlu tutulan kişinin kendisine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemesidir. Kişi, gereken dikkat ve özeni göstermediği için, doğan zarardan dolayı kusuru bulunmadığı halde sorumlu tutulmaktadır<sup>1378</sup>. Olağan sebep sorumluluğunun kabul edildiği çeşitli sorumluluk nedenlerine; adam çalıştıranın sorumluluğu (BK m. 55), bina ve diğer yapı eseri malikinin sorumluluğu (BK m. 58), hayvan tutucusunun sorumluluğu (BK m. 56), aile başkanının sorumluluğu... vb sorumluluklar girmektedir<sup>1379</sup>.

Kusursuz sorumluluğu doğuran ilkelere kısaca değindikten sonra, sorumluluk için hangi unsurların olması gerektiğine baktığımızda ise, kusursuz sorumluluk hallerini kanun koyucu kanunlarda göstermeye çalışmışsa da, yukarıdaki ilkelerin varlığı halinde sadece zarar, fiil ve uygun illiyet bağının olması yeterlidir. Kusursuz sorumluluk hallerinde kusurun varlığına gerek yoktur.

O halde boşta geçen süreye ilişkin ödenen bedelin kusursuz sorumluluktan doğan bir tazminat olup olmadığına baktığımız da ise, kusursuz sorumluluk açısından sorumluluk doğuracak olan fiil, zarar ve illiyet ilişkisi mevcuttur. Çünkü işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi fiilin gerçekleştiğine, işçinin işsiz kalıp çalışamaz olması zararın gerçekleştiğine ve bu işsizliğin işverenin geçersiz sebeple iş sözleşmesini feshetmesiyle ortaya çıkması illiyet bağının varlığına kanıttır.

Ancak, sözleşme serbestisi ilkesinden hareketle işverenin iş sözleşmesini tek taraflı olarak feshetme hakkı bulunmaktadır. Böyle bir hakkı varken işverenin iş sözleşmesini feshetmesinden dolayı kusursuz olarak sorumlu tuttuğumuzda işverene verilmiş tek taraflı fesih hakkının hiçbir anlamı kalmaz. Böyle bir durumda işverenin fesih hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uygun hareket edip etmediği araştırılmalıdır. Yani işverenin

<sup>1378</sup> Kılıçoğlu, A, **14. Bası**, s.303.

<sup>1379</sup> Gökcan, s. 292.

kusuru aranmalıdır. Zaten belirsiz süreli iş sözleşmesini geçersiz fesih oluşturacak şekilde feshetmesi işverenin kusurlu davrandığına yani ihmal veya kastı olduğuna delalet eder.

Özetle fesih hakkı olan işverenin, iş sözleşmesini geçersiz fesih sebebiyle feshetmesi halinde, kusursuz sorumluluğuna gidilmesi, hakkaniyet, tehlike, olağan sebep sorumluluğu ilkeleriyle bağdaşmaz.

### **E. Boşta Geçen Süre İçin Ödenecek Miktarın Özelleştirmeden Kaynaklanan İş Kaybı Tazminatı Açısından Değerlendirilmesi**

4046 sk m. 21'e göre, bu Kanuna göre özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların (iştirakler hariç) özelleştirmeye hazırlanması, özelleştirilmesi, küçültülmesi veya faaliyetlerinin kısmen ya da tamamen durdurulması, süreli ya da süresiz kapatılması veya tasfiye edilmesi nedeniyle; bu kuruluşlarda iş sözleşmesine dayalı olarak ücret karşılığı çalışanlardan iş sözleşmeleri tâbi oldukları iş kanunları ve toplu iş sözleşmeleri gereğince tazminata hak kazanacak şekilde sona ermiş olanlara, kanunlardan ve yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinden doğan tazminatları dışında ilave olarak iş kaybı tazminatı ödenir. Ayrıca bunların mesleklerinde geliştirilmesine, bir meslekte yetiştirilmesine veya meslek edindirilmesine ilişkin eğitim giderleri ile yeni iş bulmalarına katkı sağlamak amacıyla yapılacak giderler Özelleştirme Fonundan karşılanır.

İş kaybı tazminatı, günlük net asgari ücretin iki katıdır. Bu madde kapsamına girenlerden, hizmet akdinin sona erdiği tarihte aynı işveren ile hizmet akdi kesintisiz en az; 550 günden beri devam edenlere 90 gün, 1100 günden beri devam edenlere 120 gün, 1650 günden beri devam edenlere 180 gün, 2200 günden beri devam edenlere 240 gün süre ile iş kaybı tazminatı verilir. Söz konusu tazminat ve diğer hizmetlerden yararlanmaya hak kazananların, bu tazminat ve hizmetlerden yararlanabilmeleri için hizmet akitlerinin sona erdiği tarihten itibaren 30 gün içinde Türkiye İş Kurumuna başvurmaları zorunludur.

Görüldüğü üzere iş kaybı tazminatı şartları ile boşta geçen süre tazminatı arasında hiçbir benzerlik bulunmamaktadır. İş kaybı tazminatı kendi tabii oldukları kanunlara göre tazminata hak kazanacak şekilde iş sözleşmeleri sona erenlere bu tazminat haklarına dokunmadan ayrıca ödenecek olan ve miktarı da kıdem süresine göre değişen bir tazminattır. Sadece özelleştirme uygulamaları ile ilgili olarak ödenebilecek bir tazminattır. Özel sektörde çalışan bir işçi için geçerli bir tazminat türü değildir.

#### **F. Boşta Geçen Süre İçin Ödenecek Miktarın Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**

Öğreti ve yargıda boşta geçen en çok 4 aylık süre için ödenecek bedelin ücret olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. İşçinin çalıştırılmadan boşta geçirdiği en fazla 4 aylık sürenin karşılığı olan alacağı bir ücret olması açısından bu alacak sigorta primi, vergi ve diğer yasal kesintilere tabidir<sup>1380</sup>.

İşçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan ücret alacağının GVK'nun 61. maddesi çerçevesinde ücret olduğu konusunda uygulamada herhangi bir şüphe yoktur.

İş sözleşmesi feshedilenlerin bu işleme karşı açtıkları işe iade davalarını kazandıktan sonra süresi içinde başvurmalarına rağmen işe başlatılmadıkları durumlarda işveren tarafından yapılan dört aylık ücret ödemesinden gelir ve damga vergisi kesintisi yapılması gerekmektedir.

Boşta geçen süre için ödenecek miktarın ücret olarak kabul edilmesi zaten işsiz kalmış, bir çok açıdan maddi ve manevi zarara uğramış işçi açısından alacağı en fazla 4 aylık ücretten vergi ve sigorta primi kesintilerinin yapılmasının hakkaniyete de aykırı olduğu kanaatindeyiz. Halbuki boşta geçen bu süre için ödenecek olan miktarın tazminat olarak nitelendirilmesi

<sup>1380</sup> Akı/Altınbaş/Bahçıvanlar, s.159.

halinde bu kesintiler yapılmayacak ve işçinin zararları bir nebze olsun azalacaktır.

## **G. Boşta Geçen Süre İçin Ödenecek Miktarın Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**

### **1. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Sigorta Primleri Açısından Değerlendirilmesi**

Eğer iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verilirse, işçi işverence işe başlatılsın veya başlatılmasın hak etmiş olduğu boşta kalan süre ücreti üzerinden sosyal sigorta priminin kesilmesi gerekmektedir. Nitekim yargılama süresince çalışma ilişkisi devam eder ve çalışma ilişkisi dolayısıyla sosyal sigorta ilişkisi de varlığını sürdürür<sup>1381</sup>. Sosyal Sigortalar Kurumu'nun çıkardığı bir Genelge'ye göre, boşta geçen süreye ilişkin ücret ve ekleri için sigorta primi ödenir ve bu süreler prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilerek işçinin hizmetinden sayılır<sup>1382</sup>. Ancak boşta geçen süreye ilişkin ücret, mahkemece feshin geçersiz sayılmasına bağlı bir alacak olduğu için, sosyal sigorta primine baştan itibaren gecikme zammı uygulaması yerinde olmaz<sup>1383</sup>.

Burada feshin geçersizliği mahkeme kararıyla kesinleşinceye kadar çalışma yapılmadan ve ücret ödenmeden boşta geçen bir süre vardır. Bu

<sup>1381</sup> Başterzi, **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi**, s.205; Tuncay, A. Can; "İş Güvencesi", Karar İncelemesi, **Çim. İşv. D**, 2004/3, s.60; Uçum, Mehmet; "İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları", **Sicil İHD**, Eylül, 2008, s.52; Süzek, s.589; Manav, E., s.442.

<sup>1382</sup> Sosyal Sigortalar Kurumu'nun İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 4.3.2004 Tarih ve 16-330 sayılı Genelgesine göre, "İşe başlatılsın veya başlatılmasın işçiye çalıştırılmadığı süre için ödenen en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarından iş kazaları ve meslek hastalıkları ile işsizlik sigortası primi de dahil olmak üzere tüm sigorta kollarına ait primlerin kesilmesi ve bu sürelerin hizmetten sayılması gerekmektedir." Genelge 16-330 Ek, II-2.1-b, Manav, E., s. 443; Benokan/Özcan, s.487-488.

<sup>1383</sup> Tuncay, İş Güvencesi, **Çim. İşv. D**, Mart 2004, s.60,



süre içerisinde fiilen ücret ödenmediğinden sigorta primleri de ödenmemektedir. Mahkeme kararı kesinleşince geriye dönük olarak iş sözleşmesi tekrar kurulacak ve boşta geçen süre için ödenecek tutar ücret olarak kabul edilirse bu ücret üzerinden tüm sigorta kollarına ilişkin primler kesilecektir. Halbuki uygulamada 3 yıl kadar süren davalara rastlanmaktadır. Bu dönem içerisinde işçi ücret almadığı için primleri kesilmediğinden prim ödenmesi şartına bağlı sigorta kollarından yararlanamayacaktır. Örneğin, sigortalı kadın işçiye veya sigortalı olmayan eşinin doğum yapması halinde erkek işçiye emzirme ödeneği verilebilmesi için doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları primi yatırılmış olması gerekir. Yine bir hastalık halinde sağlık yardımlarından yararlanabilmek için son bir yılda 30 gün Genel Sağlık Sigortası primi ödemiş olmak ve başka hiçbir prim borcu bulunmamak gerekir. Tüm bunlar göz önüne alındığında işçi uzun süren dava nedeniyle ücret gelirinden yoksun kalmasının yanında başkaca zararlara maruz kalabilmektedir. Boşta geçen sürenin ücret olarak kabul edilmesi ve bunun da 4 ay ile sınırlandırılması halinde işçi diğer zararlarını hiçbir şekilde karşılayamayacaktır. Bu durum da İş Hukukunun sosyal fonksiyonunda eksiklikler ortaya çıkartacaktır. Halbuki işçi işverenin hukuka aykırı bir fiili ile bu zararlara maruz kalmıştır. Dolayısıyla bunun tazmin edilmesi hakkaniyete uygun olacaktır.

Yukarıda bahsedilen gerekçelerle boşta geçen süre için işçiye ödenecek tutarın tazminat olarak kabulü ve bu miktar üzerinden prim alınmaması ve 4 aylık sınırın da kaldırılmasının faydalı olacağı kanaatindeyim.

## **2. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin İşsizlik Ödeneği Açısından Değerlendirilmesi**

4447 sk. m. 47/c'ye göre işsizlik sigortası, "bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen herhangi bir

kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılayan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren zorunlu sigortayı” ifade eder.

Yargılama sürerken, işçinin çalıştırılmadığı bu sürede İŞKUR’dan işsizlik ödeneği almış olması ve dava sonunda boшта geçen süre ücretine hak kazanması halinde, almış olduğu işsizlik ödeneğinin mahsup edilip edilmeyeceği konusunda kanunda bir düzenleme mevcut olmadığından, uygulamada problemler çıkmış ve doktrinde de farklı görüşler ileri sürülmüştür.

İş Kanununa göre 1 ay içinde açılan işe iade davalarının toplam dört ay içinde sonuçlandırılacağı belirtilmesine rağmen 30 ay süren dava vardır. Bu dönemde almış olduğu işsizlik ödeneği işe iadeden sonra işçiye gönderilen bir yazı ile İŞKUR tarafından geri istenmiştir<sup>1384</sup>.

Öğretideki bir görüşe göre, işsizlik ödeneği alma koşulunun ücret almamak olması nedeniyle, işçinin işsizlik ödeneği almış olduğu dönem için sonradan ücret ve diğer haklarını alması, işsizlik ödeneği alma şartlarını kaldırmaktadır. Bununla birlikte, işçi çalıştırılmadığı süreye ilişkin geriye doğru en çok dört aya kadar ücret ve eklerini aldığı zaman, bu süre ile işsizlik sigortasından yararlandığı süre çakışmakta ve aynı dönem için birden fazla ödemedenden yararlanmış olmaktadır. Bu sebeple İŞKUR işçiye vermiş olduğu dört aylık işsizlik ödeneğini geri alabilir<sup>1385</sup>. Benzer yönde bir başka görüşe göre de, bu durumda herhangi bir iade yükümlülüğünün olmayacağını düşünmek sistemin özü ile bağdaşmaz. Nitekim işsizlik ödeneği işsiz kalan işçiye verilir ve bu ödeneği alan işçinin bu süreçte gelir getirici bir işte çalışmaması gerekir (4447 sk. m. 52/b). Bu nedenle, işverenin boшта geçen

<sup>1384</sup> Hüseyin Özben, Türk Metal Sendikası Manisa 1. Nolu Şube Başkanı, Türk Metal Sendikası ve Gazi Üniversitesinin İş ve Sosyal güvenlik Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezinin Birlikte Düzenlediği **İş ve Sosyal güvenlik Hukukunda Yeni gelişmeler Sempozyumu**, Didim, 29 Eylül-02 Ekim 2011, s. 98.

<sup>1385</sup> Bilgili, A, s.276; Manav, E., s.448.

süreye ilişkin ücretin ödenmesi sırasında ödeyeceği tutardan işsizlik ödeneğini keserek, bunu İŞKUR'a iade etmesi gerekmektedir<sup>1386</sup>.

Fesih mahkemece geçersiz sayılıp işe iadeye karar verilene dek, boşta geçen sürede fesih mevcut sayılacağından, ilgili işçi işsiz konumuna düşecek ve aranan koşulları sağlamışsa, işsizlik sigortasından "işsizlik ödeneği alabilecektir. (4447 sk. m. 50-51) Fakat fesih geçersiz sayılıp işe iade edildiğinde boşta geçen bu sürenin en çok 4 ayı için de olsa ücret vs. işçilik haklarını alabilecektir. Hal böyle olunca aynı dönemde hem hizmet sözleşmesi devam ediyor ve ücret vs. haklarını alıyor hem de hizmet sözleşmesi sona ermiş bir işsiz sayılarak işsizlik ödeneği alıyor konumuyla karşılaşılacaktır. Mevcut yasal sistemin buna müsait olduğu ve sorunun bir yasa hükmüyle düzenlenmesinde yarar bulunduğu söylenebilir. Ama henüz böyle bir düzenleme bulunmadığından soruna mevcut kurallar çerçevesinde çözüm aranmalıdır. Her iki yönde de görüş ileri sürülmekle birlikte, boştaki süre ücreti ödenen evredeki işsizlik ödeneği kesilmemeli ve iadesi istenememelidir<sup>1387</sup>.

Yine, benzer görüşte olan Sümer'e göre de boşta geçen sürede ödenen işsizlik ödeneği geri istenemez<sup>1388</sup>.

Kanaatimizce de boşta geçen süre için ödenen işsizlik ödeneğinin geri alınmasını gerektiren emredici nitelikte bir hüküm olmadığına göre İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği göz önünde bulundurularak ödenmiş işsizlik ödeneği geri istenmemelidir. İstenecek olsa bile dava dört ayda sonuçlanmış ise bu dört aylık kısım istenebilmeli aksi takdirde davanın uzadığı dönemde 4 aydan fazlaya ilişkin ayların ödeneği geri

<sup>1386</sup> Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.64. İşçinin boşta geçen süre içinde almış olduğu işsizlik sigortasının mahsup edilmesinin nedeni, işçiye çifte ödeme yapılmasının önlenmesidir. Bkz. Alpagut, Gülsevil; "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", **III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası**, 21-25 Eylül 2005, Bodrum, s.248; Süzek, s.589; Çankaya/Günay/Göktaş, **2. Bası**, s.311.

<sup>1387</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi** s.341.

<sup>1388</sup> Sümer, Haluk Hadi, Türk Metal sendikası ve Gazi Üniversitesinin İş ve Sosyal güvenlik Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezinin Birlikte Düzenlediği **İş ve Sosyal güvenlik Hukukunda Yeni gelişmeler Sempozyumu**, Didim, 29 Eylül-02 Ekim 2011, s. 101.

istenememelidir. Örneğin dava 9 ayda sonuçlanmış ise 5 aylık ödenek geri istenememelidir. Yine 15 ay süren bir davada dört aydan fazlası olan 11 ay için ödenen işsizlik ödeneği, zaten en fazla 10 ay ödenmiş olabileceği için hiç geri istenememelidir.

## **H. Boşta Geçen Sürelerdeki Hakların Kapsamı, Miktarı Ve Kıdem Süresine Etkisi**

### **1. Boşta Geçen Sürelerdeki Hakların Kapsamı**

#### **a. Dört Ay Sınırlaması ve Daha Uzun Sürelerde Tazminat Talebi**

İş Kanununun 21. maddesinin 3. fıkrasına göre "Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir". Bu durumda, işverence işçinin işe başlatılmasıyla yapılan feshin geçersiz olduğu kabul edildiği halde, boşta geçen süreler daha uzun sürmüş de olsa, yasa gereği işçiye en çok dört aya kadar doğmuş olan ücreti ve diğer hakları ödenecektir<sup>1389</sup>.

Bu fıkra hükmüne göre işçinin, fesih tarihinden kararın kesinleştiği tarihe kadar çalıştırılmadığı sürenin tamamı yerine en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının ödeneceği hususu, yargılama süresi esas alınarak belirlenmiş olabileceği gibi dört aylık sınırlama yargılamanın uzun sürmesi olasılığına karşı tarafların karşılıklı çıkarlarını dengelemek için getirilmiş de olabilir<sup>1390</sup>. Boşta geçen sürenin dört ay ile sınırlı tutulmuş olmasının Anayasaya aykırılığı iddiasını değerlendiren Anayasa Mahkemesi iptal talebinin reddi gerekçesinde, "4857 sayılı Yasa'nın 20. ve 21. maddelerinde yer alan

<sup>1389</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 583.

<sup>1390</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.941.

düzenlemeler arasında bütünlük bulunduğu görülmektedir. Yasa koyucu tarafından 20. maddede yargılama süresi olarak öngörülen toplam dört aylık süre, 21. maddenin üçüncü fıkrasında, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda, kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için elde edebileceği azami ücret ve diğer hakları belirlemekte ölçü olarak kullanılmıştır.” demektedir ve devamında “Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmının ödenmesine ilişkin düzenleme, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmamaktadır.”<sup>1391</sup>

Kanunda öngörülen yargılama süresi ve usulü göz önüne alındığında bu durumun işçi ile işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülükler dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmadığı gerekçesiyle hükmün anayasaya aykırılık taşımadığına karar vermiştir<sup>1392</sup>.

Dört aylık sürenin öngörülmesinde işçinin iş mahkemesine dava açma süresi (İK 20/1) ile dava süresi (İK 20/3) esas alınmıştır. Ne var ki, ülkemizdeki uygulama ve dava yükü göz önünde tutulduğunda iş güvencesine ilişkin davaların bu süre içinde tamamlanmasının genellikle mümkün olmadığı bilinmektedir. Bu nedenle, yukarıda da belirtildiği gibi feshin geçersiz sayılması sonucunda iş ilişkisi taraflar arasında hiç kesilmeksizin devam ettiğine göre, yasada işçiye sadece dört aylık değil tüm boşta geçen süreye ilişkin ücretinin ve haklarının ödeneceğine ilişkin bir hükmün yer alması daha uygun olurdu. Davaların uzun sürmesinin bedeli

<sup>1391</sup> Anayasa Mahkemesi 18.12.2008, E.2005/2, K.2008/181, Meşe Yazılım HİP.

<sup>1392</sup> Anayasa Mahkemesi 18.12.2008, E.2005/2, K.2008/181, RG. 07.10.2009, No.27369. Bkz. Centel Tankut, "Anayasa Karşısında Boşta Kalınan Süreye İlişkin Ücreti Sınırlama", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 16, Aralık, 2009, s. 15 vd.; karar metni ve kararı yerinde bulan ancak işçinin dört ayın üzerindeki döneme ilişkin ücret kaybının İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanması önerisi için bkz. Odaman Serkan, "En Çok Dört Aya Kadar İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi", **Sicil İHD**, S. 16, Aralık, 2009, s.88 vd.

genellikle ekonomik bakımdan güçsüz olan ve iade dava sürecinde ücretinden yoksun kalan işçilere yükletilmemelidir<sup>1393</sup>.

Biz de 4 aylık süre sınırlamasının adil bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz. Her ne kadar İş K. m. 20'de seri yargılama usulü uygulanacağı belirtilmiş olsa da, Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde belirtilen görüşlerde açıklandığı gibi uygulamada 4 aylık sürede yargılama bitmemektedir. Kimi davalar yıllarca sürebilmektedir. Özellikle işveren davayı kaybetse bile 4 aylık süre ücretinden fazla ödemeyeceği için davanın uzamasını isteyecek veya uzamasına engel olmayacaktır. Dolayısıyla bu süre içinde işsiz kalan işçi açısından büyük zararların ve geçim sıkıntısının doğma ihtimali çok yüksektir. Dolayısıyla bununla ilgili yeni bir düzenlemeye gidilerek hukuk devletinin vermiş olduğu sorumluluğun yerine getirilmesi gerekmektedir. İşveren açısından baktığımızda ise, eğer dava reddedilirse zaten işveren açısından herhangi bir kayıp doğmayacaktır. Ancak eğer dava kabul edilir ve işe iadeye karar verilirse aynı zamanda işçinin haksız fiille iş sözleşmesini feshettiği ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden haksız fiil sonucu verilen zarar Borçlar Kanunu uyarınca tazmin edilmelidir.

Anlaşılabacağı üzere, boşta geçen sürelerle ilişkin olarak ödenecek miktarı ücret olarak nitелеmek oldukça zordur. En basit anlamıyla ücret bir çalışma karşılığı ödenecek tutardır. Burada ödenecek tutar işverenin işçiyi hukuka aykırı olarak çalıştırmamış olması nedeniyle işçinin uğramış olduğu zararı karşılamaya yönelik olan bir tazminat olmalıdır. Bu nedenle verilecek olan bu tazminatı 4 ayla sınırlamak tazminatın, zararı telafi edici olması gerektiği ilkesiyle bağdaşmaz. İşçinin işsiz kaldığı süre ne kadar ise işçi ona göre tazminat talep edebilmelidir.

Anayasa Mahkemesinin karar verdiği 2008 yılından önce özellikle 2003 ve 2004 yıllarında ve kısmen ekonomik kriz öncesinde davalar daha kısa sürede sonuçlanabiliyordu. Kanundaki seri yargılama usulü ve süresi ile uygulamayı göz önünde tutan Anayasa Mahkemesinin önüne tekrar benzeri

<sup>1393</sup> Süzek, **7. Baskı**, s.588.

bir dava ancak 10 yıl sonra gelebilir. (AY m. 152) Bugün, 3'e karşı 8 oyla ve oy çokluğuyla Anayasaya aykırılık talebini reddeden mahkeme belki o zaman aksi yönde karar verebilir.

### **b. Yargılama Masrafları, Avukatlık Ücretleri ve Diğer Masraflar**

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre tüm yargılama giderleri dava açılırken peşin ödenmek zorundadır. Bu durumda dava açacak işçi oldukça zorlanacaktır. Zaten işsiz kalmıştır. Tüm dava masraflarını ve avukatlık ücretini karşılamakta zorluk çekeceğinden belki de dava açamayacaktır. Bu durum bir anlamda dava açma hakkının işçinin elinden alınması anlamına gelmektedir. Avukat ücreti ödememek için davayı kendisi açmak ve takip etmek istese, çok teknik bir konu olduğundan kendisinin bunu becermesi de çok zordur. Davayı kaybetmesi halinde yargılama giderleri kendi üzerinde kalacağı gibi karşı tarafın vekalet ücretini de ödemek zorunda kalabilecektir.

### **c. İhbar ve Kıdem Tazminatının Mahsubu ve İadesi**

İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrası gereğince “ işçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedeki mahsup edilir”. Hükümde yukarıdaki fıkra ibaresine yer verildiğine göre mahsubun 3. fıkrada yer alan işçiye ödenecek en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretinden ve diğer haklarından yapılması gerekir<sup>1394</sup>. Feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilince; eğer fesih sırasında ödenmişse ödenen peşin paranın ve/veya

---

<sup>1394</sup> Süzek, s. 584.

kıdem tazminatının da mahsubuna karar verilmesi gerekir (İş K. 21/4). Mahsup işçinin süresinde işverene başvurusuna ve işverenin onu işe başlatması koşuluna bağlı olur. Eğer işveren işçiyi işe başlatmazsa bu (tartışmalı da olsa) işverence yapılan yeni bir fesih sayılacağından bu anlamda bir mahsup gündeme gelmez. Sadece işe başlatmama tarihine dek olan sürenin de kıdeme katıldığı ve bu tarihteki ücretin baz alındığı yeni bir kıdem/ihbar tazminatı hesabı (yeni bir dava çerçevesinde) yapılır ve önceki ödenen kısım düşülür<sup>1395</sup>.

Gerekçede de işçiye kıdem tazminatı ve bildirim süresine ait ücreti peşin ödenmişse, bunların tutarının işe başladıktan sonra işverene iade edileceği ifade edilmektedir. Şu halde işçinin işe başlatılması durumunda, 3. fıkra hükmüne göre mahkeme veya hakem kararının kesinleştiği tarihe kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları için yapılacak ödemeden peşin ücret ödemesinin ve/veya kıdem tazminatının mahsubu gerekir. Bu iade yükümünün nedeni, feshin hükümsüz hale gelerek iş sözleşmesinin devam etmesidir; oysa peşin ücret ödemesi ve kıdem tazminatı, Kanuna göre, iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı ödemelerdir<sup>1396</sup>.

Bilindiği üzere, kural olarak işçi alacaklarında takas yasaktır . Ancak, İş K. m. 21/4 bu konuyu özel olarak düzenleyerek, istisna bir hüküm yaratmıştır. Bu hükme göre, işverenin, işçinin onayını almasına gerek olmaksızın tek taraflı olarak bu mahsubu yapması mümkündür<sup>1397</sup>.

İşçiye geçersiz fesih nedeniyle evvelce bildirim süresine ilişkin ücreti ve kıdem tazminatı ödenmiş olsa bile, geçersiz fesih ile işe başlatmamanın tarihi arasında geçen süre dikkate alınmak suretiyle oluşan farkın ödenmesi gerekir. İşçiye bildirim süresi verilmeden veya peşin ücret ödemesi yapılmadan; yani usulsüz fesihle sözleşmenin feshedilmiş olması halinde sözleşmenin, bu konudaki Yargıtay kararları çerçevesinde, uygulanması

<sup>1395</sup> Akyiğit, s. 344.

<sup>1396</sup> Mollamahmutoğlu, s.764.

<sup>1397</sup> Sarıbay, s.224-225.



gereken bildirim süresi sonunda; peşin ücret ödeme halinde ise, peşin ücret ödemesi anında feshedilmiş sayılacağını kabul etmek gerekir<sup>1398</sup>.

## 2. Boşta Geçen Sürelerdeki Hakların Kıdem Süresine Etkisi

İş K.m.21/3'teki boşta geçen sürenin en fazla dört ayına ilişkin sürenin ücretinin ödenmesindeki süre sınırlamasının, işçinin kıdemi ve kıdeminden doğan diğer haklara etkisinin ne olduğu hususunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Feshin geçersizliği kararının kesinleşmesi ile iş sözleşmesi kesintisiz olarak devam edeceği için boşta geçen sürenin tamamının işçinin kıdemini ve kıdeminden doğan hakları etkileyip etkilemeyeceği doktrinde tartışılmıştır. Bu hususta ileri sürülen bir görüşe göre, İş K.m.21/3'teki sınırlama süreye değil, ücret ve diğer haklara ilişkindir. Bu nedenle, işçinin çalıştırılmadığı sürenin tamamı, kıdeminin ve kıdemine bağlı haklarının hesabında dikkate alınmalıdır<sup>1399</sup>. Doktrinde aksi yönde ileri sürülen ve Yargıtay'ın kabul ettiği diğer görüşe göre ise, dört aya kadar ücret ve diğer yasal hakların ödenmesine ilişkin olan süre, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağını hesabında da dikkate alınmalıdır<sup>1400</sup>.

<sup>1398</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s. 767.

<sup>1399</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.762; Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.340; Manav, E, s.380

<sup>1400</sup> Feshin geçersiz olduğunun tespiti, aynı zamanda temerrüde düşen işverenin sözleşme gereği işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunduğunun tespitidir. Ancak yasa, işverene seçimlik hak tanıyarak, işçiyi çalıştırma veya maktu bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı tanımaktadır. Hakimin, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığını tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok 4 ay devam ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi, geçersiz nedenle yapılan feshin sonuçları arasında, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceğini hükme bağlamaktadır. Kanunda tazminat değil, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan ücret alacağını ödeneceğine ilişkin kural da, taraflar arasındaki sözleşmenin devam ettiğine işaret etmemektedir. Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar vermekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir Ancak yasanın düzenlemesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal hakların ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağını hesabında nazara alınması gerekmektedir. Bu hukuki düzenleme karşısında

Mollamahmutoğlu'na göre, feshin geçersizliği nedeniyle iş sözleşmesinin devam etmesi karşısında geçersiz fesih tarihi ile işe alınma tarihi arasında işçinin çalıştırılmadığı sürenin kıdeminde dikkate alınması gerekir. Işçi boşta geçen sürede sadece 4 aya kadar ücret ve diğer haklarını talep edebilirse de boşta geçen sürenin tamamının kıdeminde dikkate alınması gerekir<sup>1401</sup>.

Kılıçoğlu ve şenocak'a göre yargıcın işe iadeye karar vermesi durumunda ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Işveren işçiyi işe başlatırsa boşta geçen süre ile ilgili creti eğer fesih sırasında demiş ise kıdem tazminatından mahsup edilir. Kalan miktar işçiden alınır. Çünkü işveren geçerli fesih iddiasıyla fesihte bulunursa kural olarak kıdem ve ihbar tazminatlarını ödemek zorundadır. Işverence geçerli fesih iddiasıyla iş sözleşmesini fesih halinde bazen kıdem ve ihbar tazminatları ödenmez. Daha sonra ya da mahkeme kararıyla ödenir ya da işçiyi işe başlatmak nedeniyle ödenmez<sup>1402</sup>. Kıdeme bağlı haklar bu dört aylık süre eklenerek hesaplanır. Dört aylık sürenin kıdemden sayılması hem iş ilişkisinin devamı sırasındaki kıdeme dayalı hakların uygulanması bakımından hem de iş sözleşmesinin sona ermesi halinde feshe bağlı hakların ödenmesi bakımından da dikkate alınması demektir<sup>1403</sup>.

## I. Boşta Geçen Süre Tazminatının Alacaklısı, Borlusı, Zamaşımı ve Gecikme Faizi

---

bosta geçen süresinin kıdem tazminatına esas süreden sayılması yerine mahkemece yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir. Somut olayda fesih ile kararın kesinleşmesine kadar geçen süre için davacı lehine 112 gün ücret ve diğer hakların ödenmesine karar verildiğinden, işe başlatılmayacağı bildirilen tarihteki giydirilmiş ücret üzerinden 112 gün için fark kıdem tazminatı hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır. Y9HD, 20.4.2005, E.2005/886, K.2005/14880; Kılıçoğlu/şenocak, şerh, Cilt-2, s.20-21

<sup>1401</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.765.

<sup>1402</sup> Kılıçoğlu, şenocak, **Iř Güvencesi**, s.487-488.

<sup>1403</sup> Kar, **Iř Güvencesi İlke Kararları**, s.807.

## 1. Boşta Geçen Süre Tazminatının Alacaklısı

Boşta geçen süre tazminatının alacaklısı, iş sözleşmesi, geçersiz bir nedene dayanarak işveren tarafından tek taraflı bozucu yenilik doğuran fesih hakkının hukuka aykırı olarak kullanılmasıyla feshedilen iş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçidir.

Yargıtay kararlarına göre açılmış bir işe iade davasında işçi dava devam ederken ölmüşse dava takip yetkisi mirasçılara geçer. Ancak iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verildiğinde işçinin ölmüş olmasından dolayı işverene işe iade başvurusu imkanı kalmadığından, işçinin mirasçıları sadece boşta geçen süre ücretini alabilirler<sup>1404</sup>. Konuyu aydınlayabilecek kararlardan biri şöyledir. “İşe iade davası sırasında ölen işçinin 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara dair isteğinin kabulüne karar verilmelidir. Boşta geçen süreye ait 4 aylık süre için ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacı ölen işçinin mirasçılara ödenmesine karar verilmelidir<sup>1405</sup>.”

## 2. Boşta Geçen Süre Tazminatının Borçlusu

Boşta geçen süre tazminatının borçlusu, iş güvencesinden yararlanan bir işçinin iş sözleşmesini, geçersiz bir nedene dayanarak işveren tarafından tek taraflı bozucu yenilik doğuran hak olan fesih hakkını hukuka aykırı olarak kullanarak fesheden işverendir. Anlaşıldığı gibi hukuken fesih için geçerli neden oluşturmayan, neden göstermeden ya da gösterdiği neden gerçekleşmemişken iş sözleşmesini kötüniyetli olarak feshetme yolunu seçen işveren borçlu durumdadır.

<sup>1404</sup> Y9HD, 6.11.2006, E.2006/20109, K.2006/29326; **İst. Bar. D**, C.81, S.1, 2007, s. 258-260.

<sup>1405</sup> Y9HD, 15.09.2009 E 2009/21710, K 2009/22886 Meşe HİP.

### 3. Boşta Geçen Süre Tazminatında Zamanaşımı

Uygulamada işçi iş sözleşmesi geçersiz bir nedenle feshedildikten sonra dava açmadığı takdirde dava açma hakkı sona erer. Bir aylık süre bir nevi hak düşürücü bir süredir.

Mevzuata ve uygulamaya göre, ücret sayılan bu ödeme nedeniyle 5 yıllık zamanaşımı uygulanmaktadır.

Kanaatimizce boşta geçen süreye ilişkin ödenen bedel tazminat niteliği taşıdığından ve işverence yapılan fesih haksız fiil niteliğinde olduğundan, BK m. 60 (TBK m. 72) bakımından, işçi zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir yıl veya her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren 10 yıl geçmesiyle tazminat talep edebilme hakkı zamanaşımına uğrar.

### 4. Boşta Geçen Süre Tazminatının Gecikme Faizi

Bu konuyla ilgili kanuni bir düzenleme olmadığından doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, işçinin çalıştırılmadığı süre için hesaplanacak olan en çok dört aya kadar olan ücret ve eklerine ilişkin alacağa, bu alacağın muaccel olduğu işçinin süresi içinde işverene başvurduğu tarihten itibaren faiz işletilmelidir. Bu alacağa dava tarihinden itibaren faiz işletilmesi mümkün değildir. Nitekim dava tarihinde henüz alacak muaccel hale gelmemiştir. Henüz hak kazanılmamış bir ücrete önceki bir tarihten faiz işletilemez<sup>1406</sup>. Doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre,

<sup>1406</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Baskı**, s.769; Süzek, **7. Baskı**, s.588; "İşe başlatılmak için işverene başvuru tarihi boşta geçen süre ücreti bakımından işverenin temerrüde düştüğü tarih olarak kabul edileceğinden bu tarih itibariyle faiz işlemeye başlayacaktır.

boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar bakımından işçinin işverene başvuru tarihini faiz başlangıcı için esas almak yerinde olmaz. Zira bu hakların işe başlatma veya başlatmama ile ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekmektedir<sup>1407</sup>. Doktrinde ileri sürülen benzer doğrultudaki bir görüşe göre ise, bu ücret ve haklar için faiz, hükmün kesinleştiği, en geç hükmün işverene tebliğ edildiği tarihten itibaren başlamalıdır. Çünkü boşta geçen süre ücreti, işçinin süresi içinde işverene başvurması şartıyla işverence işe başlatılıp başlatılmamasından bağımsızdır. Bu konuda kararın kesinleştiği tarih esas alınmıştır ve böylece işveren de kararın kesinleştiği tarih itibariyle ücret ödemesi gerektiğini bilmektedir<sup>1408</sup>. Faizin başlangıcını ikili bir ayırım ile tespit eden bir görüşe göre ise, kesinleşen iş mahkemesi kararının kendisine tebliğini takiben on gün içinde işçinin işe başlamak üzere işverene başvurması zorunludur. Bu başvurunun ispat hukuku açısından yazılı yapılmasında yarar bulunmaktadır. Ayrıca işçi yazılı başvurusunda mahkemece belirlenen boşta geçen süreye ilişkin ücretini de talep etmesi halinde talep tarihi; hatta talep etmemiş olması halinde bile işveren, işçinin söz konusu ücret alacağı bakımından işçinin işe başvuru tarihi üzerinden 30 günün geçmesi ile mütemerrit duruma düşer ki, faiz başlangıcının bu tarih olması icap eder (BK m. 101)<sup>1409</sup>. Nitekim işe iade için başvuran işçinin bu başvurusundan otuz günün geçmesi ile işveren mütemerrit olur<sup>1410</sup>.

