

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

İŞ HUKUKUNDA İŞÇİNİN YAN İŞTE ÇALIŞMASI

Doktora Tezi

ZEHRA ALP

İstanbul, 2024

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

İŞ HUKUKUNDA İŞÇİNİN YAN İŞTE ÇALIŞMASI

Doktora Tezi

ZEHRA ALP

Tez Savunma Jürisi

1. Tez Danışmanı : Prof. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU
2. Üye :Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA
3. Üye :Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI
4. Üye :Prof. Dr. Saim OCAK
5. Üye :Prof. Dr. Mahmut KABAKCI

İstanbul, 2024

ÖZET

İş hukukunda işçiler çeşitli ihtiyaçlar sebebiyle asıl işleri dışında bir başka işte daha çalışabilmektedirler. Asıl iş dışında yapılan yan iş, çeşitli yasal sınırlamalara tabii olabilmekte, ayrıca taraflarca sözleşmeye eklenecek yan işte çalışmayı sınırlandırıcı kayıtlar söz konusu olabilmektedir. Basın İş Kanunu m. 13'te gazetecilerin kural olarak yan işte çalışmaları serbest bırakılmış olmasına rağmen, iş sözleşmesine yan işte çalışmayı tamamen engelleyecek hükümler getirilmesinin de önü açılmıştır. Türk Borçlar Kanunu m. 396 f. 3'te ise işçilerin sadakat borcuna aykırı şekilde üçüncü kişiler hesabına çalışamayacakları ve işverenleri ile rekabet edici faaliyetlerde bulunamayacakları belirtilmiştir. Çalışmamızda, iş sözleşmesine eklenecek yan işte çalışmayı sınırlandıran sözleşme hükümlerinin, genel işlem koşulları çerçevesinde geçerliliği incelenmiş, işçiyi koruma prensibi aracılığıyla bu hükümlerin yeterliliği sorgulanmıştır. Ayrıca öğretide ve Yargıtay uygulamasındaki görüşler ve gelişim aktarılarak değerlendirilmiş, Anayasal çalışma ve sözleşme hürriyeti, sadakat borcu, iş sağlığı ve güvenliği konuları çerçevesinde yan işin durumu incelenmiştir. İş hukukunda çalışma sürelerindeki kısıtlamalar göz önünde bulundurularak yan işin hangi şartlarda sürdürülmesinin mümkün olduğu değerlendirilmiştir. Ayrıca hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde, yıllık ücretli izinde, işçinin raporlu olduğu, ücretsiz izinde olduğu sürelerde yan işte çalışması incelenerek, oluşabilecek sorunlara çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yan iş, çalışma özgürlüğü, çalışma süreleri, dinlenme hakkı, sadakat borcu

ABSTRACT

In labor law, employees may work in another job other than their main job due to various needs. Side jobs performed outside of their main job may be subject to various legal restrictions, and there may also be provisions that restrict side jobs to be added to the contract by the parties. For example, although journalists are allowed to work on side jobs as a rule in Article 13 of the Press Labor Law, the way has been opened for the inclusion of provisions in the employment contract that will completely prevent side jobs. In Article 396 f. 3 of the Turkish Code of Obligations, it is stated that employees cannot work for third parties in violation of their duty of loyalty and cannot engage in competitive activities with their employers. In our study, the validity of the contract provisions that restrict side jobs to be added to the employment contract within the framework of general transaction conditions has been examined, and the adequacy of these provisions has been questioned through the principle of protecting the worker. In addition, the opinions and developments in the doctrine and the practice of the Court of Appeals have been conveyed and evaluated, and the status of side jobs has been examined within the framework of the constitutional freedom of work and contract, duty of loyalty, and occupational health and safety. Considering the restrictions on working hours in labor law, it has been evaluated under which conditions it is possible to continue a side job. In addition, working on a side job during weekly holidays, national holidays and general holidays, annual paid leave, when the employee is on sick leave, and when he/she is on unpaid leave has been examined and solutions to possible problems have been proposed.

Keywords: Side job, freedom of work, working hours, right to rest, duty of loyalty

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	V
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ	1
I. KONU VE ÖNEMİ	1
II. KONUNUN SUNULMASI VE SINIRLANDIRILMASI.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM	4
TEMEL KAVRAMLAR VE İLKELER.....	4
I. YAN İŞ-ASIL İŞ KAVRAMLARI.....	4
A. Yan İş Kavramı	4
1. Genel Olarak	4
2. Yan İşin Benzer Kavramlardan Farkı.....	6
a. Kısmi süreli iş sözleşmesinden farkı.....	6
aa. Kısmi süreli iş sözleşmesi kavramı.....	6
bb. Kısmi süreli iş sözleşmesinin kurulması	7
cc. Kısmi süreli iş sözleşmelerinin yan iş bakımından işçinin hak ve borçlarına etkisi	11
b. Birlikte istihdamdan farkı	12
aa. Birlikte istihdam kavramı.....	12
bb. Yan işin birlikte istihdamdan farkı.....	15
B. Asıl İş Kavramı.....	15
1. Genel Olarak	15
2. Asıl İş Ayırt Edebilecek Unsurlar	17
a. Süresi fazla olan iş.....	17
b. Baskın işgücü gerektiren iş	18
c. Daha önce başlayan iş.....	19
d. Yüksek kazanç sağlayan iş.....	20
e. Çifte iş ilişkisi (iki tane asıl işin varlığı)	20
3. Kanaatimiz.....	21
II. İŞ HUKUKUNUN İŞÇİYİ KORUYUCU YÖNÜ	22
A. İşçiyi Koruma İlkesi	22

B. İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Yapısı	23
C. İşçi Yararına Yorum İlkesi.....	24
III. BAZI ÇALIŞMA BİÇİMLERİNİN YAN İŞ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	26
A. Başka İşverene Bağlı Olarak Çalışma	26
B. Kendi Hesabına Bağımsız Çalışma	26
C. Gönüllü Çalışma.....	27
D. Fiziksel Aktivite	27
E. Eğilimli İşyerinde Çalışma	28
İKİNCİ BÖLÜM.....	32
YAN İŞ BAKIMINDAN SINIRLANDIRMALAR	32
I. GENEL OLARAK.....	32
II. BASIN İŞ KANUNU KAPSAMINDA SÖZLEŞMEYLE YAN İŞ YAPMANIN YASAKLANABİLMESİ. 33	33
A. Yan İş Yasağına Muhatap Olabilecek Kişilerin Kapsamı.....	33
B. Yasal Düzenlemenin İçeriği.....	36
C. Objektif Düzenleyici İşleme Dayalı Bir Başka Yasak.....	38
D. Sözleşmeyle Yasaklamanın Bir Sınırı Olup Olmadığı.....	38
III. YAN İŞE İLİŞKİN SÖZLEŞMESEL KAYITLAR	43
A. Genel Olarak Sözleşmesel Kayıtlar	43
B. Yan İşte Çalışmaya İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Türleri.....	45
1. Serbest Kılan Kayıtlar	45
2. Sınırlandıran Kayıtlar	46
a. Çalışılabilir işleri sınırlandıran kayıtlar	46
b. Çalışma süresi ve zamanını sınırlandıran kayıtlar	47
3. Yasaklayan Kayıtlar	47
a. Yasaklayıcı kayıtların genel olarak sınırlandırılması gerekliliği	47
b. Toplu iş sözleşmesi kayıtları.....	49

c. Yan işte çalışmanın yasaklanmasına ilişkin öğreti görüşleri	50
d. Yargıtayın konuya ilişkin kararları	52
e. 2019/1152 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi	54
f. Kanaatimiz	55
4. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü Getiren Kayıtlar	57
5. İşverenin Onayına Tabi Kılan Kayıtlar	58
IV. SÖZLEŞMESEL KAYITLARIN GEÇERLİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	59
A. Genel Olarak	59
B. Anayasal Hak ve Özgürlükler Kapsamında	60
1. Genel Olarak	60
2. Çalışma Özgürlüğü	61
3. Sözleşme Hak ve Özgürlüğü	65
4. Kişilik Hakkının Korunması	66
C. Sadakat Borcu Kapsamında	68
D. Genel İşlem Koşulları Kapsamında	75
1. Genel Olarak	75
2. Genel İşlem Koşullarının Denetimi	80
a. Yürürlük denetimi	80
b. Yorum (açıklık) denetimi	83
c. İçerik denetimi	84
d. Genel işlem koşulu olarak yan iş yasağı	86
3. Kanaatimiz	87
E. İşin Gereği Gibi Yerine Getirilmesi Borcu Kapsamında	89
F. Dinlenme Gerekliliği	92
G. İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında	96
H. Çalışma Sürelerinin Emrediciliği	99
1. Çalışma Süreleri	99
2. Birden Fazla Kısmi Süreli Çalışma	101
3. Yan İşin Bir İhtiyaç Olarak Ortaya Çıkması ve Sınırları	109

4.	Çalışma Süresine İlişkin Sınırların Aşılması Halinde Karşılaşılabilecek Geçersizliğin Sonuçları	112
5.	Birden Fazla Kısmi Süreli İş Sözleşmesinin Varlığında Fazla Sürelerle Çalışma Problemi	114
6.	Kanaatimiz.....	116
V.	SÖZLEŞMESEL KAYITLARA AYKIRI OLARAK YAN İŞTE ÇALIŞMANIN HUKUKİ SONUÇLARI..	116
A.	Genel Olarak	116
B.	Cezai Şart Öngörülmesi	117
C.	İşverenin Tazminat Talebi.....	121
D.	İşverenin İş Sözleşmesini Feshetmesi.....	123
VI.	SÖZLEŞMESEL KAYIT BULUNMAMASI HALİNDE YAN İŞTE ÇALIŞILMASI.....	129
A.	Genel Olarak	129
B.	İşverenin Tazminat Talebi.....	130
C.	İşverenin İş Sözleşmesini Feshetmesi.....	130
VII.	KANAATİMİZ.....	134
	ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	136
	YAN İŞİN YAPILDIĞI ZAMAN BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR	136
I.	GENEL OLARAK	136
II.	YILLIK İZİNDE.....	136
A.	Yıllık İzne İlişkin Genel Esaslar	136
B.	Yıllık Ücretli İzne İlişkin Bazı Temel İlkeler	142
1.	Yıllık İzin Hakkından Feragat Edilemez	142
2.	Yıllık İznin Kullanılması Zorunludur.....	144
3.	Başka İzinlerle Mahsup Edilemez.....	145
C.	Kanaatimiz	146
III.	HAFTA TATİLİNDE	149
IV.	ULUSAL BAYRAM VE GENEL TATİLLERDE	154

V. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIDA OLDUĞU HALLERDE	156
A. Genel Olarak	156
B. Ücretsiz İzin Sırasında	157
1. Genel Olarak	157
2. Ücretsiz İzinde Başlanan Yan İşin Durumu.....	159
C. Kanuni Grev ve Lokavt Süresinde	164
D. Profesyonel İşçi Kuruluşu Yöneticiliği Süresinde	169
E. Analık Haline Özgü İzinlerde	175
1. Doğum Öncesi ve Sonrası Analık Hali İzinleri Süresinde.....	175
2. Doğum Sonrası Yarım Çalışma İzinleri Süresinde.....	179
a. Doğum sonrası yarım çalışma izni.....	179
b. Bazı ebeveynlerin kısmi süreli iş sözleşmesine geçiş hakkı	181
3. Doğum Sonrası 6 Aylık Ücretsiz İzin Süresinde	184
F. Raporlu Olunan Sürede	187
G. Mevsimlik İş Sözleşmelerinde.....	190
1. Genel Olarak	190
2. Mevsimlik İş Sözleşmesinde Çalışılan Sürede	192
3. Mevsimlik İş Sözleşmesi Askıdayken.....	193
H. İşe İade Davası Sürecinde	194
1. Genel Olarak	194
2. İşe İade Davası Sürecinde Başka İşte Çalışılması.....	197
3. İşe İade Davasının Kazanılması Halinde Durum	200
İ. İşverenin (İşi Kabulde) Temerrüdü Halinde.....	203
1. Genel Olarak	203
2. İşverenin İşi Kabulde Temerrüdünün Şartları	205
3. İşverenin İşi Kabulde Temerrüdünün Sonuçları.....	208
4. Temerrüt Halinde Yan İşin Durumu	214
5. Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Bağlamında	216

J. Pandemi Kapsamında İşverence Tek Taraflı Olarak Çıkarılan Ücretsiz İzinde.....	220
SONUÇ	228
KAYNAKÇA	232



KISALTMALAR

Abs.	: Absatz (paragraf/fıkra)
ArbR	: Arbeitsrecht
Art.	: Artikel (madde)
AY	: 1982 Anayasası
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BeckOK	: Beck'scher Online-Kommentar
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BİK	: 5953 sayılı Basın İş Kanunu
Bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİK	: 854 sayılı Deniz İş Kanunu
dn.	: dipnot
E.	: Esas
ErfK	: Erfurter Kommentar
f.	: fıkra
Geç.	: Geçici

GSÜ	: Galatasaray Üniversitesi
HD	: Hukuk Dairesi
HFD	: Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ILO	: International Labour Organization
İşK.	: 4857 sayılı İş Kanunu
K.	: Karar
Krş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
MÜHF-HAD Dergisi	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları
OR	: Obligationenrecht
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SSGSSK	: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
SSİY	: Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği
STİSK	: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

vd. : ve devamı

vs. : vesaire

Y : Yargıtay

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YİBGK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

yy. : yüzyıl



GİRİŞ

I. KONU VE ÖNEMİ

Kişiler gerek yaşam standartlarını daha yukarıya çekebilmek için gerekse giderek pahalılaşan yaşam mücadelesini sürdürebilmek için bir gelir getirici faaliyet ile yetinmeyerek başka başka gelir getirici işler ile uğraşabilmektedirler. Bunun sonucu olarak bireysel ve toplu iş hukuku bakımından ve sosyal güvenlik hukuku bakımından üzerinde durulması gereken çeşitli problemler de ortaya çıkmaktadır.