İş sözleşmesinin geçersiz sebeple feshi daha önce açıkladığımız gibi haksız fiil niteliğindedir. Çünkü haksız fiilin unsurları olan hukuka aykırı fiil,

---

Faiz olarak 34. maddedeki en yüksek mevduat faizi uygulanır.” Y9HD,18.11.2008, E.2007/32727, K.2008/31214; Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.1231; Y9HD, 26.05.2009, E 2007/16521, K 2009/14282, Kar, **İş Güvencesi İlke Kararları**, s.1231; Çil, **İşe İade Davasının Sonuçları**, s.56; Alpagut, **İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi**, s.247; Manav, E., s.377-378; Basın iş kanununda ise boşta geçen süre tazminatının ödenmesi halinde yasada anılan yüzde %5 lik fazla ödeme kuralı geçerli olur. Y9HD, 31.03.2009, E 2008/3066, K 2009/8954, Çil, **İlke Kararları**, 4. Baskı, s.377.

<sup>1407</sup> Manav, E, s.378.

<sup>1408</sup> Tuncay’a göre de dört aya kadar olan boşta geçen süre ücret ve eklerine işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren gecikme faizi uygulanabilir. Tuncay, A.Can; “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor”, **Çim. İşv. D**, C.17, S.1, Ocak 2003, s.11.

<sup>1409</sup> Y9HD, 09.10.2003 gün ,E;12544 K; 16689, Akı/Altınbaş/Bahçıvanlar, s.160

<sup>1410</sup> Manav, E, s.378.

kusur, haksız fiil sonucu oluşan zarar ve zararlı eylem arasındaki illiyet bağı mevcuttur. Bu haksız fiil sonucu işsiz kalıp zarara uğrayan işçinin bu zararının telafi edilebilmesi için boşta kaldığı zararını tazmin edebilecek kadar tazminat ödenmelidir. Bu tazminata yürütülmesi gereken faiz ise kural olarak haksız fiilin ortaya çıktığı tarihtir. Çünkü tazminat hakkı haksız fiille doğmaya başlar. İş sözleşmesinin feshi açısından haksız fiilin başlangıç tarihi sözleşmenin geçersiz fesih nedenlerinden biriyle feshedildiği tarihtir.

Ancak işçinin ücretini nasıl aldığına bakılarak, uygulanacak tazminat açısından kademeli bir durum ortaya çıkar. Örneğin işçi ücretini aylık olarak alıyorsa, zararın meydana geldiği gün ücretinin ödenmesi gereken fakat gününde iş sözleşmesinin feshedilmiş olmasından dolayı ödenmeyen tarihtir. Tüm aylık ücretler aynı gün muaccel hale gelmez. Ücret ödemesinin yapılmadığından kaynaklanan zararın tarihleri de farklıdır. Bu durumda haksız fiilin, yani iş sözleşmesinin feshedildiği tarih değil de zararların meydana geldiği farklı tarihlere göre faiz yürütülmelidir. Yani işçinin boşta kaldığı süre boyunca alması gereken tazminata iş sözleşmesinin fesih tarihinden itibaren değil, her aylık ücretin muaccel olduğu yani zararın başladığı tarihten itibaren terditli bir şekilde faiz uygulanmalıdır.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### TÜRK İŞ HUKUKUNDA UYGULANAN TAZMİNATLARIN İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Haklı sebeple çıkarma dışındaki fesihler iş güvencesinin konusunu oluşturur. İşverenin haklı olmayan her türlü çıkarma kararlarına karşı; iş güvencesi sağlayan caydırıcı ve onarıcı nitelikte kurumlar vardır.

İş güvencesi sağlayan caydırıcı kurumlar; işletmenin devri ve hizmet akitlerinin korunması, hizmet akdinin askıda kalması, işverenin fesih yetkisinin denetlenmesi, işçinin işinin değiştirilmesi, işçi ve sendika temsilcisinin özel olarak korunması gibi kurumlardır. Onarıcı kurumlar ise; feshi ihbar süreleri, fesih hakkının kötüye kullanılması, kıdem tazminatı, işçinin işyerine iadesi, akit yapma zorunluluğu gibi kurumlardır.

Gerek caydırıcı gerekse onarıcı nitelikte olsun iş güvencesi sağlayan bütün kurumlar işverenin fesih hakkını doğrudan veya dolaylı yollardan sınırlandırmaktadır. İş ilişkilerinde belirli bir sürekliliği ve kararlılığı sağlayan bu kurumların her biri geçtiğimiz yüz yıldan bu yana iş hukukunda görülen İLO ve AB normlarına uygun çağdaş gelişmelerin başlıca yönünü oluşturmuştur.

Ancak iş güvencesini sağlayan onarıcı kurumlar ve iş güvencesi sağlama konusunda gösterilen çabalar ne kadar yoğun olursa olsun iş sözleşmesinin feshi kaçınılmaz duruma gelebilir. Aslında, işletmenin ekonomik ve teknik gelişmelere ayak uydurması isteniyorsa, iş sözleşmesinin feshini engellemek boşuna bir çaba olacaktır. Aslında, engellenmesi gereken, işverenin keyfi davranışlarıdır. Bu da, işverenin fesih yetkisini doğrudan sınırlandırıcı kurumlarla gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca, onarıcı kurumlar da işvereni fesih yetkisini keyfi olarak kullanmaktan alıkoyabilecektir. Çünkü, onarıcı kurumlar, işçinin işini yitirmekten doğan zararını kusursuz olduğu durumlarda bile işverene yükleyebilmektedir. Böylece onarıcı kurumlar yalnız

işverenin fesih yetkisini dolaylı yoldan sınırlamakla kalmamakta, aynı zamanda işçinin işini yitirmekten doğan zararını azaltmayı amaçlamaktadır. Bu kurumlardan en eskisi ihbar tazminatıdır. Bir diğer eski kurum fesih hakkının kötüye kullanılmasıdır. Bunları, kıdem tazminatı izler. Nihayet işe iade ve akit yapma zorunluluğu İş Hukukunun modern kurumları arasında yer alan ve iş güvencesi sağlayan kurumlardır<sup>1411</sup>.

## **I. İŞ HUKUKUNDA UYGULANAN BORÇLAR HUKUKU TAZMİNATLARININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **A. HAKSIZ FESİH TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **1. İş Güvencesi ile Haksız Fesih Tazminatı Arasındaki İlişki**

Haksız feshe bağlanan hukuki sonuçlar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 438 ve 439'da düzenlenmiştir. Feshin işverence haklı sebebe dayanmaması durumunda doğacak sonuçlar TBK m. 438'de ele alınmıştır. Buna 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 süreler uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir. 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. Hakim, bütün durum ve

---

<sup>1411</sup> Anadolu, s.78-79



koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz.”

TBK m. 439 ise, işçinin haksız olarak işe başlamamasının veya işi bırakmasının sonuçlarını düzenlemektedir: "İşçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir. 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".

Haksız fesih tazminatı, 438. maddenin 1. fıkrasında öngörülen, belirsiz süreli iş sözleşmeleri için bildirim süresi, belirli süreli iş sözleşmeleri için vadeye göre belirlenecek ücretlerle orantılı olarak hesaplanacak tazminatla karıştırılmamalıdır. Birinci fıkradaki tazminat, belirsiz süreli iş sözleşmesi için haksız fesih nedeniyle bildirim öneline uyulmamış olması nedeniyle, belirli süreli iş sözleşmesinde ise sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesi nedeniyle işçinin uğradığı zararın karşılanmasını amaçlamaktadır. Haksız fesih tazminatı ise doğrudan işverenin haksız feshinin, yani hukuka aykırı davranışının yaptırımıdır. Dolayısıyla haksız feshe maruz kalan işçinin her iki tazminatı da talep etmesi mümkün olacaktır. Nitekim hükümde de, haksız fesih tazminatına hakimin ayrıca karar vereceği belirlenmiştir<sup>1412</sup>.

Belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından haksız fesih tazminatına hükmedilecek hallerde ayrıca kötüniyet tazminatına da hükmedilemez. Bu durumda ne TBK m. 434 kapsamında ne 4857 sayılı İş Kanunu m. 17 kapsamında kötüniyet tazminatı söz konusu olamaz. Zira haksız fesihte hukuka aykırılığın yaptırımı olarak haksız fesih tazminatı öngörülmüştür.

<sup>1412</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.779.

Ancak işçi, haksız fesih tazminatı yerine kendi çıkarına daha uygun olduğunu düşünerek kötüniyet tazminatı talebinde bulunabilir. Fakat bunun için işverenin kötüniyetle davrandığını somut bir şekilde ispatlaması gerekir. Oysa feshin haklı nedene dayanmadığının veya fesih hakkının süresi içerisinde kullanılmadığının veya fesih ve nedeninin yazılı olarak yapılmadığının hukuken sübut bulması haksız fesih tazminatına hükmetmek için gerekli ve yeterlidir; ayrıca işverenin kötüniyeti aranmaz<sup>1413</sup>.

Haksız fesih tazminatıyla ilgili genel açıklamalara kısaca değindikten sonra iş güvencesiyle ilgili birkaç temel konuyu paylaşmakta yarar görmekteyiz.

İş güvencesi ile işçinin işinin korunması amaçlanmaktadır. Bu durumda iş güvencesini; "işçinin işinin korunması amacına yönelik olarak iş sözleşmesinin işveren tarafından Kanunda gösterilenler dışındaki bir nedenle feshedilmesi halinde yargı yoluyla işe iadesinin sağlanması veya yeniden işe başlatmayan işverenin işçiye bir miktar parayı ödemekle yükümlü kılınması" olarak tanımlayabiliriz. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere haklı ve geçerli nedenlerin varlığının kanıtlanması halinde işverenin yapmış olduğu fesih işlemi geçerlilik kazanacaktır.

Haklı neden olmadan hizmet sözleşmesinin feshine bağlanan yaptırımdan gerek İş Kanunu kapsamında çalışan gerek Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçi yararlanabilir. Aynı zamanda işçinin iş sözleşmesinin türü bu yaptırımdan yararlanmasını engellemez. Belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan her işçi iş sözleşmesinin haklı neden olmadan işverence feshedilmesi durumunda haksız fesih tazminatı alabilir.

Haksız fesih tazminatında amaç, işverenin keyfi davranarak iş sözleşmesini haksız bir şekilde feshetmesi durumunda tazminat ödemeye mahkum edilmesini sağlayarak işverenin fesih yaparken keyfi tutumunu önlemeye çalışmaktır. Haklı neden olmadan iş sözleşmesini feshetmeyi

---

<sup>1413</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.779-780.

düşünen işveren tazminat ödeyeceğinin bilincinde olduğundan böyle bir fesih yoluna hemen gitmeyebilir. Hatta iş sözleşmesini hiç feshetmeyebilir. Buradan anlaşılmaktadır ki, haksız fesih tazminatı işverenin keyfi davranışını engelleyerek nispi de olsa işçiyi feshe karşı koruyan bir kalkan oluşturmaktadır.

İş güvencesi her ne kadar işçiyi koruyucu özellik taşıyor olsa da, Türk Borçlar Kanunu madde 439'da işçi tarafından haklı neden olmadan yapılacak feshe karşı da işçinin işverene tazminat ödeme yükümünü doğurması işçinin de keyfi hareketini önlemeye yönelik ve iş sözleşmesinin devamını sağlamaya yönelik bir düzenlemedir. Dolayısıyla haksız feshe uygulanacak yaptırımların işvereni koruyucu yönünün de olduğu sonucuna varılabilir.

## **2. İş Güvencesi Tazminatları İle Haksız Fesih Tazminatı Arasındaki İlişki**

İş güvencesi tazminatları ayrı özellikler taşıyor olsa da her iki tazminat da işçiyi feshe karşı korumaya yönelmiş olan iş güvencesi kurumlarıdır. Bu tazminatların birlikte doğabilmesi için iş sözleşmesinin işverence geçersiz bir sebebe dayanarak feshedilmiş olması ve mahkemece bu feshin geçersizliğiyle işe iadeye karar verilmesi ve aynı zamanda işçinin başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmaması gerekmektedir.

### **a. İş Güvencesi Tazminatı İle Haksız Fesih Tazminatı Arasındaki İlişki**

İş güvencesine tabi olan işçinin iş sözleşmesi işverence haklı bir nedene dayanmadan feshedildiği takdirde işveren, İş K. m. 25/son fıkraya göre iş güvencesine ilişkin m.18, 20 ve 21 hükümlerine göre haksız feshin sonuçlarından işçiye karşı sorumlu olur. Şöyle ki; 20. madde uyarınca işçinin açtığı dava sonucunda fesih için geçerli neden gösterilmediği veya feshin

haklı nedene dayanmadığı mahkemece sabit görülerek 21. maddeye göre feshin geçersizliğine karar verildiğinde işveren işçiyi bu maddede öngörüldüğü gibi işe başlatmak zorunda olup başlatmadığı takdirde en az dört, en fazla sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olur. İşverenin bu madde hükümleri çerçevesinde ödemek zorunda olduğu tazminatın ismi öğreti ve uygulamada kabul edilen isme göre iş güvencesi tazminatıdır.

İş güvencesine tabi olarak çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli nedene dayanmadan işverence feshi halinde işverene uygulanacak yaptırımlara yukarıda kısaca değindik. Böyle bir feshin varlığı halinde işçi, iş güvencesi hükümlerinin kendisine sağlamış olduğu işe iade davasını açabilir. Bu yargılama sonucu işe iadesine karar verildiği takdirde işe başlamak için işverene başvurabilir. İşe iade için başvuruda bulunmasına rağmen işverence işe başlatılmadığı takdirde hak kazanmış olduğu iş güvencesi (işe başlatmama) tazminatını talep edebilir.

Açıkladığımız gibi, iş güvencesi tazminatından iş güvencesine tabi olarak çalışan işçiler yararlanabilir. İş güvencesine tabi değilse ve iş sözleşmeleri haksız olarak feshedilmişse duruma göre, sendikal tazminat, kötüniyet tazminatı ya da Türk Borçlar Kanunundan kaynaklanan haksız fesih tazminatına hak kazanabilirler. Buradan anlaşılmaktadır ki iş güvencesi tazminatı alabilecek olan işçiler iş sözleşmeleri haksız olarak feshedilmiş olsa bile haksız fesih tazminatı alamazlar. Zira iş güvencesinden yararlanan işçilerin iş sözleşmelerinin haksız feshi halinde bu işçiler boşa geçen süre tazminatı ve iş güvencesi tazminatının koruyucu özelliklerinden yararlanırlar.

Özetle haksız fesih ve iş güvencesi tazminatının arasındaki ilişki ikisinin de feshe karşı güvence oluşturmaları konusunda ortaya çıkmaktadır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi her iki tazminat farklı kapsamlarda çalışan işçilerin feshe karşı korunmasına hizmet eder.

### **b. Boşta Geçen Süre Tazminatı İle Haksız Fesih Tazminatı Arasındaki İlişki**

İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin geçersiz nedenle feshedilmesi sonucu işçi tarafından feshin geçersiz bir fesih olduğu gerekçesiyle dava açılması ve dava sonucunda feshin geçersizliğine karar verilip işçi lehine işe iade kararı çıktıktan sonra ister işe başlatılsın ister başlatılmasın mahkemenin kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için, ücretini alamadığından dolayı uğramış olduğu zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. Ancak uygulama ve kanundaki düzenlemeye göre mahkeme kararının kesinleşmesine kadar işçinin bu süre içinde boşta kaldığı en çok 4 aylık süre için bedel ödeneceği kabul edilmektedir. Bu sıkıntıdan dolayı işçi kimi zamanlar ciddi hak kayıpları yaşayabilmektedir. Çünkü bu konuyla ilgili herkes bilmektedir ki mahkemelerimizde görülmekte olan davalar işe iade davaları da olsa yargılama yıllarca sürebilmektedir. Durum böyle olunca mahkeme kararının kesinleşmesini bekleyecek olan işçi açısından telafisi güç maddi zarar ve yoksun kaldığı gelir gündeme gelebilmektedir. Dolayısıyla biz dört aylık süre sınırlaması konusunda yeni bir düzenleme yapılarak bu sınırlamanın kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Boşta geçen süre tazminatı işverenin iş sözleşmesini geçersiz bir fesih nedenine dayanarak feshetmesinin yaptırımıdır. Bizce işçiye ciddi bir feshe karşı koruma çemberi oluşturmaktadır. Çünkü iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği mahkemece tespit edilmesiyle beraber işçi boşta geçen süre tazminatına hak kazanır. İşverenin bu durumda boşta geçen süre tazminatını ödemekten kurtulma çabaları boşuna olur. İşçi işe başlatılsın veya başlatılmasın bu tazminata hak kazanır dolayısıyla bu tazminat işverenin ilk feshi gerçekleştirmesinin önündeki en büyük engellerdendir.

Haksız fesih tazminatı ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçilerin, yararlanabileceği ve kendileri için bir nebze olsa iş güvencesi çemberi oluşturan bir kurumdur. Dolayısıyla haksız fesih tazminatı da iş güvencesi sağlamaya yönelik bir tazminattır. Bu yönüyle haksız fesih tazminatı boşta geçen süre tazminatına benzemektedir. Ancak iki tazminatın kapsam içine aldıkları işçi grupları birbirinden farklıdır. Haksız fesih tazminatından yararlanabilecek işçiler iş güvencesinden yararlanamayacak işçiler iken, boşta geçen süre tazminatından yararlanan işçiler iş güvencesi kapsamında çalışan işçilerdir.

İşveren, belirsiz süreli iş sözleşmesini haksız feshettiği işçisine, iş güvencesi hükümlerinde öngörülenlerden başka İş K. m. 17'de öngörülmüş bulunan ihbar tazminatını da ödemekle yükümlüdür<sup>1414</sup>.

### **3. İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Haksız Fesih Tazminatının Rolü ve Etkisi**

Haksız fesih tazminatının iş güvencesini sağlanmasında etkin bir rolü olup olmadığını değerlendirebilmek için bu tazminatın işverenin iş sözleşmesini feshederken keyfi tutumunu ne derecede sınırlandırdığına bakmamız gerekir.

İş güvencesinden yararlanmayıp belirsiz süreli iş sözleşmesi işverence haklı bir nedene dayanmadan feshedilen işçi bildirim önelerine uyulmamasından kaynaklanan ve bu bildirim sürelerine tekabül eden ücret miktarını tazminat olarak alır. Eğer iş sözleşmesi haklı nedene dayanmadan feshedilen işçi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıyorsa bu durumda işveren iş sözleşmesini sona erme tarihinden önce feshettiğinden dolayı işçinin uğradığı yani iş sözleşmesinin vadesinde sona ermesine kadar geçecek süre içinde kazanacağı miktarı tazmin eder. Bu da işçinin mahrum kaldığı kazançtır. Bunlardan başka işçinin 6 aylık ücreti tutarına kadar olabilecek

<sup>1414</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.775.

haksız fesih tazminatına hükmedilebilir. Buradan anlaşılmaktadır ki haksız fesih tazminatı iş güvencesinden yararlanamayan işçiler bakımından belirli ya da belirsiz iş sözleşmesinin haklı nedene dayanmayan feshine karşı bir koruma sağlamaktadır. Zira bu sözleşmeleri keyfi olarak haklı bir neden olmadan fesheden işveren bu fesihten dolayı tazminatı vereceğini düşünerek feshi gerçekleştirme yoluna gitmekten vazgeçebilir. Bu da iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından feshe karşı korunmasını sağlayan nitelikte bir düzenlemedir.

İşverenin haklı nedene dayanmayan feshi halinde uygulanacak yaptırım yukarıdaki gibi iken Türk Borçlar Kanununun 439. maddesinde işverenin haklı nedene dayanmayan feshine bağlanan yaptırımlar düzenlenmiş durumdadır. “İş güvencesi ile haksız fesih tazminatı arasındaki ilişki” bölümünde verdiğimiz bu maddenin birinci fıkrasının gerekçesine göre, işçinin haklı sebep olmaksızın işe başlamaması veya aniden işi bırakması durumunda işverenin, işçinin aylık ücretinin dörtte birine eşit bir tazminatı ve ayrıca uğradığı ek zararların giderilmesini de isteme hakkına sahip olacağı belirtilmektedir.

Mevzuatımıza 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunuyla giren düzenlemeyle işçinin iş sözleşmesini haklı nedene dayanmadan feshetmesinin önü kesilmeye çalışılmıştır. Böylelikle işçinin de keyfi hareketi sınırlandırılmıştır. İşveren açısından güvence niteliğindeki bu düzenleme işveren açısından daha zayıf durumda olan işçinin haklı neden olmadan iş sözleşmesini feshettiği takdirde ise tazminat ödemesi işçiyi zora sokar dolayısıyla işveren açısından kısmi de olsa feshe karşı koruma sağlar.

## **B. GERİYE KALAN SÜRE TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **1. İş Güvencesi ile Geriye Kalan Süre Tazminatı Arasındaki İlişki**

İşverene belirsiz süreli bir iş akdi ile bağlanmanın belirli süreli akde göre iş güvencesi açısından işçinin daha yararına olduğu bugün artık genel olarak kabul edilen bir gerçektir. İş akdinin feshi ihbarı halinde işverenin yükümlülükleri, ödemek zorunda kaldığı tazminatlar ve feshi ihbara karşı işçiyi koruyucu tedbirler arttığı oranda bu görüş daha geçerli hale gelecektir. Gerçi iş akdinin belirli süreli olması, tayin edilen süre içinde işinden uzaklaştırılmaması nedeniyle işçiye belirli ölçüde iş güvencesi sağlar; ancak sürenin sonunda hiçbir ihbar öneline ve işçinin kıdemi ne olursa olsun herhangi bir tazminata gerek kalmaksızın akdî ilişki kendiliğinden sona erer. Bunun gibi, belirli süreli akdin bitiminde işveren iş akdini yenilemek zorunda olmadığından işçi akdin sonunda işin devam edip etmeyeceği konusunda belirsizlik içinde kalacaktır. Ayrıca yeni bir iş aramak için gerekli zamana da sahip olmayacaktır<sup>1415</sup>.

İşveren, İş Kanunu m. 25'de gösterilen haklı sebeplerden biri bulunmadan ve bitiş tarihi gelmeden sözleşmeyi feshederse, bu usulsüz feshtir ve Borçlar Kanunu m. 325 de yer alan iş sahibinin temerrüdüne ilişkin (TBK. m. 408) hükümler uygulanacaktır. Bu durumda, "işverenin temerrüdü", yani işçinin iş görme borcunu ifaya hazır olmasına rağmen, işverenin bunu kabul etmemesi, işçiyi çalıştırmaması söz konusudur. İşverenin temerrüdünün, fesih sayılabilmesi için, kural olarak, işçinin işyeri ile ilişkisinin kesilmiş olması gerekir. İşveren, işlerin durgunluğu, stokların artması gibi makûl bir gerekçeyle işi kabulden kaçınıyorsa, yani işçiyi çalıştırmıyorsa, İş K. m. 66/1-c uyarınca işçinin işverenin emrinde iş verilmesini bekleyerek geçirdiği süreler çalışma süresinden sayıldığından, işçi çalışmadan ücrete hak kazanacaktır. Fakat bu durum geçici değil de, sürekli bir hâl almışsa ve işçinin ücreti de ödenmiyorsa, sözleşmenin işveren tarafından örtülü olarak (zımnen) feshedildiği sonucuna varılmalıdır<sup>1416</sup>. Bu durumda işçi, Borçlar Kanunu m. 325 (TBK m. 408) uyarınca, geriye kalan sözleşme süresine

<sup>1415</sup> Süzek, **Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, s.30.

<sup>1416</sup> Şakar/ Yiğit Şakar, s.229-230.



ilişkin ücretlerini tazminat olarak isteyebilir<sup>1417</sup>. İşçi en az bir yıllık kıdeme sahipse kıdem tazminatı da alabilir<sup>1418</sup>.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 408'e göre ise, "İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir."

O halde, öncelikle, işverenin, "(işçinin) iş görme edimini yerine getirmesini kusuruyla engellemesi veya edimi kabulde temerrüde düşmesi" durumunun açıklanması lâzımdır. Burada sözü edilen iş sahibinin temerrüdü, bir alacaklı temerrüdü halidir. Ancak TBK m. 408 bu konuyu, alacaklı temerrüdü hakkındaki genel hükümlerden (TBK m. 106 vd.) ayrı olarak, özel bir şekilde düzenlemiş ve işverenin, "(işçinin) iş görme edimini yerine getirmesini kusuruyla engellemesi veya edimi kabulde temerrüde düşmesi" halinde işçinin çalışma borcunu yerine getirmeksizin ücret isteyebileceğini hükme bağlamış bulunmaktadır. Burada hizmet sözleşmesi sona erdirilmediği halde, işverenin işçisine karşı bazı borçlarını yerine getirmek istememesi ve özellikle ücret ödememesi, işi kabulden kaçınmayı doğurmuş olmaktadır. Ancak bunun doğumu için de işi kabulden kaçınmanın haklı bir nedene dayanmaması gerekir. Doktrinde ve mahkeme kararlarında, bu durumdan ayrı olarak, haksız işten çıkarmaların da işi kabulden kaçınmayı doğurduğu düşüncesi benimsenmiştir. Esasen uygulamada işverenin işi kabulden kaçınmasına ilişkin kanuni esasların uygulanması asıl temerrüt durumundan çok haksız işten çıkarma olaylarında söz konusu olmaktadır. Gerçekten hizmet sözleşmesinin iş sahibi tarafından fesih yoluyla sona erdirildiği, fakat bunun kanuna aykırılığı nedeniyle sözleşmenin geçerli olarak devam ettiğinin işçi tarafından öne sürüldüğü, işçinin hizmete hazır olduğunu iş sahibine bildirdiği durumlara sık sık rastlanmaktadır. Böylece işçi

<sup>1417</sup> YİBK. 24.06.1959, E. 32, K. 26, Şakar, s.230

<sup>1418</sup> Y9HD. 11.05.1993, E. 796, K. 8073, Şakar, s.230

tarafından sözleşmeye uygun olarak fiilen yapılan ve hukuken mümkün bir ifa teklifinin (işin), iş sahibi tarafından haksız olarak kabul edilmediği her olayda TBK m. 408 uygulama alanı bulacaktır<sup>1419</sup>.

Yukarıda geriye kalan süre tazminatını gerektirecek temerrüt haline kısaca değindikten sonra, geriye kalan süre tazminatının belirli süreli iş sözleşmeleri açısından uygulanabilir olduğuyla karşılaşmaktayız. Her ne kadar 24.6.1959 T, E. 31, K. 26 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında<sup>1420</sup>, "Müddeti belli olmayan bir hizmet akdinin iş sahibi tarafından haksız yere feshi halinde işçinin mahrum kaldığı ücrete karşılık olarak BK'nun 96. maddesi hükmünce isteyeceği tazminatın hesabında Borçlar Kanunu hükümlerince feshin ihbarı halinde beklenmesi gereken müddetin sonuna kadar olan zamana ait iş parasının esas alınacağı.." denilmek suretiyle, "belirsiz süreli" hizmet akitlerinin haksız feshinde de, ihbar süresine isabet eden miktarda bir tazminatın ödeneceği kabul edilmiş ise de, burada sözü edilen tazminat, İş Kanunlarında bildirimsiz fesih karşılığı öngörülen ihbar tazminatından başka bir şey değildir. Kaldı ki, kararın gerekçesinde açıklandığı üzere, Yargıtay'ın bu kararının, "İş Kanunu veya Deniz İş Kanunu gibi özel iş kanunlarına tabi olan ve o kanunlarda ayrıca hükme bağlanmış olan tazminatlarda tatbik yeri yoktur." Yani karar, Borçlar Kanunu kapsamına giren işçiler için anlamı ve geçerliliği olan bir karardır<sup>1421</sup>. Ayrıca karar, BK'nun 325 (TBK. m. 408). maddesine değil, 96. maddesine dayandırılmıştır. O halde, bu karara dayanılarak, Yargıtay'ın "belirsiz süreli" hizmet akdiyle çalışan işçilerin de boşta geçen süreye ilişkin ücretlerinin tazmin edilmesi görüşünde olduğu, ileri sürülemez<sup>1422</sup>.

Çünkü sözleşmeye bağlı olarak belirli bir süre zarfında çalışma taahhüdünde bulunmuş olan işçinin bu süre dolmadan işverenin, ifanın kendi

<sup>1419</sup> Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku**, s.410.

<sup>1420</sup> 24.6.1959 T, E. 31, K. 26, Usta, s.922.

<sup>1421</sup> İş Kanununa tabi olmayan tarım işçisinin belirsiz süreli hizmet akdinin feshinde tazminat Borçlar Kanununun 325 (TBK m. 408) ve 96 (TBK m. 112). maddeleri hükümlerine göre belirlenmelidir." Y13HD. 20.6.1983 T, E. 3585, K. 5179, Usta, s.922.

<sup>1422</sup> Usta, s.922.

kusuruyla gerçekleşmesini engellemesi veya iş görmeye hazır olan işçinin iş görme edimini kabulde temerrüde düşmesi durumlarının varlığı halinde işçinin belirli olan sürede yapacağı edimler engellenmiş olur. Bu durumda da işverence temerrütten dolayı işçinin uğramış olduğu zararlar giderilmelidir.

Anlaşılabacağı üzere belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan ve iş görmeye hazır bir halde bulunan işçiyi çalıştırmayan işverenin bu hareketi işçi açısından iş sözleşmesinin feshi niteliğini taşımaktadır. Bu fesih karşısında işçi belirli süreli sözleşmenin bitiş tarihine kadar olan alacağına hak kazanır. Böyle bir düzenleme iş sözleşmesinin işverence keyfi bir şekilde haksız olarak feshetmesini engeller niteliktedir. Dolayısıyla bu düzenleme belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışıp iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin iş sözleşmelerinin devamını sağlamaya yönelik bir güvencedir. Zaten iş güvencesinin amacı olan feshe karşı koruma amacını taşımaktadır.

Bilindiği üzere belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler iş güvencesine tabi olarak çalışamazlar. Bu durumda belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin haksız fesihlere karşı korunma şekillerinden biri de geriye kalan süre tazminatıdır. İşverenin işçinin iş görme edimini haksız yere engelleyerek ya da iş görme edimini kabul etmeyip işçiyi çalıştırmamasına ve bu niyetle iş sözleşmesini feshetmesine karşı işçiyi koruyacak olan iş güvencesi oluşturan kurumlardandır.

## **2. İş Güvencesi Tazminatları ile Geriye Kalan Süre Tazminatı Arasındaki İlişki**

### **a. İş Güvencesi Tazminatı ile Geriye Kalan Süre Tazminatı Arasındaki İlişki**

Feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme ya da hakem kararının (ya da Yargıtay kararının) tebliğinden itibaren işçinin 10 iş günü içinde işverene işe

başlatılmak için başvurması ve işverenin bir ay içerisinde işçiyi işe başlatmaması halinde mahkemece belirlenen tazminatın ödenmesi yükümlülüğü başlar.

İş güvencesi tazminatı belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence geçersiz fesih nedenlerinden biri veya birkaçıyla iş sözleşmesinin feshedildiği durumlarda ortaya çıkan bir tazminattır. Geriye kalan süre tazminatı ise belirli süreli iş sözleşmesinin işverence edimin yerine getirilmesinin engellenmesi veya işi kabulde temerrüde düşülüp, işçiyi çalıştırmamak suretiyle iş sözleşmesini haksız olarak feshedildiği durumlarda ortaya çıkan bir tazminat türüdür.

İki tazminat arasındaki ilişkiyi görebilmenin bir diğer yolu da kimlerin bu tazminattan yararlanabileceğidir. İş güvencesi tazminatı iş güvencesinden yararlanabilen işçilerin iş sözleşmelerinin geçersiz feshi halinde işverence işe başlatılmamaları durumunda hak kazanılabilen bir tazminatken, geriye kalan süre tazminatı ise iş güvencesinden yararlanmayıp İş Kanunu veya Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçilerin belirli süreli iş sözleşmelerinin işçilerin sözleşmeye aykırı olarak çalıştırılmamalarıyla iş sözleşmelerinin haksız olarak feshi durumunda ortaya çıkan bir tazminattır.

İki tazminat arasındaki ilişkiyi görebilmek açısından tazminatların miktarlarını da karşılaştırmakta yarar bulunmaktadır. İş güvencesi tazminatı en az 4 en çok 8 ay olarak hükmedilebilecek bir tazminat iken, geriye kalan süre tazminatı, belirli süreli iş sözleşmesinin işverenin haksız eylemiyle vadesinden önce sona ermesinden dolayı işçinin vade gününe kadar mahrum olduğu kazanca tekabül eder.

Yukarıda yazdığımız özelliklerden anlaşılmaktadır ki iş güvencesi tazminatı ile geriye kalan süre tazminatı arasında farklılıklar bulunmakta ancak uygulandıkları işçiler bakımından feshe karşı bir koruma sağladıklarından dolayı ikisinin de iş güvencesi sağlama niteliği bulunmaktadır. Geriye kalan süre tazminatı iş güvencesinden

yararlanamayan işçilerin iş sözleşmelerinin haksız bir şekilde feshedilmesi halinde işverenin ödemesi gerektiği bir tazminat olduğundan kimi kez işverenin bu tür haksız eylemlerde bulunmasını engeller niteliktedir. Bu yüzden işverenin keyfi hareketini engelleyip işçiye feshe karşı güvence sağlamaktadır. İş güvencesi tazminatı ise zaten iş sözleşmesinin feshe karşı korumasını sağlayacak yaptırımlarından biridir.

### **b. Boşta Geçen Süre Tazminatı ile Geriye Kalan Süre Tazminatı Arasındaki İlişki**

Kanuna göre mahkemenin veya hakemin işe iade kararı sonucu işveren işçiyi ister işe başlatsın ister işe başlatmasın, işe iade kararının kesinleşeceği tarihe kadar işçinin işten çıkarılması nedeniyle çalıştırılmadığı ve bu nedenle boşta geçen süre içinde doğmuş bulunan en fazla dört aya kadar ücret ve diğer haklarını iş başı yaptırdığı veya yaptırmadığı işçisine ödeyecektir. Ancak yukarıda ayrıntılı olarak açıklamış olduğumuz üzere biz boşta geçen süreye ilişkin ödenen bedelin tazminat niteliğinin ağır bastığını düşünmekteyiz. Bu tazminat işverenin haksız fiille iş sözleşmesini feshettiği için işçinin çalışmamaktan dolayı uğradığı maddi zararını gidermeye yöneliktir. Bir nevi işverenin haksız fiiline bağlanmış bir sonuçtur. Dolayısıyla daha öncede açıkladığımız gibi bu ödemenin tazminat olması muacceliyetin ve dolayısıyla faizin başlayacağı tarih uygulamaya göre farklılık gösterecektir.

Öncelikle iş güvencesi ile geriye kalan süre tazminatı arasındaki ilişki bölümünde anlatmış olduklarımız boşta geçen süre tazminatı ile geriye kalan süre tazminatı arasındaki ilişki bakımından da geçerlidir. Çünkü boşta geçen süre tazminatı da iş güvencesinden belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçileri feshe karşı korumaya yönelik olan bir iş güvencesi kurumudur.

Boşta geçen süre tazminatı ve geriye kalan süre tazminatı işçinin işverenin haksız fiilinden dolayı çalıştırılmadığı sürelerden dolayı uğramış

oldukları zararı tazmine yönelik olduklarından dolayı ikisi birbirine benzer tazminatlardır. Ancak boşta geçen süre tazminatı ile geriye kalan süre tazminatının koruma çemberine almış oldukları işçi kapsamı birbirinden farklıdır. Aynı zamanda boşta geçen süre tazminatı İş Kanunu düzenlemesi iken geriye kalan süre tazminatı Borçlar Kanunu düzenlemesidir. Boşta geçen süre ücreti kanunda en çok 4 ay ile sınırlanmışken geriye kalan süre tazminatı her sözleşmeye göre farklılık gösteren ve sözleşmenin bitim tarihine kadar olan sürenin ücreti tutarındadır.

İki tazminatın ortak olabilecek bir diğer noktaları da kapsamlarına aldıkları işçilere iş güvencesi sağlamalarıdır. Çünkü her iki tazminatta iş sözleşmesini haksız olarak sona erdiren işverene uygulanan yaptırım niteliğindedir. Bu yaptırım böylelikle işverenin keyfi hareketini sınırlar ve işçilere feshe karşı güvence sağlar.

### **3. İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Geriye Kalan Süre Tazminatının Rolü ve Etkisi**

Yukarıda ayrıntılı olarak anlatmaya çalıştığımız geriye kalan süre tazminatı BK m. 325'te (TBK m. 408) düzenlenmiş ve işverenin işi kabulde temerrüde düşmesi sonucuna bağlanan bir yaptırımdır. Bu şekilde davranıp işçiyi çalıştırmayarak belirli süreli iş sözleşmesini fesheden işveren işçinin vadesi gelmeden sona eren iş sözleşmesinden dolayı mahrum kaldığı kazancı karşılaması gerekmektedir. Aynı zaman da Yargıtay kararlarına göre işçinin talepte bulunması için belirli iş sözleşmesinin sona erme tarihini beklemesine lüzum da bulunmamaktadır.

İşverenin bu yöndeki davranışına böyle bir yaptırımın bağlanmış olması daha öncede değindiğimiz gibi işverenin keyfi hareketini sınırlar ve işçiye işe iade sağlamasa da kısmi olarak feshe karşı güvence sağlar. Bu da belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan, iş güvencesinden yararlanmayıp İş Kanunu

veya Borçlar Kanununa tabi olan işçiye iş güvencesi sağlanmasında etkin bir rol oynamasını sağlar.

### **C. 1475 SAYILI İŞ KANUNUNUN (4773 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki) 13. MADDESİNİN SON FIKRASINDAN KAYNAKLANAN MADDİ VE MANEVİ TAZMİNATIN İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **1. İş Güvencesi ile Maddi ve Manevi Tazminat Arasındaki İlişki**

Burada iş güvencesi açısından değerlendireceğimiz maddi ve manevi tazminat işverenin koruma ve gözetme borcuna aykırı davranışından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat olmayıp, 1475 Sayılı İş Kanunu 4773 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki 13. maddesinin son fıkrasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminattır.

1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesinin son fıkrasında tarafların ayrıca tazminat isteme hakları bulunduğu yazılıdır. Buradaki tazminat sözcüğünün kapsamı içine, maddi ve manevi tazminat istekleri de girmektedir<sup>1423</sup>. Bu tazminatların BK'na göre ve şartları gerçekleştiği takdirde söz konusu olacağı açıktır. Çünkü İş Kanununda bu tür tazminatlar için bir ölçüyü kapsayan hüküm mevcut değildir<sup>1424</sup>. Yargıtay'a göre, genel hükümler uyarınca gerekli şartlar varsa ayrıca tazminat istenebilecektir<sup>1425</sup>. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, "işçi yararına manevi tazminata hükmedilebilmesi için, bu tazminatı gerektiren şartlar araştırılarak bir sonuca varılmalıdır" demektedir<sup>1426</sup>.

<sup>1423</sup> Usta, s.917.

<sup>1424</sup> YHGK. 17.6.1972 T, E. 1971/9-173, K. 1972/665, Usta, s.917.

<sup>1425</sup> Y9HD, 10.7.1970 T, E. 1970/6898, K. 1970/7808; 18.9.1972 T, E. 1972/997, K. 1972/24980, Usta, s. 917.

<sup>1426</sup> 15.4.1972 T, E. 1971/9-452, K. 1972/250, Usta, s. 917.

13. maddede öngörölmüş olan ihbar tazminatı ve fesih hakkının kötüye kullanılması tazminatı işçinin uğradığı zararları gidermeye yeterli değilse, kanun koyucu ayrıca genel hükümlere göre tazminat istenebileceğini de öngörmüştür. Burada müspet zararın tazmini söz konusudur<sup>1427</sup>.

13. madde kapsamında fesih hakkının kötüye kullanılması sonucu uğramış olduğu haksız fesih nedeniyle ödenen ihbar ve kötüniyet tazminatı işçinin zararlarını karşılamamış olabilir. Bu durumda işçi, haksız fesihten dolayı uğramış olduğu zararlarının karşılanmadığı gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talep edebilir.

Böyle bir durumda ihbar ve kötüniyet tazminatı vermesine rağmen fesihten kaynaklanan sorumluluğu bitmeyen işveren ciddi bir yük altına girebilir. Bu yüzden işveren feshi gerçekleştirirken ihbar ve kötüniyet tazminatının feshe karşı güvencesi yanında bir de 1475 sayılı kanunun 13 maddesinin son fıkrasındaki tazminatın feshe karşı güvencesiyle birlikte işverenin keyfi hareketi büyük oranda sınırlanmıştır. Zira işveren bu hükümlere rağmen sorumluluğunu doğuracak bir fesih gerçekleştirmiş olduğu takdirde iş güvencesi düzenlemeleri henüz yürürlüğe girmediğinden dolayı işe iade yerine, feshin nedenine göre (ayrımcılık, sendikal, kötüniyet, vb.) ve usulüne göre ihbar tazminatı yanında maddi ve manevi tazminat ödemek durumunda kalabilirdi. Böyle bir yükümlülük altına girebileceği ihtimalini düşünecek olan işveren fesih yoluna gitmek yerine geri adım atabilir. Bu tür durumlar da bu tazminatın iş güvencesi sağlıyor olduğunun bir göstergesi olmaktadır.

Bu maddeyle maddi ve manevi tazminat istenebileceği doktrin ve yargı kararlarıyla şekillenmiştir. Tarafların tazminat taleplerine açıkça yer veren önceki metin döneminde maddi, manevi tazminat talepleri, öğreti ve yargı kararlarında belirtilen görüş ve ilkeler doğrultusunda kabul ediliyordu. Buna göre, maddi tazminat talepleri, genel olarak sözleşmeye aykırılık nedeniyle uğranılan zararın giderimi için değil, usulsüz veya kötü niyetli fesih halinde,

---

<sup>1427</sup> Usta, s.917.



ihbar veya kötü niyet tazminatları ile karşılanamayan zararların giderimi için kabul edilebilir<sup>1428</sup>; ayrıca söz konusu tazminat, feshi takiben işçinin iş bulamadan geçirdiği günler için tazminat talebini kapsar nitelikte de değildir; bunun için işverenin işçinin yeni bir iş bulmasını engellemiş olması gerekir<sup>1429</sup>. Kısaca burada, feshin doğrudan doğruya neden olduğu zararların tazmini mümkündür. Öğretiye göre usulsüz fesih halinde, işçi veya işverenin ihbar tazminatını aşacak şekilde zarara uğraması çok ayrık durumlarda ortaya çıkacağından İş K. m. 13/son fıkra hükmünde öngörüldüğü gibi genel hükümlere dayanan tazminat talepleri de çok nadir olacaktır<sup>1430</sup>.

Manevi tazminat talebi ise, BK m.49'daki (TBK m. 56) koşulların gerçekleşmesiyle mümkündür<sup>1431</sup>. Bunun için usulsüz fesih halinde diğer tarafın kişilik haklarının ağır kusurla önemli derecede zarara uğratılmış olması şart değildir; manevi tazminat için, usulsüz fesihte bulunan tarafın kusuru yeterli olup, yargıç, tazminata hükmederken, usulsüz fesihle kişilik hakları tecavüze uğrayan tarafın mevki ve itibarını, ekonomik ve sosyal durumunu da dikkate alacaktır.

Maddi ve manevi tazminat talep edilebileceğine ilişkin düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde henüz iş güvencesi hükümleri mevzuatımıza girmemişti. Bu tazminatlar gerek belirli süreli gerek belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalışan işçilerin iş sözleşmesinin kanunen caiz olmayan bir şekilde feshedilmesi sonucunda zarar ortaya çıktığında talep edilebilmekteydi. İşverenin haksız fiili sonucu işçinin işini kaybetmiş olmasından dolayı meydana gelen maddi ve manevi zararlarını karşılama amacıyla olan 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesi diğer tazminatların mevcudiyeti halinde bile uygulanan bir tazminat olduğundan feshe karşı güvencenin daha sağlam olmasına katkıda bulunmaktaydı. Belki işe iadeyi

<sup>1428</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.822.

<sup>1429</sup> Tunçomağ/Centel, **5. Bası**, s.192; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.822.

<sup>1430</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.822.

<sup>1431</sup> Yargıtay da aynı görüştedir; Y9HD, 4.11.1993, E. 1993/57779, K. 1993/15731, Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.822-823.

sağlamıyor ancak iş sözleşmesini haksız yere fesheden işverenin yükünü ağırlaştırdığı için işverenin haksız fesihten kaçınmasına vesile olan kurumlardan biridir. 1475 sk 13. madde bugün yürürlükte olmasa da bu tür maddi ve manevi zararlar ortaya çıktığında genel hükümlere göre bu tazminatlar istenebilir. Kaldı ki TBK m. 438/3 bu konuda eski düzenlemeye benzer bir hüküm getirmekte fakat burada da tazminat miktarı işçinin 6 aylık ücreti ile sınırlı tutulmaktadır.

## **2. İş Güvencesi Tazminatları ile Maddi ve Manevi Tazminat Arasındaki İlişki**

### **a. İş Güvencesi Tazminatı ile Maddi ve Manevi Tazminat Arasındaki İlişki**

İş güvencesi tazminatı işverenin iş sözleşmesini geçersiz bir fesih nedeniyle feshetmesi sonucu işe iade kararından sonra işçinin 10 günlük süre içinde işverene başvurmasına rağmen işverence işe başlatılmadığı durumlarda işçi en az 4 en çok 8 aylık iş güvencesi tazminatına hak kazanır.

İş güvencesi tazminatının amacının ne olduğuna baktığımızda, işverenin iş sözleşmesini geçersiz ve keyfi bir şekilde feshetmesine uygulanan yaptırım olup, işverenin geçersiz nedenle feshe başvurmasını en aza indirmeye yönelik bir düzenlemedir. Kısaca iş güvencesi tazminatı iş güvencesinin sağlanabilmesine hizmet eden bir iş güvencesi kurumudur.

İş güvencesi tazminatı İş mevzuatımıza 4773 sayılı Kanun değişikliği ile girmiştir. İş güvencesi tazminatı kanunumuza girmeden önce haksız fesihlere uygulanan ve iş güvencesi sağlanmasına katkı sağlayan kurumlardan biri 1475 sayılı Kanununun 13. maddesinin son fıkrasındaki tazminat kurumudur. Buna göre iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi, bu haksız eylem sonucu oluşan zararlarının ihbar, kötüniyet vb

tazminatlarıyla giderilemediğinden bahisle söz konusu zararlarını Borçlar Kanununun haksız fiilden kaynaklanan tazminatlarla ilgili düzenlenmiş olan genel hükümlerden yararlanarak işverenden tazminini dava edebilir. Anlaşılacağı üzere bu tazminat haksız, geçersiz bir feshe yüklenmiş bir yaptırımdır.

Bu bakımdan 1475 sayılı İş Kanunundan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile iş güvencesi arasındaki ilişki ikisinin de kapsamlarına aldıkları işçilere iş güvencesi sağlamaya çalışmaları ortak noktalarının göstergesidir. Bu iki tazminatı uygulanma sebepleri aynı olmasa da ikisi de işverenin iş sözleşmesini haksız olarak feshetmesini engeller niteliktedir.

İş güvencesi tazminatının iş sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklı oluşmuş olan zararları tazmin amacı bulunmamakta olup işverenin işçiyi işe başlatmamasının bir yaptırımıdır. Oysaki maddi ve manevi tazminatın amacı iş sözleşmesinin haksız feshi sonucu işçinin diğer tazminatlarla giderilememiş olan zararlarının giderilmesi amacını taşımaktadır.

#### **b. Boşta Geçen Süre Tazminatı ile Maddi ve Manevi Tazminat Arasındaki İlişki**

Mevzuatta, uygulamada ve doktrinde boşta geçen süre tazminatı tazminat olarak kabul edilmemektedir. Buna göre boşta geçen süre tazminatı iş güvencesinden yararlanan işçilerin iş sözleşmeleri geçersiz bir nedenle feshedildiğinden, mahkemece veya hakemlerce işe iadesine karar verildiği güne kadar en çok 4 aya kadar boşta geçirmiş olduğu süre için ödenen bir ücrettir. Biz ise bu bedelin ücretten ziyade tazminat olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü bu tazminat işverenin haksız fiili sonucu iş sözleşmesini geçersiz bir nedenle feshetmesi üzerine çalıştırılmayan işçinin işe iade kararı verilinceye kadar uğramış olduğu zararları giderebilme amacını taşımaktadır. Kanaatimizce bu tazminatın 4 ayla sınırlı tutulmuş olması da yerinde bir uygulama değildir. Zira ülkemizdeki davaların ne kadar uzun sürede

sonuçlandıkları ortadadır. Bazen davalar yıllarca sürebilmektedir. Bu süre içinde çalışamayan işçinin zararının boyutu oldukça artabilir. Bu derece büyük bir zararın sadece dört ayla sınırlı tutulmuş olması tazminat kurumunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Yine bu düzenlemenin adalet ve hakkaniyete hizmet ettiği de söylenemez.

Bu yüzden doğabilecek hak kayıplarını önleyebilmek amacıyla işçi uğramış olduğu zararları giderebilmek için 1475 sayılı Kanununun 13. maddesi yürürlükte olmamasına rağmen Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre maddi ve manevi tazminat davası açabilmelidir. Örneğin iş güvencesinden yararlanan bir işçinin iş sözleşmesi geçersiz fesih nedeniyle feshedildiği için işçi işe iade davası açmıştır. İş yoğunluğundan bu dava ancak 2 yıl sonra karar aşamasına gelmiş ve dava sonunda işçi işe iade edilmiş olsun. İşe iade kararı sonucunda işveren işçiyi işe başlatırsa işçi boşta kaldığı iki yıllık sürenin ancak 4 ayının zararını karşılayabilecektir. İşverence işe başlatılmadığı takdirde ise 4 aylık boşta geçen süre tazminatı ve en fazla 8 aylık iş güvencesi tazminatı almış olsun bu seferde işçinin bir nevi bir yıllık zararı karşılanmış olur. Birinci durumda işçinin 18 aylık zararı bulunmakta ikinci durumda ise işçinin 12 aylık zararı bulunmaktadır. Adalet ve hakkaniyet açısından baktığımızda 2 yıllık süre içinde herhangi bir işte çalışmayan ve kendi işinde de çalıştırılmayan işçinin ciddi nitelikte zararı doğar. Bu zarar sadece maddi boyuttaki bir zarar niteliğini de taşımaz aynı zamanda işçi manevi olarak ta ciddi zarara uğrar. Bu zararların iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücretiyle karşılanamadığı ortadadır. O halde işçi tazmin edilmemiş olan zararlarını genel hükümlere göre isteyebilmelidir.

1475 sayılı Kanun döneminde 13. maddede karşılanmayan bu zararlara karşı düzenlemenin var oluşu işçinin ciddi hak kayıplarına uğramasını engeller nitelikteydi. Ancak 4857 sayılı yürürlükteki İş Kanununda bu yönde bir düzenleme bulunmadığından ortaya muğlak durumların çıkmasına neden olmuştur. Zira işçi eğer sadece iş güvencesinin işe iade ve boşta geçen süreye bağlanmış yaptırımlarla sınırlı olarak yararlanabiliyorsa, işçi açısından

ciddi hak kayıplarının varlığına neden olacaktır. Bu yüzden bize göre, bu yönde bir düzenleme olmamasına rağmen işçi işe iade davası sonucunda karşılanamayan zararları için genel hükümlere göre zararının tazminini dava edebilir. Durum böyle olursa feshe karşı güvence de sağlam bir temele oturtulmuş olur.

Boşta geçen süre ve maddi ve manevi tazminat işverenin haksız fiilinden kaynaklanan zararı tazmine yönelik olmaları nedeniyle birbirine benzer, ancak manevi tazminat manevi zararın tazminini amaç edindiği için boşta geçen süre tazminatıyla ayrıştır.

Genel hukuk kurallarına göre iki tazminatı karşılaştırdığımızda maddi ve manevi tazminatın adalet ve hakkaniyete daha uygun olduğunu görmekteyiz. Zira sadece 4 aylık bir zararla sınırlı olmayıp işçinin uğramış olduğu zararın tamamını kapsamaktadır.

### **3. İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Maddi ve Manevi Tazminatın Rolü ve Etkisi**

1475 sayılı İş Kanunu döneminde iş güvencesi ile ilgili düzenlemelerin bulunmayışı iş güvencesinin sağlanmasını tazminatlara bırakmıştır. Buna göre örneğin iş sözleşmesi bildirim sürelerine uyulmadan kötüniyetle feshedilen işçi ihbar ve kötüniyet tazminatı almaktaydı. Bu tazminatlar kısmen iş güvencesi sağlama amacı taşıyan tazminatlardır. Ancak aynı kanunun 13. maddesinde bu tazminatlarla işverenin bu kötüniyetli tazminatı sonucu uğranılan maddi ve manevi tazminatlar karşılanamamışsa bu durumda işçi genel hükümlere göre zarar ve ziyanının tazminini dava edebilir. Anlaşılmaktadır ki kötüniyet ve ihbar tazminatından ziyade ek bir iş güvencesi de maddi ve manevi tazminatla sağlanmaktaydı. Yürürlükte olan şimdiki 4857 sayılı İş Kanununda gerek iş güvencesinden yararlanan gerek iş güvencesinden yararlanamayan işçiler lehine böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu düzenlemenin bulunmayışı bu davaların açılmayacağı

anlamına gelmez. Aksi takdirde ciddi hak kayıplarına zemin hazırlar nitelikte olur.

4857 sayılı İş Kanununda bu düzenlemenin bulunmayışı aynı zamanda iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçilerin feshe karşı güvencelerini daha da hafifletmiş durumdadır. Zira iş güvencesinden yararlanmayan işçinin iş sözleşmesi yukarıdaki gibi bildirim sürelerine uyulmadan kötünietli olarak feshedildiği takdirde işçi bu sefer ancak ihbar ve kötüniet tazminatı alabilir. Zararı sadece bu olmasa bile şimdiki düzenlemeye göre bu iki tazminatı alabilir. Ancak bize göre, boşta geçen süre tazminatı ile maddi ve manevi tazminat arasındaki ilişkide anlattığımız gibi işçi diğer tazminatlarla karşılanamayan zararını genel hükümlere göre dava edebilmelidir.

## **II. TÜRK İŞ HUKUKUNA ÖZGÜ TAZMİNATLARIN İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **A. KIDEM TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **1. İş Güvencesi ile Kıdem Tazminatı Arasındaki İlişki**

İstihdamı koruyucu bir kanuni düzenleme olarak kıdem tazminatı, işverenlere, işçinin hizmet akdinin feshi sırasında tazminat yükümlülüğü getirerek, mali yükü artırmakta ve bu yöntem ile işverenin işçi çıkarmasını zorlaştırmayı hedeflemektedir. Kıdem tazminatı düzenlemesi, ulusal mevzuatımıza 1936 tarihinde 3008 sayılı İş Kanunu ile dahil olmuştur. Bu açıdan, iş hukuku mevzuatımızdaki en eski iş güvencesi mekanizmasıdır. Bilindiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun asli maddeleri arasında kıdem tazminatı düzenlemesi mevcut değildir. Bunun sebebi, Kanunun geçici 6.

maddesinde açıklanmıştır. Buna göre kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulur. Kıdem tazminatı fonuna ilişkin kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı hakları saklıdır. Maddede bahsedilen kıdem tazminatı fonu, kanunun yürürlüğe girmediği 2003 yılından bugüne kadar düzenlenememiş olduğundan, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi kapsamında düzenlenmesi yapılmış kıdem tazminatı, halen yürürlüktedir<sup>1432</sup>.

İş güvencesi işçiyi keyfi işten çıkarmalara karşı korumaktır. Geçerli bir nedene dayanmayan fesihlere karşı işçiyi koruyucu önlemler almak, iş güvencesinin en önemli unsurudur<sup>1433</sup>. Çalışma yaşamındaki en önemli yönlerden birisi de, iş ilişkisinin sürekliliğinin korunmasıdır. Bu aynı zamanda İş Hukukunun temel amaç ve ilkeleri arasındadır. İş Hukukunun gelişim sürecinde, işçinin edimlerini yerine getiremediği hastalık, kaza, tutukluluk, grev, işyerinin devri gibi durumlarda, iş ilişkisinin kesilmeden devamını sağlamak üzere bazı kurallar söz konusuydu. Bu süreçte en önemli adım; haklı nedenle fesihler dışında iş sözleşmesinin sona erdirilmesini sınırlayan kuralların hukukumuzda girmiş olmasıdır. 4857 sayılı İş kanunuyla birlikte hukukumuzda yer alan iş güvencesi; iş sözleşmesinin ancak geçerli nedenlerin bulunması durumunda feshedilebilmesi olarak tanımlanabilir. Kanundaki iş güvencesi hükümleri iş ilişkisinin sürekliliğini sağlayan kurallarla birlikte işverenin yönetim ve fesih hakkının sınırlandırılması olarak kabul edilir<sup>1434</sup>.

Bilinmektedir ki kıdem tazminatı İş Kanununa tabi olarak çalışan işçinin işyerindeki çalışma yani kıdem süresine göre hak kazanılan bir tazminattır. Bir nevi işçinin uzun süreli olarak çalışmasından kaynaklı olarak, yıpranmasına karşılık verilen bir tazminattır. Buna göre işçinin işyerindeki kıdemi ne kadar fazla ise hak kazanacağı tazminat bedeli de ona göre

<sup>1432</sup> Limoncuoğlu, Alp, **Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Güvenceli Esneklik**, Limoncuoğlu Ltd. Şti, İzmir 2010, s.110.

<sup>1433</sup> Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen, **4. Baskı**, s.158.

<sup>1434</sup> Çalık, s.160.

yüksek olacaktır. O halde iş güvencesi hükümlerinin iş sözleşmesinin feshini zorlaştıran hükümleri ve bu hükümlerin işverenlerin keyfi uygulamalarının önünü kesici özelliğini göz önüne bulduğumuzda iş güvencesi düzenlemesinin kıdem tazminatını olumlu yönde etkilemiş olduğunu görmekteyiz.

Her ne kadar iş güvencesinin kıdem tazminatına olumlu etkisi olsa da, kıdem tazminatının da iş güvencesinin sağlanması açısından olumlu etkileri bulunmaktadır. Özellikle kıdem tazminatının iş güvencesine olan onarıcı etkisi ön plana çıkmaktadır.

Yetersiz de olsa onarıcı biçimde iş güvencesi sağlamanın başlıca yollarından biri olan kıdem tazminatının, ülkemizde işsizlik sigortasının 4447 Sayılı Kanuna rağmen yeterli olarak kurulmadığı düşünülecek olursa çok yönlü işlevler yüklenerek karşımıza çıktığı ve iş güvencesiyle yakın bir ilişkisinin bulunduğu görülür. Ancak, kıdem tazminatı iş güvencesini sağlayan onarıcı kurumlardan yalnız biridir. Yalnız başına iş güvencesi sağlama niteliğinde olmayan kendine has kanundan doğan bir nitelik taşımaktadır. İş güvencesi ise, çalışma hakkının korunmasıdır. Çalışma hakkının korunması işçinin işverenin keyfi olarak işten çıkarma eğilimlerine karşı işçinin korunmasıdır. Bu işten çıkarmadan önce caydırıcı İLO, AB normlarına uygun kanuni koruma önlemleriyle olduğu gibi işçinin iş sözleşmesinin haksız nedenle ve belirli koşulların varlığında feshinin hüküm ve sonucu onarıcı önlemlerle, mümkün olur. Bunlar ise, feshi ihbar önellerine uyulması durumunda ödenen ihbar tazminatı ile fesih halinin kötüye kullanılması durumunda ödenen kötüniyet tazminatıdır. Çeşitli hukuk sistemlerinde kusursuz olarak işten çıkarılan işçiye, işveren tarafından, biriken ücreti, işten çıkarma tazminatı olarak ödenmesi öngörülmüştür. Bir yandan işçinin işyerine bağlılığının sağlanması, öte yandan özellikle yaşlı işçilerin uzun yıllar çalıştıktan sonra işten ayrılmaları durumunda tekrar iş bulmakta karşılaşılabilecek güçlükler, işçilerin işlerini yitirmeleri sebebiyle maddi ve



manevi yönden korunmalarının iş güvencelerinin önemini daha da arttırmıştır<sup>1435</sup>.

Doktrinde Şakar/Yiğit Şakar kıdem tazminatı fonunun iş güvencesini olumsuz etkileyebileceği fikrini ortaya atmışlardır. Bu fikre göre, fon kurulursa işverenler daha kolay ve daha çok işçi çıkartacaklardır. Fon daha fazla güvencesizlik ve daha az sendikalaşma anlamını taşıyacaktır. Zira işten çıkarmada caydırıcı olan iş güvencesi tazminatı değil kıdem tazminatıdır. Eğer fon uygulaması başlarsa işten çıkarmanın işveren için hiçbir maliyeti ve caydırıcı tarafı olmayacaktır. Eğer işçi iş güvencesi kapsamında değilse, dava yoluna başvurup iş güvencesi tazminatını da alamayacak ve oldukça mağdur durumda kalacaktır<sup>1436</sup>.

Aktay'a göre, 4857 sk geçici 6. madde ve 1475 sk 14. maddenin son iki fıkrası da kıdem tazminatı fonu oluşturulması ile ilgilidir. Kanun koyucunun uzun zamandan beri maksadı kıdem tazminatını bir fon marifeti ile düzenlemek ve kıdem tazminatının ödenmeme hallerinin (risklerinin) en azından bir fon marifetiyle engellenmesini sağlamaya çalışmak olup bu düşünce iyi niyetli bir tutum olarak takdire şayan bir düşüncedir. Ancak geçmiş dönemlerde siyasal iktidarların fonları amaçları dışında kullanmaları hem işçi hem işveren kesimini rahatsız etmiştir. Bu nedenlerle sosyal taraflar fon kurulması ile ilgili olarak tereddüt içinde kalmakta ve karşı çıkmaktadırlar<sup>1437</sup>.

Biz bu yönde bir fon kurulmasının faydalı olacağını düşünmekte ve fon kurulmasının iş güvencesi hükümlerini etkisiz kılacağı fikrine katılmamaktayız. Çünkü iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmesi için gerekli olan kanuni sebeplerin varlığı yetmez bunun mahkeme nezdinde de geçerli bir fesih olduğunun hüküm altına alınması

<sup>1435</sup> Anadolu, s.79-80.

<sup>1436</sup> Şakar/Yiğit Şakar, s.46.

<sup>1437</sup> Aktay, A. Nizamettin, "**Kıdem Tazminatı Fonu Düzenleme Çalışmaları**", 12. Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Kongresi, Türk-İş ve Süleyman Demirel Üniversitesi İşbirliği ile 7-10 Ekim 2010'da Antalya- Belek'te gerçekleştirilen Kongre, Aydoğdu Ofset, Ankara, 2011, s.147-148.

gerekmektedir. Görülüyor ki işveren keyfiliğine yer bırakmamaya yönelik bu düzenlemeler iş sözleşmesinin feshini iki aşamadan geçirmiş bulunmaktadır. Bunlardan ilki işverenin sözleşmeyi feshederken kanunen geçerli bir neden göstermesi, ikincisi ise, kanunen geçerli neden gösterilmiş olsa bile bu neden mahkemece geçerli kabul edilmedikçe feshin geçerli olmamasıdır. Bu düzenleme işverenin keyfiliğini ciddi anlamda sınırlandırmış durumdadır. Bu yüzden kıdem tazminatı fonunun oluşturulması iş güvencesi hükümlerinin etkinliğini yitireceği fikrine katılmamaktayız. Ayrıca fondan yapılan kıdem tazminatı ödemesinden sonra haksız durumda olan işverenlere rücu edilmesi düzenlemesi getirilecek olursa yukarıda bahsedilen olumsuz sonuçların fazla olmayacağını düşünmekteyiz.

## **2. İş Güvencesi Tazminatları ile Kıdem Tazminatı Arasındaki İlişki**

### **a. İş Güvencesi Tazminatı ile Kıdem Tazminatı Arasındaki İlişki**

İş güvencesi tazminatı, İş ve Sendikalar Kanunlarında düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre; İş Kanunu, işçinin başvurusu üzerine, işverenin bir ay içinde işçiyi işe başlatmaması halinde, işverenin işçiye en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeyeceğini düzenlemiştir (m. 21/1). Ancak Sendikalar Kanununa göre, iş sözleşmesi sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı feshedilmişse, 21. maddenin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacaktır (Sen K. m. 31/6)<sup>1438</sup>.

<sup>1438</sup> Nitekim bir Yargıtay kararına göre, "Sendikal nedenle fesih yoksa, tazminat miktarı bir yıllık ücret tutarında belirlenemez", Y9HD, 22.1.2002, E. 2001/18794, K. 2002/548, Çankaya/Günay/Göktaş, 2. bası, 832-833; başka bir karara göre de "Sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen davacı için işe başlatmama tazminatının alt sınırdan ayrılarak belirlenmiş olması isabetli görülmemiştir. Dosya içeriğine, fesih nedeni ve hizmet süresine göre işe başlatmama tazminatının bir yıllık ücret tutarı olarak belirlenmesi uygun görülmüştür", Y9HD, 22.5.2006, E. 2006/10439, K. 2006/15150, **Legal İHSGHD**, S. 11, 2006, 1005-1006.

Türk İş Hukuku öğretisi, kıdem tazminatının muhtelif tanımlarını yapmıştır. Bir tanıma göre kıdem tazminatı, kanunen sayılı hallerde iş sözleşmesi sona eren işçiye belirli bir süre çalışmış olması şartıyla, hizmet süresine ve ücretine göre değişen miktarda işveren tarafından ödenmesi gereken bir paradır<sup>1439</sup>. Bir başka tanıma göre ise, "kaynağını kanundan alan ve hizmet sözleşmesinin sona ermesi halinde, şartları mevcut ise işveren tarafından ödenmesi gereken bir ödeme vecibesidir"<sup>1440</sup>. Kanuni kriterler dikkate alınarak yapılan bu tanımlar kıdem tazminatının, işçinin kıdemine ve iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak, işverence ödenmesi icap eden bir miktar para olduğu şeklindeki üç temel ögesini vermektedir. Bu bakımdan, iş sözleşmelerinde veya toplu iş sözleşmelerinde öngörülüp de yukarıdaki ögeleri içeren, ancak kıdem tazminatı tabiri yerine başka tabirlerle ifade edilen ödemeler de kıdem tazminatı niteliğinde ödemelerdir<sup>1441</sup>.

İş güvencesi ve kıdem tazminatı yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı gibi sona eren iş sözleşmelerinden sonra ödenen tazminatlardır. İş güvencesinde geçersiz fesih nedeniyle iş sözleşmesinin işverence feshedilmesinden sonra, iş mahkemelerine açılan davayla işe iadenin hüküm altına alınması ve bu işe iade kararı üzerine işçi tarafından süresinde işverene işe iade talebiyle başvurulmuş olmasına rağmen işverenin işçiyi işe başlatmaması durumunda ortaya çıkan, işçinin en az 4 aylık en çok 8 aylık ücretine tekabül eden tazminattır. Oysaki kıdem tazminatında sadece Kanunda ve sözleşmede belirtilmiş nedenlerden biriyle iş sözleşmesinin sona ermiş olması yeterlidir. Sona erme sonrası işçinin o işyerinde çalışma süresi olan kıdemine kendisine sağlamış olduğu bir hak olan kıdem tazminatından yararlanır.

Kanunda ve sözleşme hükümlerinde belirtilen nedenlerle sözleşmesi feshedilmiş olan ve İş Kanununa tabi olarak çalışan ve asgari kıdemi en az 1 yıl olan her işçi kıdem tazminatı hakkından yararlanır. Ancak iş güvencesi

<sup>1439</sup> Narmanlıoğlu, **Ferdi İş İlişkileri**, s.360.

<sup>1440</sup> Elbir, H. K, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 1987, s.102'den Akt: Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.958.

<sup>1441</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.784-785.

tazminatı hakkının doğması için kanunda geçersiz fesih sebebi olan sebeplerden biriyle iş sözleşmesinin feshedilmiş olması yeterli olmayıp, bu geçersizliğin mahkemece hüküm altına alınmış olması ve işe iadesine karar verilen işçinin işverene zamanında başvurması, bu başvuru üzerine ise işverenin işçiyi başlatmamış olması gerekir.

İşe iadesine karar verilen işçi ancak koşulların gerçekleşmesi halinde iş güvencesi tazminatı almışsa peşinen ödenmiş olan kıdem tazminatı iş güvencesi tazminatından mahsup edilemez. Çünkü işçi iş güvencesi tazminatına hak kazanmışsa iş sözleşmesi kesin olarak sona ermiş demektir. Zaten kıdem tazminatı iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ödenen bir tazminattır. Dolayısıyla iş sözleşmesi sona ermiş olduğundan peşin ödenen kıdem tazminatının iş güvencesi tazminatından mahsubu yoluna gidilemez.

İşçinin sözleşmesi feshedilmiş olmasına rağmen, bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ilişkin ücret peşin ödenmemişse, fesih geçersiz sayılıp da işe iade kararı verilen ama işverence işe başlatılmayan işçiye, işe başlatılmama tarihine kadar doğmuş bulunan hakları ayrıca ödenecektir (m. 21/4). Bu bağlamda, işçi önceden kıdem tazminatı almamışsa, işe başlatılmama fesih sayıldığı için işçi kıdem tazminatına da hak kazanacaktır. İş K. m. 21/4'de ifade edilen ayrıca ödeme ile İş K. m. 21/3 'den ayrı olarak ödeme kastedilmiştir<sup>1442</sup>.

Kısaca özetlemek gerekirse, işe başlatılmamaya kadar geçen süre kanuni olarak iş sözleşmesinin feshedilmemiş sayıldığı bir durumdur. İşveren bu süre için kıdem tazminatını peşin olarak ödemişse, başlatmama tazminatı olan iş güvencesi tazminatından peşin ödenen kıdem tazminatının mahsubu talebinde bulunamaz. Çünkü bu süre içinde iş sözleşmesi kanuni olarak feshedilmemiş sayıldığından, bu süre içinde geçen zaman işçinin kıdemine sayılır. İşçinin kıdemine dahil olan bu sürenin kıdem tazminatı ödenmiş olduğu gerekçesiyle mahsup talebinde bulunmak kanuni olarak caiz değildir. Eğer işe başlatılmamaya kadar olan süreye ilişkin kıdem tazminatı işverence

---

<sup>1442</sup> Sarıbay, s.263.

peşin olarak ödenmemişse, iş sözleşmesi işe başlatılmadan itibaren sona erdiğinden dolayı bu süre işçinin kıdemine sayılır ve işveren kıdem tazminatı öderken boşta geçen süreye de tekabül eden kıdem tazminatı miktarından sorumludur.

### **b. Boşta Geçen Süre Tazminatı ile Kıdem Tazminatı Arasındaki İlişki**

İş sözleşmesi İş Kanununun 21. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "İşverence geçerli neden gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır". İşveren işçiyi işe başlatmayı seçerse iş akdi yeniden kurulmuş olmaz, yapılmış olan fesih geçersiz sayılır<sup>1443</sup>. Bu yüzden geçersiz nedenle fesih yapan işverenin iyiniyet kurallarına aykırı davranarak haksız fiil sonucu işçiye vermiş olduğu boşta kalma zararından dolayı tazminat ödemesi gerekir.

Ayrıca yargı organından iş akdinin feshinin geçersizliği yönünde karar alan işçi işe başlatılmadığı takdirde boşta geçen süreye ilişkin tazminata hak kazanacağı gibi, aslında işçi işe başlatılsın ya da başlatılmasın boşta geçen süreye ilişkin tazminat isteyebilir.

Boşta geçen süre tazminatı hak kazanılan duruma kısaca değindikten sonra kıdem tazminatı ile arasındaki ilişkiye baktığımızda, bu ilişki daha çok işverenin geçersiz fesihle iş sözleşmesini feshetmesi ile peşinen ödediği kıdem tazminatının mahsubu konusunda ortaya çıkmaktadır.

Uygulamada ücret olarak tanımlanan bu tazminattan peşinen ödenen kıdem tazminatının mahsup edilebileceği İş K. m. 21/4'te hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre, "İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre

---

<sup>1443</sup> Süzek, 7. Baskı, s.583.

yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir".

İşçinin Kanuna uygun bir biçimde işverene başvurması sonrası işverenin de işçiye işine başlatması durumunda geçersiz nedenle feshedilen sözleşme sonrası işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiş ise bunların iadesi gerekir. Zira, mahkeme kararı ile fesih hiç yapılmamış anlamına gelir<sup>1444</sup>.

Belirtelim ki, 4773 sayılı Kanundan farklı olarak 4857 sayılı Kanunda kıdem ve ihbar tazminatı iadesi/mahsubu, ödenmesi gereken boşta geçen süreye ait ücretten düşülecektir. 4773 sayılı Kanun döneminde aynı zamanda iş güvencesi tazminatından da mahsup öngörülüyordu. Şimdi kanun koyucu yalnızca boşta geçen döneme ait ücret için mahsubu öngörmüştür<sup>1445</sup>.

Boşta geçen süre ile kıdem arasındaki ilişkiye baktığımızda ise, bu ilişki kendini işçinin boşta geçen süresinin kıdemden sayılıp sayılmaması konusunda ortaya çıkmaktadır.