Bu durum sadece gelir getirici faaliyetler bakımından değil, kişinin fiziksel/zihinsel gücünü harcadığı hobileri, karşılıksız hayır işleri, bir yakınına yardımda bulunması gibi gelir getirici olmayan kimi faaliyetler bakımından da önem taşıyacaktır. Zira işçi sadece gelir getirici yan işlerde çalışarak değil, gelir getirici olmamasına rağmen yorucu olan faaliyetlerde bulunması halinde de asıl işini aksatabilecektir.

Asıl işin yanında başka bir faaliyette bulunmanın hukuken mümkün olup olmadığı, hangi şartlarla yan işte çalışmanın mümkün olabileceği ve şartların gerçekleşmemesi halinde sonuçlarının ne olacağı bakımından değerlendirmeye ihtiyaç bulunmaktadır. Şartların gerçekleşmemesi halinde bu durumun işverene haklı ya da geçerli sebeple fesih imkanı verip vermeyeceği önem taşımaktadır.

II. KONUNUN SUNULMASI VE SINIRLANDIRILMASI

İş sözleşmesinde yan işte çalışmaya ilişkin düzenlemelerin öngörülmesi halinde bu hükümlere ne anlam ve sonuç yüklenmesi gerektiği konusu incelememiz kapsamında yer alacaktır. Ayrıca sözleşmede bu anlamda bir hüküm olmaması halinde yan işte çalışmaya nasıl bir sonuç bağlanması gerektiği de önem taşıyan bir başka boyuttur. Nitekim TBK m. 396/3'e göre; "İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez", dolayısıyla Kanun hükmünü ihlal eder bir surette faaliyette bulunan işçi bakımından işverenin birtakım haklara sahip olması gerekecektir.

Çalışmamızda asıl iş ve yan iş kavramları ile yan işin benzer kavramlardan farkı üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Ayrıca yan işin somut olarak karşımıza çıkabileceği;

bağımlı çalışma, bağımsız çalışma gibi faaliyet türleri hakkında bilgi verilmesi amaçlanmıştır.

Konunun tüm kapsamıyla anlaşılabilmesi için, işçinin ne tür yan işlerde çalışabileceği ya da çalışamayacağı, yasaklanmasına ya da serbest bırakılmasına, işverene bilgi verilmesi ya da ondan yan işte çalışabilmeye ilişkin izin alınmasına iş sözleşme hükümleri

Hukuka uygun olarak kurulmuş olsun ya da olmasın, devam eden bir yan iş faaliyetinin, mevcut iş sözleşmesine olası etkileri de çalışmamızda incelenecek, çeşitli yöndeki uygulamalar değerlendirilerek mevcut ve muhtemel problemlere çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

Bu anlatılanlar dışında işçinin asıl işini yapmak zorunda olmadığı ancak iş ilişkisinin halen ayakta olduğu özellikli durumlar bakımından da yan işte çalışma konusu incelenmesi gereken hususlardandır. Bu özellikli (ücretsiz izinler, ücretli izinler, grev-lokavt, işçi kuruluştan yöneticiliği gibi) durumların asıl iş ilişkisine etkileri, birlikte yürütölüp yürütölemeyecekleri, asıl iş ilişkisinin taraflarına yüklediği yükümlölükler ya da sağladığı haklar uygulama bakımından önem taşımaktadır.

Kısmi süreli iş sözleşmeleri, yan iş ihtimalinin en çok karşımıza çıkabileceği sözleşme türlerindendir. Zira işçi birden fazla iş sözleşmesi ile yasal sınırlar dahilinde çalışabilecektir. Tam süreli iş sözleşmeleri ile girişilen yan işler, kısmi süreli iş ile birlikte yürütölöcek olan bağımsız yan faaliyetler tartışma konularından bazılarıdır. Burada kısmi süreli iş sözleşmeleri ile ilgili fazla saatlerle çalışma yasakları başta olmak üzere tartışmalı birçok husus üzerinde durulacak, bu doğrultuda kanaatimizi ifade ile birlikte çözüm önerileri ortaya konmaya çalışılacaktır.

Basın İş Kanunu m. 13 hükmü ile kural olarak gazetecilerin yan işte çalışmaları serbest bırakılmış, ancak bu serbesti ile beraber basın iş sözleşmesinde yan işte çalışmanın yasaklanabilmesi de mümkün kılınmıştır. Zira ifadeye göre “*Gazeteci işverenle yaptığı mukavelede aksi zikredilmediği takdirde dışarda, basınla alakası olsun veya olmasın, başka iş tutmakta serbesttir.*” Düzenlemedeki aksayan yönler öğreti görüşleri çerçevesinde sunulacaktır.

Asıl iş ve yan iş örnekleri gerçek hayatta karşımıza çok çeşitli şekillerde çıkabileceğinden çalışmamızda yeri geldikince konular örneklendirilmeye çalışılacak, böylece konunun zihinlerde somutlaştırılması sağlanacaktır.

Konu ayrıca Anayasal çalışma, sözleşme ve kişilik hakları ile de yakından ilgilidir. Yan işte çalışmanın iş sözleşmesi ile yasaklanmasının bu haklara olan etkisi önem taşımaktadır.

İşçinin dinlenme hakkı, işini gereği gibi yerine getirme, sadakat gibi borçları, yasal azami çalışma süreleri, iş sağlığı ve güvenliği konuları ile işçinin yan işte çalışması hususu, aralarında sınır çizilmesi bakımından çalışmada incelenecek diğer hususlardır.

Konu hakkında Yargıtay, çeşitli zamanlarda birbirinden farklı yönde kararlar vermiştir. Çalışmada erişilen Yargıtay kararları hakkında bilgi verilerek konumuz bakımından özellik arz eden hususlar üzerinde durulacaktır.

Konunun sosyal güvenlik hukuku bakımından da incelenmesi gereken görünümleri olmasına karşılık, konunun uygulamadaki bir ihtiyaca cevap olabilmesi, amaca yönelik pratiklikte hazırlanabilmesi ve doktora tez çalışması olarak derinlemesine incelenebilmesi adına biz çalışmamızda yalnızca bireysel ve ilgili olduğu noktada toplu iş hukukuna ilişkin değerlendirmelerde bulunacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE İLKELER

I. YAN İŞ-ASIL İŞ KAVRAMLARI

A. Yan İş Kavramı

1. Genel Olarak

Yan iş kavramı yasa koyucu tarafından tanımlanmamıştır. Ancak bu terim uygulamada çeşitli anlamlarda kullanılabilmektedir. Bir yan işten bahsedilebilmesi için işçinin taraf olduğu mevcut bir iş ilişkisinin varlığı şarttır¹. Mevcut bir iş ilişkisi yokken başlanacak bir çalışma, başlı başına bir iş oluşturacak ve bir yan işten bahsedilemeyecektir.

Yan iş (Nebentätigkeit), aynı işverenle ya da başka bir işverenle (asıl) iş ilişkisi dışında bağımlı olarak çalışmayı veya asıl iş ilişkisi dışında bağımsız olarak faaliyette bulunmayı ifade eden bir kavramdır².

¹ AKYİĞİT, Ercan: **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşde Çalışması**, Ankara 1995, 5; ARSLAN ERTÜRK, Arzu: **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul 2010, 307, 309; CENTEL, Tankut, **Kısmi Çalışma**, İstanbul 1992, 132; EYRENCİ, Öner: **Kısmi Süreli Çalışmalar, Uygulama ve İş Hukuku Açısından**, İstanbul 1989, 18-19.

² Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, 9. Aufl. 2023, BGB § 611a Rn. 1015; Bkz. AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 2 vd.; SÜZEK, Sarper: **İş Hukuku**, Yenilenmiş 23. Baskı, İstanbul 2023, 271; DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 366, 384; ARSLAN ERTÜRK, Sadakat Borcu, 309-313; CİVAN, Orhan Ersun: **İşçinin Yan Yükümlülükleri**, İstanbul, 2021, 343; BeckOK Arbeitsrecht/JOUSSEN, 72. Ed. 1.6.2024, BGB § 611a Rn. 454; GÜRKAN, Elif Seda: 2019/1152 Sayılı Avrupa Birliği'ne Üye Ülkelerde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları Hakkında Yönergede Yer Alan İşçinin Başka İşte Çalışmasına İlişkin Hükmün Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Özel Sayı (Prof. Dr. Öner EYRENCİ'ye Armağan)**, İstanbul 2023, 371.

İşçinin tam/kısmi³ süreli bir iş sözleşmesi ile bir işverene bağlı olarak çalışmakta iken aynı zamanda (günlük/haftalık/yıllık⁴) çalışma süresinin dışında kalan zamanlarda başka bir gelir getirici faaliyette bulunması ya da başka bir işverene bağlı olarak çalışması da, yan işte çalışma olarak tanımlanabilir.

Yan işin hizmet sözleşmesi niteliğinde olması mümkün olduğu gibi hizmet sözleşmesi dışında yapılan bir iş de yan iş teşkil edebilir⁵. Örneğin kişinin asıl işi olan bir iş sözleşmesinin dışında girdiği dövmecilik işi, bağımsız bir faaliyet olarak yan iş oluşturacaktır⁶.

Yan iş, gelir getirici bir iş olabileceği gibi gelir getirmeyen bazı uğraşlar da yan iş olarak kabul edilebilir⁷. Bu husus asıl iş ilişkisinde bağlı olarak çalışılan işverenin, işçinin dinlenmiş olarak işe gelmesini bekleme hakkı ile alakalı olarak önem arz eder. Diğer bir deyişle işçinin performansını etkileyecek, işini gereği gibi görmesine engel olacak derecede yorgun düşürecek yan faaliyetler, gelir getirici olsun ya da olmasın çalışmamız bakımından tartışmaya değer olacaktır.

İşçi asıl iş sözleşmesi ile üstlendiği işi yaptığı sürede değil, bundan artan zamanlarda yan iş yapabilir. Bunun aksine; asıl iş sözleşmesinin günlük çalışma süreleri içerisinde, yani asıl işvereniyle bağlı olarak iş görme borcu altındayken işçinin bir başka

³ Tam ve kısmi süreli iş sözleşmeleri ile birlikte yan işin mevcudiyeti ihtimalleri ileride detaylı olarak tartışılacağından burada konuya ilişkin bilgi verilmeyecektir. Bkz. Bölüm 2, IV, H.

⁴ Bkz. Bölüm 3.

⁵ Bkz. AKYİĞİT, İşçinin Başka İşde Çalışması, 8; DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 384; Bkz. ve Krş. TUNCAY, A. Can: İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, 2001, 1064.

⁶ Y9HD, 05.06.2017, E. 2016/14956, K. 2017/9595. Kararın değerlendirmesi için bkz. Bölüm 2, V, D.

⁷ SCHAUB, **Arbeitsrechts-Handbuch**, 20. Auflage 2023, § 42. Nebenbeschäftigung, Rn. 1.

iş ile alakalı faaliyetlerde bulunması doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış niteliğinde olacak ve işverene haklı sebeple sözleşmeyi derhal feshetme imkanı verecektir⁸.

2. Yan İşin Benzer Kavramlardan Farkı

a. Kısmi süreli iş sözleşmesinden farkı

aa. Kısmi süreli iş sözleşmesi kavramı

Kısmi süreli iş sözleşmeleri atipik iş sözleşmelerinin en yaygın ve karakteristik örneğini oluşturur. Günümüzde ortaya çıkan ekonomik ve teknolojik gelişmeler, iş hukukunu esnekleşme yönünde zorlamakta, bunun sonucunda başta kısmi süreli iş sözleşmeleri olmak üzere birçok atipik iş sözleşmesi türü yaygınlık kazanmaktadır. Kısmi süreli çalışma, istihdamı sağlamada ve işsizliği önlemede bir çözüm olarak da ortaya çıkmakta, bu çalışma biçiminde işin bölünmesi daha fazla sayıda işçi ihtiyacını doğurmakta, böylece işsiz kişilerin sayısında azalma söz konusu olabilmektedir⁹. Bu özelliğinin yanında kısmi süreli iş sözleşmesi işçinin asıl iş sözleşmesiyle yürüttüğü çalışmasının geçimi temin etme noktasında yetersiz kalması halinde onun insan onuruna yaraşır bir gelir elde etme amacıyla başvurduğu çalışma biçimi de olabilmektedir. Gerçekten işçi birden fazla iş ilişkisi ile gelirini artırma olanağına kavuşmakta, böylece daha müreffeh bir hayata kavuşması mümkün olabilmektedir. Bazen de bu çalışma ihtiyacı daha rahat geçinme olanaklarına kavuşma amacıyla değil, acil ve mevcut bir gideri (ihtiyacı) karşılama amacıyla da gerçekleştirilmektedir. İşçinin asıl işi ile geçinmesini temin ederken, kurmuş olduğu kısmi süreli iş sözleşmesi ile de örneğin kredi borcunu ödeme ya da çocuğunun eğitim giderini karşılaması mümkün olabilmektedir.

⁸ Aynı yönde, BeckOK ArbR/JOUSSEN BGB § 611a Rn. 455; Benzer yönde, CİVAN, Yan Yükümlülükler, 346, Yazara göre asıl iş ve yan işin zaman ve mekan bakımından çakışması işçinin asli yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmektedir. Aynı yönde bkz. ALPAGUT, Sadakat Borcu, 26-27.

⁹ SÜZEK, İş Hukuku, 262.

Ayrıca kısmi süreli iş sözleşmeleri sosyal hayat bakımından da denge sağlaması sebebiyle genç ve kadınlar tarafından tercih sebebi olmaktadır¹⁰.