İş sözleşmesinin geçersiz nedenle feshinden sonra işveren işçiye ihbar - kıdem tazminatı vermişse, fesih asıl olarak işverenin bir aylık kanuni işe başlatma süresinde işverenin işe başlatmama iradesini işçiye bildirdiği ya da bu sürenin dolduğu tarihte işveren tarafından yapıldığından, ilk fesih tarihi ile işverenin işçiye işe başlatmayarak yapmış olduğu fesih tarihi arasındaki dönemde iş sözleşmesi devam etmiş sayılarak işçinin fark kıdem - ihbar tazminatı ve feshe bağlı diğer hakları doğacak, bu son tarih esas alınarak işçi bunları ayrı bir dava ile talep edebilecektir<sup>1446</sup>. Bu demektir ki işçinin kıdemi, geçersiz fesih ile işverenin işe başlatmayarak yaptığı fesih tarihi arasındaki dönem kadar artacak, geçersiz fesihten sonra yapılmış olan tazminat

<sup>1444</sup> Uşan, Fatih, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", **Kamu-İş D.** C-10, S:1, 2008, s.17.

<sup>1445</sup> Uşan, **İşe İade**, s.17.

<sup>1446</sup> Ekonomi, **Hizmet Akdinin Feshi**, s.16-17; Taşkent, **Sona Erme**, s. 127; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 3. Bası, s.179; Ulucan, **İş Güvencesi**, s.85; Güzel, **İş Güvencesi**, s.102; Demir, **İş Hukuku Uygulaması**, s.244; Akı/Altıntaş/Bahçivancılar, s.154-155; Sarıbay, s.264.

ödemeleri kıdem ve ücret yönünden eksik kalacaktır. Zira, işçinin iki fesih arasındaki dönemde hem kıdemi artacak hem de ücreti artabilecektir. Aynı şekilde kıdem tazminatı tavanında bir değişiklik de ihtimal dahilindedir. Yeni kıdeme göre ihbar dilimi değişebilecek veya işçinin yıllık ücretli izin bakımından eksik olan bir yıllık süresi dolmuş olabilecektir. İzin ücreti, işçinin son ücreti üzerinden verilecek ve işverenin işçiyi işe başlatmayarak yaptığı fesih ile muaccel olacaktır (İş K. m. 59)<sup>1447</sup>.

Anlaşılabacağı üzere işverence iş sözleşmesinin fesih tarihinden, mahkemece işe iade kararının verildiği ana kadar boşta geçen en çok 4 aylık süre işçinin kıdemine eklenir. Bize göre işe iade kararı verilinceye kadar boşta geçen süre 4 aydan fazla sürmüştü ise, örneğin 15 ay sürmüştü bu 15 aylık sürenin işçinin kıdemine eklenmesi gerekir. Zira bu süre içinde de iş sözleşmesi sona ermemiş olduğu mahkeme kararıyla tespit edildiğinden bu süre işçinin kıdemine eklenmelidir. Ancak yukarıda da anlattığımız gibi uygulamada bu süre 4 aydan fazla sürmüştü olsa bile işçinin kıdemine en çok 4 aylık boşta geçen süre fark kıdemi olarak eklenmektedir.

### **3. İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Kıdem Tazminatının Rolü Ve Etkisi**

Bununla ilgili öğretide farklı görüşler mevcuttur. İş güvencesi kurumu olduğuna ilişkin görüşe göre, kıdem tazminatı iş güvencesi sağlamaya yöneliktir. Bu durumda kıdem tazminatı iş güvencesi de sağlar. Çünkü, işverenin bazı durumlarda işine son verdiği işçilere kıdem tazminatı ödemek zorunda kalmasının, belli oranda caydırıcı tesiri olabilir<sup>1448</sup>.

Öte yandan kıdem tazminatının fonksiyonuna ilişkin olarak ileri sürülen önemli savlardan biri de, kıdem tazminatı yoluyla işverenin işçisini kolaylıkla, haksız bir biçimde işten çıkarmasının önlenmesi, bu yolla iş güvencesinin

<sup>1447</sup> Sarıbay, s.264.

<sup>1448</sup> Işıklı, s.108.

sağlanmasıdır. Nitekim 1927 sayılı Kanunun gerekçesinde; "... kıdem tazminatı müessesesinin işçilerin gelir ve iş güvenliğini sağlayıcı ve keyfi işten çıkarılma işlemlerinin işçi aleyhine doğurduğu sonuçları giderici niteliği yanında..." alınma yoluyla, kıdem tazminatının "iş güvencesini sağlamaya" yönelik işlevine değinilmiştir<sup>1449</sup>.

Öte yandan burada özellikle vurgulamak gerekir ki, 'kıdem tazminatının bir tür iş güvencesi kurumu olduğunu ileri sürerken, aynı kurumun iş güvensizliği kurumuna dönüşebileceğini de gözden ırak tutmamak gerekir. Bilindiği gibi kıdem tazminatının tutarı, işçinin kıdem süresi ve ücretiyle doğru orantılıdır. Bu demektir ki, bir işçi işyerinde ne kadar uzun süre çalışırsa kıdem tazminatı da o kadar fazla tutacaktır. Ayrıca, kıdemli bir işçinin ücreti de doğal olarak yeni işçilere göre daha çok olacaktır. Bu da kıdem tazminatının tutarını etkileyecek ve tazminatın büyük rakamlara ulaşmasını sağlayacaktır. Durum böyle olunca gelecekte büyük tutarda kıdem tazminatıyla karşılaşma olasılığı işverenleri yükten, daha hukuki bir deyişle yükümlülükten kurtulma arayışlarına yönelebileceği varsayılabilir. Bu olasılık, diğer bir deyişle durum karşısında işverenlerin kıdemli işçi çalıştırmamak için gerekli önlemleri alacakları doğaldır. Sonuç olarak fazla kıdemli işçi bulunmasını istemeyen işverenler sürekli işçi çıkarmaya yönelebileceklerdir. Bu ise, kıdem tazminatının iş güvenliği kurumu olma savının diğer yüzü olarak iş güvensizliği biçiminde ortaya çıkmaktadır. İşin az, işçinin çok olduğu ortamlarda bu tehlikenin göz ardı edilemeyecek boyutta olduğu uygulamada görülmektedir. Oysa, işverenin keyfi olarak işten çıkarma eğilimlerine karşı, işçinin korunması gerekir. Bu ise çalışma hakkının korunması başka bir anlatımla iş güvencesi sağlanmasıyla mümkün olabilecektir<sup>1450</sup>.

Kıdem tazminatının işletmeler üzerinde ekonomik yük teşkil ettiği kabul edilebilir. Avrupa ülkelerinde bu ölçekte bir kıdem tazminatı olmadığı söylenebilir ancak, Avrupa ülkelerinde de Türkiye kadar düşük ücretle ve iş güvencesi son derece düşük bir işçi kesiminin olduğu iddia edilemez. Belki

<sup>1449</sup> Reisoğlu, **1927 sayılı Kanun Açısından Kıdem Tazminatı**, s.22; Anadolu, s.9.

<sup>1450</sup> Anadolu, s.10.



bazı kimselerce 4857 sayılı Kanunda iş güvencesine yönelik düzenlemelerin olduğu ifade edilse de ilgili maddelerin kapsamına girerek iş güvencesinden faydalanabileceklerin oranı bütün çalışanlar içerisinde son derece sınırlı kalmaktadır. Ayrıca kayıt dışı istihdam edilenlerin (ülke genelinde çalışanların yaklaşık % 50'si) bu haktan yararlanamadıkları, kayıtlı istihdam edilenlerin de ancak belki % 20'sinin bu güvencelerden yararlanabileceği düşünüldüğünde kıdem tazminatının halen yüksek ölçekte iş güvencesi fonksiyonu sağladığı aşikârdır<sup>1451</sup>.

İş güvencesi mekanizması olarak kıdem tazminatının önem arz eden kısmı, işveren tarafından yapılan fesihler ile ilgilidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu tür fesihlerde kıdem tazminatı uygulaması fesih maliyetlerini artırmakta ve bu mali yük işverenin fesih işleminin işletmeye olan yararını yeniden değerlendirmesine sebep olmakta, çoğu zaman fesihten kaçınılmasına sebep olabilmektedir<sup>1452</sup>.

Kıdem tazminatı işçinin o işyerindeki kıdemine göre almış olduğu bir tazminattır. Dolayısıyla kıdemi fazla olan işçinin alacağı tazminat miktarı kıdemiyle orantılı olarak fazla olur. İşverence İş Kanunu hükümlerine göre kıdem tazminatı gerektiren bir şekilde fesih yoluna gidilmesi işveren açısından önemli derecede külfetler çıkaracak niteliktedir. Bu parasal külfet sayesinde işverenin keyfi hareketi ciddi anlamda sınırlanmış olur. Bu sınırlama kıdemi fazla olan işçi açısından ciddi bir güvence sağlar. Özellikle iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan işçiler açısından iş sözleşmesinin keyfi feshini engelleyebilecek derecede güçlü bir iş güvencesi olma yönünü ön plana çıkarır.

---

<sup>1451</sup> Aktay, **Kıdem Tazminatı Fonu**, s. 152.

<sup>1452</sup> Limoncuoğlu, s.111.

## B. İHBAR TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 1. İş Güvencesi ile İhbar Tazminatı Arasındaki İlişki

Kıdem tazminatı gibi oldukça yoğun inceleme konusu yapılmış bir başka mekanizma süreli fesih ve ihbar tazminatı konularıdır. Konu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere 4857 sayılı Kanun sistematığı içinde, bir işçinin hizmet akdinin sona erdirilebilmesi için işveren ya geçerli bir sebebe ya da haklı bir sebebin varlığına dayanmak durumundadır. Haklı sebep hallerinde hizmet sözleşmesini derhal ve tazminatsız feshetme imkanı mevcuttur. Bu sebeple, İş Kanunu'nun 17. maddesinden doğan yükümlülük haklı sebeple fesih halleri için geçerli olmaz. Ancak, bunun dışında kalan tüm hallerde, işveren şayet bir çalışanın hizmet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirmek istiyorsa, bu takdirde bu işlemi belirli bir süre önceden işçiye bildirmek yükümlülüğündedir<sup>1453</sup>. Deniz İş Kanunu da m.16/D'de benzer mahiyette bir hüküm içermektedir<sup>1454</sup>.

Usulsüz fesih halinde, fesihte bulunan işçi veya işverenin, feshe maruz kalan diğer tarafa, bu Kanun hükmüne göre ödemekle yükümlü olduğu tazminata uygulamada ve öğretide ihbar tazminatı adı verilmektedir. Bir tanıma göre, ihbar tazminatı, fesihte bulunan tarafın, bildirim sürelerine uymaması halinde ödenmesi gereken, miktarı kanunla belirlenmiş bir para tutarıdır<sup>1455</sup>. Bir başka tanıma göre de, ihbar tazminatı, süresi belirli olmayan sürekli hizmet akitlerinin bildirim şartına uyulmadan feshi hallerinde, şarta uymamış tarafın, diğer tarafa ödemek zorunda olduğu, bildirim sürelerini karşılayan ücret tutarındaki bir parayı karşı tarafa ödemesidir<sup>1456</sup>.

<sup>1453</sup> Limoncuoğlu, s.115-116.

<sup>1454</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.677.

<sup>1455</sup> Narmanlıoğlu, s.268; Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s.677.

<sup>1456</sup> Usta, s.787;

Haklı nedenlerle iş akdinin sona erdirilmesi derhal fesih (bildirimsiz fesih) olduğundan bu durumda işçinin ihbar tazminatı hakkı yoktur. Ancak, haklı nedenle iş akdi sona erdirildiği halde işe iade davası açma hakkı olduğundan (İş Kanunu m. 25/son), işe iade davasında haklı ve geçerli nedenin mevcut olmadığı tespit edilirse işe iade yönünde karar verilecektir. İşe başlama başvurusu sonucunda işveren işe başlatmaz ise işçinin bildirim süresine ait ücret (ihbar tazminatı) hakkı doğacaktır. İşe başlatırsa zaten fesih geçersiz duruma geleceğinden ihbar tazminatı da gündemden kalkmış olacaktır<sup>1457</sup>.

Hizmet akdi geçerli nedenlerle feshedildiğinde işçinin İş Kanunu'nun 17. maddesi gereğince ihbar tazminatı hakkı vardır, işveren ya bildirimde bulunacak ya da bildirim süresine ait ücreti (ihbar tazminatını) peşin ödeyecektir. Geçerli nedenle yapılan fesihlerden sonra işçinin açmış olduğu işe iade davasının kabul veya red yönünde sonuçlanması ihbar tazminatı hakkını etkilemez. Daha açık ifade edecek olursak, işe iade talebi mahkemece reddolunsa dahi bildirimde bulunmadan fesih yapılmış ise ihbar tazminatı hakkı ortadan kalkmaz ve o ana kadar ödenmemişse istenebilecektir. Geçerli nedenle fesih anında ihbar tazminatı hemen ödenmiş de olabilir, henüz ödenmemiş de olabilir. Fesihle birlikte işçi ihbar tazminatını almış ise işe iade davası sonucunda işbaşı yaptıktan sonra aldığı ihbar tazminatını iade edecektir veya ücret alacağı ile mahsuplaştırılacaktır. Fesihle birlikte ihbar tazminatını almamış ve işe iade davası sonunda işbaşı yapmışsa iş akdi devam etmeye başladığından ihbar tazminatı o an için gündemden düşecektir, ancak işe başlatılmamışsa almadığı ihbar tazminatını son ücret üzerinden isteyebilecektir<sup>1458</sup>.

Yukarıda açıklamış olduğumuz gibi ihbar tazminatı, işverence iş sözleşmesi feshedilirken uyulması gereken bildirim sürelerine yani fesih usulüne uyulmaması dolayısıyla bildirim sürelerine ilişkin ödenmesi gereken tazminattır. İş sözleşmesi feshedilmiş olduğu takdirde ödenir. Ancak bilindiği

<sup>1457</sup> Bilgili, s.273.

<sup>1458</sup> Bilgili, s.273-274.

üzere iş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçilerin iş sözleşmeleri fesih tarihinden itibaren 1 aylık itiraz süresi içinde itiraz etmemesi, mahkemece feshin geçerli olduğuna karar verilmesi veya işe iadeye karar verilmiş olsa bile işverenin işçiyi işe başlatmaması hallerinde iş sözleşmesi sona ermiş olur. Fakat bu sona erme tarihleri birbirinden farklıdır. İhbar tazminatı da her bir durum için farklı sona erme tarihlerine göre hesaplanmalıdır.

İşe iade kararına rağmen işçi işe başlatılmadığı takdirde işçinin iş sözleşmesi o an itibariyle sona erdiğinden işçi ihbar tazminatını önceden almamışsa, ihbar tazminatını kendisine verilecek olan son ücret üzerinden talep edebilecektir. Yani fark kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti açısından hangi andaki ücretin esas alınması da tespiti gereken bir konudur. Bu açıdan işe başlatmama tarihi itibariyle fesih gerçekleşeceğinden, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücretinde bu tarihteki emsal ücret dikkate alınmalıdır. Davacı ara vermeden çalışmış olsaydı bu tarihte hangi ücrete hak kazanacak idiyse o ücret ve diğer hakları esas alınarak giydirilmiş ücret belirlenerek kıdem ve ihbar tazminatı hesaplanacak, bu tarihteki çıplak ücretle de yıllık izin ücreti belirlenecektir. Örnek olabilecek bir Yargıtay kararı şöyledir: "... Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar vermekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak kanunun düzenlemesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer kanuni hakların ödenmesine karar verilen süre, ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağıının hesabında nazara alınması gerekmektedir...<sup>1459</sup>."

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı da şöyledir, "Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak çalışması ile ortaya

<sup>1459</sup> Y9HD, 284.2005, 888/148110, Uşan, **İşe İade**, s.41.

çıkabilecek olan arızı fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerin, en çok 4 ay kadar boşa geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kıvamında değerlendirilmesi mümkün olmaz"<sup>1460</sup>.

İşçinin kıdem tazminatı ve fark ücreti tespit edilirken gerçek ücreti belirlenmelidir. Yoksa emsal işçi ücretinin dikkate alınması doğru olmayan sonuçlar çıkarabilir<sup>1461</sup>.

## **2.İş Güvencesi Tazminatları İle İhbar Tazminatı Arasındaki İlişki**

### **a. İş Güvencesi Tazminatı İle İhbar Tazminatı Arasındaki İlişki**

İş güvencesi tazminatı ayrıntılı olarak açıklamış olduğumuz gibi geçersiz nedenle yapılan fesih sonucu mahkemece verilen işe iade kararına rağmen işverenin işçiyi işe başlatmaması üzerine en az 4 en çok 8 aya kadar olan ücretinin tazminat olarak işçiye verilmesidir.

İhbar tazminatı ise işverenin bildirmsiz olarak iş sözleşmesini feshetmesi üzerine bildirim süreleri ücreti tutarına ilişkin tazminattır.

Anlaşılabacağı gibi her iki tazminat iş sözleşmesinin feshedilmesi üzerine ortaya çıkan tazminatlar olup iş güvencesi tazminatı işe iade kararı veren mahkeme tarafından terditli olarak hüküm altına alınmaktadır.

<sup>1460</sup> Y9HD, 17.05.2010, E:2008/25997, K:2010/13749, Meşe HiP.

<sup>1461</sup> Y9HD , 29.11 2006, 11425/31385, ÇTD, S.13, 2007/2, s. 231-232; Uşan, **İşe İade**, s.41.

### **b. Boşta Geçen Süre Tazminatı İle İhbar Tazminatı Arasındaki İlişki**

Boşta geçen süre tazminatı işe iade kararından sonra işverence işçi ister işe başlatılsın ister başlatılmasın haksız olarak iş sözleşmesi feshedilen işçiye boşta kaldığı süre içinde maruz kaldığı zararları telafi etmeye yönelik olarak ödenen tazminattır. Ancak kanunda kabul edilen duruma göre boşta geçen süreye ilişkin ödenen bedel tazminat değildir. Üstelik işçinin boşta kalma süresi 4 aydan fazla olsa bile en çok 4 aya kadar olan ücret ve hakları verilebilir. İşverenin haksız fiili ve zarar arasındaki uygun illiyet bağı göz önünde bulundurulmayarak yapılan bu yorum işçi açısından hak kayıplarına yol açabilmektedir. Zira işçinin boşta kaldığı süre 4 aydan fazla olursa kararlaştırılan en çok 4 aylık ücret üzerinden, eğer kıdem ve ihbar tazminatı işverence peşin ödenerek iş sözleşmesi feshedilmişse, bu ödemeler mahsup edilecektir. Burada işçinin uğradığı diğer zararlar giderilememektedir.

Anlaşılabacağı gibi boşta geçen süre tazminatı ile ihbar tazminatı arasındaki ilişki en çok ihbar tazminatının mahsubu konusunda karşımıza çıkmaktadır. İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrası gereğince "İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edilir". Hükümde "yukarıdaki fıkra" ifadesine yer verildiğine göre mahsubun 3. fıkrada yer alan işçiye ödenecek en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretinden ve diğer haklarından yapılması gerekir<sup>1462</sup>.

Gerçekten, işveren süreli fesih hakkını kullanırken, bildirim sürelerine uymak yerine bu sürelerle ilişkin ücreti peşin vermek suretiyle sözleşmeyi sona erdirmiş ve işçinin hak ettiği kıdem tazminatını ödemiş olabilir. Ancak yapılan fesih yargı organı tarafından geçersiz sayılıp, işçi işveren tarafından işe başlatıldığında yukarıda da belirtildiği gibi iş akdinin taraflar arasında aynen devam ettiği kabul edilince, bir fesih söz konusu olmadığından yapılan bu ödemeler hukuki dayanaktan yoksun kalır. Bu nedenle de adı geçen

<sup>1462</sup> Süzek, 7. Baskı, s.584.

ödemelerin işverene iadesi, işçiye ödenecek boşa geçen sürelerle ilişkin ücretinden mahsubu gerekir<sup>1463</sup>.

Öğretide bir görüş, işverenin işçiye peşin olarak ödemiş olduğu ihbar ve kıdem tazminatının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteneceğini kabul etmekle birlikte, kıdem ve ihbar tazminatını almasına rağmen, feshin geçersiz olduğu iddiasıyla dava açan işçinin iyiniyetli zenginleşen kabul edilemeyeceğini, işçinin iyiniyetli zenginleşen gibi elinde kaldığı ile değil, işverenin ödemiş olduğu meblağın tamamı ile sorumlu olduğunu ifade etmektedir<sup>1464</sup>.

Bir diğer görüş de, işçinin peşin olarak aldığı ihbar ve kıdem tazminatını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edeceğini, işçinin iade yükümünün iyiniyetli olması sebebiyle elinde kalan miktar ile sınırlı olduğu yönündedir. Yine görüş sahibi işverenin peşin ödediği miktarı iade talebinde bulunması halinde en erken işçiye işe başlattığı ve en geç ise bir aylık süreyi izleyen günden itibaren başlayacağı için bu meblağa ödeme tarihinden itibaren faiz işletilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir<sup>1465</sup>.

Bize göre de, Kanunda işverence peşin olarak yapılan bu ödemelerin boşa geçen süreye ilişkin ödenen bedelden mahsup edileceği yazılmışsa da, bizce boşa geçen bu süre işverenin haksız fiili dolayısıyla işçinin uğramış olduğu bir zarar sürecidir. Dolayısıyla bu süre için ödenecek olan bedelin tazminat niteliği ön plandadır. Bu tazminat ise işçinin işsiz kalmasından dolayı uğramış olduğu zararı gidermeyi amaçlar. Durum böyleyken boşa kalmasına kendisi kusuruyla sebep olmamış işçi iyiniyetli kabul edilmeli ve elinde kalan miktarla sorumluluğu sınırlı olmalıdır. Yine kesinti veya geri ödeme konusunda faiz peşin ödeme tarihinden itibaren değil iadenin muaccel

<sup>1463</sup> Aynı yönde, Y9HD, 15.10.2003, 16116/17101, **Legal İHSGHD**, 2004/1, s.197, İşçi tarafından iadesi gereken peşin ödemeye ve kıdem tazminatına faiz yürütülüp yürütülmemesi konusunda bkz Taşkent, Sona Erme, 127-128; Süzek, s.584.

<sup>1464</sup> Ekmekçi, **İşe İade Davaları**, s.180.

<sup>1465</sup> Uçum, Mehmet, **“İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar”**, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2005, s.86.

olacağı tarihten başlamalıdır. Aksi takdirde hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkacaktır.

### **3. İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında İhbar Tazminatının Rolü Ve Etkisi**

4773 sayılı kanunla iş güvencesi hükümleri İş Hukuku mevzuatımıza girmeden önceki iş kanunlarının çeşitli düzenlemeleriyle işçiyi koruyucu hükümler yer almıştır. Bunlardan biri ihbar önellerine ilişkin düzenlemelerdir. İhbar önellerine uyulmadan işverenin iş sözleşmesini feshetmesi üzerine işçi tarafından ihbar tazminatının istenebilecek olması işverenin fesih yoluna giderken keyfi hareketini sınırlar nitelikte bir düzenlemedir. Halen mevzuatımızda bildirimsiz fesih yapılması durumunda, işverenin ihbar tazminatı ödeyeceği hüküm altına alınmış durumdadır. Bu hükümle iş güvencesi hükümleri yanında ihbar tazminatı da işçiyi feshe karşı korumaktadır.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında, "...İhbar tazminatı, iş akdini fesheden taraf için değil, karşı taraf yararına iş güvencesi olarak getirilmiş, önele bağlı bir tazminat türüdür. Böyle olunca, iş akdini fesheden taraf ihbar tazminatı isteyemez. Davacı, dava dilekçesinde açıkça, akdi ilişkiyi kendisinin bozduğunu kabul etmiştir. Bu yönde toplanan delillerle de doğrulanmaktadır. O halde, davacı işçi ihbar tazminatı isteyemez. Bu nedenle ihbar tazminatına ilişkin isteğin reddi gerekirken, hüküm altına alınmış olması bozmayı gerektirmiştir..." denilmiştir<sup>1466</sup>.

Yargıtay'ın bir başka kararında, "İhbar tazminatı İş Kanunlarında, belirsiz süreli, sürekli hizmet akitlerinin taraflarca feshinden evvel, önceden haber verme suretiyle bir fesih güvencesi sağlamak amacıyla yer almıştır. İş ilişkisi kesilen kimse için bir güvence olması yanında, fesheden ve ilişkiyi kesen için de kanuni bir sorumluluk ve zorunluluktur. Bu sorumluluğu yerine

<sup>1466</sup> Y9HD, 24.03.1988 E. 1988/3199, K:1988/3417, MEŞE HİP.



getirmeyen taraf için Kanunda veya sözleşmede belirlenen önel süreleri karşılığı ihbar tazminatı öngörülmüştür. İhbar tazminatının, İş Hukukunun temel ve vazgeçilmez ilkeleri arasında olmasının nedeni kısaca budur...” denilmiştir<sup>1467</sup>.

Yine bir başka Yargıtay kararında, “...Hizmet akdi, karşılıklı hak ve borçlar doğuran ve Özel Hukuk alanına giren bir akittir. İşveren dilediği kişi ile akdi ilişki kurmakta serbest olduğu gibi, işçi de dilediği kişiyle çalışmak seçim hakkına ve gerektiğinde her iki taraf bu akdi bozma yetkisine sahip olup, genelde akit serbestisi ilkeleri uygulanır. İş Kanununda özel fesih güvenceleri getirilmiş, örneğin hizmet akdini bozmak isteyen taraf önceden karşı tarafa haber ve önel verme ve buna uymadığı takdirde önel süresi tutarında tazminat ödeyeceği ve haklı neden olmaksızın fesih halinde, önel (ihbar) tazminatı dışında, kıdem tazminatı ödeyeceği kanunun belirli maddeleriyle hükme bağlanmıştır...” demek suretiyle ihbar tazminatının iş güvencesine yönelik tarafını da vurgulamıştır<sup>1468</sup>.

Kanaatimizce de ihbar tazminatı sınırlı da olsa işçiyi feshe karşı koruma konusunda faydalı olan bir tazminattır.

## **C. SENDİKAL TAZMİNATIN İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **1. İş Güvencesi ile Sendikal Tazminat Arasındaki İlişki**

İş güvencesi, işçinin belirli bir işveren ile sürdürdüğü yine belirli bir işin devamının kanuni düzenlemeler ile güvence altına alınmasını ifade eder.

<sup>1467</sup> Y9HD. 12.2.1985, E. 1984/1172, K. 1985/1522, Usta, s.789.

<sup>1468</sup> Y9HD. 15.10.1985, E. 1985/6533, K. 1985/9429, Usta, s.789.

Burada arzulanan, işçinin hizmet sözleşmesinin işveren tarafından keyfi sona erdirilmesinin önüne geçilmesidir<sup>1469</sup>.

İşverenlerin işçileri işten çıkarmalarında çeşitli nedenler bulunmaktadır. Bunlardan birisi de sendikal nedenlerdir; yani işçilerin sendikal haklarını kullanmalarıdır. Çalışma hayatında işçilerin, işverenler tarafından sendikaya üye olduğu için ya da sendikal faaliyette bulunduğu için işten çıkarılması sık rastlanan olaylardır. İşçilerin sendikal haklarını kullanmaları (sendikaya üye olmaları veya olmamaları yahut sendikal faaliyette bulunmaları) nedeniyle işveren tarafından sözleşmelerinin feshedilmesine "sendikal nedenlerle fesih" ve işçilerin bu amaçla yapılan feshe karşı korunmalarını "işçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunması" olarak adlandırılmaktadır. Başka bir deyişle, işçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunması, işçinin sendika hürriyetinin sağladığı hakları kullanmasının sonucu sözleşmesinin feshedilememesi, bu nedenle sözleşmesi feshedildiği takdirde ise, işe iade de dahil olmak üzere etkin hukuki çözüm yollarının sağlanmasıdır. Bu açıdan, işçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunması, genel iş güvencesine ilişkin kuralların sendika hürriyeti açısından somutlaşmasından ibarettir<sup>1470</sup>.

3008 sayılı İş Kanununda 25.01.1950 tarih ve 5518 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, 13. maddede bulunan fesih ihbar önellere işçiye iş; işverene ise işçi bulmak için yeterli süre sağlamadığı gerekçesiyle bu önellere iki katına çıkarılmış ve işçiler arasında fark yaratmamak amacıyla da bedenen ve fikren çalışan işçiler arasındaki ayrım kaldırılmıştır. Bunun yanı sıra 3008 sayılı İş Kanununun 78. maddesinde 5518 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu işçiyi gerçek anlamda feshe karşı koruyan ilk düzenleme mevzuatımıza girmiş ve işçi temsilcisine sınırlı da olsa bir güvence sağlanmıştır. Bu madde gereğince işçi temsilcisinin iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, işçinin şikayeti üzerine ilk olarak Bölge Çalışma Müdürlüğüne ihtilafın çözümü için bir memur görevlendirilecek, uzlaşmanın

<sup>1469</sup> Limoncuoğlu, s.24.

<sup>1470</sup> Sümer, **Sendikal Fesih**, s.8.

mümkün olmaması durumunda ise tutanak tutulup, İl Hakem Kuruluna verilecektir. Bunun üzerine İl Hakem Kurulu uyuşmazlığı inceleyecek ve işçinin temsilcilik faaliyeti nedeniyle işten çıkarıldığı sonucuna varırsa, feshin geçersizliğine ve işçi temsilcisinin işe iadesine karar verebilecektir. İl Hakem Kurulunun bu konuda verdiği karar kesin olacaktır<sup>1471</sup>.

Daha sonra 1983 yılında yürürlüğe giren 2821 sayılı Sen. K. 30. Maddesinde işyeri sendika temsilcileri ile ilgili düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, “İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin hizmet akitlerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikanın iş mahkemesinde dava açma hakkı vardır. Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin kararı kesindir. Mahkeme temsilcinin işine iade edilmesine karar verirse, fesih geçersiz sayılarak iş gördürülmemiş olsa bile, temsilcinin işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer bütün hakları işveren tarafından ödenir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanır. İşine iade kararı verilen işçi altı işgünü içinde işe başlamak zorundadır. Bu süre içinde işe başlamayan işçiye mahkemece öngörülen tazminat ödenemez. Mahkemenin kararı kesin olmakla beraber işçinin kanundan ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları saklıdır.”

Görüleceği üzere bu düzenleme İşyeri sendika temsilcisine çok önemli derecede iş güvencesi sağlamaktaydı.

Mevcut düzenlemeye göre ise iş güvencesinden yararlanan işçinin iş sözleşmesi sendikal bir nedenle feshedilirse, iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden olmadığından, işçi geçersiz nedenle sözleşmesinin feshedildiği iddiasıyla mahkemeye işe iade davası açabilir ve mahkemece de feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin karar verilebilir. Burada anlaşılmaktadır ki, iş güvencesi kapsamında olan ve iş sözleşmesi sendikal

---

<sup>1471</sup> Manav, H, s.9.

nedenle feshedilen bir işçi iş güvencesinin koruyucu hükümleri kapsamındadır. Buna karşılık iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçiler açısından işverenin bildirim sürelerine uyarak iş sözleşmesini feshetmesi yeterli olup bunun için başka formalitelerin yerine getirilmesine gerek yoktur. Yani iş güvencesinden yararlanamayan işçiler açısından ihbar tazminatının sınırlı iş güvencesi sağlayan yönüyle feshe karşı korunabilirler. Ancak bu iş güvencesi sağlanması için yeterli değildir.

İş güvencesi kapsamında olan işçiler, Sendikalar Kanunu 31/6 hükmü gereğince, doğrudan sendikal tazminat talep edemeyeceklerdir. İş akitlerinin feshinde sendikal neden etkili olmuş olsa bile öncelikle işe iade davası açmak zorunda olacaklardır. Eğer işveren, işe iadeye rağmen işçiyi işe iade etmezse İş Kanununun 21/1 inci maddesi gereği zorunda olduğu en az dört en çok sekiz aylık tazminat yerine Sen K. m. 31/6 uyarınca bir yıllık ücret tutarında iş güvencesi tazminatı ödemek durumunda kalacaktır<sup>1472</sup>.

## **2. İş Güvencesi Tazminatları ile Sendikal Tazminat Arasındaki İlişki**

### **a. İş Güvencesi Tazminatı ile Sendikal Tazminat Arasındaki İlişki**

Dar anlamda iş güvencesi, işçinin feshe karşı korunması ve koşulları mevcut ise işe iade imkanının sağlanması ya da bunun yerine bir tazminatın ödenmesidir. İşe iade kararına rağmen işçiyi başlatmak istemeyen işveren mahkemenin belirlediği iş güvencesi tazminatını işçiye ödemek zorundadır. İş güvencesindeki bu sistem yeni düzenlemede sendikal güvence ile iç içe geçmiş durumdadır. 15 Mart 2003 tarihinden önce sendikal tazminatın kanuni dayanağı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi idi ve bu maddeye göre

<sup>1472</sup> Terzioğlu, Ahmet, **İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar**, Kamu-İş, C:10, S:1/2008, s.65.

işçilerin sendikal nedenlerle feshe veya ayrımcılığa maruz kalmaları halinde bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere bir tazminata (sendikal tazminat) hükmedilmesi gerekiyordu. Yeni düzenlemeden sonra hem 30. madde ve hem de 31. maddedeki tazminata doktrinde ve Yargıtay kararlarında "sendikal tazminat" veya "sendikacılık tazminatı" denildiği görülmektedir<sup>1473</sup>.

Yargıtay'ın da benimsediği düşünceye göre "iş güvencesinden yararlanan ve bunun için dava açan bir işçinin ayrıca bunun dışında bir dava daha açarak sendikal tazminat talep etmesi düşünülemez. İş güvencesi, kötüniyet tazminatı ve sendikal tazminat işçinin tercihine bağlı haklardan değildir. Her birinin kazanılma koşulları Kanunda gösterilmiştir<sup>1474</sup>. Yargıtay da işe iade davasının konusunun sendikal tazminat ve kötüniyet tazminatı olamayacağını, işe iade davası ile sendikal tazminat ve kötüniyet tazminatının aynı davada yer alamayacağını, işçinin bu tazminatlardan birini seçme hakkının olmadığını belirtmektedir"<sup>1475</sup>.

Buna karşın her iki davanın koşullarının farklılığından dolayı bunların aynı anda veya farklı zamanlarda açılabileceğini savunanlarda mevcuttur<sup>1476</sup>. Gerçekten de Kanundan anlaşıldığı kadarıyla Sen. K. m. 31'de hizmet sözleşmesinin sendikal nedenle feshi halinde iş güvencesi hükümleri uygulanacak ve fakat hükmedilecek iş güvencesi tazminatı işçinin 1 yıllık ücreti tutarından az olamayacaktır. (Sen. K. 31/6) Bunun her işçi için değil İş K.'na tabi olup da iş güvencesi hükümlerinden yararlanma şartlarını taşıyan

<sup>1473</sup> Bilgili, s.269.

<sup>1474</sup> Narmanlıoğlu, Ünal, İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi (Karar İncelemesi), **Legal İHSGHD**, S.5, 2005, s.249.

<sup>1475</sup> Y9HD, 27.12.2004, E. 2004/20181, K. 2004/29411, Çankaya/Günay/Göktaş, 2. Bası, 837; aynı yönde, Y9HD, 20.12.2005, E. 2005/29192, K. 2005/40139, Çankaya/Günay/Göktaş, 2. Bası, 825; Y9HD 29.05.2006, E. 2005/35647, K. 2006/15502, **Çalışma ve Toplum D**, S. 12, 2007/12, s.316; aksi yönde verilmiş bir karar ve eleştirisi için bkz. Narmanlıoğlu, Ünal; "İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi" (Karar İncelemesi), **Legal İHSGHD**, 2005/5, s.240 vd.

<sup>1476</sup> Subaşı, İbrahim; "İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshinde İş Güvencesi Tazminatı ile Sendikal Tazminat İlişkisi, **Çalışma ve Toplu EHD**, 2005/1, 183/200 (200). Ş.Çil, Sendikal Tazminat, **Legal İSGHD**, 2005/6 s.678. Bir başka anlayış ise genel haksız fiil kurallarından hareketle yine sendikal tazminat istenebileceği yönündedir. (Bkz. Özveri, M., Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları, **Legal İHSGHD**, 2005/8, 1522-1544(1530 vd.).

işçiler açısından geçerli olduğu bir sonraki fıkradan anlaşılmaktadır. (Sen. K. 31/7). Durum böyle olunca, kanuni düzenlemedeki, İş K. 18-21 hükümleri uygulanır, tarzındaki ifadenin (Sen. K. 31/6, c.2) sendikal tazminat konusunun iş güvencesinden yararlanabilecekler için iş güvencesi dışında dava edilebilirliğine imkan vermediğini söyleyebiliriz. Durum tıpkı kötü niyet tazminatındaki gibidir. Bunun, iş güvencesinden yararlanabilen işçilerle yararlanamayanlar arasında dava zamanaşımı ve sendikal nedenin ispatı noktalarında eşitsizlik içerdiği söylenebilir<sup>1477</sup>. Zira iş güvencesinden yararlanan bir işçi işverenin yaptığı feshin (eğer fesih beyanında sendikal nedenle feshedildiği belirtilmemişse), işverence gösterilen başka neden yerine sendikal nedene dayandığını kendisi iddia ve ispat etmek zorundadır (İş K. 20/2)<sup>1478</sup>. Keza feshe itirazı bir aylık hak düşürücü sürede yapmak zorundadır. Buna karşın iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçi, sendikal tazminat davasını genel kural BK m. 125 (TBK m. 146) uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde ve iş mahkemesinde açmak zorundadır<sup>1479</sup>. Sözleşmede hakeme götürüleceği kaydı bulunsa bile böyle bir kayıt geçersiz olup konu hakemde görülemez. Ayrıca iş güvencesinden yararlanmayan işçinin açtığı davada, işçi feshin sendikal nedenle yapıldığı iddiasını ispat ile yükümlü değildir. Tam tersine, feshin sendikal nedenle yapıldığını işverenin ispat etmesi zorunludur (Sen K. 31/7)<sup>1480</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılmaktadır ki, işçi iş güvencesi kapsamındaki işçilerden olmasına karşın iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedildikten sonra mahkemece işe iadesine karar verilmiş olmasına rağmen işverence işe başlatılmamışsa, işçi iş güvencesi tazminatına hak kazanır. Ancak bu tazminat İş K. 21. maddede belirtilmiş olan en az 4 en çok 8 aya kadar olan ücret tutarında bir tazminat olmayıp işçinin en az bir yıllık ücretine tekabül etmiş olması gerekir. Her ne kadar miktar bakımından 21.

<sup>1477</sup> Çil, Sendikal Tazminat, **Legal İHSGHD**, 2005, s.677.

<sup>1478</sup> Y9HD, 15.05.2006, E 8867/K 14011, 29.05.2006 E11277/K 1369, Akyiğit, s.335.

<sup>1479</sup> Yalnız iş güvencesini işleterek sonuçta kazanan ve fakat işe başlatılmayan İşçinin böylece hak kazandığı iş güvencesi tazminatını bu tarihten (işe başlatmadan) itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresinde talep edilebileceği unutulmamalıdır. Bilgili, s.162

<sup>1480</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.335.

maddedeki düzenlemeden farklı bir miktar tazminat ödenecekse de bu tazminat iş güvencesi tazminatı niteliğindedir. Ancak işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan bir işçi ise, bu takdirde sendikal nedenle sözleşmesi feshedildiğinde sendikal tazminat talebinde bulunabilir.

### **b. Boşta Geçen Süre Tazminatı ile Sendikal Tazminat Arasındaki İlişki**

İşe iade sonucu işçi her ne kadar işine dönmüş olsa bile, sendikal nedenle yapılmış olan feshin sendika özgürlüğünü zedelediği, işçiyi sendika üyeliği ve faaliyetlerinden yıldırma sonucu ve sendikalaşma faaliyetlerine zarar verme sonucunu taşıdığı söylenebilecektir<sup>1481</sup>. Bu yüzden sendikal nedenle yapılan fesihlerin işe iadeyle sonuçlanması durumunda işverenin sadece boşta geçen 4 aylık süre tutarındaki ücret yanında sendikal özgürlüğün korunması açısından başka bir tazminatla cezalandırılması uygun olacaktır. Aksi halde, 4 aylık boşta geçen süreye ilişkin ücreti ödemeyi göze alıp; sendika üyeliği ve sendikal faaliyetleri nedeniyle rahatsız olduğu işçisinin sözleşmesini fesheden işverenin, mahkemenin işe iade kararı vermesi sonunda tekrar işe alarak bir süre sonra yeniden feshetmesinin önüne geçilemeyecektir. Sendika özgürlüğünün gerçek anlamda bir güvenceye sahip olabilmesi için sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle, iş sözleşmesinin feshedildiğinin mahkeme tarafından tespit edilmesi durumunda, fesih işleminin tüm hukuki sonuçlarıyla geçersiz sayılarak, işçinin yargıç kararıyla işe iadesi söz konusu olmalıdır<sup>1482</sup>.

<sup>1481</sup> 4857 sayılı Kanun ile getirilen iş güvencesi hükümlerinin sendikal faaliyetin güvencesini arttırmayıp 4773 sayılı Kanun ile Sendikalar Yasasınının 31/6 hükmünde yapılan değişiklikle daha da geriye götürdüğü yönündeki görüşü için bkz.: Özveri, M, "Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması: Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları", **Legal İHSGHD**, 2005/81538; Terzioğlu, **Kamu-İş D**, C:10, S:1/2008, s.61.

<sup>1482</sup> Güzel, **İş Güvencesi**, s.130; Terzioğlu, **Sendikal Fesih**, s.61-62..

### 3. İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Sendikal Tazminatın Rolü ve Etkisi

İş güvencesi hükümleri mevzuatımıza girmeden önce işçiyi feshe karşı koruyan önemli kurumlardan birisi de sendikal tazminattır. Sendikal tazminatın koruyucu fonksiyonu işverenin sendikal nedenlere dayanarak iş sözleşmesini feshettiği anlarda ortaya çıkmaktadır. Buna göre işverenin sendikal nedenle iş sözleşmesini feshettiğini düşünen işçi mahkemeye başvurarak sendikal tazminat talep edebilir. Sendikal nedenle yapılan bir feshe tazminat yaptırımının bağlanmış olması işverenin keyfi davranmasını engeller niteliktedir.

İş güvencesi hükümleri mevzuatımıza girdiğinden beri, İş Kanununa tabi olarak çalışan ve iş güvencesinden yararlanabilecek koşullara sahip olan işçileri feshe karşı koruma kalkanı altına almıştır. Buna göre iş sözleşmesini sendikal nedenle fesheden işveren iş güvencesi tazminatı ödemek durumunda kalabilir.

İş Kanununun iş güvencesi hükümlerindeki prosedüre göre iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini düşünen işçi iş mahkemesinden feshin geçersiz olduğu iddiasıyla işe iade talebinde bulunur. Mahkeme de bu yönde bir karar tesis eder ve işçi zamanında başvurmasına rağmen işverence işe başlatılmazsa, iş sözleşmesi feshedilmiş olmakla beraber işveren sendikal nedenle yapmış olduğu fesih dolayısıyla iş güvencesi tazminatı öder. Ancak bu tazminat İş K m. 21'deki gibi en az 4 ya da en çok 8 aylık ücret tutarındaki bir tazminat değildir. Bu tazminat Sen. K m. 31/6'daki en az 1 yıllık ücrete tekabül eden iş güvencesi tazminatıdır.

İş güvencesi hükümleriyle beraber iş güvencesinden yararlanabilen işçilerin sendikal nedenle iş sözleşmelerinin feshi, iş güvencesinin feshe karşı korunma kapsamına alınmışken, İş Kanununa tabi olup iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin sözleşmelerinin sendikal nedenle feshi iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu durumda iş sözleşmesi sendikal nedenle



feshedilen işçi sendikal tazminat talebiyle dava açar ve alacağı tazminat iş güvencesinden ziyade sendikal tazminattır.

Anlaşılmaktadır ki, her ne kadar Sendikalar Kanunu 30 ve 31. maddelerde 4773 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra işe kesin iade şansı ortadan kalkmış ise de halen sendikal tazminatın iş güvencesi sağlayan konumu devam etmektedir. Çünkü iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshinin yaptırımı olarak işverenin keyfi tutumunu oldukça önemli derecede sınırlar niteliktedir. Bu da sendikal tazminatın iş güvencesinden yararlanamayan işçiler için feshe karşı koruyucu bir kalkan oluşturduğunu gösterir niteliktedir.

## **D. KÖTÜNİYET TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **1. İş Güvencesi ile Kötüniyet Tazminatı Arasındaki İlişki**

Modern İş Hukukunda işçinin iş devamlılığını korumak için başvurulan tek yöntem işverenin fesih yetkisinin, hakkın kötüye kullanılması teorisi ile sınırlandırılması değildir. Gerçekten, feshi ihbar önellerinin uzatılması, yüksek fesih tazminatlarının öngörülmesi, işyerinin herhangi bir suretle (satış, birleşme, miras vb.) devri halinde işçilerin iş akitlerinin yeni işverenle aynen devam edeceğinin kabul edilmesi, hastalık, analık, askerlik, kanunî grev, gibi bir zorlayıcı sebebin ortaya çıkması, kamu hizmetlerinde ya da sendikaların yöneticiliğinde görev alma gibi hallerde iş akdinin askıya alınması da modern İş Hukukunun iş güvencesinin korunması yönünde almakta olduğu tedbirlerdendir<sup>1483</sup>.

<sup>1483</sup> Süzek, **Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, s.31.

Çağdaş İş Hukuku fesih bildirimini hakından yararlanmada tarafları eşit kabul eden geleneksel anlayıştan uzaklaşmıştır. Fesih bildirimini konusunda taraflar arasında mevcut bulunan eşitlik ilkesi artık yerini belirli ölçüde işçinin korunması fikrine bırakmıştır. Gerçekten, işçinin iş akdini feshetmesi ile işveren eğer aynı iş için yeni işçi bulma güçlüğü içine düşerse bir zarara uğrayabilir. Ancak bu zarar genellikle ücretinden başka bir geliri olmayan işçinin işini yitirmesi sonucu içine düşebileceği ekonomik güçlük ile kıyaslanamaz. Bu itibarla her şeyden önce işçinin sosyal nedenlerle feshe karşı korunması gerekmektedir<sup>1484</sup>. Bunun gibi, iş akdinde işçinin kişisel bağımlılığının bir unsur olarak yer alması bu sözleşmenin feshine hakim olacak esasları da etkilemekte, işverenin fesih hakkının Kanun koyucu tarafından belirli oranda sınırlandırılmasını haklı kılmaktadır. Gerçekten, belirsiz süreli iş akdinin taraflarına bildirimli fesih hakkının tanınmasının dayanağı her iki tarafın kişilik haklarının korunması düşüncesidir. Böylece belirsiz süreli iş akitlerinin taraflar için bir tür akdi kölelik yaratmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak iş ilişkisinde kişilik haklarından vazgeçmek anlamında taraflar arasında bir eşitlik söz konusu değildir. Çünkü işverenin kişisel bağımlılığı altına girmekle kişilik haklarından asıl vazgeçen taraf işçidir. Bu olgu, işçiye tabi bulunduğu kişisel bağımlılıktan kurtulması amacıyla iş akdinin feshinde daha fazla serbesti tanınmasını, buna karşılık işverenin fesih hakkının belirli ölçüde sınırlandırılmasını gerekli kılar<sup>1485</sup>.

İşverenin süreli fesih yoluyla iş sözleşmesini sona erdirmesinde özellikle iş güvencesi bulunmayan işçiler açısından yapılan feshin sonucu olarak özellikle kötüniyet tazminatı açısından tazminatı almaya hak kazanabilmesi için yapılan feshin dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılması gerekmektedir. Bu nedenler ise gelişen ve değişen hayat şartları karşısında zaman içinde farklılıklar yaratmaktadır. Bu nedenle her somut olayda Yargıtay'ın ve yerel Mahkemelerin değerlendirmeleri o olayın özelliğine göre farklı olabilecektir. Ya da yaşam koşulları ve değişen zamana göre daha önceleri kötüniyetli

<sup>1484</sup> Süzek, Sarper, "İş Akdinin Fesih Hakkının Sınırlandırılması", Kamu-İş D, C: 6, S: 4/2002, s.2.

<sup>1485</sup> Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.2.

olarak addedilebilecek bir durum geçen zaman sonucunda hayatın olağan akışında kötünietli bir sebep teşkil etmeyebilecektir<sup>1486</sup>.

Yargıtay'a göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, bu Kanunun 18-21. maddelerinin uygulanma alanı dışında olan işçinin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Bu kuralın gereği olarak, işçi iş güvencesi kapsamında ise, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlandığından kötüniet tazminatı isteminde bulunamaz. Konuyla ilgili bir Yargıtay kararı şöyledir. "4857 sayılı İş Kanunu'nun 17/4. maddesinde 18. maddelerin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında olan işçilerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir düzenlemesine de yer verilmiştir. Bu kural gereği, işçi iş güvencesi kapsamında kalıyor ise, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlandığından kötüniet tazminatı isteminde bulunamayacaktır. Somut olayda davalı işverenin iş güvencesi kapsamında kaldığı davacının da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı içinde bulunduğu tartışmasızdır. İş güvencesi uygulama alanı içinde olan ve feshin geçersizliğini ileri sürmeyen işçi kötüniet tazminatı isteyemez. Bu isteğin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"<sup>1487</sup>.

<sup>1486</sup> [http://www.ishukuku.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=85:hbar-tazminatın-hukuki-değeri-&catid=42:fesih&Itemid=63](http://www.ishukuku.org/index.php?option=com_content&view=article&id=85:hbar-tazminatın-hukuki-değeri-&catid=42:fesih&Itemid=63) (admin tarafından yazıldı)

<sup>1487</sup> Y9HD T:10.10.2008, E:2007/27145, K:2008/26149, Meşe HİP; Y9HD 27.6.2006 E 2006/13504, K 2006/18949, <http://www.tisk.org.tr/hukuk/ayrinti.asp?id=183>

## 2.İş Güvencesi Tazminatları ile Kötüniyet Tazminatı Arasındaki İlişki

### a. İş Güvencesi Tazminatı İle Kötüniyet Tazminatı Arasındaki İlişki

Hizmet sözleşmesinin işverence kötüniyetli feshi halinde gündeme gelebilecek kötüniyet tazminatı kanunun açık hükmü gereği iş güvencesinin uygulanma alanı dışındaki işçiler için uygulanacaktır<sup>1488</sup>. İş güvencesi kapsamındaki işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmeleri, İş K m. 17, Den. İş K m.16, Bas. İş K m. 5, 6 ve BK m. 340, 341(TBK m. 431-432) uyarınca işverence, hiçbir gerekçe gösterilmeksizin öngörülmuş olan bildirim (ihbar) sürelerine uyularak feshedilebilir ancak bu fesih hakkı, iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılamaz<sup>1489</sup>.

Fesih hakkının kötüye kullanılması, genel bir hüküm olan MK'un 2. maddesinin 2. fıkrasıyla yasaklandığı gibi, İş K m. 17/6 ve Den. İş K m.16 ile de ayrıca yaptırıma bağlanmıştır. MK m. 2 uyarınca, "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz". Den. İş K m.16 uyarınca da, işveren, iş sözleşmesi, fesih hakkı kötüye kullanılarak sona erdirilen gemi adamına, bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödemek zorundadır<sup>1490</sup>.

İş güvencesi kapsamına giren işçilerin, işe iade yerine kötüniyet veya sendikal tazminat isteyememelerinin arkasında, işe iade kurumunun daha güçlü bir koruma sağlaması ve işçinin de mutlaka bu korumayı isteyeceği varsayımının bulunduğu görülmektedir . Ancak bilinmektedir ki, kötüniyetli olarak veya sendikal nedenle iş sözleşmeleri feshedilmiş işçilerin açacakları

<sup>1488</sup> Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.331.

<sup>1489</sup> Bakırcı, Kadriye; "**İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat İle Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi**", Sicil İHD, S.2, Haziran 2006, s.118.

<sup>1490</sup> Bakırcı, **Kötüniyet, Sendikal ve Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi**, s.118.

dava neticesinde, fesih geçersiz kılınsa dahi, işçilerin işe dönmek istememeleri mümkündür. İş güvencesine tabi işçilere işe iade zorunluluğu, iş güvencesi dışında kalanlara ise tazminat hakkının tanınması, iş güvencesi kapsamında olmayanların kapsamda olanlar yanında daha elverişli hale getirildiği itirazı ile karşılaşılabilecektir. Bu noktada, kanun değişikliği yapılarak işçiye işe iade veya tazminat isteme arasında bir seçim olanağının tanınması daha uygun olacaktır<sup>1491</sup>. Böyle bir değişiklikle iş güvencesi kapsamında bulunmakla birlikte işe iade istemeyen bir işçinin sözleşmesinin sendikal sebeple feshedilmesi durumunda, bu hukuka aykırı feshin yaptırımsız kalması önlenmiş olacaktır<sup>1492</sup>.

Anlaşılmaktadır ki kötüniyet tazminatı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçilerin iş sözleşmelerinin TMK m. 2'deki dürüstlük kuralına uyulmadan gerek bildirim sürelerine uyarak gerek bildirim sürelerine uymayarak feshedildiği durumlarda ortaya çıkan bir tazminattır. İş güvencesi kapsamında olan işçiler böyle bir feshe maruz kaldıklarında ayrıntılı olarak anlattığımız iş güvencesinin feshe karşı koruma hükümlerinden yararlanırlar. Dolayısıyla kötüniyet tazminatı, iş güvencesinden yararlanmayan işçiler açısından feshe karşı korumayı sağlayan kurumlardan biridir. İşverenin böyle bir feshe gittiğinde bir tazminat verecek olması kısmen de olsa işverenin keyfi hareketini önler. Anlaşılacağı gibi bu tazminat iş güvencesinden yararlanmayan işçiler için bir tür iş güvencesi tazminatı niteliğindedir.

İş güvencesinden yararlanan işçilerin kötüniyet tazminatı isteyemeyeceği kuralı kimi kez hakkaniyete aykırı düşebilir. Akyiğit'e göre, iş güvencesinden yararlanabilecek konumdaki bir işçinin iş sözleşmesinin işverence kötüniyetli feshi halinde kötüniyet tazminatını her olayda alamayacağını iddia etmek te hakkaniyete uygun düşmeyebilir. Çünkü İş K. m. 17/6'daki kuralın amacı iş güvencesinden yararlanma şartlarına sahip olan ve kanuni süresinde bu güvenceyi işleterek olumlu sonuç alan (fesih geçersiz

<sup>1491</sup> Soyer, **Feshe Karşı Koruma**, s.66; Alpagut, **İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi** s.240; Çil, **Sendikal Tazminat**, 670; Sarıbay, s.280-281.

<sup>1492</sup> Sarıbay, s. 281.

sayılarak işe iade edilen) bir işçinin artık bu feshin kötünietliliğinden bahisle bir de kötüniet tazminatı isteyemeyeceğidir. Çünkü, ona uygulanan bu fesih geçersiz sayılmış ve işçi işine kavuşmuştur. Buna karşılık hiç dava açmayan işçi feshe itiraz ve buna bağlı haklarını kaybeder. Bu durumda fesih geçerli sayılmış olacaktır. Fakat bu kötünietli bir fesih olmasına rağmen işçi kötüniet tazminatı talep edemeyecek olursa kötünietli fesih tamamen yaptırımsız kalmış olacaktır. Bu durum da iş güvencesinin özüne ve hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir<sup>1493</sup>.

### **b. Boşta Geçen Süre Tazminatı ile Kötüniet Tazminatı Arasındaki İlişki**

Boşta geçen süre tazminatı ile kötüniet tazminatına hak kazanılması bakımından yakın bir ilişki bulunmaktadır. Zira her iki tazminat da işverenin haksız fiili sonucu doğmaktadır.

Boşta geçen süre tazminatında iş güvencesi yargılaması bitene kadar işçinin sözleşmesi devam ederken işçi işyerinde çalışmamakta ve ücretini alamamaktadır. Dolayısıyla işverenin haksız fiili sonucu işçinin zararı doğmaktadır. Boşta geçen süre tazminatı bu zararı tazmine yönelik bir tazminattır.

Kötüniet tazminatı ise, işveren Türk Medeni Kanunu'nun genel kural olarak ortaya koymuş olduğu 2. maddedeki dürüstlük kuralına aykırı davranarak işçinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde ortaya çıkar. Eğer işçi iş güvencesi kapsamında çalışıyorsa iş sözleşmesi hemen feshedilmiş olmayabilir. İş güvencesi hükümlerince fesih ve yargılama prosedürlerinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ancak eğer işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan bir işçi ise, o halde fesih, bildirim şartlarına uyulduğu takdirde iş sözleşmesinin işverence fesih iradesinin açıklandığı tarihten itibaren gerçekleşmiş olur.

<sup>1493</sup> Akyigit, **İş Güvencesi**, s.333.

Kötüniyet tazminatı yapısı itibariyle işverenin kötüniyetine yani haksız fiiline bağlanan bir yaptırımdır. İş güvencesi kapsamında bu yaptırımı boşa geçen süre tazminatı üstlenmiş durumdadır. Ancak bu tazminatlar işverenin haksız fiiline bağlanmış sonuçlar olsa da yapıları itibariyle birbirinden farklıdır. Zira kötüniyet tazminatı sona ermiş bir iş ilişkisinde meydana gelirken, boşa geçen süre tazminatı yargılama sonunda işe iade kararı verildikten sonra iş ilişkisi devam ederse de etmezse de işçiye ödenen bir tazminattır.

### **3. İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Kötüniyet Tazminatının Rolü ve Etkisi**

Kötüniyet tazminatı feshi ihbar önellerine ilişkin ücretin üç katı olmak üzere İş Kanunu'nda kesin ve götürü bir miktar olarak tespit edilmiştir. Öyle ki, feshi ihbar hakkının kötüye kullanılması halinde işçi ihbar öneline ilişkin ücretin üç katını hiçbir zararı olmasa da isteyebilir. Bu durum kuşkusuz tazminat kavramı ile bağdaşmaz. Çünkü teknik ve klasik anlamda tazminat bir zarar karşılığında ve zararın miktarına göre ödenir. Ne var ki, işverenin fesih hakkını kötüye kullanması hali için kanunda götürü bir tazminat öngörülmesi feshi ihbar hakkının niteliğine ve İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliğine uygundur. Gerçekten, akit feshi ihbar hakkının kötüye kullanılması sonucunda sona erdirilmiş bulunsa bile, feshi ihbar öneline uyulmuş ise, bu süre içinde işçinin derhal yeni bir iş bulması ve böylece yapılan fesihten hiçbir zarar görmemesi mümkündür. Bu durumda tazminat uğranılan zarara göre tespit edilecek olursa, kötüniyetle akdi feshetmiş bulunmasına rağmen işvereni herhangi bir tazminata mahkûm etmek mümkün olmayacaktır. Bundan başka, işçi yeni bir iş bulamamış olsa dahi, zararın kötüye kullanmadan değil ihbar süresinin faydasız geçmiş olmasından doğduğu diğer deyimle kötüye kullanma teşkil etmeyen bir feshi ihbar yapılmış olsaydı da zararın nasıl olsa meydana geleceği işveren tarafından ileri sürülebilecektir. Bu nedenle tazminatı götürü olarak tespit etmek, kötüniyetle

davranan işvereni her durumda tazminata mahkûm edebilme olanağı sağlaması bakımından isabetlidir<sup>1494</sup>.

Kötüniyet tazminatı, feshin kötüye kullanıldığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Feshin kötüye kullanılmasının neler olduğu konusunda Kanunda bazı örnekler bulunmakla birlikte esasen Kanunda belirtilenlerle sınırlı olunamayacağından, bu konuda somut olayın durumuna göre yargı organınca karar verilecektir. Nitekim, Yargıtay'ın geçmişte vermiş olduğu bazı kararlarla feshin kötüye kullanılmasının örnekleri somutlaşmıştır. Bu konuda Medeni Kanun'un 2. maddesindeki dürüstlük kuralından genel bir ölçü olarak yararlanmak gerekecektir. Örneğin; işçinin işverene karşı dava açması, işvereni Bölge Çalışma Müdürlüğüne veya Sosyal Sigortalar Kurumuna şikayet etmesi, sendikaya üye olması gibi nedenlerle iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesi kötü niyetli fesihtir. İş Kanunu'nun 18/3. maddesinde 6 bent olarak "fesih için geçerli sebep oluşturmayan" hallerden ilk beş tanesi aynı zamanda kötü niyetli fesihtir. Feshin kötüye kullanıldığı durumlarda geçerli sebeplerin de mevcut olmadığı sonucuna varılır<sup>1495</sup>.

Kötüniyet tazminatı, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayıp İş Kanununa tabi olarak çalışan işçinin iş sözleşmesinin Medeni Kanun madde 2'deki dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde feshedilmesine karşı işçi tarafından işverenden talep edilen tazminatıdır. Dolayısıyla kötüniyet tazminatı işverenin keyfi davranarak iş sözleşmesini engeller niteliktedir. Böyle olmasına karşı iş sözleşmesi iş güvencesinden yararlanmayan işçi için fesih anından itibaren sona ermiştir. Dolayısıyla kötüniyet tazminatının işçiyi işe iade gibi bir koruma fonksiyonu bulunmamakta fakat kısmi de olsa fesihten caydırıcı bir yapısı bulunmaktadır.

İş K. 18/1 haricindeki bir nedenle iş güvencesi kapsamı dışında kalanların kötüniyet tazminatından yararlanamayacağını ima etmekteyse de bunda isabetli olduğu söylenemez. Gerçekten de bu nokta ile ilgili ilginç bir

<sup>1494</sup> Süzek, **Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, s.162.

<sup>1495</sup> Bilgili, s.274.



husus, iş güvencesi dışında kalan üst düzey işveren vekillerinin kötüniyet tazminatı talep edip edemeyecekleridir. Zira kanun, bir yandan kötüniyet tazminatının "İş K. 18/1 uyarınca İş K. 18-21 hükümlerinin uygulanma alanı dışında kalanların sözleşmelerinin kötüniyetli feshi halinde gündeme geleceğini öngörmektedir (İş K. 17/6). Diğer yandan ise üst düzey işveren vekillerinin İş K. 18/1 uyarınca değil bir başka fıkra olan İş K. 18/son uyarınca iş güvencesinden (kısmen) dışlandığı görülmektedir. Bu durumda hem İş K. 18/1'den farklı bir fıkraya göre iş güvencesinden dışlanmaları hem de dışlamanın "İş K. 18-19-20 ve 21. madde hükümlerinden" değil, "sadece 19 ve 21. maddelerden olması" karşısında üst düzey yönetici olan işveren vekillerinin kötüniyet tazminatı alıp alamayacakları problemi zihinleri karıştırabilir. Fakat bunda tereddüt edilmemeli ve anılan üst düzey yönetici olan işveren vekillerinin sözleşmelerinin kötüniyetli feshi durumunda kötüniyet tazminatı (veya duruma göre sendikal tazminat) istemelerinin mümkün olduğu işin doğası gereği kabul edilmelidir<sup>1496</sup>.

Kötüniyet tazminatının miktarı, işçinin bildirim süresinin üç katı olarak belirlenmiştir. Kötüniyet tazminatı miktarının yüksek olmasından kaynaklı diğer bazı tazminatlara göre daha fazla iş güvencesi sağlamaktadır denilebilir. Örneğin, kötüniyet tazminatının ihbar tazminatından daha yüksek olmasıyla daha fazla bir iş güvencesi sağlayacağı savunulabilir. 1475 sayılı kanun zamanında kötüniyet tazminatının miktarı açık olarak maddenin "(A) bendinde yazılı önellere ait ücretlerin üç katı tutarı olarak belirlenmiş idi. Bu düzenleme sebebi ile, toplu iş sözleşmesi ile fesih bildirim sürelerinin işçi lehine artırıldığı durumlarda dahi, kötüniyet tazminat miktarının değişmeyeceği ve hesabında kanunda belirtilen bildirim sürelerinin dikkate alınması gerektiği yargı kararları ile belirtilmiştir<sup>1497</sup>. İş Hukuku'ndaki düzenlemelerin işçiler bakımından asgari hakları belirlemesi ve sözleşmeler ile işçi lehine değiştirilebileceği ilkesi karşısında, kötü niyet tazminatının bu

<sup>1496</sup> Akyiğit, İş K. 17, s.690; Aynı doğrultuda Tepecik, İsmail, İş Güvencesine Göre Uygulama Sorunları ve Yargı Kararları, İstanbul Barosu Galatasaray Üniversitesi, İş Güvencesi Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 18-29 Mayıs 2004, s.191.

<sup>1497</sup> Yargıtay HGK. 09.06.2004, E. 2004/9-338, K. 2004/335, Limoncuoğlu, s.121.

ilke dışında tutulması eleştiriye açıktır. Limoncuoğlu'na göre, bu sebepten ötürü, 4857 sayılı Kanunda, kötüniyet tazminatı miktarının düzenlenme şeklinde değişikliğe gidilmiştir. Yeni düzenleme dikkate alındığında ise artık kötüniyet tazminatının hesabında bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ile bildirim sürelerinde işçi lehine yapılacak değişikliklerin dikkate alınması gerekecektir<sup>1498</sup>.

## **E. AYRIMCILIK TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **1. İş Güvencesi ile Ayrımcılık Tazminatı Arasındaki İlişki**

İş güvencesine tabi olmayan bir işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinde çok farklı bir değerlendirme yapma ihtiyacı doğmaktadır. Şöyle ki; İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı 5. maddesinde, söz konusu ilkeye aykırı davranışın müeyyidesi, işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarının ödenmesi şeklinde ifade edildikten sonra, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu eklenmiştir. Bilindiği üzere, iş güvencesine tabi olmayan bir işçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği düşüncesindeyse, işe iade davası açma imkanı olmadığından, doğrudan sendikal tazminat talep edebilecektir. Belirtmek gerekir ki, feshin sendikal nedenle yapılması durumunda sendikal tazminat söz konusu olacağından, zaten kötüniyet tazminatına hükmedilmeyecek, sadece sendikal tazminata hükmedilecektir. Bir başka deyişle, kötüniyet tazminatıyla sendikal tazminatın bir arada olmaları mümkün değildir. Bu durumda da, İş Kanunu m. 5/6'daki, 2821 sayılı Kanunun 31. maddesi hükümlerinin saklı

<sup>1498</sup> Limoncuoğlu, s.121.

olduğu hususundaki hüküm nedeniyle, iş güvencesine tabi olmayan bir işçi için sadece sendikal tazminata hükmedilmesi, ayrımcılık tazminatına ise hükmedilmemesi gerekmektedir<sup>1499</sup>.

İş güvencesine tabi olan işçiler açısından ayrımcılık tazminatının birlikte hükmedilip hükmedilemeyeceği sorunu üzerine farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Süzek bu konuda İş Kanunu m. 5/6'nın ayrımcılık tazminatıyla sadece sendikal tazminatın bir arada olamayacağını belirttiğini ve maddenin mefhumu muhalifinden ayrımcılık tazminatıyla iş güvencesi tazminatının aynı anda mevcut olabileceği yönünde görüş belirtmektedir. Yazar ayrıca bu iki tazminatın amaçlarının da birbirinden farklı olduğunu, bu nedenle de her iki tazminatın bir arada talep edilebileceğini ifade etmektedir<sup>1500</sup>.

Mollamahmutoğlu da ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının bir araya gelebileceğini, bu iki tazminatın dayandığı esasların farklı olduğunu, hatta bu farklılığın kötüniyet tazminatına oranla tartışma yaratmayacak kadar açık olduğunu, iş güvencesi tazminatının, işçinin işe başlatılmamasının yaptırımı olduğunu, nitekim yargı kararlarında da "işe başlatmama tazminatı" olarak adlandırıldığını ifade etmektedir<sup>1501</sup>.

Demir ise işverenin aynı fesih eylemi nedeniyle aynı amaca yönelik olarak işçinin hem işe iade edilmesinin hem de ayrımcılık tazminatına hak kazanmasının mümkün olmadığını, ancak işverenin ayrı ayrı hem fesih hem de işe başlatmama eylemleri nedeniyle ayrı amaçlara yönelik iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına işçinin hak kazanabileceğini belirtmektedir<sup>1502</sup>. Süzek ise işçinin işe iade edilmesi ihtimalinde Demir'den farklı düşünerek, işveren işçiyi işe başlattığında iş güvencesi tazminatı

<sup>1499</sup> Odaman, Serkan, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunun Üzerine Görüşler", **Sicil İHD**, Haziran, 2009, S:14, s.80-81.

<sup>1500</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 416-417.

<sup>1501</sup> Mollamahmutoğlu, **3. Bası**, s. 555.

<sup>1502</sup> Odaman, **Ayrımcılık Tazminatı ile Diğer Tazminatlar**, s. 81.

ödemeyeceğini, ancak ayrımcılık tazminatı ödemek durumunda olduğunu ifade etmektedir<sup>1503</sup>.

Biz de bu konuda Süzek ve Mollamahmutoğlu'nun görüşlerine katılmaktayız. Zira iş güvencesi tazminatı ve ayrımcılık tazminatını doğuran sebepler birbirinden farklı durumdadır. Aynı zamanda iki tazminatın telafi etmeye çalıştıkları zararlar da birbirinden farklılık göstermektedir. İş güvencesi tazminatı iş sözleşmesinin feshe karşı korumasının yaptırımırken ayrımcılık tazminatı, fesihten ziyade işçinin ırk, dil, renk, cinsiyet vb farklılıklarından dolayı maruz kaldıkları haksız ayrımcı uygulamalara bağlanan bir sonuçtur. Bu tazminatın amacı iş yerlerinde yapılacak ayrımcı uygulamaların önüne geçmektir. Ayrımcı uygulamaların olduğu işyerleri iş güvencesi kapsamındaki bir işyeri de olabilir. Dolayısıyla orada yapılacak ayrımcı uygulamalara caydırıcı olabilecek ayrımcılık tazminatı işverence ödenmelidir. Bununla beraber ayrımcı uygulamalara maruz kalmış iş güvencesine tabi olan işçinin aynı zamanda iş sözleşmesi feshedilmiş ve işveren mahkeme kararına rağmen işe başlatmamış ise ayrımcılık tazminatı yanında işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı da ödemelidir.

## **2. İş Güvencesi Tazminatları ile Ayrımcılık Tazminatı Arasındaki İlişki**

### **a. İş Güvencesi Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatı Arasındaki İlişki**

İş Kanununun 5. maddesinde, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı düzenlenmiş; ilişkinin devamında veya sona ermesinde bu hükümlere aykırı davranıldığında işçiye dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminatın ödeneceği hükmü kabul edilmiştir. İşe iade davası neticesinde

<sup>1503</sup> Süzek, **7. Baskı**, s. 416-417.

işverenin işçiyi işe başlatmaması olgusunun yaptırımı olan tazminat ile eşit davranma borcuna aykırılığın neticesi olan tazminat, koşulları itibariyle farklılıklar göstermektedir. Her iki tazminat farklı işlevlere yönelmiştir. İş K. m. 5'de öngörülen tazminat fesihte eşitlik ilkesine uymamayı yaptırımı bağlarken, İş K. m. 21'de düzenlenen iş güvencesi tazminatı ise, geçersiz feshe rağmen işverenin işçiyi işe başlatmamasının yaptırımı olarak düzenlenmiştir. İş K. m. 5, feshi eşitlik ilkesi bağlamında ele almakta, sadece bu yönünü yaptırımı bağlamaktadır. Ancak iş güvencesi tazminatı, geçerli nedene dayanmayan feshle ilgilidir. Eşitlik ilkesine aykırı bir feshin, geçerli nedene dayanıyor olması ihtimal dahilindedir. Örneğin işletme ve işyeri gerekleri ile ilgili fesihlerde, ortada geçerli bir neden bulunduğu halde, iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde İş K. m. 5'deki ayrımcılık yasağına aykırı hareket edilmiş olabilir<sup>1504</sup>.

İş Kanunu işverenin işçileri arasında işe almada, çalışırken iş koşullarında ve nihayetle iş ilişkisine son verme bakımından haklı olmayan bir ayırım yapmasını yasaklamaktadır. Ancak devam eden iş ilişkisindeki çalışma koşullarında veya iş ilişkisinin sona ermesindeki haksız ayırım içinse (yoksun kalınan haklar yanında) bir miktar tazminat ödenmesini de öngörmektedir (İş K. 5/8). Tazminatın miktarı yine haksız ayırımın sendikal nedenli olup olmamasına göre değişmektedir. Sendikal nedenle de Sen. K m. 31 gereği en az bir yıllık ücretin, diğer hallerdeyse 4 aya kadar ücretten oluşan uygun bir tazminatın ödenmesi gerekir (İş K. 5/6). Örneğin hamilelik yahut sendikal nedenli feshedilen ve iş güvencesinden yararlanabilecek bir işçinin iş güvencesi tazminatı yanında veya yerine "ayrımcılık tazminatı" alabilip alamayacağı problemiyle karşılaşılır. Durum öğretide tartışmalıdır. Buna imkan tanıyan eğilim İş K. 17'de yasaklananın sadece kötüniyet tazminatı olduğu, oysa İş K. 5'teki ayrımcılık tazminatının İş K. 17 kapsamında alınmayacağı anlamında açılıma sahiptir. Buna karşın İş K. 5'teki haksız ayrımcılığın da aslında sözleşmenin kötüniyetli veya (duruma göre) sendikal nedenli feshi sayılabileceği ve kanunun aynı eylem nedeniyle

<sup>1504</sup> Sarıbay, s.283.

aynı nitelikte tazminatların birlikte uygulanmasına imkan vermediği, bunlardan en yüksek olanın uygulanacağı da savunulmaktadır<sup>1505</sup>. Ancak, güvence kapsamındaki bir işçinin iş güvencesi yerine İş K. 5'teki haksız ayrımcılık tazminatını talep edebilmesi yani fesih halinde (şartları varsa) doğrudan kötüniyet tazminat veya sendikal tazminat talep edemeyen işçinin haksız ayrımcılık tazminatını doğrudan talep edebileceği de savunulmaktadır<sup>1506</sup>.

### **b. Boşta Geçen Süre Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatı Arasındaki İlişki**

Boşta geçen süre tazminatı yukarıda ayrıntılı olarak anlatıldığı gibi, işverenin geçersiz sebeple fesih yapmasından ve işçinin boşta geçen süre boyunca ücret alamamasından kaynaklı uğramış olduğu zararı tazmine yönelik bir tazminattır.