İşyerinde sürekli olarak bulunmayı gerektirmeyen büyük oranda uzmanlığa dayanan işlerde çalışanlar; örneğin avukatlar, doktorlar ve muhasebecilerle kısmi süreli iş sözleşmeleri kurulabilmektedir¹¹. Ayrıca öğrencilerin, ev hanımlarının ve emeklilerin otellerde, tatil köylerinde ve çeşitli büro işlerinde boş zamanlarını değerlendirmelerine yarayan kısmi işler, gittikçe yaygınlık kazanmaktadır¹².

bb. Kısmi süreli iş sözleşmesinin kurulması

İş Kanunumuzun 13. maddesine göre “İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir.” Tanımdan da anlaşılacağı üzere ‘önemli ölçü’nün ne kadarlık bir süreyi ifade ettiği belirsizdir¹³. Bu husus uygulamada sorun yaratacak niteliktedir. Kanun gerekçesine göre; sadece 2-3 saatlik bir azalma sözleşmeyi kısmi süreli hale getirmeyecek, ancak üçte ikilik oranın altına inmesi halinde, yani sözleşmede haftalık çalışma süresi 30 saatten az ise kısmi süreli iş sözleşmesinden bahsedilecektir. Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 6. maddesinde de aynı esasa yer verilerek “İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma”nın kısmi süreli çalışma olduğu belirtilmiştir. Gerekçe lafzına göre 30 saatin altında olan bir çalışma süresi kısmi süreli kabul edilecekken Yönetmelik hükmündeki “kadar” ifadesi 30 saatlik çalışmayı da kısmi süreli çalışma olarak kabul etmemizi gerektirir¹⁴. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir: “*Gerekçede üçte ikisinden az olan çalışma ifadesi kullanılmışken, yönetmelikte üçte iki*

¹⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 196-197.

¹¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 197; SÜZEK, İş Hukuku, 273; DEMİR, Kısmi Süreli, 206.

¹² DEMİR, Kısmi Süreli, 207.

¹³ CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli, 183.

¹⁴ BALKAN, Hakan: *Bireysel İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri*, Doktora Tezi, İstanbul 2021, 81.

oranına kadar yapılan çalışmalar kısmi çalışma sayılmıştır. Bu durumda emsal işçiye göre 45 saat olarak belirlenen normal çalışmanın taraflarca 30 saat ve daha altında kararlaştırılması halinde, kısmi süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilir.”¹⁵. Üçte iki oranını aşan çalışmalar ise kural gereği tam süreli çalışma olarak kabul edilmelidir¹⁶. Ancak bu durum, uygulama bakımından bazı tereddütler oluşturabilecektir. Bunun yerine Türkiye’nin henüz taraf olmadığı ILO’nun 175 sayılı sözleşmesinin 1. maddesinde düzenlenen şekilde, tam süreli çalışmalardan daha kısa süreli olan tüm çalışmaların kısmi süreli olduğunun kabulü daha yerinde bir çözüm olurdu¹⁷.

Konuya ilişkin bir Hukuk Genel Kurulu kararında da 30 saati aşan ancak 45 saati bulmayan çalışmanın tam süreli çalışma olduğu, bunun sonucu olarak, işçiye tam süreli işçilere tanınan tüm hakların sağlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁸. Kararda yer alan karşı oya göre ise “...tam süreli çalışmadığı için de tüm haklardan aynen tam süreli çalışanlar gibi yararlandırılması da söz konusu olamaz. Demek ki, ortalama bir yolun bulunması gerekmektedir. ... tam süreli çalışana göre 33 saat çalışanın parasal haklarının orantısız olarak belirlenmesi gerekmektedir. Burada yapılan uygulamanın kısmi süreli çalışanlara uygulanan yasadaki kaynaklı oranlama değil, yasadaki bulunmayan hakkaniyet amaçlı bir oranlamadır. Bunun uygulamada yer bulması ile objektif eşitlik ilkelerine aykırı davranılmış olunmamaktadır. Çalışma saatleri itibarıyla farklı durumda olan ve tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasındaki ayrımı haklı kılan objektif haklı bir nedenin varlığı söz konusudur. Aranılan eşitlik mutlak eşitlik değil, benzerler arasındaki sağlanacak eşitliktir.... iş yasalarında ve sözleşmede 30 - 45 saat arası çalışanların haklarını ve durumlarını özgün bir yasa bulunmadığı gibi yönetmeliklerde de karşılayan açık hüküm yoktur. O zaman, mahkemelerin ve yüksek

¹⁵ Y9HD, 30.01.2012, E. 2009/37019, K.2012/2239, (www.kazanci.com).

¹⁶ CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli, 184.

¹⁷https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C175. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 198. Caniklioğlu’na göre de 30 ila 45 saat arasındaki haftalık çalışma sürelerinin tam süreli olarak kabulü gerekmeyle birlikte bu durum adaletli sonuçlara yol açmamaktadır, CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli, 183.

¹⁸ YHGK, 06.02.2013, E. 2012/9-847, K. 2013/200.

mahkemenin bu konularda çözüm üretmesi zorunluluğu bulunduğundan, mahkemece adı konulmadan bu yöntem uygulanmış olup, tarafımca da isabetli bulunmaktadır. Bunun aksi düşünüldüğüne çalışılmayan 12 saatlik süre için işverene bedel ödettirilmiş olacaktır. Kitlesel bazda düşünüldüğünde yüksek parasal meblağlara ulaşan toplu ödemelerden işverenlerin olumsuz etkileneceği açıktır. Bozma ilamında kabul edildiği gibi haftada 33 saat çalışan işçi ile tam süreli 45 saat çalışan işçi haklarından aynen yararlandırılması halinde, asıl eşitsizliğin, tam süreli çalışanlar aleyhine yaratılmış olduğu görülecektir.”

Kısmi süreli çalışma örneğın haftanın sadece belirli günlerinde tam gün, haftanın her günü belirli bir süre veya birkaç gününde belirli bir süre yapılabilir¹⁹. Bu sözleşmeler belirsiz süreli olarak yapılabileceğı gibi yukarıda belirtilen objektif nedenler (İşK. m. 11/1) varsa belirli süreli olarak da kurulabilir. Aynı şekilde, kısmi süreli sözleşmelerin sürekli veya süreksiz bir iş için yapılmasına da herhangi bir engel yoktur²⁰.

Sözleşme serbestisi ilkesi gereğı işçi ile işveren mutabakata vararak serbestçe kısmi süreli iş sözleşmesi akdedebilir veya bundan imtina edebilirler²¹. Ancak İş Kanununun m. 13 hükmüne 29.1.2016 tarih ve 6663 sayılı kanunla 5. ve 6. fıkralar ilave edilmiş ve işverenlerin bu husustaki özgürlüğüne kısıtlama getirilmiş, işçi doğum yaptığı takdirde, ebeveynden birinin talebi üzerine işverenlerce kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı, kaideye bağlanmıştır²². Bu konu ebeveynin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı kısmında daha detaylı olarak ele alınacaktır.

Diğer taraftan, İş Kanunu m. 13/4 hükmü işverene bir mecburiyet yüklememekle birlikte, doğum halini düzenleyen hüküm dışında, tam süreli sözleşmeye geçme isteğı olan kısmi süreli çalışanların veya kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya geçmek

¹⁹ DEMİR, Fevzi: Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, **Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan**, İstanbul 2019, 206.

²⁰ SÜZEK, İş Hukuku, 273.

²¹ Çalışma süreleri bakımından dikkat edilmesi gereken sınır, haftalık azami çalışma süresi olan 45 saattir. Bunun altında olmak koşuluyla taraflar haftalık çalışma süresini belirlemede serbesttirler.

²² SÜZEK, İş Hukuku, 274.

isteyen işçilerin bu yöndeki taleplerinin işverence dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır²³. İlgili hüküm şu şekildedir: “İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğu kısmi süreli den tam süreliye veya tam süreli den kısmi süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur.” .

İşçinin birden fazla yerde ve işverenle kısmi süreli iş sözleşmesi kurması genel olarak mümkündür. Öğretide işçinin aynı zamanda birden fazla yerde kısmi süreli çalışması durumunda, farklı işyerlerindeki toplam çalışma süresinin, işçinin sıhhatinin korunması gayesiyle kanuni azami çalışma süresini aşamayacağı, aksi takdirde, toplam çalışma süresi azami kanuni çalışma süresini aşıyorsa, sonraki tarihli kurulan sözleşmedeki çalışma süresinin tenkis edilerek toplam iş süresinin kanuni azami süreye indirileceği ifade edilmiştir²⁴. Yine aynı görüşe göre, kanuni azami süreyi doldurarak bir işyerinde çalışan işçinin, kısmi süreli iş sözleşmesi kapsamında başka bir işyerinde çalışması mümkün değildir, sonraki tarihli iş sözleşmesi geçersizdir.

Kanuna konulacak bir hükümle, kısmi süreli iş sözleşmesi yapan işverenlere işçinin başka bir işyerinde çalışıp çalışmadığını sorma ve her iki iş sözleşmesinin yasal çalışma süresini aşır aşmadığını araştırma yükümlülüğü de öngörölmelidir. Böylece işveren daha sonra işçinin başka bir işyerinde çalışıp çalışmadığını bilmediğini, dolayısıyla bilmediği bir durumdan dolayı sorumlu tutulamayacağını ileri süremeyecektir²⁵.

Birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesinin varlığı halinde çoğu zaman yan iş uygulaması da meydana gelmiş olacaktır. Kanımızca tam süreli bir iş ilişkisi mevcutken yan iş başlayabileceği gibi kısmi süreli bir iş ilişkisi mevcut iken de yan iş bahsi gündeme gelebilecektir. Çalışma sürelerinin emrediciliği hususu ile ilgili olan bu ihtimaller ileride ilgili bölümde detaylıca anlatılacak, burada sadece haftalık yasal azami çalışma süresine

²³ SÜZEK, İş Hukuku, 274.

²⁴ EYRENCİ, Kısmi Süreli Çalışma, 37 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, 274; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, 80-81; CENTEL, Kısmi Çalışma, 62; SARIBAY, 279. Böyle bir durumda geçersizliğin ileriye etkili olması sebebiyle işçinin çalışmış olduğu günler için ücrete hak kazanacağı, EYRENCİ, Kısmi Süreli Çalışma, 39.

²⁵ CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli, 187.

çok katı yaklaşmamak gerektiğini ve somut olayın koşullarına göre farklı sonuçlara varılabileceğini belirtmek ile yetinilecektir.

cc. Kısmi süreli iş sözleşmelerinin yan iş bakımından işçinin hak ve borçlarına etkisi

İş Kanununda paraya ilişkin bölünebilir menfaatler konusunda açık bir düzenleme yer almıştır. İş Kanununun 13. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir*”. Bunun sonucu olarak, kısmi süreli çalışan işçiye tam süreli emsal işçiye ödenen örneğin asgari ücretin veya ikramiyenin tamamı değil, çalıştığı süreyle orantılı olarak bir ödemenin yapılır²⁶. Zira Yargıtaya göre, kısmi çalışanlar orantılı olarak toplu iş sözleşmesinin ücrete ilişkin hükümlerinden yararlandırılmalıdır²⁷. Bununla birlikte kısmi süreli çalışanların sözleşmeye göre bu hakların tamamından yararlandırılmalarına herhangi bir engel yoktur²⁸. Buna karşılık ücrete ve paraya ilişkin olmayan sosyal yardımlardan kısmi süreli çalışanlar kural olarak ayırım yapılmaksızın yararlanırlar²⁹. Dolayısıyla işçinin asıl işinden başka, bir yan iş olarak bir kısmi süreli iş sözleşmesi yapması halinde de bu hükümler aynen uygulama alanı bulacaktır. Buna göre işçinin toplam çalışma süresinin haftalık azami çalışma süresini tamamlaması halinde işçi

²⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 202; SÜZEK, İş Hukuku, 275; CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli, 199.

²⁷ Y9HD, 08.12.2009, E. 2009/44744 K. 2009/33940, (www.kazanci.com); Farklı işlem yapmama esasına aykırılığın hukuki yaptırımı m. 5/6’da düzenlenmiştir; Kısmi süreli işçiler için asgari ücret de tam süreli işçi için geçerli olan asgari ücret üzerinden oranlanarak hesaplanacaktır ve tam süreli emsal işçinin ücreti asgari ücretin üzerinde ise kısmi süreli işçiye de aynı ücret üzerinden orantılı ödeme yapılacaktır, DEMİR, Kısmi Süreli, 208.

²⁸ SÜZEK, İş Hukuku, 275; Benzer yönde, CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli, 200, Yazara göre, paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerden kısmi süreli işçinin yararlanıp yararlanmayacağı belirlenirken sağlanan menfaatin tanınma amacı ve somut iş ilişkisi ile bağlantısı dikkate alınmalıdır, örneğin işyerinde indirimli satış yapan bir kantin varsa bundan kısmi süreli işçilerin de aynen yararlanması gerekir, CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli, 200.

²⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 202; SÜZEK, İş Hukuku, 275.

azami çalışma süresini tamamlamanın ona kısmi değil de tam süreli işçiler gibi menfaatler sağlanmasını talep hakkı vermeyecektir. Diğer bir deyişle, yan işi bir kısmi süreli iş olduğunda işçi, asıl işi ile birlikte sürenin yasal azami süreyi tamamladığı iddiası ile kısmi süre işte çalıştığı süreden fazla menfaatler gerektiren taleplerde bulunamayacaktır³⁰.

Kısmi süreli iş ilişkilerinde esas olan işçinin çalışma süreleridir. Bu hususta ise değerlendirmeye tabi olacak ilişkiler iş hukuku çerçevesindeki iş ilişkileridir³¹. Kendi hesabına bağımsız çalışanlarda ise azami çalışma süresine ilişkin kısıtlamalar söz konusu olmamaktadır. Bu sebeple konumuz olan yan iş ilişkileri değerlendirilirken, iş sözleşmeleri kadar diğer çalışma ilişkileri de değerlendirme konusu olmaktadır. Ancak kısmi süreli iş sözleşmeleri değerlendirmesinde ise işverene bağlı olarak iş sözleşmesi kapsamında yapılan çalışmaların çerçevesi dışına çıkılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu bakımdan sadece birden fazla kısmi süreli iş sözleşmelerinin biri asıl iş diğeri yan iş olarak değerlendirilmesi konusunda ortak bir değerlendirme yapılabilecektir.

b. Birlikte istihdamdan farkı

aa. Birlikte istihdam kavramı

Bazı durumlarda işçiler, holding ve grup şirketler bünyesinde birden fazla işverene karşı aynı anda hizmet verebilmektedirler. Bu halde işçinin çalışma süresi gün içerisinde ya da hafta içerisinde farklı işverenlere net olarak özgülenememekte; işçi birbiriyle eş zamanlı olarak her iki işverene de hizmetini sunmaktadır³². Denilebilir ki; işçinin iki farklı işveren bakımından çalışma süreleri iç içe geçmiş gibidir. İşte işçinin birden fazla işveren yanında tek bir iş sözleşmesi ile istihdam edilmesi durumunda, çalışma olgusu tek bir iş ilişkisine dayanır ve işverenlerin müteselsil sorumluluğunu doğuran “birlikte istihdam”

³⁰ DEMİR, Kısmi Süreli, 208.

³¹ Kısmi süreli iş sözleşmeleri bir ya da birden çok işverene yapılabildiği gibi işçinin bu gibi işlerden başka serbest çalışması da söz konusu olabilmektedir, DEMİR, Kısmi Çalışma, 206.

³² SÜZEK, İş Hukuku, 150; SÜZEK, Sarper: Türk İş Hukukunda İşveren, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 17, Y. 2010, 21.

söz konusu olur³³. Birlikte istihdam kavramı, Yargıtayca “*bir işçinin aynı hizmeti, birbiri ile yönetimsel, ticari veya sözleşmesel bir bağı bulunan birden fazla işverene sunması*” olarak tanımlanmaktadır³⁴. Bu çalışma türünün birbirinden farklı iki işverene birbirinden ayrıştırılmış zamanlarda hizmet vermekten ayırt edilmesi gerekmektedir.

Aynı şirket topluluğu içinde en az iki şirket, aynı işçi ile birbirini tamamlayan ve bir bütün oluşturan sözleşmeler bağtlayarak tek bir iş ilişkisi kurmaktadır. Böylece işçi tarafı aynı olan ve birden fazla işverenin taraf olduğu bir iş ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bu durumda işçi tarafından yerine getirilen hizmetlerin, ayrı ayrı kısmi süreli iş sözleşmelerinin varlığına olanak tanıyacak şekilde ayrıştırılması mümkün değilse, birlikte istihdam olarak nitelendirilebilecek bir çalışma şekli söz konusu olmaktadır³⁵.

Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmesi gereken birlikte istihdam konusunda Yargıtayın görüşü şu şekildedir: “Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçiminde işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet verebilmektedir. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbirleriyle bağlantılı olan bu işverenler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini birden fazla işverene karşı yerine getirmektedir... Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması... buna örnek gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide işçi ile birden fazla işveren arasında tek bir iş ilişkisi vardır. Ücretin

³³ SEVİMLİ, Ahmet: **4857 sayılı Kanunda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri**, İstanbul 2019, 49 ve aynı yer dn. 195’te belirtilen yazarlar. BALKAN, 350. Birlikte istihdam hakkında detaylı bilgi için bkz. ÇELİK, Nuri: Grup Şirketlerinde İşçilerden Bir Kısımının Aynı Anda Birden Fazla İşverene Hizmet Vermesinden Doğan Sorun, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel S., 2013, 25-31; YÜCEL BODUR, Mehtap: **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik**, İstanbul 2018; BAYCIK, Gaye: İşverenin Tespitinde Birlikte İstihdam, Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 13(2), Y. 2022, 77.

³⁴ Y7HD, 07.07.2014, E. 2014/8230 K. 2014/15492, (www.kazanci.com).

³⁵ SÜZEK, İş Hukuku, 150; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 197-198; DOĞAN YENİSEY, 2013 yılı Karar Değerlendirmesi, 30; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 49.

işverenlerden biri ya da birkaçı tarafından ödenmesi veya sosyal sigorta priminin başka bir işverence yatırılması mümkündür.”³⁶.

Her ne kadar, ülkemize birlikte istihdam uygulaması daha çok şirket grupları içinde ortaya çıkmışsa da bu ilişkinin kurulabilmesi için birlikte işverenlerin aynı şirket grubu içinde yer alması zorunlu değildir³⁷. Önemli olan, aynı grup içinde yer alma değil, birlikte işverenlerin, işçi ile olan ilişkilerini hukuken ayrı ayrı ilişkiler olarak değerlendirebilme olanağını ortadan kaldıracak şekilde işçi ile hukuki bir bağlantı içinde olmalarıdır³⁸.

İşverenlerin birlikte istihdam ilişkisi içinde bulunduklarını biliyor olmaları gerekir, aksi halde birlikte istihdamdan bahsedilemez³⁹. Birlikte istihdam ilişkisinin oluşması için işçinin birlikte işverenlerle ayrı ayrı iş sözleşmesi bağlatması gerekli değildir. İşçinin aynı iş sözleşmesi içinde, birden fazla işverene karşı aynı zamanda ve aynı nitelikte bir iş için iş görme borcunu yüklenmesi mümkündür. Bu durum sonradan yeni işverenin iş sözleşmesine katılması yoluyla da gerçekleşebilir⁴⁰.

Birlikte istihdamda işverenlerin her biri, işverenin kanundan ve sözleşmeden doğan hak ve yetkilerine sahip olduğu gibi borçları ve sorumlulukları ile de karşı karşıyadır. İşverenler işçiye karşı müteselsil sorumlu olup, işçi ücret ve diğer haklarının tümünü her işverenden talep edebilir⁴¹. Nitekim, yüksek mahkeme de birlikte istihdamda işverenlerin müteselsil sorumlu olduklarını kararlaştırmıştır⁴². Benzer şekilde işverenlerin iş

³⁶ Y9HD, 09.12.2010, E. 2009/35, K. 2010/36880, 01.02.2010, E. 2009/14496 K. 2010/1757, (www.kazanci.com).

³⁷ SÜZEK, İş Hukuku, 157; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 51.

³⁸ SÜZEK, 2018, 157; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 198; DOĞAN YENİSEY, 2013 Yılı Karar Değerlendirmesi, 32; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 50.

³⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 198; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 51.

⁴⁰ SÜZEK, 2018, 157; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 197-198; DOĞAN YENİSEY, 2013 Yılı Karar Değerlendirmesi, 30; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 51.

⁴¹ SÜZEK, 151; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 201; SEVİMLİ, 52.

⁴² Y9HD, 09.12.2010, E. 2009/35, K. 2010/36880; Y22HD, 13.09.2013, E. 2013/1880, K. 2013/18737, (www.kazanci.com).

sözleşmesini birlikte feshetmeleri, işçinin de sözleşmeyi işverenlerin hepsine karşı feshetmesi gerekir⁴³.

bb. Yan işin birlikte istihdamdan farkı

Bir yan iş söz konusu olduğunda işçi, emeğini harcadığı vakitleri iki işveren bakımından ya da asıl işindeki işverene harcadığı vakit ile kendi faaliyetine ayırdığı vakti birbirinden tamamen ayırmış olmalıdır⁴⁴. Bu sürelerin birbirine geçmiş olması halinde başka tartışmalar gündeme gelecektir. Bu sürelerin birbiriyle çakışması, iç içe geçmesi halinde birlikte istihdam söz konusu olabileceği gibi işçi asıl işverene harcaması gereken mesai saatini başka bir iş yaparak geçirdiğinden ötürü işgörmeye borcuna aykırı davranmış olduğu söylenebilecektir.

Birlikte istihdam kapsamında işverenlerin aralarında bir çeşit işbirliği, birbirlerinden haberdar olma durumları vardır. Yan iş söz konusu olduğunda ise iki işverene karşı sunulan mesainin süreleri birbirinden tamamen ayrılmıştır. Bu ayrışma gün içerisinde olabileceği gibi haftanın günlerine göre de değişebilecektir. Birlikte istihdamda ikinci işverenin ilk kurulmuş olan sözleşmeye katılması, yan iş söz konusu olduğunda ise birbirinden bağımsız iki sözleşmenin mevcudiyeti mevzuu bahistir. Tabii yan işin bağımsız bir girişim olması halinde ikinci bir sözleşmeden değil, bir girişimden bahsediyor olacağız.

B. Asıl İş Kavramı

1. Genel Olarak

Bir asıl iş ilişkisinin varlığından bahsedilebilmesi için her şeyden önce işçinin birbirinden ayrı iki çalışmasının söz konusu olması gerekmektedir. Ancak bu halde bu

⁴³ SÜZEK, İş Hukuku, 158; SÜZEK, İşveren, 22; ÇELİK, Birden Fazla İşveren, 26.

⁴⁴ Zira yapılan bir tanıma göre yan iş, temel uğraş olarak yapılan bir iş ilişkisiyle çalışma yanında yapılan ve icrası halinde asıl işin ifasını *zaman itibarıyla engellemeyen* bir çalışma (iş) olarak da ele alınabilmektedir, AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 6.

ilişkilerden bir tanesinin asıl, diğersinin ise yan iş olduğu söylenebilecektir. İşçinin çalıştığı tek bir hizmet sözleşmesinin varlığı halinde diğersine nazaran asıl iş niteliğini haiz bir ilişkinin varlığını tespiti de ihtiyaç olmayacaktır.

Çalışmamız bakımından asıl iş ve yan işin varlığından bahsedebilmek için asıl işin bir hizmet sözleşmesi niteliği taşıması gereklidir⁴⁵. Alman Hukukunda da asıl iş ilişkisinin bağımlılık unsuru taşıması gerektiği ve bir ücret karşılığında görülmesi zarureti görüşü ağırlık taşımaktadır⁴⁶. Bu hususun önemini vurgulamak için şu örnek verilebilir; bir yan iş tutulduğunda azami çalışma süresinin aşılması probleminin incelenebilmesi bakımından temelde bir hizmet sözleşmesinin varlığı gereklidir⁴⁷. Yahut kişi asıl iş bakımından serbest olarak çalışmakta ise başladığı yan iş, asıl işi bakımından değerlendirmeyi gerektiren bir sorun oluşturmayacaktır. Belki yan işin bir iş ilişkisi olma ihtimalinde işvereni bilgilendirme yükümlülüğü gündeme gelebilecektir.

Asıl iş ilişkisi, tam süreli bir iş sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi kısmi süreli bir iş sözleşmesi kaynaklı da olabilir⁴⁸.

Birbirinden ayrı iki farklı iş ilişkisinin varlığı halinde de bu iki ilişkiden hangisinin diğersine göre daha öncelikli olduğunun tespit edilmesi önem taşıyacaktır. Zira iki iş ilişkisinin birbirleri karşısında öncelik-sonralık bakımından farkı yoksa asıl ve yan işten bahsedilemeyecek, iki tane bağımsız iş ilişkisi söz konusu olacaktır⁴⁹. Bir asıl işin varlığından söz edebilmek için bir başka işin de asıl işle birlikte mevcudiyeti gerekmektedir. Var olan iki işin bir tanesinin asıl iş olduğunun nasıl belirleneceği ise birkaç bakımdan değerlendirmeyi gerektirir.

⁴⁵ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 5, 13.

⁴⁶ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 5; ARSLAN ERTÜRK, 308.

⁴⁷ TUNCAY, İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, 1064; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 7.

⁴⁸ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 6.

⁴⁹ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma 5-6, 9; SÜZEK, İş Hukuku, 272; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 344, dn. 11.

İki iş ilişkisinin varlığı halinde bunlardan hangisinin diğerine göre asıl iş niteliği taşıdığı, diğer bir deyişle öncelikli olduğu öğretide çeşitli kriterler kullanılarak tespit edilmeye çalışılmıştır. Bunlara örnek olarak ‘baskın işgücü gerektiren iş’, ‘zamansal olarak daha uzun süreyi kapsayan iş’, ‘daha önceki bir tarihte sözleşme akdedilen iş’ kriterleri söylenebilir⁵⁰.

2. Asıl İş Ayırt Edebilecek Unsurlar

a. Süresi fazla olan iş

İşçinin girdiği iki işten birinin haftalık çalışma süresi diğerine nazaran daha fazla süreyi kapsaması halinde süresi fazla olan çalışmanın asıl iş olduğu, diğerinin ise yan iş olduğu savunulabilir⁵¹. Objektif bir kriter olması bakımından baskın süre kriteri diğer kriterlere nazaran daha somut ve belirleyici bir ölçüttür. Örneğin işçinin, asıl işinde çalıştığı sürelerden sonra, boş vakitlerinde birkaç saat köpek gezdirme işi yapması, bu nitelikte olacaktır. Hiç şüphesiz işçi daha fazla vaktini alan bir işe daha çok emek sarf edecektir. Her zaman böyle olmamakla birlikte çoğunlukla işçinin daha fazla vaktini alan işlerden kazanacağı gelir de daha fazla olacaktır.

Tuncay’a göre, bir işin yan iş olarak nitelendirilebilmesi için ortada halen devam eden ve baskın süreyi kapsayan bir asıl iş ilişkisi bulunmalı ve bu iş ilişkisi devam ederken işçi başka bir işverenle hizmet ilişkisi içine girmiş olmalıdır⁵². Bu görüşte öne çıkan

⁵⁰ Yan iş kavramı ve bir işin yan iş olarak kabul edilebilmesi için gerekli koşullar için bkz. AKYİĞİT Başka İşde Çalışma, 34–42; ARSLAN ERTÜRK: **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul, 2010, 307–321.

⁵¹ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 14. Yazara göre iş ilişkilerine hukuken tahsis edilen çalışma süreleri dikkate alınmalıdır ve diğerine nazaran daha fazla çalışma süresini içeren iş ilişkisinin asıl iş ilişkisi olarak kabulü gerekir. Aynı yönde, BALKAN, 345-346. İki işten birinin süresinin diğerine göre baskın olmaması halinde asıl iş-yan iş ayrımı değil, iki ayrı kısmi süreli iş sözleşmesi bulunduğu yönünde bkz. CENTEL, Kısmi Çalışma, 34; Ayrıca bkz. EYRENCİ, Kısmi Süreli, 19; SÜZEK, İş Hukuku, 264, GÜDER, Cansu: **İşçinin Başka İş Yapma Yasağı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, 30.

⁵² TUNCAY, İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, 1064.

husus, asıl işin hem zamansal olarak önce başlaması hem de baskın süreyi kapsamaması unsurlarının bir arada bahsedilmiş olmasıdır.