Ayrımcılık tazminatı ise, işverence haksız bir şekilde ayrımcı muamelelere maruz bırakılan işçiye 4 aya kadar olan ücreti tutarında ücret ödenmesidir. Yani işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasına bağlanan sonuçtur. Ayrımcı uygulamanın varlığı ve mahkemece de bunun kabul edilmesi sonucu tazminat hakkı doğar.

Bu bilgiler çerçevesinde boşta geçen süre tazminatı ile ayrımcılık tazminatı arasındaki ilişkiye baktığımızda, boşta geçen süre tazminatı işverenin haksız fiiline bağlı meydana gelen zararı telafi etmeye yönelikken, ayrımcılık tazminatı İş Kanunu m.5'teki eşit davranma borcuna aykırı davranan işverene bu borcunu yerine getirmediğinden kaynaklı yüklenen tazminattır. Boşta geçen süre tazminatıyla işverenin iş sözleşmesini

<sup>1505</sup> Engin, E. M., İşe İade ve Uygulama Sorunları ( İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma- yy. İB), İstanbul 2006, 79-102. krş. Bakırcı, "Kötüniyet, sendikal ve ayrımcılık Tazminatı İlişkisi", s.119; Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.336.

<sup>1506</sup> Bakırcı, "**Kötüniyet, Sendikal ve Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi**", s.117.

feshederken keyfi davranma hareketi sınırlandırılmaya çalışılırken, ayrımcılık tazminatı bakımından iş sözleşmesi feshedilmiş olsa bile bu fesih ancak ayrımcı bir fesih nedeniyle yapılmışsa keyfi hareketi sınırlandırma niteliği doğar. İş güvencesi tazminatı işverenin haksız fiili yüzünden zarara uğrayan işçinin zararını karşılamaya yönelikken, ayrımcılık tazminatında bir zararın varlığı aranmaz işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmış olması yeterlidir. Son olarak boşta geçen süre tazminatı bir iş güvencesi kurumuyken, yani iş güvencesine tabi işçilerin faydalanabileceği bir kurumken, ayrımcılık tazminatı kurumu iş güvencesine tabi ya da tabi olmayan İş Kanununa tabi olarak çalışan bütün işçilerin yararlanabileceği bir kurumdur.

İş güvencesine tabi işçiler için boşta geçen süre tazminatı ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilip hükmedilemeyeceği sorununa gelince, bu konu hakkında iş güvencesi ile ayrımcılık tazminatı bölümünde yaptığımız açıklama burada da geçerli olmakla beraber, boşta geçen süre tazminatı haksız fiil sonucu meydana gelen zararı telafiye yönelik bir tazminatken, ayrımcılık tazminatı İş K.m.5'teki eşit davranma borcuna aykırılığa bağlanan tazminattır. Dolayısıyla boşta geçen süre tazminatı ile ayrımcılık tazminatını doğuran nedenler ve amaçlarının farklı olmasından kaynaklı, iş güvencesine tabi işçi ayrımcılığa maruz kalmış ve aynı zamanda iş sözleşmesi de feshedilmişse mahkemece her iki tazminata birlikte hükmedilebilmelidir.

Eğer işçi iş güvencesine tabi değilse bu takdirde işçi iş güvencesi kurumu olan boşta geçen süre tazminatından yararlanamaz. O halde bu nitelikte bir işçi ayrımcılığa maruz kalmakla beraber, iş sözleşmesi de feshedilmişse bu takdirde boşta geçen süre tazminatı değil sadece ayrımcılık tazminatı talep edebilir. Ayrımcılık tazminatı ve eğer koşulları oluşmuşsa iş güvencesine tabi olmayan iş sözleşmelerinin feshinde doğması muhtemel tazminatlardan bir başkasını alabilir. Örneğin ayrımcılık tazminatı ile birlikte kötüniyet tazminatı veya sendikal tazminat da talep edebilir.

### 3. İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Ayrımcılık Tazminatının Rolü ve Etkisi

İşçinin hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hak kazanabileceği görüşünün temelinde iş güvencesi tazminatının amacı bulunmaktadır. İş güvencesi tazminatının amacı, feshin geçersizliğinin yargı kararıyla tespit edilmiş olmasına rağmen, usulüne uygun başvuruda bulunan işçinin işverence işe başlatılmaması üzerine, işçinin maruz kaldığı geçersiz feshi yaptırıma bağlamaktır<sup>1507</sup>.

Bir anlamda işveren, geçersiz fesih ile yaratılan hukuka aykırı durumu işçiyi işe başlatarak değil mahkeme kararında belirlenmiş olan tazminatı ödeyerek ortadan kaldırmaktadır. Oysa İş Kanununun 5. maddesi uyarınca ayrımcılık tazminatı işveren tarafından yapılan ayrımcı davranışın yaptırımıdır. Anılan düzenlemelerin amaçları ve korumaya çalıştıkları durumlar açısından konuya yaklaşıldığında burada aslında iki farklı amacın hukuken güvence altına alınmaya, korunmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu gerekçelerden dolayı da her iki tazminatın bir arada talep edilebilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>1508</sup>.

Yukarıda iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatlarının amaçlarının birbirinden farklı olduğunu anlatmaya çalıştık. Buna göre iş güvencesi tazminatı iş güvencesine yönelik bir kurumken, ayrımcılık tazminatı iş güvencesinden ziyade işyerindeki ayrımcı uygulamaların önüne geçmeyi hedefleyen bir tazminat kurumudur. Yani iş güvencesi tazminatı feshe karşı koruma sağlarken, ayrımcılık tazminatı feshe karşı koruma sağlamamaktadır. Ancak bazı hallerde iş güvencesine tabi olmadan çalışan işçinin iş sözleşmesinin ayrımcılık nedeniyle feshedilmesi halinde ayrımcılık tazminatı ödenecek olması bir nebze de olsa işverenin keyfi davranışını engeller bir yönü olabilir. Fakat çok ciddi bir iş güvencesi sağladığını söylemek zordur.

<sup>1507</sup> Yıldız, s.335

<sup>1508</sup> Yıldız, s.335-336.



Anlaşılabacağı gibi ayrımcılık tazminatının iş güvencesi sağlanmasında çok ciddi bir katkısı bulunmamaktadır. Ancak işyerinde ayrımcılığa maruz kalmayı önlemek için ciddi bir yaptırımdır.

## F. İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 1. İş Güvencesi Tazminatının Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Sosyal güvenlik kavramı yeni olmakla birlikte, sosyal güvenliğe duyulan ihtiyaç insanlık tarihi kadar eskidir<sup>1509</sup>. Sosyal güvenlik, tarihsel süreç içerisinde insanların artan güvenlik ihtiyaçlarını giderme ve mutlu ve esenlik içerisinde yaşama ihtiyaçlarını karşılamaya çalışır<sup>1510</sup>. Zaten kavramdan da anlaşılacağı üzere, sosyal güvenlikte iki terim bulunmaktadır. Bunlardan ilki olan sosyal kelimesi, toplumla ilgili olan, birlik, kardeşlik, eşitlik, dayanışma ve yardımlaşma esaslarına dayanan bir anlam taşır. Güvenlik kelimesi ise, güven içerisinde olmayı insanların çeşitli ve değişik biçimlerde karşılaşılabilecekleri bir takım risklere karşı korunma ihtiyaçlarını anlatır<sup>1511</sup>. Böylelikle, sosyal güvenlik, kişilerin istek ve iradeleri dışında uğrayacakları tehlike meydana gelmeden önce sahip oldukları zararlardan kurtulma garantisine dayanan soyut tatmin duygusunu, tehlike ortaya çıktıktan sonra ise, tehlikenin zararlarını ortadan kaldırmaya yönelik somut tedbirler

<sup>1509</sup> Uşan, **Sosyal Güvenlik**, s.27.

<sup>1510</sup> Bazı yabancı ülkelerde sözkonusu sosyal güvenlik uygulamaları hakkında geniş bilgi için bkz. TİSK, Avrupa Birliğinde Sosyal Güvenlik Sistemleri 2004, Ankara, 2005, s.1 vd.; Ekdemir, Şadi, Avrupa Birliği-Türkiye Sosyal Güvenlik Normları, TİSK, Ankara 2005, s.536 vd.

<sup>1511</sup> Şakar, Müjdat, **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, 10. Baskı, İstanbul, 2011, s.3; Uşan, **Sosyal Güvenlik**, s. 27.

bütününü ifade eder<sup>1512</sup>. Aslında sosyal güvenlikte, insanı tehlikelerin gerçekleşmesine karşı koruma altına almanın yanında, belki de ötesinde, tehlikenin gerçekleşmesinden sonraki döneme ilişkin ihtiyaç duyulan emniyetin de sağlanması öngörülmektedir<sup>1513</sup>.

Sosyal güvenliğin bu çıkış nedenlerine kısaca değindikten sonra iş güvencesi tazminatı ile Sosyal Güvenlik Hukuku arasındaki ilişki anlamında sosyal ve güvenlik kavramları açısından iş güvencesi tazminatı kurumunun fonksiyonlarına bakacağız. İş güvencesi tazminatı, tüm uygulamadan ve Kanundan anlaşıldığı gibi bir iş güvencesi kurumu olarak görülmektedir. İş ilişkisi hizmet ihtiyacına dayanarak işçi ile işveren arasında kurulmuş bir bağıdır. Bu bağ işçi ve işveren arasındaki hak ve yükümlülükleri de düzenler. Bu hak ve yükümlülükler işçi ve işverenin aynı zamanda birbirinden taleplerini de oluşturur. İlişkinin şekillenmesini bu talepler ve yükümlülükler sağlar. Sözleşmeyle kurulmuş olan bu ilişkinin devamı veya sona ermesi yine sözleşme ya da kanun vasıtasıyla şartlara bağlanmıştır. Kural olarak her iki tarafta devam ya da sona erdirme konusunda bu kurallara bağlı kalmak zorunda, bu kurallara aykırı olarak iş sözleşmesine devam edilmesi ya da sona erdirilmesi yaptırımlara bağlanmıştır. Sosyal güvenlik açısından bu anlatılanları tahlil ettiğimizde iş ilişkisi sosyal kavramına denk gelmekte, güvenlik ise, iş ilişkisinin devamı için konulan kural ve yaptırımların oluşturmuş olduğu koruma çemberini karşılamaktadır.

İş güvencesi tazminatı, iş sözleşmesinin iş güvencesi hükümlerine uyulmadan feshedilmesi sonucu hak kazanılan bir tazminattır. Dolayısıyla iş güvencesi tazminatı İş Kanunu'nun iş sözleşmesinin feshine karşı güvence sağlayan koruma çemberinin bir yaptırımıdır. Her işveren, iş sözleşmesini geçersiz olarak feshettiği zaman işe iade kararının çıkacağını ve işçiyi işe başlatmaması halinde iş güvencesi tazminatı ödeyeceğini bilir. Çünkü işe iade kararında aynı zamanda iş güvencesi tazminatı da tespit edilir. Bu sayede güvenlik dediğimiz koruma çemberi oluşmaya başlar. Dolayısıyla iş

<sup>1512</sup> Uşan, **Sosyal Güvenlik**, s. 27.

<sup>1513</sup> Arıcı, Kadir, **Sosyal Güvenlik**, Sargın Ofset, Ankara, 1999, s.1.

güvencesi tazminatı Sosyal Güvenlik Hukukunun güvenlik kısmıyla yakın ilgilidir.

Sosyal Güvenlik Hukuku yönünden iş güvencesi tazminatı ile sosyal sigorta pirim kesintisi ilişkisine bakıldığında, öncelikle ücretin tanımının yapılması gerekir. Ücretin tanımı Gelir Vergisi Kanununun 61. maddesinde yapılmıştır. Buna göre; "Ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir. Ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez. " Ücret, niteliği itibariyle bedeni ve/veya fikri bir emek karşılığında elde edilen bir hasılayı ifade eder. İnsan emeğinin karşılığı olan bu hasıla, para şeklinde olabileceği gibi aynı veya para ile temsil edilebilen menfaatler de olabilir. 4857 sayılı İş Kanununun 32. maddesinde genel anlamıyla ücret "bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar" olarak tanımlanmıştır. Gelir Vergisi Kanunundaki ücret deyimini ise, genel olarak ücret kavramından farklı bir anlam taşır. Ücretin farklı isimler altında ödenmesi veya bir ortaklık ilişkisi niteliğinde olmamak şartıyla kazancın belli bir oranı şeklinde belirlenmiş olması niteliğini değiştirmez<sup>1514</sup>.

İşçi lehine hükmedilen dört aydan sekiz aya kadar olan tazminat niteliğinde olması nedeniyle ücret sayılabilecek bir kazanç durumunda olmaması, işe başlatılmayan sigortalının, başlatılmaması nedeniyle sigortalı vasfının da kalmaması, ödenecek paraların işçiyi koruma gayesine ve işverene işe başlatmama nedeniyle verilen bir medeni ceza niteliğinde olması nedenleriyle, sigorta primine tabi tutulmamaktadır<sup>1515</sup>.

<sup>1514</sup> Uyanık, Zekeriya 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanununa Göre Özel Olarak Ücret Sayılan Haller, [http://www.muhasabenet.net/makale\\_zekeriya%20uyanik\\_gelir%20uzmani-GVK%20ya%20gore%20ozel%20olarak%20ucret%20sayilan%20haller.html](http://www.muhasabenet.net/makale_zekeriya%20uyanik_gelir%20uzmani-GVK%20ya%20gore%20ozel%20olarak%20ucret%20sayilan%20haller.html)

<sup>1515</sup> Dönmez, **İş Hukukunda Tazminatlar**, s.309.

## 2. İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında İş Güvencesi Tazminatının Rolü ve Etkisi

İş güvencesi tazminatı evvelce yapılmış olan hizmetlere karşılık değil, işçinin iş sözleşmesinin haksız nedenle feshedilmesinden dolayı İş Kanunu'nun sosyal niteliğinden ve İş Hukukunun temel prensiplerinden birisi olan işçiyi koruma ilkesinden kaynaklanmaktadır. Burada, ücretin temel unsurları olan bir işverene tabi olma, belirli bir işyerine bağlı olarak çalışma, ödenen parayı fiilen ifa edilen hizmetin karşılığı olarak alma hususları bulunmamaktadır. İş güvencesi (ya da diğer adıyla işe başlatmama tazminatı) işverenin süreli fesih hakkını sosyal amacından uzaklaştırmak suretiyle işçiye zarar vermek kastıyla kullanmasının yaptırımıdır. İşçinin iş sözleşmesinin haksız yere feshedilmesini caydırmaya yönelik, işverene ceza nev'inden verilen, parasal bir yaptırım mahiyetindeki tazminattır<sup>1516</sup>.

Anlaşılabacağı üzere iş güvencesi, iş sözleşmesinin feshini mümkün olduğunca engelleme amacı taşıyan bir İş Hukuku kurumudur. Feshe karşı korumayı gerçekleştirmek amacıyla da, iş sözleşmesinin feshinin ancak geçerli nedene dayanması gerektiği, geçerli nedenle feshedilmiş olsa bile fesih tarihinden itibaren 30 günlük süre içinde işçi tarafından bu feshe karşı itiraz edilebileceği itiraz üzerine mahkemece yargılama bitmeden iş sözleşmesinin feshedilmiş nitelik kazanmaması iş güvencesinin feshe karşı koruma mekanizmalarındandır. Yargılama sonunda dava reddedilirse, iş sözleşmesi fesih anından itibaren sona ermiş olur ve işçi iş güvencesi tazminatı alamaz. Eğer dava kabul edilirse iş sözleşmesi fesih yapılmamış gibi devam eder ancak işçinin işe başlamak için işverene başvuruda bulunması gerekmektedir. Başvuru üzerine işverenin işe başlatmak ya da işe başlatmayıp, iş güvencesi tazminatı ödeyerek iş sözleşmesini feshetmek gibi iki tane seçimlik hakkı doğar.

<sup>1516</sup> Benokan/Özcan, s. 480-481

Buradan hareketle iş güvencesi tazminatının feshe karşı korumayı sağlayabilecek etkin bir yol olmadığı ortaya çıkmaktadır. Zira iş güvencesi tazminatı işçiyi feshe karşı korumaktan ziyade feshin tam olarak gerçekleşmesine bağlanmış bir sonuçtur. Dolayısıyla işveren iş güvencesi tazminatı ödeyip iş sözleşmesini geçersiz nedenle de olsa işe iade kararına rağmen feshedebilir. Anlaşılmaktadır ki iş güvencesinin iş sözleşmesini kalıcı kılmaya yönelik olan amacı ile iş güvencesi tazminatının ortak yanı oldukça zayıftır. Ancak iş güvencesi tazminatı, bu tazminatı ödemeyi göze alamayacak işveren açısından feshi gerçekleştirmesine bir engel teşkil edebilir.

Mevzuat ve uygulamada işverene seçimlik davranma hakkının tanınmış olmasına rağmen bu hakkın işçiye tanınmamış olması pek haklı bir uygulama değildir. Belki de işçi bir daha o işyerinde çalışmak istemeyecektir. Böyle bir durumda işe başlamak yerine tazminat isteyebilmelidir. Çünkü haksız fiile uğrayan taraf işçidir.

Özetle iş güvencesi tazminatı feshe karşı koruma niteliğine yeterli derecede sahip değildir. Çünkü feshe karşı korumak yerine feshin gerçekleşmesine bağlanan bir sonuçtur. Bir nevi haksız fiilin neden olduğu zararı kısmen de olsa karşılamaya yöneliktir. 4 ile 8 aylık ücret tutarındaki bir tazminatı ödemek işveren açısından fazla bir yük olmuyorsa işveren keyfi davranışını hiç bozmadan iş sözleşmesini tekrar feshetme yolunu seçebilir.

## **G. BOŞTA GEÇEN SÜRE TAZMİNATININ İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **1. İş Güvencesi Tazminatı ile Boşta Geçen Süre Tazminatı Arasındaki İlişki**

İş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre tazminatı İş Kanununa tabi olarak çalışan ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilen işçilerin yararlandığı iş güvencesi kurumlarındandır. İş güvencesinin temel amacı olan feshe karşı korumayı sağlamaya yönelik olan yaptırımlardır. Boşta geçen süre tazminatı iş sözleşmesinin işverence geçersiz fesih nedenlerinden biriyle feshedildiği andan işe iade kararına kadar boşta geçen süre için ödenen tazminattır. İşverenin haksız fiiline bağlanmış bir sonuçtur. İşe iade kararı verildiğinde işveren işçiyi işe başlatsa da başlatmasa da boşta geçen süre tazminatını öder. Sadece davanın reddedildiği durumlarda bu tazminat hakkı doğmaz. Dolayısıyla işveren işe başlatsa da bu tazminatı ödeyeceğini bilmesi baştan itibaren geçersiz fesih yapmasını engeller niteliktedir. Yani işverenin keyfi hareketini engeller ve işçiye ciddi bir feshe karşı koruma kalkanı hazırlar.

İş güvencesi tazminatı ise işe iade kararı verilmiş olsa bile her durumda tazminat hakkı olarak doğmaz. İşe iade kararıyla beraber işçinin süresinde işe başlamak için başvuruda bulunmasına rağmen, işverenin işçiyi işe başlatmaması durumunda doğar. Yani iş güvencesi tazminatının doğması için işverenin ikinci feshi de yapması beklenir. Biz bunun ciddi bir koruma sunduğunu düşünmemekteyiz. Ancak iş güvencesiyle birlikte her zaman en çok dört aya kadar olan boşta geçen süre tazminatı da istendiğinden dolayı işverenin feshine yüklenen yaptırım artmakta ve kimi kez işveren bu her iki tazminatı ödememek için ikinci feshi gerçekleştirmemektedir.

Boşta geçen süre tazminatı iş güvencesi tazminatına göre iş güvencesinin sağlanmasında daha etkin bir rol oynamaktadır. Zira boşta

geçen süre tazminatı davanın kabulüyle kesinleşen bir tazminattır. Bunun için işverenin işe başlatmak ya da başlatmamak yönünde iradesini açıklamasına gerek bulunmamaktadır. Ancak öğretide de eleştirildiği gibi 4 aylık süre sınırlaması işçi açısından hak kayıplarının boyutunu arttırabildiği gibi iş güvencesinin daha etkili sağlanmasını engeller niteliktedir. Zira yargılama kimi zaman yıllarca sürmektedir. Bu süre içinde boшта kalan işçiye en çok dört aya kadar olan ücret ve haklarının verilmesi hakkaniyete uygun düşmemektedir.

İş güvencesi tazminatının muacceliyet anının, işçinin işverene yaptığı başvurudan itibaren başlayan bir aylık sürenin sonunda başlayacağı, çünkü bu tazminata hak kazanabilmek için işverene yapılan başvuru sonucunda işe başlatılmamış olmak gerektiği, işe başlatmamanın da bu bir aylık sürenin sonunda kesinleştiği yönünde doktrinde genel bir mutabakat vardır<sup>1517</sup>.

Ancak; ciddi bir mutabakat işçinin çalıştırılmadığı dört aylık sürenin ücreti için söz konusu değildir. Ücret konusunda faizin dava tarihinden,<sup>1518</sup> hükmün kesinleştiği veya hükmün işverene tebliğ edildiği tarihten işleyeceği<sup>1519</sup> savunulmuştur. Ancak bu konudaki baskın görüş de işçinin işverene yaptığı başvuru anında ücretin muaccel olacağı şeklindedir<sup>1520</sup>.

Biz iş güvencesi tazminatı ile ilgili muacceliyet görüşüne katılmaktayız. Ancak boшта geçen süreye ilişkin ödenecek bedelin haksız fiil tazminatı olduğunu düşündüğümüzden, sözleşmenin işverence feshedilme fiilinden itibaren her aylık ücretin ödenmesi gereken tarihlere göre kademeli olarak bu tazminat muaccel hale gelmelidir.

<sup>1517</sup> Centel, Karar İncelemesi, **Teks. İşv. D.** Ekim/2003.

<sup>1518</sup> Bilgili, s.199.

<sup>1519</sup> Özekes, **Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları**, s.200.

<sup>1520</sup> Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, **4. Baskı**, s.175; Çelik, **24. Baskı**, s.253; Demir, **İş Hukuku uygulaması**, s.246; Centel, Karar İncelemesi, **Teks. İşv. D.** Ekim/2003; Akyiğit, **İş Güvencesi**, s.343

## 2. İşçiye İş Güvencesi Sağlanmasında Boşta Geçen Süre Tazminatının Rolü ve Etkisi

İşçinin geleceğinden güven duyması, işini, dolayısıyla kendisinin ve ailesinin geçim kaynağı olan ücret gelirini kaybetme korkusundan uzak yaşamasının sağlanması İş Hukukunun en önemli amaçlarındandır. Ayrıca bu kaygı ve korku içinde çalışan işçinin verimi de düşer. Bu kaygının en aza indirilmesinde toplumun da yararı vardır. İş güvencesinin amacı işverenin işçi çıkarmasını engellemek, dolayısıyla işçiyi mutlak şekilde feshe karşı korumak değildir. Bir başka ifade ile iş güvencesi işçiye, çalışmakta olduğu işyerinde işini sonuna kadar korumak hususunda kendisine mutlak bir hak bahşetmez. Feshe karşı koruma ya da iş güvencesi sadece işverenlerin keyfi fesih yapmalarını önlemeyi amaçlar<sup>1521</sup>.

İş güvencesi düzenlemeleri işvereni, haklı fesih nedeni bulunmayan durumlarda iş akdini feshetmek istiyorsa bunu geçerli objektif nedenlere dayandırmakla yükümlü tutar. İşveren, İş Kanunu m. 25/2'de sayılan haklı nedenler varsa esasen iş akdini (ister belirsiz ister belirli süreli olsun) derhal ve tazminat ödemediği fesih hakkına sahiptir. Herhangi bir önel ve tazminat vermeden işçinin iş akdini sona erdirmeye hakkı bulunmayan durumlarda ise işveren iş akdini feshetmek istiyorsa keyfi davranmamalı ve mutlaka geçerli bir nedene dayanmalıdır. Bu düşünce hür demokratik toplumlarda işçinin anayasal çalışma hakkı ile işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğünün dengelenmesi amacının bir sonucu olarak ortaya çıkar<sup>1522</sup>.

İş güvencesi kurumu işverenin keyfi hareketini önlemeye yönelik yaptırımlar getirerek iş sözleşmesinin feshe karşı korunmasını sağlamaya çalışır. Bu yaptırımlardan biri de geçersiz fesih dolayısıyla işçinin boşta geçirdiği en çok 4 aya kadar süreye ilişkin tazminatın doğmasıdır. Bu tazminat işe iade kararı verildikten sonra işçi işverence ister işe başlatılsın ister başlatılmasın ödenmesi gereken bir tazminattır. Dolayısıyla bu

<sup>1521</sup> Ekonomi, **İş Güvencesi**, s.25.

<sup>1522</sup> Tuncay, **İşe İade Davaları**, s.15.



tazminatın geçersiz feshin sonucu olmasından dolayı işveren feshe başvurmayı düşündüğünde feshi kanunen geçerli olan, işçinin, işin ve işyerinden kaynaklanan geçerli bir nedenle yapma ihtiyacı duyar. Bu da iş sözleşmesinin feshinde caydırıcı etki yapabilir dolayısıyla iş güvencesinin sağlanmasında ciddi bir etki yaratır.

## SONUÇ

Modern iş hukukunun ve sosyal devlet ilkesinin temel amaçlarından birisi de, her çalışanın onuruna yaraşır bir işte çalışması ve onurlu bir yaşam sürdürebilmesini sağlamak ve bu amaca yönelik olarak gerekli kanuni düzenlemeleri hayata geçirmektir. Günümüz iş hukukunun temel kurumlarından olan iş güvencesi, işverenin fesih hakkı tamamen ortadan kaldırılmaksızın, bu hakkın sınırlandırılması yoluyla işçinin feshe karşı korunmasını sağlamaya çalışır.

2003 yılına kadar ülkemizde iş güvencesi birçok yönden batı standartlarının ve hatta gelişmekte olan çeşitli ülkelerdeki normların gerisinde kalmıştır. 158 sayılı ILO sözleşmesi ülkemiz tarafından 1994 yılında onaylanmıştır. Bu sözleşmeye uyum sağlanması yönünde atılan ilk adım olan 4773 sayılı İş Güvencesi Kanunu ve ardından 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte 2003 yılından beri uygulanmakta olan iş güvencesi hükümleri, çalışma hayatına getirdiği yeniliklerin yanında önemli oranda dava ve tartışmaların da kaynağını oluşturmaktadır.

İş sözleşmesinin oluşturduğu hukuki bağımlılıktan kurtulmak, ortada haklı bir neden yoksa ancak süreli fesih ile mümkündür. Tarafların iş sözleşmesi ile sınırsız bir süre için bağlı olmaları mümkün değildir. Burada kişi özgürlükleri ve sözleşme serbestisi ilkesi devreye girmektedir. İş sözleşmesinin taraflarına sözleşme ile oluşturulmuş hukuki bağı ortadan kaldırma imkanı veren İş K. m. 17'de ifadesini bulan süreli fesih hakkıdır.

4857 sayılı İş Kanunu uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için bazı özel koşullar gerekmektedir. İş sözleşmesi işçi ve işveren arasında güven ilişkisini gerektiren bir sözleşme olması nedeniyle küçük işyerlerinde sarsılan güven ilişkisinin yeniden kurulması güçtür. Ancak İş Kanunu ile getirilen otuz işçi kriteri, Türkiye'deki işyerlerinin çoğunluğunda otuzdan az işçi çalıştığı ve bu nedenle pek çok işçi bu güvence kapsamı dışında kaldığı için, yeterli korumayı sağlayamayan bir düzenlemedir. Bu

sebeple ülkemiz koşullarına uymayan 30 işçi kriterinin değiştirilmesi ve bu sayının azaltılması daha uygun olacaktır.

Ayrıca, 30 işçi sayısının hesabı da önem taşımaktadır. Bu tespit yapılırken fesih anında o işyerinde fiilen çalışan işçi sayısı değil, işyerinin kapasitesi gereği çalıştırılması gereken işçi sayısı esas alınmalıdır. İşyeri kapasitesine uygun olarak otuzdan fazla işçinin çalıştırılması gereken bir işyerinde işveren, işçileri iş güvencesi kapsamı dışında tutmak için otuzdan az işçi çalıştırabilir. Böylece, mevzuattaki hükümleri bu şekilde bertaraf etmek amacıyla işyerinde fiilen çalışan işçi sayısına değil, işyerinin aslında çalıştırması gereken işçi sayısı göz önüne alınarak hesap yapılmalıdır.

İş güvencesinin kapsamına girebilmek için gerekli olan altı aylık kıdem süresinin hesabında da, işçinin aynı işverene bağlı aralıklı ya da aralıksız tüm çalışma süreleri dikkate alınmalıdır. İş K. m.18'de aralıklı çalışma sürelerinin birleştirilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, altı aylık kıdem süresi kesintisiz bir süre olarak kabul edilmemelidir. İşverenin altı aylık sürenin bitimine az bir süre kala sırf işçiyi iş güvencesi kapsamı dışında bırakmak amacıyla sözleşmeyi feshetmesi şeklinde sorunlarla karşılaşılabilir. Bu durumda, işverenin kötüniyetli olduğunun ispatı halinde, kötüniyetli yapılan fesih dolayısıyla işçiye kötüniyet tazminatı ödenmelidir.

Bunun dışında İş Kanununun uygulama alanına girmeyen işlerde, diğer deyişle Borçlar Kanununa ve Deniz İş Kanununa tabi olarak çalışanlar iş güvencesinden yararlanamayacak ve bunlar için fesih serbestisi ilkesi geçerli kalmaya devam edecektir. Bu düzenleme tarzı tüm işkolları ve istihdam olunan tüm işçiler için geçerli düzenlemeler yapılmasını öngören 158 sayılı ILO sözleşmesine uygun düşmemektedir, bu sebeple İş Kanunu ve Borçlar Kanununa tabi olanlar için de bir takım düzenlemeler yapıp, bu kişilerin de iş güvencesi hükümlerinden yararlanması sağlanarak bu aykırılığın düzeltilmesi temin edilmelidir.

İşveren, fesih bildirimini yazılı yapmalıdır. Bu hususun geçerlilik koşulu mu yoksa ispat koşulu mu olduğu kanunda açıkça belirtilmemiştir. Fesih bildiriminin yazılı yapılmasının geçerlilik koşulu olduğu kabul edildiğinde, bu koşula uymama başlı başına feshi geçersiz hale getirecektir. Yazılı bildirim geçerlilik koşulu olmadığını kabul etmek ve sözlü fesih imkanını mümkün kılmak özellikle yargılama sırasında ispat yükü açısından büyük sorun yaratacaktır. İş Kanununun 19. maddesinde bildirim yazılı olmasıyla beraber sebebinin de açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi gerektiğine ilişkin düzenleme nedeniyle tüm bu unsurlar birlikte değerlendirilmeli, fesih bildiriminin yazılı olmasının geçerlilik koşulu olduğu kabul edilmelidir.

İşverenin, süreli fesih hakkını kullanırken fesih bildirimini yazılı yapılmasının yanı sıra, fesih sebebinin de açık ve net olarak gösterilmesi gerekmektedir. Sebep gösterilirken soyut ve genel ifadelerden kaçınılmalı, fesih sebebi olabildiğince somut olarak belirtilmelidir. İşveren göstermiş olduğu bu fesih sebebi ile bağlı olup, daha sonra yargılama sırasında bu sebebi değiştiremez. Fesih bildirimini yazılı olarak yapılması gibi, fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi de, bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilmelidir.

İşçinin davranışları veya verimine dayalı fesihlerde ise, sözleşmenin feshinden önce işçinin savunmasının alınması gerekmektedir. Bu husus da yine geçerlilik koşuludur. İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih sebeplerinde ise böyle bir yükümlülük söz konusu değildir. Bu tür durumlarda fesih sebebi işçiden kaynaklanmadığı için, işçinin savunmasının alınmasının da bir amacı veya anlamı olmayacaktır. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan ve benzeri hallerin varlığı halinde ise savunma alma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak geçerli sebeple fesihler, haklı nedenle yapılan fesihlere karşın daha hafif bir kusurun varlığını gerektirir. Dolayısıyla daha hafif bir kusuru gerektiren durumlarda dahi işçinin savunmasının alınması zorunlu tutulurken, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık gibi işçinin daha ağır bir kusurunun gerektiği durumlarda savunmasının alınmaması hakkaniyete aykırı olacaktır. Dolayısıyla yapılacak

bir düzenleme ile savunma alınması zorunluluğunun tüm fesih türleri için getirilmesi ve fesihler için aynı usulün kabul edilmesi daha uygun olacaktır.

İşçinin savunmasının alınması gerektiği açık olarak hükme bağlanmışken savunmanın biçimi ve yöntemi hakkında herhangi bir kurala yer verilmiş değildir. Kanaatimizce savunma hakkının amacına uygun olarak, işçiye verimsizliğinden veya davranışından kaynaklanan fesih nedeni yazılı olarak bildirilmeli, savunma için işçiye uygun bir süre tanınmalı, yazılı ya da tutanakla tespit edilmek şartıyla sözlü savunmasını vermediği takdirde, savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı bildirilmelidir.

İş Kanununda sözleşmenin feshinden önce işverenin işçiye ihtarda bulunmasına ilişkin bir hüküm bulunmadığı için, fesihten önce işçiye ihtarda bulunulmaması her durumda feshin geçersizliğine yol açmamaktadır. İşçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle fesihten önce işverenin işçiyi uyarması gerekip gerekmediği ve uyarı yapılmamasının feshin geçersizliğine neden olup olmayacağı tartışmalıdır. Doktrin ve Yargıtay kararlarına göre kabul edilen görüş doğrultusunda işçinin davranışlarını düzeltebileceği veya yetersizliğini giderebileceği durumlarda yazılı olarak uyarılmasının gerekli olduğu konusunda bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı düşüncesindeyim.

İşe iade davasına ilişkin hak düşürücü nitelikte olan dava açma süresinin herhangi bir nedenle kaçırılması neticesinde davaların reddedildiği, işçilerin işe iade haklarından mahrum kaldığı görülmektedir. Kusuru olmaksızın bir mazereti nedeniyle dava açma süresini geçiren işçi, mazeretinin ortadan kalkmasından itibaren bir hafta veya iki hafta süre içinde, işe iade davası açabilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyim.

Sürelili fesihlerde, sürenin başlangıcı için tebliğ tarihinin esas alınması hak kayıplarına yol açmaktadır. Örneğin, bugün tebliğ edilen bir fesih bildiriminde iş sözleşmesinin 1,5 ay sonra sona ereceği yazılmış ise işçi bu tarihi esas alacak ve hak düşürücü süre olan 1 aylık dava açma süresini kaçırmış olacaktır. Zaten çalışmaya devam ediyor olduğundan bir ümit de

olsa belki fesihden vazgeçilir düşüncesiyle dava açmaya da çekinebilirler. Bu nedenle süreli fesihlerde, işe iade dava açma süresi, sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren başlatılmalıdır. Bu yönde bir düzenlemenin yapılması daha uygun olacaktır kanaatindeyim.

Ayrıca HMK m. 120'deki yargılama harçları ve giderlerinin peşin alınması yönünde düzenleme getirilmiş olması dava açma özgürlüğüne getirilmiş bir kısıtlama niteliği taşımaktadır. Özellikle işsiz kalmış bir işçinin işe iade davası açacağı sırada dava sonuna kadar yapılacak tüm yargılama giderlerinin tamamının peşin alınması, örneğin dava açıldıktan yaklaşık bir yıl sonra yapılacak bilirkişi incelemesi için bilirkişi ücreti, belki de iki yıl sonra verilecek kararın tebliği giderlerinin peşin alınması işçinin dava açmasının önünde büyük bir engel oluşturmaktadır. Yargılama giderlerinin peşin ödenmesi konusunda işçilerin açacakları işe iade davalarında bir istisna getirilmesi faydalı olacaktır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine göre, mahkeme ilk oturumda tarafları sulh olmaya teşvik eder, tarafların anlaşamaması veya taraflar ya da vekillerden birinin gelmemesi halinde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilir. Uygulamada kanunda yer alan bu düzenlemenin pek fazla dikkate alınmadığı, hâkim tarafından sulh'e teşvik yoluna başvurulmasına pek önem verilmediği görülmektedir. Uygun hukuki düzenleme bulunmasına rağmen uygulamada yeterince önem verilmeyen bu düzenlemeye uygun olarak tarafların anlaşmasıyla konunun halledilmesi, işçi, işveren ve toplum menfaatine uygun olacaktır. Düzenleme tekrar gözden geçirilmeli ve gerekirse yaptırımlarla desteklenerek uygulanabilir hale getirilmelidir.