Bir olayda birden fazla kriterin bir arada değerlendirilebileceğini kabul etmek gerekir. İşçinin daha çok vaktini kapsayan işler hem baskın işgücünü gerektiriyor, hem daha yüksek gelir sağlıyor olabilir. Bu nedenle süre kriteri objektif olmakla birlikte değerlendirilecek tek kriter olamaz. Nitekim süresi daha uzun olmakla birlikte işçinin emeğini yoğun olarak sarf etmesi gerekmeyen işler somut olayın koşullarına göre asıl iş olarak nitelendirilemeyebilir. Örnek vermek gerekirse, bir alışveriş merkezinde güvenlik görevlisi olarak çalıştıktan sonra birkaç saatliğine taksi şoförlüğü yapan kişinin hangi işinin asıl iş hangisinin yan iş olduğunu tespit etmek kolay değildir. Kanımızca daha yoğun dikkat ve daha fazla emek harcamasını gerektiren taksicilik işi asıl iş olmaya daha elverişlidir.

b. Baskın işgücü gerektiren iş

İki ilişkiden hangisinin asıl hangisinin yan iş olduğu değerlendirilirken işçinin yürüttüğü işlerden baskın işgücünü gerektiren iş asıl iş olarak, baskın olmayan işgücünü gerektiren iş ise yardımcı iş olarak düşünülebilir⁵³. Bu görüşe göre işçinin süre olarak daha az vaktini almasına rağmen daha çok iş gücü gerektiren bir iş de asıl iş olarak kabul edilebilecektir. Bu kriterin ise sübjektif kriterlere dayanması nedeniyle tatminkar bir sonuca ulaştırmayacağı söylenmektedir⁵⁴.

Birden fazla ölçütün bir arada bulunması; baskın iş gücünü gerektiren işin aynı zamanda daha fazla geliri sağlaması söz konusu olabilir, aynı şekilde uzun süreli işler daha baskın işgücünü gerektiriyor olabilir. Bu tespitın yapılabilmesi için somut olayın hangi ölçütlere sahip olduğu değerlendirilmelidir. Baskın iş gücü ile kastedilen, işçinin zihinsel ya da fiziksel olarak yapması gereken işe ne kadar emek harcadığıdır. Bunun ise somut verilerle ölçülmesi mümkün değildir, çoğunlukla bu durum işçinin algısı ile

⁵³ SÜZEK, İş Hukuku, 271.

⁵⁴ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 13-14.

alakalıdır. Bir kişi için kimi işler yorucu, yıpratıcı iken aynı işler bir başkası için dinlendirici ve hafif olabilir. Örneğin pilates eğitmenliği kimileri için hobi niteliğinde olduğundan meslek olarak icrası halinde yorucu yıpratıcı kabul edilmeyebilecektir. Bu halde de kişi işini yapmak için diğer işine göre daha fazla yorulmuyor olsa bile, kişinin hayatındaki yeri ve önemi bakımından yaptığı iş, asıl iş niteliğinde olabilir. İşçinin hayatında yaptığı iki faaliyetin durumlarını kıyaslamak, asıl iş ve yan işin tespiti bakımından yardımcı olacaktır.

c. Daha önce başlayan iş

Bir işe başlangıç tarihinin diğerine göre daha önce olması, o işin asıl iş olarak değerlendirilmesi sonucunu getirebilir. Uygulamada çoğunlukla asıl iş, daha önce başlanılmış iş olarak karşımıza çıksa da⁵⁵ bu her zaman mutlak olarak doğru olmayabilecektir. İlk olarak hayatın olağan akışında daha fazla karşılaşılan örnekler şu şekilde olmaktadır; Kişi bir iş ilişkisi içerisindeyken, aldığı ücretin giderek kendi ve aile ihtiyaçlarına yetmemesi sebebiyle başka gelir getirici çözümler aramaktadır. Bunun sonucunda ise asıl işinden kalan zamanlarda ya başka bir iş sözleşmesi daha yapmakta ya da bir iş kurmaktadır. Bazen de ihtiyaç olmamasına rağmen işçi bir hobisini hayata geçirerek bunu bir gelir unsuru haline getirebilmektedir. Bu gibi hallerde işçinin önce başladığı işin asıl, sonra başladığı işin ise yan iş olduğunu tespit etmek mümkündür. Ancak, somut olayın cereyanı, yan işin gelişerek asıl işin önüne geçmesini gerektirebilir. Hobi olarak başlanan işten, asıl işe göre daha yüksek gelir kazanılması, ya da yan işte daha fazla vakit geçirilmesi halinde durum böyledir. Yan işin öne geçmesi ile birlikte asıl iş ile yan iş yer değiştirmiş olurlar.

Daha seyrek karşılaşılabilecek ihtimalde ise kişi geçici bir iş yapmaktayken uzun zamandır beklediği bir işe sonradan başlamış olabilir. Örneğin kişinin hiçbir gelir getirici faaliyette bulunmadığını kabul edelim; bu kişi makine mühendisi olmasına rağmen iş bulmakta güçlük çekmektedir. Hedeflediği nitelikte bir iş bulana kadar, sebze-meyve

⁵⁵ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 35; CİVAN, Yan Yükümlölükler, 344, Yazara göre asıl iş, kişinin hayatının ağırlık noktasını oluşturur, işçi asıl işinde daha fazla vakit geçirir ve daha yüksek gelir elde eder.

pazarında tezgahlar olarak çalışıyor olması halinde, daha sonra bulduğu mühendislik işi ile birlikte değerlendirildiğinde daha önce başlayan pazarcılık işini asıl iş olarak adlandırmanın doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

d. Yüksek kazanç sağlayan iş

İşçinin yürüttüğü iki faaliyetten birinin diğerine göre daha fazla maddi yarar sağlaması halinde, daha fazla kazanç sağlayan işin asıl iş, diğer işin ise yan iş olduğu söylenebilir. Nitekim kişiler hayatlarını idame ettirebilmek için gelir sağlamak amacıyla çalışmaktadırlar. Bu sebeple hedefin çoğunlukla daha yüksek gelir getirici işler yapmak olması normaldir. Öğretide *Civan*, birden çok kriteri bir arada değerlendirerek, asıl işi, kişinin hayatının ağırlık noktasını oluşturması, işçinin asıl işinde daha fazla vakit geçirmesi ve daha yüksek gelir elde etmesi perspektiflerinden ele alarak bir sonuca ulaşmaktadır⁵⁶.

Gazetecilik mesleği hususunda (tek ölçüt olmamakla beraber) temel bir ölçüt olarak daha yüksek gelirin kazanıldığı işin, kişinin başlıca/asıl işi olduğu ileri sürülmektedir⁵⁷.

e. Çifte iş ilişkisi (İki tane asıl işin varlığı)

Öğretide birden fazla çalışmanın varlığı halinde bazen bu iki işin birbirine öncelik sonralığı tespit edilemez durumda olabileceği ifade edilmiştir. *Süzek*'e göre bir iş diğerine göre aslilik-fer'ilik ilişkisi içinde bulunmuyorsa yani yan iş olarak nitelendirilebilecek konumda değilse bir yan işten değil birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesinden bahsedilmesi gerekir⁵⁸.

Akyiğit'e göre ise bir asıl iş ilişkisinden bahsedilebilmesi, o iş ilişkisinin diğerine nazaran önceliğe sahip bulunmasını da gerektirecektir. Aksi halde yani birinin diğerine

⁵⁶ CİVAN, Yan Yükümlülükler, 344.

⁵⁷ ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 195.

⁵⁸ SÜZEK, İş Hukuku, 272.

önceliğinin bulunmadığı iki ayrı iş ilişkisinin varlığı halinde asıl-yan iş kavramından değil, çifte iş ilişkisi veya çok sayıda iş ilişkisinden söz edilecektir⁵⁹.

Gerçekten iki işten hangisinin ön planda olduğu, baskın nitelik taşıdığı, yani asıl iş olduğu her zaman netlikle tayin edilemeyebilir. Bu gibi hallerde asıl-iş-yan iş ayrımı yapılamayacak, iki çalışma da birbiriyle eşit konumda olacaktır.

3. Kanaatimiz

Tanımlardan ve asıl işi ayırt etmede kullanılan ölçütlerden de anlaşılacağı üzere asıl iş hem işçi hem işveren bakımından daha yüksek öneme ve önceliğe sahiptir. İşçi, hayatında önemli bir alanı kaplayan gelir kaynağından kopmamak için bir yan iş sürdürecektse dahi bunu belirli kurallar çerçevesinde yapmalıdır. Örneğin, asıl işverenin menfaatlerine zarar verici bir faaliyet yürütmemelidir ya da asıl işindeki performansını olumsuz yönde etkileyecek kadar kendini yorucu işlerde zorlamamalıdır.

İşçinin yaptığı işler bakımından kişisel önem algısı esas olmakla birlikte bu algı ölçülebilir nitelikte değildir. Bu nedenle başka bir çözüm yoluna ihtiyaç bulunmaktadır.

Kanaatimizce birden fazla çalışma ilişkisi söz konusu olduğunda yukarıda açıklanan bütün sebepler bir işin asıl ya da yan iş olmasını sağlayabilecek niteliktedir. Somut olayın koşullarına göre bir durumda sadece daha önce kurulmuş bir iş sözleşmesi olması o ilişkiyi asıl iş yapabilecekken, diğer bir durumda ikinci kurulan iş ilişkisi daha fazla ücret almayı sağlaması bakımından asıl iş konumunda olabilecektir. Değerlendirilmesi gerekli kriterlerin tümü birlikte düşünülmeli ve kişinin yürüttüğü faaliyetlerin hayatındaki önem derecesine göre bir sonuca ulaşılmalıdır.

⁵⁹ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 13.

II. İŞ HUKUKUNUN İŞÇİYİ KORUYUCU YÖNÜ

A. İşçiyi Koruma İlkesi

İşçi ile işveren arasındaki ilişki tam olarak eşit şartlarda söz konusu olmamaktadır⁶⁰. İşveren üretim araçlarını ve sermayeyi elinde bulundurmakta, kendisinden iş talebinde bulunan işçiden daha güçlü bir konumda durmaktadır⁶¹. Bu güç dengesizliği ise işçiyi işveren karşısında dezavantajlı duruma getirmektedir. İşveren dilediği çalışma şartlarını dikte edebilmekte, işçi ise bir an önce yaşamını sürdürebileceği gelire kavuşabilmek ümidiyle dayatılan şartları kabul edebilmektedir. Burada söz konusu olan işçinin işverene olan ekonomik bağımlılığıdır⁶².

Günümüzde iş hukukunun temeli işçiyi koruma amacına dayanmaktadır⁶³. Bu kapsamda sosyal devlet ilkesi gereği işçilerin yaşam standartlarının belirli bir asgari seviyeyi koruması sağlanmaya çalışılır; sosyal güvenlik hakları, asgari ücret uygulamaları bu yöndedir. Ayrıca kişilerin çalışabilmeleri için uygun ortam ve fırsatların oluşturulması ile diledikleri işte çalışarak dilediklerinde çalışmama hürriyetini ifade eden çalışma hakkı

⁶⁰ SÜZEK, Sarper: İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum, **Sicil İHD**, Y. 2015, S. 34, 10. Yazarın ifadesine göre iş hukuku, iş ilişkisi içinde tarafların kuramsal anlamda eşit kabul edilmesinin yarattığı haksız ve adaletsiz sonuçların reddinden doğmuştur.

⁶¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 20. İşçinin korunması ilkesi ile ilgili genel olarak bkz. SÜZEK, İş Hukuku, 14 vd.; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 20 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 11 vd.; SÜZEK, Amaca Uygun Yorum, 9 vd.; DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014, 12.

⁶² ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 20; SÜZEK, Amaca Uygun Yorum, 10.

⁶³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 20; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 10-11; EKONOMİ, 13 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 11-12; SÜZEK, İş Hukuku, 14 vd.; SÜZEK, Amaca Uygun Yorum, 10; Sözleşme serbestisinden işçiyi koruma ilkesine geçişte işçinin işveren karşısında ezilmesinin etkili olduğuna ilişkin bkz. SUBAŞI, İbrahim: İşe İade Davaları ile İlgili Bazı Uygulama Sorunları, Ender Demir, Beste Gemici Filiz (Ed.), **Prof. Dr. Turhan Esener, II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara Ekim 2017, 592.

ve çalışma özgürlüğü, dinlenme hakkı, sendika hakkı, toplu iş sözleşmesi hakkı, grev hakkı da işçiyi koruma görünümüleri olan haklardandır.

İşçinin yan işte çalışması da işçinin korunması gereken özgürlük alanına girmektedir. İşverenle yapılan sözleşmenin ya da kanun hükümlerinin, yan işte çalışma hakkını ortadan kaldırarak işçiyi sadece tek bir işverene mecbur bırakması işçiyi koruma ilkesine ters düşecektir. Bu durum işçinin çalışma hürriyetini orantısız şekilde kısıtlayabileceği gibi, kişiliğini geliştirme hakkını da engelleyecektir.

B. İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Yapısı

İşçinin işveren karşısında güçsüz konumda olması onu yasal açıdan da işveren karşısında korumayı gerekli kılar⁶⁴. Söz konusu güç dengesizliği, iş hukukuna özgü nispi emredici nitelikteki kanun hükümleriyle telafi edilmeye çalışılır. Özel hukukun genelinde görülmeyen nispi emredicilik, iş hukukunda karşımıza çıkar⁶⁵. Buna göre işçiye sağlanan yasal haklar, asgari düzeyleri gösterir ve taraflar sözleşme ile farklı düzenlemeler öngöreceklese, bu hükümler ancak ve ancak işçi lehine artırılabilir ya da azaltılabilirler⁶⁶.

İş hukuku sadece nispi emredici nitelikteki hükümlerden oluşmaz; aksi taraflarca kararlaştırılamayacak mutlak emredici kurallar da işçiyi koruyucu niteliktedir⁶⁷. Hukuk düzeninde genel olarak emredici normlarla, “genel ve olumsuz koşullar” esas alınarak düzenleme yapılır; nispi emredici normlarla ise tarafların “gündelik ilişkileri içinde ortaya çıkabilecek sorunlara asgari olumlu bir içerik” dayatılmaktadır⁶⁸.

⁶⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU /ASTARLI /BAYSAL, 14; ÇELİK /CANİKLİOĞLU /CANBOLAT /ÖZKARACA, 22; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, 29.

⁶⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 23.

⁶⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 22-23; KARAÇÖP, Eda/YAMAKOĞLU, Efe: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2013/38, 88-89.

⁶⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL,15.

⁶⁸ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, 29.

Çalışma konumuz olan işçinin asıl işi dışında kalan zamanlarda bir yan işte çalışmasına ilişkin olarak TBK m. 396/3 hükmünün emredici niteliği değerlendirilecek olursa; hüküm uyarınca, “İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez.”⁶⁹. Hükmün mutlak emredici mi, nispi emredici mi yoksa yedek hukuk normu mu olduğu aydınlatılmalıdır. Öğretide isabetle belirtildiği gibi söz konusu düzenleme yedek hukuk normu olarak kabul edilirse taraflar serbestçe yan işi yasaklayabileceklerdir⁷⁰; bu halde ise işçiyi koruyuculuk amacı gerçekleşmiş sayılamaz. Öğretide Doğan Yenisey, söz konusu yan işe ilişkin sınırlandırma hükmünün objektif nitelikte nispi emredici bir düzenleme olduğunu ifade etmektedir⁷¹. Normla işçinin sadakat borcuna aykırı olarak üçüncü kişiye hizmette bulunması yasaklanmıştır. Taraflar yan işi işçi lehine serbest bırakabilirler, ancak sadakat borcuna aykırı olmadığı müddetçe yan işte çalışmak yasaklanamaz.

Bunun gibi, iş hukukundaki yasal hükümlere genel manada nispi emredici bakış açısıyla bakmak yan işe ilişkin uygulama hakkında da yön gösterici olacaktır.

C. İşçi Yararına Yorum İlkesi

İş hukukunda ilk bakışta belirsizlik içeren yasal hükümlerin işçi lehine yorumlanması bir ilke olarak kabul edilmiştir⁷². Yargıtay da, iş hukukunda belirsizlik

⁶⁹ İşçi sadakat borcuna aykırı olarak üçüncü kişiye “hizmette bulunamaz ve rekabete girişemez”, ifadelerinin hükmü mutlak emredici nitelikte olarak algılamaya müsait olduğu yönünde, DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 372.

⁷⁰ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 372-273.

⁷¹ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 375.

⁷² İş Hukukunda yorum konusunda bilgi için, SÜZEK, İş Hukuku, 25 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 17-18; KAR, Bektaş: İş Hukukunda Yorum, Sicil İHD, Aralık 2012, 72-81.

taşıyan hükümlerin yorumlanmasında işçi yararına yorum yapılmasını gerekli görmektedir⁷³.

İfadesinden anlamı açıkça çıkartılan kanun hükümleri söz konusu olduğunda ya da toplumun ve işyerinin çıkarları ön plana çıktığında işçi yararına yorum ilkesine de bir sınır çizmek gerekmektedir⁷⁴. Kanun hükmünün açık seçik olduğu durumlarda ise işçi yararına yorum yapılmasına gerek bulunmamaktadır⁷⁵.

Anayasa Mahkemesinin bu konuya ilişkin verdiği kararında da kanun hükmünün açık ve belirli olduğu durumda yorum yapmanın hukuk kurallarına aykırı düşeceği belirtilmiş, bir metin okunur okunmaz anlaşılmaz, başka başka anlamlara olanak verecek kadar duraksamalar doğuracak nitelikte kapalı veya yanlışlık apaçık ise ancak o zaman yoruma gidileceği ifade edilmiştir⁷⁶.

Çalışma konumuz bakımından örnek vermek gerekirse, gazetecinin başka işte çalışması, Basın İş Kanunu m. 13'te kural olarak serbest bırakılmış, ancak tarafların aksini kararlaştırabileceği belirtilmiştir. Bu halde tarafların bir yan işte çalışmayı koşulsuz şartsız yasaklayabileceklerini kabul etmek işçi yararına yorum ilkesi ile uyumsuz. Zira işçi haftada 10 saat çalışıyorsa geriye kalan zamanın tümünde çalışmasını yasaklamak, kanun ile getirilen amaç olamaz. Bu nedenle hükmün yorumlamaya ihtiyacı vardır; sınırlamanın ancak işverenin menfaatleri gerektiriyorsa yapılabileceği kabul edilerek işçi yararına bir çözüm yolu geliştirilebilir.

⁷³ YHGK, 24.03.1976, E. 1975/9-762 K. 1976/1164, (www.kazanci.com.tr); Y9HD, 09.04.1968, E. 1968/157 K. 1968/4628, (www.kazanci.com.tr).

⁷⁴ SÜZEK, Amaca Uygun Yorum, 11; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 24, Yazarlara göre kamu yararı ve işyerinin yararının ön planda tutulması esasına uymak ve katlanmak işçinin de yararınadır. Çünkü, ülkenin ve işyerinin iktisadî bünyesinin taşıyamayacağı sosyal yüklerin altına sokulması halinde yıkılacağı ve bunun herkesle birlikte işçiye de zarar vereceği kuşkusuzdur.

⁷⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 24; SÜZEK, İş Hukuku, 26 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 17-18.

⁷⁶ AYM, 26-27/9/1967, E. 1963/336 K. 1967/29, RG 19.10.1968, 13031, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1967-29-nrm.pdf>).

III. BAZI ÇALIŞMA BİÇİMLERİNİN YAN İŞ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Başka İşverene Bağlı Olarak Çalışma

Uygulama ve pozitif hukukumuz bakımından yan işte çalışmanın en çok problemli olarak karşımıza çıkabileceği olasılık, işçinin ikinci iş olarak başka bir işverenle daha iş ilişkisine dahil olması halidir. Çünkü kural olarak hukukumuzda haftalık çalışma süresi 45 saati aşamaz. Bu nedenle işçinin zaten tam süreli bir iş ilişkisi mevcutken yeni bir iş sözleşmesi ile daha çalışmaya başlaması, bu kuralın ihlali anlamına gelecektir.

Bu gibi hallerde işçinin, iki işi bakımından çalışma sürelerini birbiriyle çakıştırmamalı, bir işine ilişkin çalışma süresi içerisinde diğer işi ile alakalı olarak bir faaliyette bulunmamalıdır. Ayrıca yaptığı iki çalışma bakımından da sadakat borcu altında olacağından bir işverene karşı olan yükümlülüğü diğerine karşı olan yükümlülükleri ihlal etmemelidir.

B. Kendi Hesabına Bağımsız Çalışma

Asıl işin yanında yürütülen faaliyet bir iş ilişkisi olabileceği gibi 5510 sayılı Kanunun m. 4/I/b bendi kapsamında yürütülen bir bağımsız çalışma olması da mümkündür. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu kapsamında eser, taşıma vb. gibi sözleşmeler de bağımsız çalışmalara örnek teşkil edecek niteliktedir.

Yeri geldiğinde birçok hususta yan işin serbestliği konusunda yapacağımız savunmalarda dayanak noktalarımızdan birini de bağımsız çalışmalar oluşturacaktır. Gerçekten yan iş yasaklarının temelinde çalışma sürelerinin yasal sınırları karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların zamansal olarak sonradan başlanan iş sözleşmesinin yasal sınırı aşan kısmı geçersiz kabul edilmektedir. Ancak yapılan yan işin bağımsız bir faaliyet olması da mümkündür. Bu halde örneğin asıl işinin yanında boş zamanlarında bakkal dükkanı işleten bir kişinin bu

faaliyetinin geçersizlikle sonuçlanması mümkün görülmemektedir⁷⁷. Buradan hareketle kanaatimizce yan işin bir iş sözleşmesi mi bağımsız faaliyet mi olduğuna bakılmaksızın serbest olması gerekmektedir. Ancak her şeye rağmen insan takatının sınırları da gözetilmelidir. İşçinin durmaksızın çalışarak sağlığını tehlikeye atmasına müsaade edilmemelidir. İşçi kendisine karşı da korunmalı, yaptığı yan işi bağımsız bir faaliyet de olsa aşırı çalışma sürelerine bir sınır getirilmelidir.

C. Gönüllü Çalışma

Gönüllü çalışmalar kişilerin boş vakitlerinde ihtiyaç sahiplerine yardım amacıyla karşılıksız olarak yaptıkları yardımlar, işler, faaliyetlerdir. Bu tür faaliyetler insanların vicdan ve şahsiyetleri ile ilgili olup temelde bir sınırlandırmaya tabi tutulmaları mümkün değildir. Ancak buna karşılık bazı durumlarda kişinin asıl işinden hariç zamanlarda gönüllü faaliyetlerde bulunması, asıl işini çeşitli şekillerde etkileyebilir.

Öğretide ifade edilen bir görüşe göre işçinin gönüllü bir şekilde yürüttüğü çalışmalar, ücret karşılığı olmayan faaliyetler vs. kişinin hayat felsefesi ve prensipleri ile ilgili olduğundan yasak kapsamında değerlendirilemezler ve kural olarak serbesttirler⁷⁸.

İşçinin asıl işinden hariç zamanlarda durmaksızın hayır işlerinde, gönüllü faaliyetlerde çalışarak yorulması, onun işyerinde göstermesi gereken çabaya da yansıyacak ve işini olması gerektiği gibi yerine getirememesiyle sonuçlanacaktır. Bu ise işin gereği gibi yerine getirilmesi borcunu ihlal edecek, işverenin bu duruma katlanması beklenemeyecektir.

D. Fiziksel Aktivite

Kişi yaşamını idame ettirecek çalışmasından arta kalan zamanlarda hobi olarak spor ile uğraşıyor olabilir, veya fiziksel efor sarf etmesini gerektirecek etkinliklere katılıyor olabilir. Bu halde asıl işten başka bir yan iş yürütüldüğü söylenemeyecektir. Zira gelir

⁷⁷ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 384; EYRENCİ, Kısmi Süreli Çalışmalar, 37.

⁷⁸ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 370.

getirici bir faaliyet söz konusu değildir. Buna rağmen serbest zamanlarda gerçekleştirilen bu tür faaliyetlerin fazlaca yorgunluğa sebebiyet vermesi sonucunda, asıl işteki performansın olumsuz yönde etkilenmesi söz konusu olabilecektir. Bu halde TBK m. 396'ya bir aykırılık olmadığı da göz önünde bulundurularak işveren performansı düşen bir işçiyle iş ilişkisini sürdürmeye mecbur bırakılmalı mıdır? Öğretide öne sürüldüğü üzere işçinin iş performansının düşmesine neden olan her türlü faaliyetten de sadakat borcu kapsamında kaçınması gerekmektedir ve bu tür yan işler yasak kapsamındadır⁷⁹.

Kanımızca da işçinin asıl işinden artan zamanlarda serbest vakitlerini nasıl değerlendireceği kendi tasarrufunda olmalıdır. Spor aktiviteleri, hobiler, yardım faaliyetleri de kural olarak serbest faaliyetler arasında görülmelidir. Şu kadar ki bu faaliyetler asıl işte yürütülen faaliyetle özü itibarıyla örtüşmüyor ve birbirini dışlıyor olabilir. Sonraki başlıkta değineceğimiz bu husus yapılan yan faaliyetin bir fesih sebebi oluşturmaya yol açabilir. Benzer şekilde eğer yapılan bu yan faaliyet, işçinin asıl işteki etkinliğini bariz şekilde olumsuz yönde etkiliyorsa yine yasak kapsamında değerlendirilmelidir.

E. Eğilimli İşyerinde Çalışma

İşçinin yürüttüğü iki işten birinin gerçekleştirilmesi ile diğerinin gerçekleştirilmesi çelişki-tutarsızlık içeriyor olabilir. Bu halde asıl iş ile yan iş tespit edilip yan işin yürütülmesinin asıl işin yürütümüne uyumsuzluğu sebebiyle zarar verici nitelikte olduğu anlaşılırsa işçinin yan işi yapmaktan kaçınması beklenecektir. Örneğin bir Alman Federal İş Mahkemesi kararında asıl işi hemşirelik olan bir işçi, yan iş olarak cenaze hizmetleri alanında çalışmaktadır. Kararda, hastanede tedavi olan hastaların bu durumdan haberdar olmaları halinde başka hastaneleri tercih etmeleri olasılığı nedeniyle yürütülen yan işin

⁷⁹ Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, § 611a, Rn. 1016; EYRENCİ, Kısmi Süreli, 39-40; CENTEL, Kısmi Çalışma, 63.

asıl işle bağdaşmadığı ortaya konmuştur⁸⁰. Hemşirelik işi kişiyi sağlığını kavuşturmaya yönelik bir iş iken cenaze işleri kişilerin ölümleriyle doğrudan bağlantılıdır; bu durum da yan işin niteliği itibarıyla asıl işle bağdaşmayan iş olmasına yol açmaktadır.

Eğilimli işyerlerinde çalışan ve manevi amaç temsilcisi gibi görev yürüten işçilerin ve işyerini temsil etme, tanıtma işlevi gören üst düzey yöneticilerin yan işte çalışma imkanları daha kısıtlı olarak görülmektedir⁸¹. Bu sınırlamalar yapılırken, sözleşme özgürlüğü, kişilik hakkı gibi Anayasal hakların iki taraf bakımından da gözden uzak tutulmaması gerekir. Örneğin, bir Alman Federal Mahkeme kararında, asıl işi sekreterlik olan işçi yan iş olarak partneriyle birlikte bir dergiye üstsüz erotik pozlar vermiştir. İş sözleşmesi haklı sebeple feshedildikten sonra mahkeme işçinin yaptığı işin ahlaki bir temsil niteliğinde olmaması sebebiyle işverence yapılan feshi geçersiz kabul etmiştir⁸².

Bu konuda örnek olabilecek bir başka durum ise içki fabrikasında çalışan işçinin Yeşilay derneğine üye bulunmasıdır. Öğretide bu hal, sadakat borcuna aykırı görülmüştür⁸³. Her ne kadar dernek üyeliğinin bir yan iş olarak nitelenmesi tartışmalı olabileceksede, kişinin asıl işi dışında zaman ayırdığı, gelir getirici olsun/olmasın, fiziksel ya da zihinsel aktiviteyi yan iş olarak nitelendirebileceğimiz için dernek üyeliğini de bir yan faaliyet olarak nitelendirmek pekala mümkündür. Kaldı ki burada asıl işin dernek üyeliğinden ne ölçüde etkileneceği dikkate alınmalı, alkollü içecek üretimi yapan bir fabrikada çalışan bir işçinin Yeşilay derneğine üye olmaması beklenir. Bu üyelik kapsamında yürüteceği faaliyetler yürüttüğü işe ve işverenin itibarına zarar verici nitelikte

⁸⁰ BAG, Urt. V. 28.02.2002, 6 AZR 357/01, AP AVR-Caritasverband SS 5 NR. 1. Aynı yönde, Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, Rn. 1019; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 345; GÜRKAN, 375.