İş Kanunu'nun 21. maddesinde, işçinin, kesinleşen İşe iade kararının tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde işverene başvurusunu zorunlu kılmaktadır. Halbuki, kesinleşen mahkeme kararı işverene de tebliğ edilmektedir. İşveren, işçinin başvurusunu beklemeden kendisine kanunda verilen süre içerisinde işçiyi işe başlatmak üzere davet etmeli veya

başlatmayacaksa bu durumu işçiye bildirmelidir. Aradaki işçinin işverene başvuru prosedürü ortadan kaldırılmalıdır. Böyle bir durum hem bürokratik işlemleri azaltarak vakit ve para kaybını önleyecektir hem de İş Hukukunun temel amaçlarından olan işçiye koruma amacına uygun düşecektir. Yine uygulamada ortaya çıkan 10 iş günlük sürede işverene başvuru konusundaki sorunları da ortadan kaldıracaktır. Böyle bir düzenlemeye gidilmeyecek bile olsa postadaki gecikmeler veya başvurunun ispatı konuları sürekli sorun oluşturduğu için başvurunun 10 iş günü içerisinde notere yapılmasının yeterli olduğuna ilişkin bir düzenlemenin yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

İş Kanunu 21. maddesinde, işverenin işçiye bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu, işe başlatmaması halinde işçiye en az dört, an çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeyeceği düzenlenmiştir. İşçiye başvuru için 10 iş günü verilmiş olmasına rağmen işverene bir ay süre verilmesi bir dengesizlik ve vakit kaybı oluşturmaktadır. İşe başlamak üzere başvuran işçinin bir ay daha beklemesini istemek hakkaniyete uygun düşmediğinden bu sürenin kısaltılması yönünde bir düzenleme yapılması faydalı olacaktır.

İş güvencesi tazminatı işçinin işverence işe başlatılmamasının bir yaptırımı gibi gözükmüş olsa da davada haksız çıkan işverene seçimlik bir hak kullanma yetkisi vermektedir. Bu düzenleme ile gerçek anlamda bir iş güvencesi sisteminden uzaklaşmış olmaktadır. Zira bu sistemde, işçinin işe iade yerine iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre tazminatı talep etme hakkı yoktur. Bu sistem sadece işverene, iş güvencesi tazminatı ödeyerek iş ilişkisini devam ettirmeme yönünde seçimlik bir hak tanımakta, işçiye ise işe başlamaya mecbur tutmaktadır. Eşitlik ilkesine aykırı bu durum ise davanın uzun süreceğini, işçinin bu süre içinde yeni bir işe gireceğini ve kendisine başvurma ihtimalinin düşük olduğunu tahmin eden işverenin keyfi fesihlerde bulunmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla, yargılama aşamasında taraflara işe iade veya tazminat konusunda taleplerini belirtmelerini mümkün kılan ve iş ilişkisinin taraflarca sürdürülmesinin beklenemeyecek hale geldiğinin tespiti halinde de sadece tazminata hükmedebilme yetkisinin tanındığı bir sistemin kabul edilmesi, hem işçi ile işveren açısından bir eşitlik, hem de uygulama

bakımından daha uygun ve pratik bir çözüm sağlayacaktır. Mevzuat ve uygulamada işverene seçimlik davranma hakkının tanınmış olmasına rağmen bu hakkın işçiye tanınmamış olması pek haklı bir uygulama değildir. Belki de işçi bir daha o işyerinde çalışmak istemeyecektir. Böyle bir durumda işe başlamak yerine tazminat isteyebilmelidir. Çünkü haksız fiile uğrayan taraf işçidir ve bu haksız fiil iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmiş olabilir.

İş Kanunu 21. maddesinin uygulanması sonucunda, işe iade davasında uyuşmazlığın açık ve kesin olarak çözümlenememesi, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti alacağıının işçinin Kanuni süresinde işverene başvurusu şartına bağlanması, iş güvencesi tazminat alacağıının işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından işe başlatılmaması şartına bağlanması, kararın icrası aşamasında yeni sorun, dava ve tartışmalara yol açmaktadır. Çünkü, İş Kanunu'nun 21. maddesindeki düzenleme karşısında, kararın icra edilebilir bir nitelik kazanabilmesi ancak karar sonrasında bazı şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Davanın nitelik olarak eda veya tespit davası olarak nitelendirilmesi sonucu değiştirmemektedir. Çünkü, kararın icra edilebilme usulünü, dava konusu uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk kuralı olan İş Kanunu'nun 21. maddesi belirlemiştir. İş Kanunu'nun 21. maddesi esas alındığında verilen mahkeme kararının ilamlı icraya konu edilmesi mümkün değildir. Kanunun bu maddesi gereğince kapsamı belirlenen tüm hüküm fıkraları açısından icra kabiliyetinden yoksun işe iade davasının, bir eda davası olduğu kabul edilemez. İş Kanunu'nun şarta bağlı düzenlemesi, işe iade kararıyla tazminat ve ücret alacağıının ilamlı icra takibine konu edilebilmesini engellemektedir. Şarta bağlı hükümlerin icrası açısından bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

İşverenin süreli fesih hakkını hangi sürede kullanması gerektiğine ilişkin Kanuni bir düzenleme olmamasına karşın fesih hakkı, fesheden neden olan olayın gerçekleşmesinden itibaren makul bir süre içinde kullanılmalıdır. Nitekim, fesih hakkının makul bir süre içinde kullanılmaması işçide sözleşmenin feshedilmeyeceği inancını doğurabilir. Bu nedenle işçi, somut olayın şartlarına göre, makul bir süre içinde fesih bildiriminde



bulunulmamasına dayanarak feshin geçersizliğini ileri sürebilmektedir. Taraflar açısından makul sürenin yoruma meydan bırakılmayacak şekilde belirlenmesi de faydalı olacaktır.

İşe iade davası devam ederken işverenin işçiyi eski işine başlatma yönünde çağrısına işçinin icabet etmemesi, işe dönme konusunda gerçek niyeti taşımadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. İşçinin açmış olduğu davanın sonucunda işe iadeyi sağlama çabası kanuni hakkıdır. Kanaatimizce, işçinin açtığı davada yargı kararı güvencesi ile işe başlatılmasını isteme hakkına sahip olan işçi daveti kabul etmek zorunda bırakılmamalı,. İşçinin feshin geçersizliği davası açtıktan sonra işverenin işe daveti, bir nevi feshi geri alma kabul edebileceği gibi, aslında feshin geçersiz olduğunu ve dolayısı ile açılan davayı kabul ettiği anlamına gelir. Davayı kabulün ise HMK hükümleri gereği sonuçları farklıdır. Bu durumda mahkemece feshin geçersizliğine ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre ücreti ve diğer hakları konusunda karar verilmelidir. Tüm bunların yanında yargılama giderleri ve vekalet ücretlerinden de işveren sorumlu tutulmalıdır.

Kesinleşen işe iade kararına ilişkin mahkeme kararının tebliğinden itibaren işçinin, on iş günü içinde işe başlamak üzere işverene başvurması ve başvuruyu takiben işverence işe davet edilmesine rağmen işe başlamaması halinde bu işçinin istifa ettiği kabul edilmelidir. Çünkü, mahkemenin işe iade kararı vermesi ve işçinin işe başlamak üzere işverene başvurması halinde, fesih hiç yapılmamış gibi iş sözleşmesi baştan itibaren aynı koşullarda devam edeceğinden, işçinin işe başlamamasının istifa sonucunu doğurması kabul edilmelidir. İşverenin işçiyi işe başlatmaması yeni bir fesih sayıldığına göre işçinin işe başlamamasının da fesih(istifa) sayılması doğaldır.

Kıdem Tazminatı, iş güvencesi sağlanması konusunda en eski ve en etkili kurumların başında gelmektedir. Kıdem tazminatı, işçiler açısından vazgeçilemeyecek kurum olmakla birlikte özellikle küçük ölçekli işyerleri göz önüne alındığında tahsil edilebilme kabiliyeti açısından sorunların oldukça

fazla olduğu gör÷lmektedir. Özellikle ekonomik kriz dönemleri ve benzeri durumlarda kapanan işyerlerinin çok oluşu ve bu işyerlerinde çalışan işçilerin kıdem tazminatı alamadan işlerini kaybetmeleri düşün÷ldüğünde en sağlıklı ve köklü çözümün kıdem tazminatı fonu olduğu akla gelmektedir. Fon mutlaka oluşturulmalıdır. Fakat fonun bir süre sonra oluşacak büyüklüğünden iştahi kabarcak siyasi iktidarların fonu amacı dışında kullanamayacakları şekilde düzenlemelerle korunmalıdır.

Ayrıca mahkemelerin işçi alacaklarına ilişkin davalarda (kıdem, ihbar, ücret vs.) işverenin mallarının borca yeter miktarı üzerine satış ve devrinin önlenmesi yönünde ihtiyati tedbir kararı vermeleri yönünde düzenleme yapılması yerinde olacaktır kanaatindeyim.

Kötüniyet tazminatı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçilerin iş sözleşmelerinin TMK m. 2'deki dürüstlük kuralına uyulmadan gerek bildirim sürelerine uyarak gerek bildirim sürelerine uymayarak feshedildiği durumlarda ortaya çıkan bir tazminattır. İş güvencesi kapsamında olan işçiler böyle bir feshe maruz kaldıklarında iş güvencesinin feshe karşı koruma yollarından yararlanırlar. Dolayısıyla kötüniyet tazminatı, iş güvencesinden yararlanmayan işçiler açısından feshe karşı korumayı sağlayan kurumlardan biridir. Böyle bir feshe gittiğinde bu tazminat verecek olması kısmen de olsa işverenin keyfi hareketini önler. Anlaşılacağı üzere bu tazminat iş güvencesinden yararlanmayan işçiler için bir tür iş güvencesi tazminatı niteliğindedir.

İş güvencesinden yararlanabilecek konumdaki bir işçinin iş sözleşmesinin kötüniyetli feshi halinde kötüniyet tazminatını her olayda alamayacağını iddia etmek de hakkaniyete uygun düşmeyebilir. Çünkü İş K m. 17/6'daki kuralın amacı iş güvencesinden yararlanma şartlarına sahip olan ve Kanuni süresinde dava açarak işe iade kararı alan bir işçinin artık bu feshin kötüniyetli yapıldığından bahisle bir de kötüniyet tazminatı isteyemeyeceğidir. Çünkü, ona uygulanan bu fesih geçersiz sayılmış ve işçi işine kavuşmuştur. Buna karşılık hiç dava açmayan işçi feshe itiraz ve buna

bağlı haklarını kaybeder. Bu durumda fesih geçerli sayılmış olacaktır. Fakat bu kötüniyetli bir fesih olmasına rağmen işçi kötüniyet tazminatı talep edemeyecek olursa kötüniyetli fesih tamamen yaptırımsız kalmış olacaktır. Bu durumda iş güvencesinin özüne ve hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir. Bu durumda işçi iş güvencesinden yararlanamayan işçiler gibi kötüniyet tazminatı isteyebilmelidir.

İşe iade sonucu işçi her ne kadar işine dönmüş olsa bile, sendikal nedenle yapılmış olan feshin sendika özgürlüğünü zedelediği, işçiyi sendika üyeliği ve faaliyetlerinden yıldırma sonucunu taşıdığı söylenebilecektir. Bu yüzden sendikal nedenle yapılan fesihlerin işe iadeyle sonuçlanması durumunda işverenin sadece boşta geçen 4 aylık süre tutarındaki ücret yanında sendikal özgürlüğün korunması açısından başka bir tazminatla cezalandırılması uygun olacaktır. Aksi halde, 4 aylık boşta geçen süreye ilişkin ücreti ödemeyi göze alıp; sendikal faaliyetleri nedeniyle rahatsız olduğu işçisinin sözleşmesini fesheden işverenin, mahkemenin işe iade kararı vermesi sonunda tekrar işe alarak bir süre sonra yeniden feshetmesinin önüne geçilemeyecektir. Sendika özgürlüğünün gerçek anlamda bir güvenceye sahip olabilmesi için sendikal nedenle, iş sözleşmesinin feshedildiğinin mahkeme tarafından tespit edilmesi durumunda, fesih işleminin tüm hukuki sonuçlarıyla geçersiz sayılarak, işçinin mahkeme kararıyla işe iadesi söz konusu olmalıdır.

İşçinin sendikal nedenle feshe karşı korunmasını sağlayan düzenlemeler açısından iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler açısından önemli bir fark bulunmaktadır. Şöyle ki; İş güvencesinin kapsamında bulunan bir işçinin sendikal nedenin bulunduğunu ispat yükümlülüğü bulunmasına rağmen, iş güvencesinin kapsamı dışında bulunan işçi bakımından böyle bir yükümlülük yoktur. Çünkü, sendikal nedenin bulunmadığını ispatlama yükümlülüğü işverene verilmiştir. İspat yükü bakımından ortaya çıkan bu ayrımın yerinde olmadığı kanaatindeyim. İş

güvencesinin kapsamında bulunan işçiler açısından da benzer bir düzenlemenin getirilmesi isabetli olacaktır.

İş güvencesi kapsamına giren işçilerin, işe iade yerine kötüniet veya sendikal tazminat isteyememeleri yönündeki düzenlemenin arkasında yatan düşünce, işe iade müessesinin daha güçlü bir koruma sağlaması ve işçinin de mutlaka bu korumayı isteyeceği varsayımı olabilir. Ancak bilinmektedir ki, kötünietli olarak veya sendikal nedenle iş sözleşmeleri feshedilmiş işçilerin açacakları dava sonucunda, fesih geçersiz kılınsa dahi, işçilerin işe dönmek istememeleri mümkündür. İş güvencesine tabi işçilere işe iade zorunluluğu, iş güvencesi dışında kalanlara ise tazminat hakkının tanınması halinde kapsam dışında olanların kapsam içinde olanlara göre daha avantajlı hale getirildiği itirazı ile karşılaşabilecektir. Bu konuda, düzenleme yapılarak işçiye işe iade veya tazminat isteme arasında bir seçim imkanının tanınması daha uygun olacaktır. Böyle bir değişiklikte iş güvencesi kapsamında bulunmakla birlikte işe iade istemeyen bir işçinin sözleşmesinin sendikal sebeple feshedilmesi durumunda, bu hukuka aykırı feshin yaptırımsız kalması önlenmiş olacaktır.

İş güvencesine tabi olan işçiler açısından ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatına birlikte hükmedilip hükmedilemeyeceği sorunu doktrinde ve uygulamada tartışılmaktadır. İş güvencesi tazminatı ve ayrımcılık tazminatını doğuran sebepler birbirinden farklı durumdadır. Aynı zamanda iki tazminatın telafi etmeye çalıştıkları zararlar da birbirinden farklılık göstermektedir. İş güvencesi tazminatı iş sözleşmesinin feshe karşı korumasının ve dolayısıyla işe başlatmamanın yaptırımını ayrımcılık tazminatı, fesihten ziyade işçinin ırk, dil, renk, cinsiyet vb farklılıklarından dolayı maruz kaldığı haksız ayrımcı uygulamalara bağlanan bir sonuçtur. Bu tazminatın amacı iş yerlerinde yapılacak ayrımcı uygulamaların önüne geçmektir. Ayrımcı uygulamaların olduğu işyerleri iş güvencesi kapsamındaki bir işyeri de olabilir. Dolayısıyla orada yapılacak ayrımcı uygulamalara caydırıcı olabilecek ayrımcılık tazminatı işverence ödenmelidir. Bununla beraber ayrımcı uygulamalara maruz kalmış iş güvencesine tabi olan işçinin

aynı zamanda iş sözleşmesi feshedilmiş ve işveren mahkeme kararına rağmen işe başlatmamış ise ayrımcılık tazminatı yanında işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı da ödemelidir.

Boşta geçen süre tazminatı, sözleşmesi feshedildiği için işe iade davası açan işçinin yargılama devam ederken boşta geçirdiği sürenin hukuki niteliği önem taşımaktadır. Bu süre askı süresi olarak değerlendirilemez. Çünkü, askı halinde işçi ve işverenin yan borçları devam etmesine karşın sözleşmeden doğan asli borçları askı haline girmektedir. Böylece, işçi askı süresi içinde iş görme borcunu işveren de ücret ödeme borcunu yerine getirmemektedir. Yani sözleşme devam etmekte fakat asli borçlar karşılıklı olarak askıya alınmaktadır.

BK m. 325 hükmü gereğince, boşta geçen sürenin işverenin iş vermekte temerrüdü şeklinde değerlendirilmesi de tam olarak doğru bir nitelendirme olarak kabul edilemez. Çünkü, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildikten sonra işçinin işe başlamak üzere işverene başvuru yapıp yapmayacağı belirsizdir. İşçinin işe iade için başvuru yapmaması halinde geçersiz fesih geçerli feshin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu durumda fesih ilk yapıldığı andan itibaren geçerli olarak sonuç doğuracağı için, boşta geçen süre ve bu süreye ilişkin ücret ödemesi söz konusu olmaz. İş Kanununa göre, işçinin işe iade için işverene başvurması ve işverence işe başlatılması halinde ise işçiye çalıştırılmadığı sürenin tamamının değil, sadece dört aya kadar olan kısmının ücret ve ekleri ödenmektedir. Halbuki, BK m. 325'e göre, bu şekilde bir sınırlandırma olmaksızın işverence kabulde temerrüt edilen tüm sürenin ücret ve eklerinin ödenmesi gerekmektedir. Bu sebeple, İş Kanunu bakımından boşta geçen süre tam anlamıyla BK m. 325'de düzenlenen işverenin temerrüdü kapsamında düşünülemez. 3. Bölümde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, İş K. m. 21/3'te belirtilen boşta geçen süre ne tam olarak işverenin temerrüdü ne de askı hali olarak nitelendirilebilir.

Yine boşta geçen süre genel anlamda bir sosyal ücret olarak da nitelendirilemez. Çünkü, sosyal ücret ödemelerinde asıl amaç işçinin dinlendirilmeye olan ihtiyacının karşılanması olarak değerlendirilmektedir. Sosyal cret olarak değerlendirilen demeler sürecinde taraflar arasındaki iş sözleşmesi devam etmektedir. Boşta geçen süre ise iş ilişkisinin devamının mahkeme kararı kesinleşinceye kadar belirsiz olduğu bir süredir. Bu süre zarfında işvereninin fesih işlemi nedeniyle işçi bir zarara uğramaktadır. Işvereninin fesih işleminin haklı veya haksız olduğu mahkeme kararıyla ortaya çıkacaktır. Mahkeme fesih işleminin geçersiz olduğuna karar verdiğinde aynı zamanda yapılmış fesih işleminin haksız bir fiil olduğunu da tescil etmiş demektir. Bu halde işçinin boşta geçirdiği süre içinde uğradığı zararlar işvereninin haksız fiilinden kaynaklanmış olduğundan bu zararın haksız fiil sorumlusu olan işveren tarafından tazmin edilmesi gerekir. Bu durumda da ödenecek miktarın niteliği tazminat olacaktır. Kanunda bu yönde düzenleme yapılmasının gerekli olduğu düşüncesindeyim.

Işinin yargılama sırasında başka bir işte çalışması en doğal hakkı ve zaruri ihtiyacıdır. Çünkü, davanın ne kadar süre içinde sonuçlanacağı ve sonuçta işçinin davayı kazanıp kazanamayacağı, dolayısıyla iş ilişkisinin devam edip etmeyeceği belirsizdir. Bu nedenle, işçinin çalıştırılmadığı boşta geçen süre içinde başka bir işte çalışarak elde ettiği ücret geliri, feshin geçersizliğinin tespiti sonucunda hak kazandığı en çok dört aya kadar olan boşta geçen süre ücret ve eklerinden mahsup edilmemelidir.

Burada feshin geçersizliği mahkeme kararıyla kesinleşinceye kadar çalışma yapılmadan ve ücret ödenmeden boşta geçen bir süre vardır. Bu süre içerisinde fiilen ücret ödenmediğinden sigorta primleri de ödenmemektedir. Mahkeme kararı kesinleşince geriye dönük olarak iş sözleşmesi tekrar kurulacak ve boşta geçen süre için ödenecek tutar ücret olarak kabul edilirse bu ücret üzerinden tüm sigorta kollarına ilişkin primler kesilecektir. Halbuki uygulamada 3 yıl kadar süren davalara rastlanmaktadır. Bu dönem içerisinde işçi ücret almadığı için primleri ödenmediğinden prim ödenmesi şartına bağlı sigorta kollarından yararlanamayacaktır. Örneğin,

sigortalı kadın işçiye veya sigortalı olmayan eşinin doğum yapması halinde erkek işçiye emzirme ödeneği verilebilmesi için doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları primi yatırılmış olması gerekir. Yine bir hastalık halinde sağlık yardımlarından yararlanabilmek için son bir yılda 30 gün Genel Sağlık Sigortası primi ödemiş olmak ve başka hiçbir prim borcu bulunmamak gerekir. Tüm bunlar göz önüne alındığında işçi uzun süren dava nedeniyle ücret gelirinden yoksun kalmasının yanında başkaca zararlara maruz kalabilmektedir. Boşta geçen sürenin ücret olarak kabul edilmesi ve bunun da 4 ay ile sınırlandırılması halinde işçi diğer zararlarını hiçbir şekilde karşılayamayacaktır. Bu durum da İş Hukukunun sosyal fonksiyonunda eksiklikler ortaya çıkartacaktır. Halbuki işçi işverenin hukuka aykırı bir fiili ile bu zararlara maruz kalmıştır. Dolayısıyla bunun tazmin edilmesi hakkaniyete uygun olacaktır.

Yukarıda bahsedilen gerekçelerle boşta geçen süre için işçiye ödenecek tutarın tazminat olarak kabulü ve bu miktar üzerinden prim alınmaması ve 4 aylık sınırında kaldırılmasının faydalı olacağı kanaatindeyim.

Vergi Hukukuna göre, ücret vergiye tabidir. Boşta geçen sürede işverence işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş olduğundan işçinin işverene bağlılığının devam ettiği düşünülemez. O süre içinde işçi çalışmadığından dolayı herhangi bir hizmeti de bulunmamaktadır. Dolayısıyla işçiye ödenen bu bedel bir hizmet karşılığı olarak ödenmemektedir. Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesindeki ücret tanımına uymayan boşta geçen süreye ilişkin bedelin ücret olduğu söylenemez. Ücret tanımına uygunluk göstermemesine rağmen mevzuat ve uygulamada boşta geçen süre için ödenen bedel ücret olarak kabul edilmektedir. Boşta geçen süre tazminatı bölümünde anlattığımız üzere, boşta geçen süre ücreti işverence iş sözleşmesi geçersiz fesih nedenlerinden biriyle feshedilen işçiye ödenen bedeldir. Bu bedel, işverenin haksız fiiliyle boşta kalmasından kaynaklanan zararlarını gidermeye yönelik bir bedeldir. Bir zararın karşılanmasına hizmet eden boşta geçen süre için ödenen bedel ücretten ziyade tazminat niteliği

taşımaktadır. Dolayısıyla tazminat niteliği taşıyan boşta geçen süre tazminatının vergiden muaf olması gerektiği kanaatindeyim.

Boşta geçen süre için işçiye ödenen işsizlik ödeneğinin geri alınıp alınamayacağı da oldukça tartışılan bir konudur. Bu dönem için ödenen işsizlik ödeneğinin geri alınmasını gerektiren emredici nitelikte bir hüküm olmadığına göre İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği göz önünde bulundurularak ödenmiş işsizlik ödeneği geri istenmemelidir. İstenecek olsa bile dava dört ayda sonuçlanmış ise bu dört aylık kısım istenebilmeli aksi takdirde davanın uzadığı dönemde 4 aydan fazlaya ilişkin ayların ödeneği geri istenememelidir. Örneğin dava 9 ayda sonuçlanmış ise 5 aylık ödenek geri istenememelidir. Yine 15 ay süren bir davada dört aydan fazlası olan 11 ay için ödenen işsizlik ödeneği, zaten en fazla 10 ay ödenmiş olabileceği için hiç geri istenememelidir.

İşçinin yargılama sırasında boşta geçirdiği en fazla dört aya kadar olan ücret ve eklerini talep edebilmesi de tartışılan ve eleştirilen bir konudur. 4 aylık süre sınırlamasının adil bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz. Her ne kadar İş Mahkemesinde seri yargılama usulüyle davalar görülecek olsa da, uygulamada 4 aylık bir sürede yargılama bitmemektedir. Kimi davalar yıllarca sürebilmektedir. Bu süre içinde işsiz kalan işçi açısından büyük zararların ve geçim sıkıntısının doğma ihtimali çok yüksektir. Dolayısıyla bununla ilgili yeni bir düzenlemeye gidilerek sosyal hukuk devletinin vermiş olduğu sorumluluğun yerine getirilmesi gerekmektedir. İşveren açısından baktığımızda ise, eğer dava reddedilirse zaten işveren açısından herhangi bir kayıp doğmayacaktır. Ancak eğer dava kabul edilir ve işe iadeye karar verilirse aynı zamanda işçinin haksız fiille iş sözleşmesini feshettiği ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden haksız fiil sonucu verilen zarar tazmin edilmelidir.

Boşta geçen sürenin dört ay ile sınırlandırılmasının Anayasaya aykırılığı iddiasını değerlendiren Anayasa Mahkemesi, Kanunda öngörülen yargılama süresi ve usulü göz önüne alındığında bu durumun işçi ile işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülükler dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol



açmadığı gerekçesiyle ve oy çokluğuyla hükmün Anayasaya aykırılık taşımadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin karar verdiği 2008 yılından önce özellikle 2003 ve 2004 yıllarında ve kısmen ekonomik kriz öncesinde davalar daha kısa sürede sonuçlanabiliyordu. Kanundaki seri yargılama usulü ve süresi ile uygulamayı göz önünde tutan Anayasa Mahkemesinin önüne tekrar benzeri bir dava ancak 10 yıl sonra yani 2018 yılında gelebilir. (AY m. 152) Bugün, 3'e karşı 8 oyla ve oy çokluğuyla anayasaya aykırılık talebini reddeden mahkeme belki o zaman aksi yönde karar verebilir. Fakat, bu süre beklenmeden kanun koyucu tarafından bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Feshin geçersizliği ve işe iade halinde boşta geçen sürenin kıdem hesabında dikkate alınıp alınmayacağı konusu da tartışılan konular arasındadır. Yargıtay feshin geçersizliği ve işe iade halinde iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiğini kabul etmekle birlikte işçinin kıdem hesabında sadece 4 aylık sürenin dikkate alınması gerekeceği görüşündedir. Kanaatimize göre, İş K 21. maddenin 3. fıkrasındaki en çok 4 aylık sınırlama süreye ilişkin değil ücret ve diğer haklarına ilişkin olup çalıştırılmadığı sürenin tamamının işçinin kıdemine sayılmasına engel olacak bir düzenleme yoktur. Bu nedenle boşta geçen sürenin tamamının kıdem hesabında göz önünde tutulması gerektiği düşüncesindeyim.

İş K. m. 21/son uyarınca, feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatma zorunluluğu, işe başlatmama halinde ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ödenecek ücret ve eklerine ilişkin düzenlemeler sözleşmeler ile hiçbir şekilde değiştirilemez olup aksine yapılan sözleşmeler geçersizdir. Bu düzenleme mutlak emredici niteliktedir. Anayasa mahkemesi, 2008 yılında boşta geçen sürenin dört ay ile sınırlandırılmasının Anayasaya aykırılığı iddiasını değerlendirirken red gerekçesinde seri yargılama usulünün yanında mutlak emredici nitelikte olan 21/son hükmünü de esas alarak en fazla 4 aylık süre

düzenlemesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Ancak bu düzenleme, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi serbestliği ilkesini ihlal edici niteliktedir. Aslında İş K. m. 21/son hükmü nispi emredici nitelikte olsa, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile iş güvencesi tazminatı miktarının veya boşta geçen süreye ilişkin ücretin artırılabilmesi iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen işveren bakımından bilinen bir risk oluşturacak ve böylelikle işçi feshe karşı daha fazla korunmuş olacaktır.

Boşta geçen süre tazminatında ödenecek faizin başlama zamanı fesih hiç olmasaydı işçiye her ayın ücretinin ödeneceği gün olmalı ve kademeli faiz uygulanmalıdır.

Kanaatimce uluslararası sözleşmeler, karşılaştırmalı hukuk, Yargıtay içtihatları, öğretilerdeki görüşler dikkate alınarak, çalışma mevzuatımızda gelişmelere yer verilmeli, kanun yapmanın zorluğu da dikkate alınarak uygun olduğu ölçüde diğer düzenleyici işlemlerle (tüzük, yönetmelik vb.) uygulamaya yol gösterilmelidir.

## KAYNAKLAR

ABBASGİL, Cengiz, **İş Hukukunda Bütün Yönleriyle Kıdem Tazminatı ve Uygulaması**, Yasa Yayınları, İstanbul, 1994.

AĞER, İlker, **Türk Çalışma Yaşamında İş Güvencesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.

AKI, Erol / ALTINTAŞ, Olcay / BAHÇIVANCILAR, İbrahim, **Uygulamada İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

AKI, Erol, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşçilerin Topluca İşten Çıkarılmaları", **Mercek D**, Yıl:10, S.40, Ekim 2005.(Toplu İşten Çıkarma)

AKI, Erol; "İş Sözleşmesinin Feshi ve Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara 2006.(Feshe İtiraz ve Sonuçları)

AKIN, Levent, **İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2001.

AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Özel Borç ilişkileri, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu İle Karşılaştırmalı**, 17. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2011.

AKINTÜRK, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç ilişkileri**, 14. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009.

AKTAY, A. Nizamettin / ARICI, Kadir / KAPLAN SENYEN, Emine Tuncay, **İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.(3. Baskı)

AKTAY, A. Nizamettin / ARICI, Kadir / KAPLAN SENYEN, Emine Tuncay, **İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011.(4. Baskı)

AKTAY, A. Nizamettin, “ **4773 Sayılı Yeni İş Güvencesi Kanunu Ve Getirdiği Yeni Düzenlemeler**”, Kamu İş Dergisi, Yıl:2003, Cilt-7, S:2.(İş Güvencesi Kanunu ve Getirdiği Yenilikler)

AKTAY, A. Nizamettin, “**İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi**”, Sicil İHD, Eylül, 2006/3. (İşçinin Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamaması)

AKTAY, A. Nizamettin, “**Kıdem Tazminatı Fonu Düzenleme Çalışmaları**”, 12. Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Kongresi, Türk-İş ve Süleyman Demirel Üniversitesi İşbirliği ile 7-10 Ekim 2010’da Antalya-Belek’te gerçekleştirilen Kongre, Aydoğdu Ofset, Ankara, 2011. (Kıdem Tazminatı Fonu)

AKTAY, A. Nizamettin, “**Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartlarının Hukuki Niteliği, Karar İncelemesi**”, Sicil İş Hukuku D, S.18, Haziran 2010.(Kıdem Tazminatı Şartları)

AKTAY, A. Nizamettin, **Avrupa Birliği Ülkeleri Toplu İş hukuku**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1997.(AB Toplu İş Hukuku)

AKTAY, A. Nizamettin, **Sendika Hakkı**, Kamu-İş Eğitim Yayını, Ankara, 1993.(Sendika Hakkı)

AKTAY, A. Nizamettin, **Toplu İş Sözleşmesi**, yy, Ankara, 2000.(Toplu iş sözleşmesi)

AKTUĞ, Semih Serkant, **İş Güvencesinin Sosyal Ekonomik Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirmesi**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2010.

AKYİĞİT, Ercan, En Son Tarihli Yargı Kararları Eşliğinde İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş kanununda **Kıdem Tazminatı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010. (Kıdem Tazminatı 2. Baskı)

AKYIĞIT, Ercan, **İş Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010. (İş Hukuku)

AKYIĞIT, Ercan, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş kanununda **Kıdem Tazminatı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999. (Kıdem Tazminatı)

AKYIĞIT, Ercan, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007. (İş Güvencesi)

ALP, Mustafa, **İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)**, DEÜHFD, 2003, S:1, s.(1-40). (Feshe Karşı Koruma)

ALP, Mustafa; "Personel Yönetmeliği İle Yaş Sınırı Getirilmesi", **Legal YKİ.**, 4/2007.(Yaş Sınırı Getirilmesi)

ALPAGUT, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut mudur?", **Sicil İHD.** 4.12.2006. (Fesihte Sosyal Seçim)

ALPAGUT, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı- Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Sicil İHD**, Mart 2006.(Haklı Neden Geçerli Neden Ayrımı)

ALPAGUT, Gülsevil, **İşyerinin Devri ve İş sözleşmesini Fesih Hakkı**, Beta Basım, İstanbul, 2010.(İşyeri Devrinde Fesih Hakkı)

ALPAGUT, Gülsevil, "**İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi**", III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum. (İş Güvencesi)

ALPAGUT, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşması İle Sona Ermesi", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 11. Toplantı**, İstanbul Barosu Yayınları, 2008. (İş Sözleşmesinin Sona Ermesi)

ALPAGUT, Gülsevil; İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, 2005, Ankara, 2007. (Kıdem Tazminatı)

ANADOLU, F. Kerim, **İş güvencesi ve Kıdem Tazminatı**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2002.

ANDAÇ, Faruk, **İş Hukuku** (Türk Çalışma Hukuku Uygulaması) Ferdi İş Hukuku, Toplu İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku, İş Uyuşmazlıkları, Yargı Yayınevi, Ankara, 2006.

ANTALYA, O. Gökhan, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Basım, İstanbul, 2012.

AR, Kamil Necdet, **Küreselleşme Sürecinde Türkiye'de Ücretlerin Gelişimi**, Kamu-İş Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2007.

ARAL, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ARICI, Kadir, **Sosyal Güvenlik**, Sargın Ofset, Ankara, 1999,

ARSLAN, Arzu; "Feshin Geçersizliği ve İşe İade Talebinin Süresi-Geçerli Neden/Haklı Neden Ayırımı ve Feshin Hakkaniyete Uygunluğu", (Karar İncelemesi), **Çalışma ve Toplum EHD**, S.15, 2007/4.

**Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar**, İş Müfettişleri Derneği'nin 21 Şubat 2009'da Antalya'da, 21 Mart 2009'da Adana'da, 25 Nisan 2009'da Ankara'da, 23 Mayıs 2009'da İzmir'de, 27 Haziran 2009'da İstanbul'da Gerçekleştirmiş olduğu Panel ve Görüşmeler, Dumat Ofset, Ankara, 2010.

ASLANKÖYLÜ, Resul, **Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu**, Nurol Matbaacılık, Ankara, 2003.

AŞÇIOĞLU, Çetin, **Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, 2. Bası**, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2008.

ATEŞ, Merve, **Türk Hukukunda Hastalık ve Analığın Hizmet Akdine Etkileri**, Beta Basım, İstanbul, 2011.

AYAZ, Nükhet, **Türkiye’de Toplu İş Sözleşmelerinde Sosyo-Ekonomik Göstergeler Açısından Ücret ve Ücret Dışı Ödemelerin Analizi**, Hazar Basın yayın A.Ş., İstanbul 1993.

AYDIN,Ufuk, “**Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları**”, Sicil İHD, 2007/8. (Çağrı Üzerine Çalışma)

BAĞDADIÖĞLU, Enis, **İşçiler Açısından Ücret**, Türk-İş Eğitim Yayınları, Demircioğlu Matbaacılık, Ankara, 1999.

BAKIRCI, Kadriye, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin, Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, **Sicil İHD**, Haziran 2006, S:2, (Kötüniyet, Sendikal ve Ayrımcılık Tazminatı ilişkisi)

BAL, Özlem, **Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

BALCI, Mesut, **İş Kazası Ve Meslek Hastalığından Doğan Tazminat Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

BAŞALP, Nilgün, “Destekten Yoksun Tazminatına İlişkin Bazı Değerlendirmeler: Tazminat Şartları ve Zararın Hesabında Yetiştirme Giderleri”; Uğur Alacakaptan’a Armağan, C.2 Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

BAŞBOĞA ŞAHBAZ, Zübeyde, **İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu İle Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar**, Beta Basım, İstanbul, 2010.

BAŞTERZİ, Süleyman, **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi**, 72 Tasarım Ltd. Şti, Ankara, 2007. (Çalışmanın Kesintiye Uğraması)

BAŞTERZİ, Süleyman, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri", **AÜHFD**, 2005, S.3. (Feshe Karşı Koruma Reformu)

BAYCIK, Gaye, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

BAYDEMİR, Mehmet, **İş ve Vergi Hukukunda Kıdem Tazminatı ve Muhasebesi**, Beta Basım, İstanbul, 2001.

BAYRAM, Fuat; "Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", **Legal İHSGHD**, 14/2007.

BAYSAL, Ulaş, **İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

BEDİR, Eyüp, Gazi üniversitesi, İİBF Çalışma ekonomisi ve Endüstri ilişkileri Bölümü, **Sosyal Politika Ders Notları**, Ankara, 2011.

BEDÜK, Mehmet Nusret, "İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt-1**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.

BENOKAN Ömer/ ÖZCAN Turgut, **İş kanunu ve Vergi Uygulaması**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Acar Basım, İstanbul, 2007.

BİÇERLİ, Kemal, **Çalışma Ekonomisi**, Beta Basım, İstanbul, 2000.

BİGAT, Şevket Güney, **Beden Gücünün Azalmasından Kaynaklanan Tespit Davaları**, 506 ve 5510 Sayılı Kanun ile Karşılaştırmalı, Zigana Yayıncılık, İstanbul, 2008.



BİLGİLİ, Abbas, “İş Hukukunda Faiz Uygulaması Açısından Muacceliyet ve Temerrüt Kavramları”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt-2**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011. (Faiz Uygulaması)

BİLGİLİ, Abbas, **İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, 2. Baskı**, Karahan Kitapevi, Adana, 2005. (İş Güvencesi)

BİLGİLİ, Özkan, **Sosyal Güvenlik Uygulaması**, Bizim Repro, Ankara, 2008.