⁸¹ CİVAN, Yan Yükümlülükler, 346; PARK, 145; DOĞAN YENİSEY, Yan İşte Çalışma, 383; GÜRKAN, 375-376.

⁸² ArbG Passau, Urt. v. 11.12.1997, 2 Ca 711/97, BeckRS 9998, 23415. CİVAN, Yan Yükümlülükler, 346'dan naklen.

⁸³ TUNCAY, İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, 1054; Güder'e göre ise işçinin yaptığı yan işin hâlihazır işyerinin amacıyla bağdaşmaması halinde rekabet borcuna aykırılık söz konusu olmaktadır, GÜDER, 37-38.

olabilir, ya da (görüşleri bakımından) işçiyi yürüttüğü işe zarar verici faaliyetlere sevk edebilir.

Moral ve ahlaki bakımdan birbirini dışlayan, bağdaşmayan işler söz konusu olabilir. Şöyle ki bazı manevi değerleri ön planda tutan, keskin çizgileri olan işler söz konusu olabilir. Örneğin bir Kuran kursu eğitmeni, çalışma saatleri dışında barmenlik yapması halinde bu durum asıl işin yapıldığı işyerinin eğilimli bir işyeri olmasından kaynaklanmaktadır. Ya da bilindiği üzere katılım bankaları dini hassasiyetler gereği faizsiz işlem yapmalarıyla bilinirler ve müşteriler ağırlıklı olarak bu sebeple katılım bankalarıyla çalışmayı tercih edebilirler. Bu tür bir bankada çalışan birinin faizde parasının olduğunun duyulması halinde bankanın itibarı zarar görebilecektir. Bu halde de katılım bankacılığı yapılan bankaların, eğilimli işyeri olduğu söylenebilecek ve bu tür işyerleri, çalışanlarından kimi işleri yapmamalarını bekleyebileceklerdir. Bu konuda verilebilecek örneklerden biri de okul öncesi eğitimi verilen yerlerdir. Bu gibi işyerinde çalışan bir eğitmenin geceleri gece kulübünde çalışması halinde, söz konusu yan işte çalışma asıl işindeki çalışmaya uygun düşmeyecektir. Bu gibi hallerde işçi yan işte çalışmaktan kaçınma yükümlülüğü altındadır⁸⁴. Aksi halde işverenin haklı sebeple derhal fesih hakkı olduğunu belirtmek gerekir.

Sözleşme ile, niteliği itibarıyla bağdaşmayan işte çalışma yasağı getirildiğini düşünelim: Yeşilay'da çalışan bir işçinin iş sözleşmesine, Yeşilay'ın amaçları ve hedefleri ile bağdaşmayan, ilkelerine ters düşen nitelikte çalışmalar yapılamayacağı, bu gibi hallerde iş sözleşmesinin haklı sebeple derhal feshedileceği hükmü eklenmiş olsun. İşçinin buna rağmen iş çıkışlarında açarak işlettiği bir tek el bayisi olduğu durumda, işçinin asıl işi olan Yeşilay ile olan iş sözleşmesi haklı sebeple feshedilebilecek midir? Bu gibi hallerde işçinin işyerinin eğilimi hakkında dikkatli davranması, kendinden beklenen özene uygun davranarak bağdaşmayan bir işe girişmekten kaçınması gerekmektedir. İş sözleşmesinde yasak bulunmaması halinde işverenin geçerli sebeple iş sözleşmesini feshedebileceğini, sözleşmede yukarıda belirttiğimiz nitelikte bir yasak

⁸⁴ Aynı yönde, BeckOK ArbR/JOUSSEN BGB § 611a Rn. 455.

bulunması halinde ise -genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin kurallara uygun bir yasak olduğu varsayılarak- işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini söylemek gerekir.



İKİNCİ BÖLÜM

YAN İŞ BAKIMINDAN SINIRLANDIRMALAR

I. GENEL OLARAK

İşverenler çeşitli amaçlarla sözleşmelere başka işte çalışmayı yasaklayan ya da sınırlandıran nitelikte hükümler ekleyebilmektedirler. Bununla güdülen amaç bazen işçinin emeğini sadece kendisine hasretmesini sağlamak bazen işçinin performansının kötü yönde etkilenmesini önlemek veya rekabet edici davranışları engellemek olabilmektedir. Bu bölümde kategorik olarak çalışma yasak ya da sınırlandırmalarının hangi şekillerde ortaya çıkabileceği ve bunların geçerliliği ile bu yasak veya sınırlandırmalara bağlanacak hukuki sonuçlar açıklanmaya çalışılacaktır.

İş sözleşmeleri bir özel hukuk sözleşmesi olması sebebiyle tarafların içeriğini belirlemekte bir ölçüye kadar⁸⁵ serbest oldukları açıktır. İş hukukunun kendine özgü nispi emredici yapısı gereği işçi ile işveren sözleşme hükümlerini düzenlerken yasal sınırlamalarla diğer alanlarda olduğundan daha fazla karşılaşmaktadırlar. Her ne kadar iş sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olsalar da kanunda öngörülen hükümlere göre sözleşme ile işçi lehine iyileştirmeler yapılabilecekken işçi aleyhine sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır. Bu açıdan da taraflar sözleşmeye, işçinin başka bir işte çalışmasını çeşitli boyutlarda sınırlandıran hükümler koyabilirler. Nitekim Basın İş Kanununda, taraflarca iş sözleşmesiyle yan işte çalışmanın yasaklanabilmesine olanak sağlayan bir hüküm bulunmaktadır (m. 13). Bu düzenleme haricinde ise mevzuatımızda yan işin doğrudan yasaklanmasına ya da sınırlandırılmasına yönelik bir hüküm bulunmadığı gibi iradi olarak yasaklanabileceğine ilişkin düzenleme de bulunmamaktadır. Ancak sözleşme özgürlüğü uyarınca taraflar, daha doğru bir deyişle sözleşmenin işveren tarafı bu konuda bir düzenleme yapma ihtiyacı hissedebilir.

⁸⁵ Bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 22-23; SÜZEK, İş Hukuku, 33; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 14-15; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, 75-76; YILDIZ, 18.

İşçinin yan işte çalışması ile ilgili bir düzenleme getirilmesi ihtiyacı, iş hukukunda son yıllarda artarak devam eden esnekleşme ihtiyacıyla da yakından ilgilidir⁸⁶. Son yıllarda iş hukukunda esnekleşme ihtiyacından kaynaklanan birçok gelişme yaşanmaktadır. Bunlardan biri olan kısmi süreli iş sözleşmeleri sonucunda işçiler, birden fazla iş sözleşmesi ile çalışmaya yönelmekte ve bu tür çalışmalar giderek yaygınlaşmaktadır.

Bu kısımda öncelikle söz konusu Basın İş Kanunundaki hüküm çerçevesinde yan iş yasakları ve serbestisi irdelenecek daha sonra ise bir çeşit özel hukuk sözleşmesi olan iş sözleşmelerine ne tür yan iş yasakları getirilebileceği üzerinde durulacaktır.

II. BASIN İŞ KANUNU KAPSAMINDA SÖZLEŞMEYLE YAN İŞ YAPMANIN YASAKLANABİLMESİ

A. Yan İş Yasağına Muhatap Olabilecek Kişilerin Kapsamı

Basın İş Kanunu çerçevesinde yan işte çalışma serbestisine veya yasağına muhatap olacak olan “gazeteci” kavramının çerçevesinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Gazeteci, kelime anlamı itibarıyla “*Gazeteye yazı yazmayı, haber toplayıp vermeyi veya gazetenin yazı işlerinde çalışmayı iş edinen kimse.*” olarak tanımlanmaktadır⁸⁷. Uluslararası Çalışma Örgütü'ne (ILO-International Labour Organization) göre gazeteci, gazete, televizyon, radyo ve diğer medya unsurları aracılığıyla çeşitli güncel ve toplumsal olayları ya da konuları inceleyen ve değerlendiren, bunları haber haline getiren kişidir⁸⁸. Bir başka tanıma göre gazetecilik, ilgili kişinin asıl işi olarak veya asıl işi olmaması halinde düzenli olarak güncel olayları ve haberleri toplamak, vermek ve yorumlamak amacıyla yazılı, işitsel ve görsel basın araçlarında ücret karşılığı yapılan iş şeklinde

⁸⁶ GÜRKAN, 359.

⁸⁷ <https://sozluk.gov.tr/>

⁸⁸ https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_172572.pdf, 165.

tanımlanmıştır⁸⁹. Hukukumuz bakımından yapılan bir tanıma göre ise, Basın İş K.'nın kapsamına giren bir veya birden fazla işyerinde, basın iş sözleşmesine göre ve başlıca gelir kaynağını teşkil etmek üzere bir ücret karşılığında fikir ve sanat işlerinde çalışan kişi gazetecidir⁹⁰.

Basın İş Kanununda gazeteci, "Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar" olarak tanımlanmıştır (m. 1/2). Gazeteci kavramının açıklanabilmesi için öncelikle Basın İş Kanununun kapsamına giren işlerin ne olduğu tespit edilmelidir. Kanunda *"Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki "işçi" tarifi şümülü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri"* olarak belirlenmiştir (m. 1/1)⁹¹.

Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 23. maddesinde medya hizmet sağlayıcılarının haber birimlerinde çalıştırılacak basın kartlı personel de Basın İş Kanunu'nun kapsamına alınmıştır. Konu hakkında bir diğer düzenleme ise Basın Kartı Yönetmeliği'nde bulunmaktadır. Buna göre gazeteci, Basın İş Kanunu'nun kapsamında fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar ile 6112 sayılı Kanun kapsamında kurulan radyo ve televizyonların haber birimlerinde çalışanlar ve TRT Kurumunun haber birimlerinde çalışanlar olarak tanımlanmıştır. Buna göre bir kimsenin gazeteci sayılabilmesi için; Basın İş Kanunu'nun kapsamına giren bir işyerinde çalışma,

⁸⁹ GÖKÇEK KARACA, Nuray: Gazetecinin Basın İş Kanunundan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, Legal, İstanbul 2010, 57 (Köme Akpulat'tan naklen). Yazarın gazeteci kavramı hakkında açıklamaları için bkz. GÖKÇEK KARACA, Nuray: **Basın İş Hukuku (Medya Çalışma İlişkileri)**, Ankara 2020, 25-29.

⁹⁰ ŞAKAR, Müjdat: Basın İş Hukuku, İstanbul 2002, 61.

⁹¹ BİK'in yer bakımından kapsamını tayin ederken, okuyucusuna klasik yayın yöntemiyle ulaşan süreli yayınları dikkate almanın yerinde bir yaklaşım olmayacağı, internet sitelerinde ya da sosyal medya mecraları aracılığıyla okuyucusuna/abonesine ulaşan gazete ve süreli yayınların da kapsam içinde değerlendirilmesinin ve buralarda fikir ve sanat işlerinde çalışanların gazeteci olarak kabul edilmesinin amaca uygun bir yorum olacağı yönünde bkz. KÖME AKPULAT, Basın İş Kanunu, 227.

fikir ve sanat işinde çalışma ve son olarak çalışmanın basın iş sözleşmesine dayanması unsurlarına sahip olması gerekmektedir⁹².

Basın Kartı Yönetmeliğine göre basın kartı, Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı tarafından yönetmelik kapsamındaki kişilere verilen, süreli, geçici veya sürekli olabilen resmi nitelikte bir kimlik belgesidir (Basın Kartı Yön. m. 4/1, b ve m. 5). Basın Kartı Yönetmeliğinde, bir takım süreli yayınların sahipleri ve tüzel kişi temsilcilerine, yurt dışında Türkçe yayın yapan basın yayın organlarının Türk uyruklu çalışanlarına, radyo ve televizyonların yönetim kurulu başkanlarına, basın alanında hizmet veren kamu kurumlarının kimi çalışanlarına basın kartı verilebileceği düzenlenmesi (Basın Kartı Yön. m. 7) sebebiyle basın kartı sahibi olan her kişinin gazeteci olarak görülmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁹³. Bununla birlikte basın kartı sahibi olmak gazeteci olmanın koşulu olarak da görülemez; bir kişi basın kartı sahibi olmadan da gazeteci sayılabilir⁹⁴.

Görüldüğü üzere gazeteci sayılmak için basın kartı gerekli olmadığından yönetmelikte gazeteciler için bir yasak getirildiği de söylenemeyecektir. Bunun gibi, Yargıtayın 2015'te verdiği karara göre de, basın kartına sahip olmak, tek başına, gazeteci sayılmak için yeterli görülemeyecektir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, "*Davacı haber ve yorum ağırlıklı en son davalı şirkette yayınlanan M... programında yorumcu olarak görev yapmıştır. Yazılı basında da aynı şekilde yazılar yazmakta olup, sarı basın kartına sahiptir. Sarı basın kartına sahip olmak tek başına gazeteci sayılmayı gerektiren bir kriter değil ise de spor basınında bir süreç içinde uzman olduğu konularda yorum yapmakta, spor haberlerinin ağırlıkta olduğu programda düşüncelerini açıklamakta ve*

⁹² OĞUZMAN, Kemal Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 32, S. 2-4, 1967, 861; SOYER, Polat: Basın İş Kanununun Kapsamı ve Yargıtay Uygulaması, **Legal İş Hukuku Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 50, 2016, 611; SÜMER, Basın İş Hukuku, 29 vd.; KÖME AKPULAT, Basın İş Kanunu, 226; GÖKÇEK KARACA, 72 vd.;

⁹³ SOYER, Basın İş Kanunu, 612; KÖME AKPULAT, Basın İş Kanunu, 226.