BİRBEN, Erhan: “İşletme Gereklere Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları”, **DEÜHFD**, 2006.

BOSTANCI, Uygur, “İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay’ın Yeni Görüşü”, **Sicil İHD**, 2009/16.

CENGİZ, İhtar (Urhanoglu), **Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009.

CENK, Ramazan, **Ücretler, Tazminatlar ve Harcırahlar**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 1999.

CENTEL Tankut, **İş Hukuku**, Cilt-1 Bireysel İş Hukuku, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

CENTEL, Tankut, “Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları”, **Mercek D**, Nisan 2003,( Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması ve İspat Yükümlülüğü)

CENTEL, Tankut, “Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık”, **Sicil İHD**. S.15, Eylül 2009, s.5. (Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık)

CİNOĞLU, Şükran; İşe İade Davalarında 4857 Sayılı Kanunun 9. Maddesinin 1. Fıkrası İle 25. Maddesinin Son Fıkrasının Karşılaştırılması, **Sicil İHD**, Aralık 2006/4.

**Çağdaş Bir İş Kanununa Doğru: “İş Güvencesi Kıdem Tazminatı Esneklik İlişkileri” Semineri**, TİSK Yayını, Nurol Matbaacılık, Ankara, 2001.

ÇAKIR Özlem, **Ücret Adaletinin İş Davranışları Üzerindeki Etkileri**, Kamu-İş Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2006.

ÇALIK, Şefik, **İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

ÇANKAYA, Osman Güven / ÇİL Şahin, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

ÇANKAYA, Osman Güven / GÜNAY, Cevdet İlhan / GÖKTAŞ, Seracettin, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

ÇELİK, Çağrı, **İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Feshi ve Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

ÇELİK, Nuri, **İş Güvencesi**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003. (İş Güvencesi)

ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 23. Bası**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, İstanbul, 2010.(23. Bası)

ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Bası**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, İstanbul, 2011.(24. Bası)

ÇELİK, Nuri, “İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklere Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İHD**, Aralık 2006.

ÇENBERCİ, Mustafa, **İş Kanunu Şerhi 5. Bası**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1984.

ÇENBERCİ, Mustafa, **İş Kanunu Şerhi, 6. Bası**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1986.

ÇİL, **Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, S.1, Kış 2008. (İşe İade Davasının Sonuçları)

ÇİL, Şahin, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi**, Yargıç Güven Çankaya'ya Armağan Semineri, s. 40.(İş Güvencesi)

ÇİL, Şahin, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları**, (9. Hukuk Dairesi 2010-2011 Yılları), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.(Yargıtay İlke Kararları)

ÇİL, Şahin, **İş Hukukunda İşçinin Ücreti**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010. (İşçinin Ücreti)

ÇİL, Şahin, **İş Kanunu Şerhi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı**, Cilt. I, II, III, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007. (Şerh)

ÇİL, Şahin; "Sendikal Tazminat" (Karar İncelemesi), **Legal İHSGHD**, 2005/6. (Sendikal Tazminat)

DEDEAĞAÇ, Ender, **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdikleri**, Ankara Barosu Yayınları, Koza Matbaacılık, Ankara, 2011.

DEMİR, Fevzi, "Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama", **Legal İHSGHD**. S. 10, 2006.(Geçerli Sebep Fesih)

DEMİR, Cuma Arif, **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları**, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.

Demir, Fevzi "İşyeri Sendika Temsilciliği", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, C.2, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.(İşyeri Sendika temsilciliği)

DEMİR, Fevzi, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 4. Bası, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2005. (İş Hukuku Uygulaması)

DEMİR, Fevzi, **İş Güvencesi Hukuku**, 2. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 1999. (İş Güvencesi Hukuku)

DEMİR, Fevzi, **İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri**, Türkiye Kooperatif ve Büro İşçileri Sendikası Eğitim Yayınları, İzmir, 2003. (4857 sk ve İş Güvencesi)

DEMİR, Fevzi, **Sendikalar Hukuku**, 4. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 1999. (Sendikalar Hukuku 4. Baskı)

DEMİR, Fevzi, **Sendikalar Hukuku, 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasasıyla Değişik 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ve 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun Yenilenmiş 5. Baskı**, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2007. (Sendikalar Hukuku 5. Baskı)

DEMİRAL, Cavit, **4857 Sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı**, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Mart /2005.

DEMİRCİOĞLU Murat / CENTEL Tankut, **İş Hukuku, 14. Bası**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, İstanbul, 2010

DENİZ, Demir, “Haklı Neden-Geçerli Neden Ayrımı”, **Çalışma ve Toplum EHD**, S.14, 2007/3.

DÖNMEZ, Kazım Yücel, **İş Hukukunda Tazminatlar**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008. (İş Hukukunda Tazminatlar)

DÖNMEZ, Kazım Yücel, **İşçinin Borçları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000. (İşçinin Borçları)

EGEMEN, Erdal; "Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta İş Güvencesi", **Yeni İş Yasası Sempozyumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı**, İstanbul 2003.

EKDEMİR, Şadi, **Avrupa Birliği-Türkiye Sosyal Güvenlik Normları**, TİSK, Ankara, 2005.

EKMEKÇİ, Ömer, "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine", **Mercek D**, Temmuz 2003. (İş Kanununda Yargı Süreci)

EKMEKÇİ, Ömer, "Sunulan Tebliğlerin Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı**, İstanbul, 2005. (İş Güvencesi)

EKMEKÇİ, Ömer, Yargıtay'ın İşe İade Davalarına, İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, **Legal İHSGHD**, S.1, 2004.(İşe İade Davaları)

EKONOMİ, Münir : "Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Açısından Yargıtay Kararlarının Etkisi", **Yarg. D**, S.1-4 (Ocak-Ekim 1989), Özel Sayı, s.449, 451. (Hizmet Akdinin Feshi)

EKONOMİ, Münir, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", **Çim. İşv. D**, Mart /2003.

EKONOMİ, Münir; "İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh", **Legal YKİ.**, S.1, 2006. (İş Güvencesinden Feragat)

EKONOMİ, Münir; "Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri", TÜSİAD, **İş Kanunu Toplantı Dizisi I**, İstanbul, 2005. (İş Güvencesi)

ENGİN, E. Murat, “**İşe İade ve Uygulama Sorunları**”, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul 2007. (İşe İade ve Uygulama Sorunları)

ENGİN, E. Murat, **İş sözleşmesinin İşletmesinin İşletme Gereklere İle Feshi**, Beta Basım, İstanbul, 2003. (İşletme Gereklereyle fesih)

Engin, Murat, “**İş Sözleşmesinin Feshinde İspat Sorunları**”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.(Fesih İspat Sorunları)

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası**, Beta Basım Dağıtım A.Ş, İstanbul, 2003.(8. Baskı)

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Değiştirilmiş 13. Baskı**, Beta Basım Dağıtım A.Ş, İstanbul, 2011.(13. Baskı)

ERGİN, Hediye, **Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009.

ERTEKİN, Özkan, **Açıklamalı İçtihatlı İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları**, Kartal Yayınevi, Ankara, 2005.(İş Güvencesi)

ERTEKİN, Özkan, **Açıklamalı İçtihatlı Kıdem Tazminatı Hukuku**, Kartal Yayınevi, Ankara, 2006. (Kıdem Tazminatı)

ERTÜRK, Şükran, **4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006.(Süreli Fesih)

ERTÜRK, Şükran, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın – Erkek Eşitliği**, Belediye-İş Sendikası AB’ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara, 2008. (Kadın – Erkek Eşitliği)

ERTÜRK, Şükran/GÜRSEL, İlke, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt-1**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011. (Eşit Davranma İlkesi)

ERTÜRK, Şükran; “İşyeri Sendika Temsilcisi ve Güvencesi”, **Legal İHSGHD**, 13/2007. (Sendika Temsilcisi ve Güvencesi)

EVREN, Öcal Kemal, **İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.

EYRENCİ, Öner; “4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler”, **Legal İHSGHD**, 2004, S.1. (4857 sayılı Kanunla Getirilen Düzenlemeler)

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.

GEÇER Bekir – Evcil Cahit, **İş Kanunu Uygulama Rehberi**, DATASSİST Eğitim Yayınları, İstanbul, 2006.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

GÖKÇE, Erdal, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davası**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.

GÖKTAŞ, Seracettin, **Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008. (Çalışmaktan Kaçınma Hakkı)

GÖKTAŞ, Seracettin; “İşveren Vekilinin İş Güvencesi”, **Çalışma ve Toplum EHD**, S.20, 2009/1. (İşveren Vekilinin İş Güvencesi)

GÜLEÇ UÇAKHAN, Sema, **Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1994. (3. Baskı)

GÜLERCİ, Altan Fahri / KILINÇ, Ayşe, **6098 Sayılı Kanunla Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

GÜLMEZ, Mesut, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye-İş Sendikası AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Yorum Matbaacılık, Ankara, 2009. (Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye)

GÜNAY, Cevdet İlhan, **İş Davaları, Güncellenmiş 2. Baskı**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2009. (İş Davaları)

GÜNAY, Cevdet İlhan, **İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2000. (İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi)

GÜNAY, Cevdet İlhan, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 2. Baskı**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2008. (İş ve Sosyal Güvenlik)

GÜNAY, Cevdet İlhan, **Şerhli İş Kanunu, Genişletilmiş 2. Baskı, Cilt I – II- III**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2001. (Şerh, Cilt 1,2,3)

GÜNAY, Cevdet İlhan, "Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi", **A. Can Tuncay'a Armağan**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005.(İş Güvencesi)

GÜNAY, Cevdet İlhan, **İş Hukuku, Yeni İş Yasaları**, Ankara-2003.(İş Hukuku)

GÜVEN, Ercan / AYDIN, Ufuk, **Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş Genişletilmiş 3. Baskı**, Nisan Kitapevi, Eskişehir, 2010.

GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2002.(Sosyal Güvenlik)



GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU Nurşen, **Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 12. Bası**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009.

GÜZEL, Ali, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (ultima ratio) İlkesinin Gözetilmesi", **Çalışma ve Toplum EHD**, 2005/1. (Son Çare İlkesi)

GÜZEL, Ali, Ertan, Emre; "İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk", **Legal İHSGHD**, 14/2007.

GÜZEL, Ali; "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı**, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, Eylül 2004. (İş Güvencesi)

HATMAN, Ülkü, " 2003 Türkiye'sinde Esnekliğin İş Yasası ve Sendikal Harekete Etkileri", <http://www.petrol-is.org.tr>, 2000-2003 Yıllığı. (Erişim 05.12.2012)

IŞIKLI Alpaslan, **İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.

IŞIKLI, Alpaslan, **Ücret**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

İNAN, Ali Naim, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1984.

İSTANBUL BAROSU, **İş Güvencesi Temel Kavramları ve Uygulamadan Öneriler**, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu, 2. Baskı, Ufuk Matbaası, İstanbul, 2003.

İSTANBUL BAROSU, **İş Hukuku Kavramları ve Yargıtay İlke Kararları**, Sanat Matbaacılık, İstanbul, 2009.

İSTANBUL BAROSU, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku** 13. Yıl Toplantıları, Sanat Matbaacılık, İstanbul, 2010.

İSTANBUL BAROSU, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku** 14. Yıl Toplantıları, Ege Basım, İstanbul, 2011.

İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU TÜRK MİLLİ KOMİTESİ, **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi, 2005**, Kamu-İş Eğitim Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2007.

İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU DERNEĞİ (MİLLİ KOMİTE), **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi, 2008** Aydoğdu Ofset, Ankara, 2010.

İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU DERNEĞİ (TÜRK MİLLİ KOMİTESİ), **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi, 2009**, Kamu-İş Eğitim Yayını, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2011.

İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU DERNEĞİ, **Osman Güven Çankaya'ya Armağan**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2010.

İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU TÜRK MİLLİ KOMİTESİ, **Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi**, TŞOF Trafik Matbaacılık A.Ş., Ankara, 2008.

İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU TÜRK MİLLİ KOMİTESİ, **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003**, Ankara, 2005.

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU DERNEĞİ (MİLLİ KOMİTE), Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Coşkun Erbaş'a Armağan Semineri, **5510 Sayılı Yasaya Göre Malullük-Yaşlılık Sigortası İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yeni Gelişmeler**, On Ofset, Ankara, 2010.

**İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA YENİ GELİŞMELER SEMPOZYUMU, 29 Eylül-02.Ekim 2011, Gazi Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma Merkezi ve Türk Metal Sendikası'nın birlikte düzenlediği, Büyük Anadolu Medya Grup, Ankara, 2011.**

KABAKÇI, Mahmut, "Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi", **Sicil İHD**, 2011/21.

**Kamu'da Güvencesiz Çalışma**, PSI Türkiye Sendikalarının 23 Mart 2001 Tarihinde Ankara'da Birlikte Düzenlediği Panel, Norm Matbaacılık, Ankara, 2011.

Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2000-2005**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2010.

Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2005-2007**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2010.

Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2008-2009**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2010.

Kamu-İş, **Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları** (Seminer/Çalıştay), Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2010.

KANDEMİR, Murat, "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, **SBAD**, 2005, S.6.

KAPLAN, Emine Tuncay, **İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları**, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1987.

KAR, Bektaş, **İş Güvencesi ve Uygulaması, Genişletilmiş, Yenilenmiş ve Son İlke Kararları Eklenmiş 2. Baskı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011. (İş Güvencesi İlke Kararları)

KAR, Bektaş, "İşe İade (İş Güvencesi) Davasında Yargılama Hukuku Sorunları", **Ank. Bar. D**, Yıl:66, S.1, 2008. (İşe İade Davasında Yargılama)

KAR, Bektaş, "İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller", **Legal İHSGHD**, S.7, 2005. (İş Güvencesinde İspat Yükü)

KARA, Etem, **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları**, Bilge Yayıncılık, Ankara, 2011.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Basım Dağıtım A.Ş, İstanbul, 2004.

KAYA, Pir Ali, **Avrupa Birliği ve İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, 2. Baskı**, Dora Yayıncılık, Bursa, 2009. (Eşitlik İlkesi)

KAYACAN, Yavuz, **Kıdem Tazminatı**, 12.12.2011  
[http://www.okumagrubu.com/haber\\_detay.asp?haberID=141](http://www.okumagrubu.com/haber_detay.asp?haberID=141),

KESER, Hakan, **İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

KILIÇOĞLU, Ahmet, "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği", **Ank. Bar. D**, 1984, S.1. (Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği)

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış, 14. Bası**, Turhan Kitapevi, Ankara 2011. (14. Bası)

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası**, Turhan Kitapevi, Ankara 2002.(2. Bası)

KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal, **İş Güvencesi Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007. (İş Güvencesi)

KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal, **İş Kanunu Şerhi, Cilt I – II**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008. (İş Kanunu Şerhi)

KILIÇOĞLU, Mustafa, **İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, Ayhan Yayıncılık, İstanbul, 2005. (İş Kanunu Yorumu)

KILIÇOĞLU, Mustafa, **Sorumluluk Hukuku, Cilt 1**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002. (Sorumluluk)

KILIÇOĞLU, Mustafa, **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Uyarlı İş yargılamaları Usulü**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2011. (İş yargılaması Usulü)

KILIÇOĞLU, Mustafa, Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi, [http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/rt4/Kilicoglu\\_CalismaHakki.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/rt4/Kilicoglu_CalismaHakki.pdf)

KILIÇOĞLU, Mustafa, **Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri**, Adil Yayınevi, Ankara, 1998.

KILIÇOĞLU, Mustafa, **Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri**, Ankara, 2008. (Tazminat Hesapları)

KILIÇOĞLU, Mustafa, **Tazminat Hukuku**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005. (Tazminat).

KILIÇOĞLU, Mustafa, **Tazminat Hukuku, 2. Baskı**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2006. (Tazminat Hukuku 2. Baskı).

KILIÇOĞLU, Mustafa; "İş Güvencesi Hukukunda Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılmasına İlişkin Yargıtay Uygulaması", **Yargıç Güven Çankaya'ya Armağan Semineri**, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara 2008. (İş Güvencesinde Yargıtay Uygulaması)

KIRCA, Çiğdem, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", **Yargıtay Dergisi**, Temmuz 1999.

Kocaeli Üniversitesi/Kocaeli Barosu, **Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları, II. Sempozyum 2010**, Çınar Ofset, Kocaeli, 2010.

KOÇ, Muzaffer, **Tüm Yönleriyle İş Güvencesi**, Yaklaşım Yayıncılık Ankara, 2005. (Tüm Yönleriyle İş Güvencesi)

KOÇ, Yıldırım, **Dünyada İş Güvencesi**, Türk-İş Eğitim Yayınları, Başak Matbaacılık, Ankara, 2000.(Dünyada İş güvencesi)

KORKUSUZ Refik / UĞUR Suat, **Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış 2. Baskı**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2010.

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, **İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi**, Beta Basım, İstanbul, 2011.

KUDAT, Arkun , **Cismani Zararların Değerlendirme Prensipleri ve Maluliyet Baremleri**, Tisa Matbaacılık, Ankara, 1970.

KURU, Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 18. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.(18. Bası)

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, S yayınları, Ankara, 1986.

KUTAL, Metin, "İş güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı" **Mercek D**, 2003/8.

KUTAL, Metin, "Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatı Sorunu ve Çözüm Önerileri", **Sicil İHD** , 2009/16

LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

LİMONCUOĞLU, Alp, **Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Güvenceli Esneklik**, Limoncuoğlu Ltd. Şti, İzmir, 2010.

MANAV, A. Eda, **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009.

MANAV, Hale, **İş Sözleşmesinde Feshin Geçersizliğinin Tespiti ve Hukuki Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

MEŞE YAZILIM HUKUK VE İÇTİHAT PROGRAMI (Meşe)

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin, **İş Hukuku Gözden Geçirilmiş ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **İş Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008. (3. Bası)

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, "4857 Sayılı kanunun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler", **Kamu-İş D**; C:7, S: 4/2004. (4857 Sayılı kanunun Getirdiği Yenilikler)

MORTAŞ, Adem / KOÇ, Muzaffer, İhbar Süresi ve Tazminatı, Mali Çözüm Sayı : 99 – 2010, <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/99malicozum/6%20H%20adem%20mortas-m.%20koc.pdf>

NAĞME, N. Hozar, "İş Güvencesine İlişkin Düzenlemelerin İşçiye Sağladığı Haklardan Önceden Feragat Mümkün müdür?", **Sicil İHD**, Mart 2008, S.9,

NARMANLIOĞLU, Ünal, "İş Güvencesi Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi", **Legal İHSGHD**, S. 5, 2005. (İş Güvencesinde Sendikal Tazminat)

NARMANLIOĞLU, Ünal, **Ferdi İş İlişkileri**, İstanbul, 1994.(Ferdi İş ilişkileri)

NOMER, Haluk N. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2008.

ODAMAN, Serkan, "En Çok Dört Aya Kadar İbaresinin Anayasaya Aykırılığı Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi", **sicil İHD** , 2009/16

ODAMAN, Serkan, Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunun Üzerine Görüşler, **Sicil İHD**, Haziran 2009, S:14.(Ayrımcılık Tazminatı ile Diğer Tazminatlar)

OĞURLU, Yücel, "AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak "Ölçülülük İlkesi" ", **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2000.

OLGAÇ Senai, **Kazai ve İlmî İçtihatlarla Borçlar Kanunu**, Olgaç Matbaacılık, Ankara, 1977.

ORHUNÖZ, Ergun, **Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat**, Seçkin Yayınevi, İzmir, 1999.

ÖZBEN, Hüseyin, Türk Metal Sendikası Manisa 1. Nolu Şube Başkanı, Türk Metal Sendikası ve Gazi Üniversitesinin Birlikte Düzenlediği **İş ve Sosyal güvenlik Hukukunda Yeni gelişmeler Sempozyumu**, Didim, 29 Eylül-02 Ekim 2011.

ÖZEKES, Muhammet, "İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları", **Sicil İHD**, S.4, Aralık 2006, s.34. (İş Güvencesi Alacakları ve İcra Tazminatları)

ÖZEKES, Muhammet; "Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı**, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade



Davaları, Mayıs 2005, İstanbul. (Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları)

ÖZKAN, Meral Sungurtekin, "İcra Hukukunda Oranlilik İlkesi", **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001.

ÖZKUL, Emin Aydın, "Destekten Yoksun Kalma ve İşgöremezlik Tazminatlarının Hesabına İlişkin İlkeler", **Çim. İşv. D**, Ocak 1995.

ÖZVERİ, Murat, "Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması; Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları", **Legal İHSGHD**, 2005/8.

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES Muhammet, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku**, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Beta Basım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1988. ( Borçlar Hukuku 7. Baskı)

REİSOĞLU, Safa, **1927 Sayılı Kanun Açısından Kıdem Tazminatı**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1976. (Kıdem Tazminatı)

REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1.7.2012'de Yürürlüğe Girecek Olan Türk Borçlar Kanunundaki Değişikliklerde İşlenerek Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 22. Baskı**, Beta Basım, İstanbul, 2011. (Borçlar Hukuku 22. Baskı)

SANLI, Kerem Cem, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., İstanbul, 2007.

SARACEL, Nüket: "İhbar Tazminatı Kavramı", Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, CM, S. 1-2, Ankara, 1999.

SARIBAY, Gizem, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, **Türk İş Hukuku ile Uluslar arası Sözleşmeler ve Mukayeseli İş Hukuku açısından Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 1999.

SEVİMLİ, K. Ahmet; “İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı”, **Çim. İşv. D**, Mart 2003, C.17, S.2

SOYER, M. Polat, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, İstanbul 2005. (Feshe Karşı Koruma)

SOYER, M. Polat, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, **Sicil İHD**, S.22, Haziran 2011.(TBK’na Göre İş Sözleşmesinin Sona Ermesi)

SUR, Melda, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul, 2005.( İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı)

SUR, Melda, **İş Hukuku Toplu ilişkiler**, Güncellenmiş 4. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.( İş Hukuku Toplu ilişkiler)

SÜMER Haluk Hadi, “İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt-2**, Beta Yayınları, İstanbul 2011. ( İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi)

SÜMER, Halûk Hâdi, **İş Hukuku Uygulamaları**, Mimoza Basım Yayım Dağıtım, Konya, 2000.( İş Hukuku Uygulamaları)

SÜMER, Halûk Hâdi, **İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması**, Mimoza Basım Yayım Dağıtım, Konya, 1997.(Sendikal Nedenle Feshe Karşı Koruma)

SÜMER, Haluk Hadi, “İş Sözleşmesinin Feshinden Sonra İşyerinin Kapatılmasının İşe İade Davasına Etkisi (Karar İncelemesi)”, **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Ankara, 2008.(Fesihten Sonra İşyerinin Kapatılması)

SÜMER, Haluk Hadi, Türk Metal sendikası ve Gazi Üniversitesinin Birlikte Düzenlediği **İş ve Sosyal güvenlik Hukukunda Yeni gelişmeler Sempozyumu**, Didim, 29 Eylül-02 Ekim 2011. (Yeni Gelişmeler Sempozyumu)

SÜZEK, Sarper, **Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Açısından Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ankara, 2003. ( 2001 yılı Yargıtay Kararları Değerlendirme)

SÜZEK, Sarper, **İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması: İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1976. (Fesih Hakkının Kötüye kullanılması)

SÜZEK, Sarper, **İş Akdinin Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002, (Fesih Hakkının Sınırlandırılması)

SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku, 7. Baskı**, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2011.(7. Baskı)

SÜZEK, Sarper, “İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih”, **A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul 2005, (İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih)

ŞAHBAZ BAŞBOĞA, Zübeyde, **İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu İle Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

ŞAHLANAN, Fevzi, “Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri ve Temel Kavramları”, **Yeni İş Yasası Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003.(Yeni İş Kanunu)

ŞAHLANAN, Fevzi, “4857 Sayılı Kanunun Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri ve Sözleşmenin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri”, **4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları**, 2003. (Sözleşmenin Feshi ve İş Güvencesi)

ŞAHLANAN, Fevzi, İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği, Karar İncelemesi, **Teks. İşv. D**, Ekim 2005.(İşe İade Davasından Feragat Protokolü)

ŞAKAR, Ayşe Yiğit, “İşçiye Ödenecek Bazı Tazminatların Vergi Hukuku Bakımından Durumu”, **sicil İHD**, 2010/17

ŞAKAR, Müjdat / YİĞİT ŞAKAR, Ayşe, **İşçiye Ödenecek Tazminatlar**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2010.

ŞAKAR, Müjdat, **Gerekçeli ve İctihatlı İş Kanunu Yorumu, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006. (İş Kanunu Yorumu)

ŞAKAR, Müjdat, **İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı**, Beta Basım, İstanbul, 2011. (İş Hukuku Uygulaması)

ŞAKAR, Müjdat, **Sosyal Sigortalar Uygulaması, Yenilenmiş 10. Baskı**, Beta Basım, İstanbul, 2011. (Sosyal Sigortalar Uygulaması)

ŞENYÜZ, Doğan, **6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, 5. Baskı**, Ekin Basım Dağıtım, Bursa, 2011.

ŞİRİN, Şerafettin, **Faiz ve Uygulaması**, Alfa Basım Dağıtım, İstanbul, 1994.

TANDOĞAN, Haluk, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981.

TAŞKENT, Savaş, **Açıklamalı-İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu**, 2. Baskı, İstanbul 2008.(Açıklamalı İş Kanunu)

TAŞKENT, Savaş, **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**, Belediye - İş Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara, 2002.(İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme)

TAŞKENT, Savaş, "İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi", Yeni İş Yasası, **Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası**, 25-29 Haziran 2003, Çeşme. (İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi)

**TDS Kıdem Tazminatı Sempozyumu 27-28 Kasım 1984**, Türkiye Denizciler Sendikası Yayınları, Emin Ofset, İstanbul, 1985.

TEMİR, Arif, **İşçinin Geçerli ve Haklı Nedenlerle (Tazminatlı – Tazminatsız) İşten Çıkarılması**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2011.

TEPECİK, İsmail, "İş Güvencesine İlişkin Uygulama Sorunları ve Yargıtay Kararları", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı**, Tartışma ve Değerlendirmeler.

TERZİOĞLU, Ahmet, **İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar**, Kamu-İş, C:10, S:1/2008. (Sendikal Fesih)

TİFTİK, Mustafa, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994.

TOPAL, Güneş, **İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

TOPALHAN, Türker, **Ücret ve Ücret Teorileri**, Gazi Kitapevi, Ankara, 2010.

TOZAN, Celal, **İş Kazaları ve Meslek Hastalığı Uygulamaları**, Türkiye İşçi Sendikası Konfederasyonu, Ankara, 2011.

TUNCAY, A. Can, "Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?", **Sicil İHD**, 2008/10.

TUNCAY, A. Can, "Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt-1**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.(Ayrımcılık)

TUNCAY, A. Can, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Basım, Haziran 2007. (Eşit Davranma İlkesi)

TUNCAY, A. Can / EKMEKÇİ, Ömer, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 14. Bası**, Beta Basım, İstanbul, 2011.(Sosyal Güvenlik)

TUNCAY, A. Can, "İş Güvencesi", Karar İncelemesi, **Çimento İşveren**, Mart 2004.(İş Güvencesi)

TUNCAY, A. Can, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshi ve İşe İade Davaları Toplantısı", **TÜSİAD, İş Kanunu Toplantı Dizisi-4**, Haziran 2007. (İşe İade Davaları)

TUNCEL, H. Ferhan, **Temel Hatlarıyla Kıdem Tazminatı**, Türk Metal Sendikası Yayınları, Ankara, 2011.

TUNÇOMAĞ, Kenan, **Borçlar Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972. (Borçlar Hukuku)

TUNÇOMAĞ, Kenan, **İş Hukukunun Esasları**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1988.

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, **İş Hukukunun Esasları, 5. Bası**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2008.

TURAN, Kâmil, **Ferdi İş Hukuku**, Kamu-İş Yayını, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1993.

TURAN, Kamil, **İş Hukukunun Genel Esasları**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1990.

**Türk-İş 14. Genel Kurul İcra Kurulu Çalışma Raporu**, Türk-İş yayını, Ankara, 1966.(Türk-İş 14. Çalışma raporu)

**Türk-İş 6. Genel Kurul İcra Kurulu Çalışma Raporu**, Türk-İş yayını, Ankara, 1966.(Türk-İş 6. Çalışma raporu)

TÜSiAD, İş Kanunu Toplantı Dizisi No: 1, **Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi**, Graphis Matbaa, İstanbul, Haziran 2004.

TÜSiAD, İş Kanunu Toplantı Dizisi No: 2, **İş Güvencesi ve İşyerinin Gereklerine Dayanarak İş Akdinin Feshi**, Ankara, Mart/2005.

TÜSiAD, İş Kanunu Toplantı Dizisi No: 3, **Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihten Kaynaklanan İşe İade Davaları**, 14 Mayıs Ankara, 2005.

TÜSiAD, İş Kanunu Toplantı dizisi: 4, **Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin feshi ve İşe İade Davaları Toplantısı**, Graphis Matbaa, İstanbul, 2007.

UÇUM, Mehmet “İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları”, **Sicil İHD**, Eylül 2008,

UÇUM, Mehmet, “**İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar**”, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2005.( İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar)

UÇUM, Mehmet; “İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar”, **Legal İHSGHD**, 4/2004.(İşe İade Dava Açma Süresi)

ULUCAN, Devrim, **İş Güvencesi**, 2. Baskı, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, 2003.(İş Güvencesi)

ULUCAN, Devrim/EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/SAĞLAM, Fazıl, **İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi) ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi**, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Yayınları, Sema Matbaası.

ULUCAN, Devrim, “4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı”, **İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003.(İş Güvencesi ve Geçerli Neden)

ULUCAN, Devrim, “İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, **Legal İHSGHD** 2007/14.(İş Güvencesinde Sosyal Seçim Uygulaması)

ULUĞ, Gülnaz, **Kıdem Tazminatı: Türkiye ve Kanada Örneği**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Doktora Tezi, İstanbul, 2007.



**Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu**, 22-23 Ekim 2009, Akdeniz Üniversitesi, Antalya, **Bildiriler**, Belediye-İş Sendikası Yayını, Yorum Matbaacılık, Ankara, 2009.

USTA, Osman, **İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamaları**, Feryal Matbaaları, Ankara, 1998. (İş Hukukunda Tazminatlar)

USTA, Osman, **İş Kanunundan Doğan Kıdem Tazminatı ve Uygulaması**, Feryal Matbaaları, Ankara, 1994.(Kıdem Tazminatı)

UŞAN, Fatih, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Cilt 1, İş Hukuku**, Gazi Kitapevi, Ankara, 2006.(İş ve Sosyal Güvenlik)

UŞAN, Fatih, **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.(Sosyal Güvenliğin Temel Esasları)

UŞAN, Fatih, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, **Kamu-İş D. C-10**, S:1, 2008. (İşe İadenin Sonuçları)

UŞAN, M. Fatih; “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?” **Legal İHSGHD**, 8/2005. (Fesihte Eşit Davranma Borcu)

UYANIK, Zekeriya, “193 Sayılı Gelir Vergisi Kanununa Göre Özel Olarak Ücret Sayılan Haller”, [http://www.muhasabenet.net/makale\\_zekeriya%20uyanik\\_gelir%20uzmani-GVK%20ya%20gore%20ozel%20olarak%20ucret%20sayilan%20haller.html](http://www.muhasabenet.net/makale_zekeriya%20uyanik_gelir%20uzmani-GVK%20ya%20gore%20ozel%20olarak%20ucret%20sayilan%20haller.html)

ÜLGEN, Celal, “yargıtay kararları ışığında kıdem tazminatlarında en yüksek mevduat faizi uygulaması ve uygulamada süregelen yanlışlıklar”, **Ali Güneren’e Armağan**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010.

ÜNLÜ, Vahap, “İşverenin Davetine Rağmen İşçinin İşe Başlamaktan Vazgeçmesi”, **Sicil İHD**, S.8, Aralık 2007.

ÜZELTÜRK, Hakan, “İşe Başlatmama Tazminatının Gelir Vergisi Karşısındaki Durumu”, **Sicil İHD**, S.15, Eylül 2009.(İşe Başlatmama Tazminatında Gelir Vergisi)

YAVUZ, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta Basım Dağıtım A.Ş, İstanbul, 1996.(Borçlar Özel)

YAVUZ, Cevdet, **Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, İstanbul, 2011. (Türk Borçlar Hukuku)

YELEKÇİ, Memduh / YELEKÇİ İlhami, **4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Türkiye Diyanet Vakfı Yayın Mat. İşl, Ankara, 2005.

YILDIZ Gaye Burcu, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

YILDIZ, Gaye Burcu; “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nisbi Emredici Niteliği”, **Legal İHSGHD**, 11/2006,

YILMAZ, Ejder, “İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği”, **Sicil İHD**, 2009/14.

YILMAZ, Ejder, “İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması”, **sicil İHD**, 2010/17.

YILMAZ, Halil, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İş Yargılamasında Ne Değişti?”, **Sicil İHD**, S.24, 2011.

YÜCEL, Müjgan; “İş Güvencesi Kapsamında Özel Hakem Şartı” (İş Kanunu madde 20)”, **Legal İHSGHD**, 4/2004, s.1346-1365.(İş Güvencesinde Özel Hakem)

YÜREKLİ, Sabahattin, **İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2004.

ZAPATA, Tan Tahsin, **Borçlar Hukuku**, 4. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2007.

ZEVKLİLER, Aydın, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 10. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008.

## ÖZET

NARTER, Sami, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Çerçevesinde Tazminatlar, Doktora Tezi, Ankara 2012.

İş güvencesi kavramı dar anlamıyla işçilerin feshe karşı korunmasını ifade etmektedir. İş güvencesi kurumu 22.05.2003 tarihinde kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21. maddeleri çerçevesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Çalışma konumuzu oluşturan iş güvencesi düzenlemeleri işçinin iş sözleşmesinin feshine karşı koruma sağlamak amacıyla yapılmış düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler feshe karşı tam bir koruma sağlamasa da iş sözleşmesinin mümkün olduğunca sürekliliğini sağlama yönünde önemli bir güvencedir. İş sözleşmesinin geçersiz feshedildiğini düşünen işçi iş mahkemesinde feshe itiraz ve işe iade davası açarak dava sonunda feshin geçersizliğini sağlayarak eski işine dönebilme hakkına sahip olabilmektedir. İşveren işçiyi işe başlatmazsa 4 aydan 8 aya kadar ücret tutarında iş güvencesi tazminatı ve en fazla 4 aylık ücret tutarında boшта geçen süre tazminatı ödemek zorunda kalmaktadır.

Yine çalışmamız konuları arasında bulunan ve İş Hukuku alanında uygulanan tüm tazminatlar incelenmiştir. İş Hukukundan veya Borçlar Hukukundan kaynaklanıp İş Hukuku alanında uygulanan tazminatlar da işverenin iş sözleşmesini feshetmeyi düşündüğü sırada caydırıcı rol oynayabilmektedir. Her tazminatın kendine özgü caydırıcılığı bulunmaktadır. İş sözleşmesinin feshine karşı koruma sağlayacak olan tazminatların bir arada bulunmaları halinde daha etkili bir koruma sağlamaları da mümkündür. Tazminatlar hem işverenin fesih yapma kararı üzerinde caydırıcı bir etkide bulunmakta hem de fesihten sonra işçi tarafında meydana gelen zararın karşılanması yönünde onarıcı bir etki sağlamaktadır.

### **Anahtar Kelimeler**

1. İş Güvencesi
2. Geçersiz Fesih
3. İşe İade
4. İş Güvencesi Tazminatı
5. Boшта Geçen Süre Tazminatı

## ABSTRACT

NARTER, Sami, The compensations in the framework of job security in Turkish Labor Law, Doctorate Thesis, Ankara 2012

The concept of job security in the narrow sense refers to the protection of workers against abolition. Job security agency regulated in detail within the framework of the Labor Law No. 4857, 18-21 adopted on 22.05.2003..This study presents business assurance regulations aimed at protecting workers against the abolition of employment contracts. Though these regulations do not provide complete protection against abolition in the direction of ensuring the continuity of the employment contract , they are significant in terms of assuring the continuity of the contract as much as possible. Worker who objected to the repeal of void abolition of labor contract and return to court proceedings by claiming the invalidity of abolition at the end of the case may be entitled to an old job rotation. If the employer does not initiate the worker to work, he is obliged to pay from 4 months to 8 months worth of business assurance compensation and job security, compensation amounting to a maximum of 4 months' wages for the idle time.

Also in our study, all the compensations in the realm of business law have been examined . The compensations resulting from Business Law, or Law of Obligations can play a discouraging role when the employer considers to abolish the worker's contract. Each compensation is unique to have a discouraging effect. It is possible to provide more effective protection against the abolition of employment contracts if the compensations exist together. Compensations have both a discouraging effect on the employer's decision to abolish the contract and a restorative effect upon damage made by the worker after the abolition of the contract.

### **Key Words**

1. Job security
2. Illegal Abolition
3. Returning to work
4. Job security Compensation
5. Idle Time Compensation