⁹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 330; SOYER, Basın İş Kanunu, 612; SÜMER, Basın İş Hukuku, 27-28, 100; KÖME AKPULAT, Basın İş Kanunu, 226; ŞUĞLE, Mehmet Ali: 30 Soruda Basın İş Kanununda Gazeteci, **Mülkiye Dergisi**, Y. 2014, C. 27, S. 230, 415-416.

kamuoyunu bilgilendirmektedir. Yaptığı işin fikir ve sanat işi olduğu ve 5953 Sayılı Basın İş Kanunu kapsamında kaldığı anlaşıldığından..." diyerek⁹⁵ bu konuda asıl olanın gazeteci tanımındaki unsurların mevcudiyeti olduğuna vurgu yapmıştır. Bir görüşe göre, gazetenin yazımına doğrudan ve sürekli olarak düşünsel ve sanatsal katkıda bulunanlar, gazeteci olarak nitelendirilebilir⁹⁶.

Basın İş Kanunu'nda gazetecilik niteliğine ilişkin olarak, "İş Kanunundaki "işçi" tarifi şümulü haricinde kalan kimselere" de yer verilmiştir. Öğretide bu ifadenin, yalnızca beden gücüyle ya da bedeni çalışması fikri çalışmasına üstün olarak çalışan kimselerin gazeteci sayılmamaları amacıyla getirildiği, esasen bu düzenlemenin de kanunun yayımlandığı dönemde yürürlükte bulunan 3008 sayılı İş Kanunu'nun beden işçisi – fikir işçisi ayrımı yapması ve bunlardan beden işçisini kapsamı içine almasıyla ilgili olduğu açıklanmıştır⁹⁷.

Basın Kartı Yönetmeliği, kamu kuruluşu niteliğinde olan TRT'nin haber birimlerinde çalışanları da yönetmelik kapsamına almasına rağmen bu kimseler, Basın İş Kanunu anlamında gazeteci sayılmazlar. (BİK m. 2)

B. Yasal Düzenlemenin İçeriği

Yukarıda da belirttiğimiz gibi hukukumuzda işçinin başka işte çalışmasının sözleşmeyle yasaklanabileceğini belirten Basın İş Kanunu 13. maddesinin 1. fıkrası dışında hüküm bulunmamaktadır. Söz konusu maddenin içeriği şu şekildedir: “*Gazeteci işverenle yaptığı mukavelede aksi zikredilmediği takdirde dışarda, basınla alakası olsun veya olmasın, başka iş tutmakta serbesttir.*”.

Hemen görüleceği üzere maddede gazetecilerin başka işte çalışmaları kural olarak serbest bırakılmıştır. Bir diğer deyişle gazetecilerin asıl işlerinin dışında başka bir işte

⁹⁵ Y9HD, 24.02.2015, E. 2013/9508, K. 2015/7896, (www.kazanci.com).

⁹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, 228.

⁹⁷ GÖKÇEK KARACA, 82; SÜMER, Basın İş Hukuku, 47; KÖME AKPULAT, 230.

alışmaları mmkndr⁹⁸. Ancak tarafların anlaşması ile sözleşmede bunun aksi de kararlaştırılabilir.

Basın İş Kanununa göre bu diğerk çalışma, gazetecilik alanında olabileceğigi gibi başka herhangi bir alanda da olabilir. Başka işte çalışma bir iş sözleşmesi ile olabileceğigi gibi serbest meslek faaliyeti niteliğinde de olabilir. Kanun bu konuda da herhangi bir sınırlandırma öngörmemiştir. Maddede gazetecinin “başka iş tutabileceğigi” belirtilmekte, bu başka işe ilişkin herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Tutulan yan işin bağımlı ya da bağımsız olması da sonuca etkili değıldir, yani madde kapsamında gazetecinin alıştığigi yan iş başka bir iş sözleşmesi olabileceğigi gibi serbest bir faaliyet de olabilir⁹⁹. Gerçekten gazeteci işverenle yaptığigi iş sözleşmesi ile bazı günlerde gazeteye köşe yazısı yazma edimini üstlenebilir, aynı dönemde başka bir gazete ya da dergide de yine köşe yazarlığigi yapabilir. Başka işveren yanındaki çalışması aynı konulara ilişkin olabileceğigi gibi çok farklı bir alana da ilişkin olabilir. Çok yönlü kişiliğige sahip bir gazetecinin bir gazetede siyasi içerikli yazılar yazarken özgün amacı olan örneğinin bir gezi dergisinde, bir gastronomi dergisinde daha farklı içeriklerde yazılar yazması da mümkündür. Diğerk çalışmanın ticari bir faaliyet olabileceğigi akla gelebilirse de, ileride anlatılacağı gibi, Basın Kartı Yönetmeliğinde gazetecilerin medya faaliyeti dışında gelir getirici faaliyette bulunmamaları, basın kartı alabilmelerinin şartı olarak düzenlenmiştir. Ancak yasak hükmünün sınırları incelendiğiginde grleceğigi üzere bazı hallerde gazetecilerin yan iş yapmaları gerekli olabilmektedir.

⁹⁸ SÜMER, Haluk Hadi: **Bireysel Basın İş Hukuku**, İstanbul 2020, 3. Baskı, 69; KÖME AKPULAT, Ayşe: Gazetecinin Başka İşte alışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu’nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 10 (1): 2019, 231; şUĞLE, 30 Soruda, 424; Soyer, Polat: Basın İş Kanununun Kapsamı Ve Yargıtay Uygulaması, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2016, C. 13, S. 50, 625-626.

⁹⁹ SÜMER, Basın İş Hukuku, 71; KÖME AKPULAT, Basın İş Kanunu, 232-233.

C. Objektif Düzenleyici İşleme Dayalı Bir Başka Yasak

Basın İş Kanunu ile ilgili olarak yan iş yasağı hakkında, Basın Kartı Yönetmeliği¹⁰⁰nin 8. maddesinde yer alan bir hükme de dikkat çekmek gerekir. Basın Kartı Yönetmeliğinin anılan maddesinde, basın kartı alabilecek kişilerde aranan genel şartlar sayılırken kart talebinde bulunan kişinin “medya faaliyeti dışında ticari faaliyette bulunmaması” da bir şart olarak aranmıştır. Buradan yola çıkarak gazetecilerin ticari faaliyette bulunması engellenmek istenmiştir denilebilir, başka bir deyişle başka bir işte çalışmasına Yönetmelikle yasaklama getirildiği de söylenebilir. Ancak kanımızca Yönetmelikte yer alan bu şartı mutlak bir yan iş yasağı olarak algılamamak gerekir. Bu düzenlemeyle amaçlanan, basın kartı sahiplerinin işlerini ciddiye alarak ön planda tutmalarını ve ticari faaliyetle birlikte basın mesleğine ilişkin odaklarını kaybetmemelerini sağlamak olsa gerektir. Ayrıca ticari bir kazanç ile ilgili çıkar ve güdüler, bize göre de basın mesleğinin kamuyu aydınlatma yönü sebebiyle mesleklerinde bağımsız olmaları gereği de göz önünde bulundurulursa bu bağımsızlığa gölge düşürebilecek niteliktedir.

D. Sözleşmeyle Yasaklamanın Bir Sınırı Olup Olmadığı

Gazetecinin başka işte çalışabilmesine ilişkin bu serbestiye rağmen Kanunda gazeteci ile yapılan asıl iş sözleşmesiyle, başka herhangi bir işte çalışmasının yasaklanabilmesine imkan da sağlanmıştır. Bu yasak getirilirken yasağa ilişkin herhangi bir sınırlama öngörülüş de değildir¹⁰¹. Burada akla gelecek soru, sözleşme ile getirilecek yasaklamanın yine de bir sınırının olup olmayacağıdır.

¹⁰⁰ RG, 10.04.2023, 32159.

¹⁰¹ Bu hükme ilişkin tartışmalar için bkz. ŞUĞLE, Mehmet Ali: Basın İş Kanunu’na Göre Gazetecinin Başka İşte Çalışması, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, I, İstanbul 2011, 187 vd.; KÖME AKPULAT, Basın İş Kanunu, 224 vd.; Uygulamada çoğunlukla bireysel ve toplu iş sözleşmeleriyle başka işte çalışmaya ilişkin bu hakkın ortadan kaldırıldığına ilişkin, OĞUZMAN, M. Kemal: Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 32, S. 2-4, 1967, 874; SÜMER, Basın İş Hukuku, 69.

Belirtmek gerekir ki hüküm ile taraflara yan işin tümünden yasaklanabilmesi imkanı getirilmiştir. Bu hükmeye dayanarak işverenler gazetecilerin iş sözleşmelerine, külli bir yan iş yasağı getirebileceklerdir. Diğer bir deyişle gazetecilerin iş sözleşmesine eklenecek “gazetecinin başka bir gelir getirici faaliyette bulunması yasaktır” yönündeki bir hüküm yasa ile koşulsuz bir şekilde serbest bırakılmıştır. Ancak bize göre gazetecilerin başka bir işte çalışmalarını iş sözleşmesi ile yasaklanabilmesinin önünü açan yasa ifadesi, Anayasanın çalışma ve sözleşme hürriyeti ile çalışma hakkı ve ödevi maddelerine aykırılık oluşturmaktadır¹⁰². Örneğin bir gazetecinin basın iş sözleşmesinde günlük iki saatlik çalışma kararlaştırılması ile birlikte yan işte çalışmanın yasaklandığını düşünelim. Bu örnek Basın İş Kanunu ile getirilen düzenlemeye tamamen uygun görünmektedir. Bununla birlikte ortaya çıkan sonucun Anayasaya uygunluğu tartışılır niteliktedir. Böyle bir neticeyi kabul etmek yaşamını ücreti ile sürdüren işçilerin geçim şartlarını zorlaştırmak anlamına gelir. İşveren bu hükümle beraber, işçiyi kısa süreli olarak çalıştırabilecek ve bunun karşılığında cüzi bir miktar ücret ödeyebilecektir. Aynı zamanda işçinin başka bir işte çalışmasına da engel olmuş olacaktır. Bu uygulamanın kabul edilmesi, adalet ilkesini de zedeleyecektir¹⁰³. Anayasanın 48 ve 49. maddeleri, çalışmayı hem bir kişisel hak hem de bir toplumsal ödev olarak düzenlemiştir. Bu nedenlerle Basın İş Kanunundaki yan işte çalışmayı yasaklama yetkisini tamamen işverenin yetkisine bırakan hükmün yeniden düzenlenene kadar dar yorumlanması, ancak somut olayın koşullarının gerektirdiği çalışma sürelerinin makul ölçülerde sınırlandırılması, sadakat borcu hakkında sınırlandırma yapılması gerektiği -durumlarda kullanılabilmesi en uygun çözüm olacaktır.

¹⁰² ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 198. Yazar, uygulamada iş sözleşmelerine ve toplu iş sözleşmelerine yan işte çalışma yasağı getirilerek Anayasaya aykırı bir durumun oluşturulduğunu ifade etmektedir, aynı yer. DOĞAN YENİSEY’e göre de yan iş yasağına ilişkin sözleşme hükmünün geçerliliği Anayasal hak ve özgürlükler çerçevesinde değerlendirilmelidir, DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 386; Aynı yönde, CİVAN, Yan Yükümlülükler, 362-263.

¹⁰³ ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 198.

Basın İş Kanununun 13. maddesinin temel amacı gazetecilerin korunmasıdır¹⁰⁴. Yukarıda açıklanan iradi olarak yan işi yasaklayabilmenin önünü açan “*mukavelede aksi zikredilmediği takdirde*” ifadesi ise hüküm ile getirilmek istenen gazetecilerin kural olarak yan iş yapabilmeleri imkanını ölçsüz bir biçimde sınırlandırabilecek niteliktedir. Ayrıca bir gazetecinin çalışma süreleri dışında basınla alakalı olmayan işlerde çalışmasının yasaklanmasının haklı bir gerekçesini bulmak zordur.

Gazetecilerle ilgili olarak çalışma süreleri dışında gazetecilikle ilgisi olmayan yan işler yapılabilmesine ilişkin ifade, öğretilerde bir görüş tarafından eleştirilmiş, gazetecilerin mesleki itibar sebebiyle gazetecilik alanı dışında çalışmalarının uygun olmayabileceği ifade edilmiştir¹⁰⁵. Diğer bir görüşe göre ise bir kişinin gazetecilik ile birlikte gazetecilik dışında bir iş daha yapması halinde, yan iş gazeteciliğe göre başlıca geçim kaynağı olsa dahi, bu kişi gazeteci olma vasfını kaybetmez¹⁰⁶.

Öğretilerde ifade edilen bir görüşe göre gazetecilerin bir başka işte daha çalışabilmesi kanunen mümkün olduğuna göre kişinin gazetecilik dışında yürüttüğü bir iş daha olduğunda “gazeteci” olarak nitelendirilebilmesi için gazeteciliğin başlıca geçim kaynağı olması gerekmektedir. Bu ifadeyle anlatılmak istenen, gazetecilik faaliyetinden elde edilen gelirin seviyesi değil; daha çok, gazeteciliğin asıl iş olarak edinilmiş olmasıdır. Gerçi bir faaliyetten yüksek gelir sağlanması onun asıl iş olarak seçildiğine işaret

¹⁰⁴ ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 194. Yazara göre ağırlıklı mesleği gazetecilik olanlarla olmayanlar arasında bir fark oluşturulmalıdır. Ağırlıklı mesleği gazetecilik olmayan kişiler bu hükümle getirilmek istenen korumadan yararlanamamalıdır; KÖME AKPULAT, Basın İş Kanunu, 225; Basın İş Kanununun gazetecileri korumasının yeterliliği hakkında görüş ve eleştiriler için bkz. ŞUĞLE, 30 Soruda, 414-415; Gazetecilerin sosyal haklarına ilişkin yasal korumalar hakkında detaylı bilgi için bkz. OĞUZMAN, Gazeteciler, 863 vd.

¹⁰⁵ ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 189. Yazara göre kanundaki gazetecinin başka alandaki işlerde de çalışabileceği ifadesi gazetecilik mesleğine zarar verebilecek niteliktedir, 190.

¹⁰⁶ KÖME AKPULAT, Basın İş Kanunu, 232, Yazara göre, olması gereken hukuk bakımından Basın İş Kanununun gazetecilere sağladığı korumadan sadece basın mesleğini profesyonel olarak yürüten kişiler faydalanmalıdır.

edebilir¹⁰⁷. Ancak bunun tersi de geçerlidir. Örneğin, profesyonel olarak yaptığı sporu bırakan bir futbolcunun her hafta özel bir televizyon kanalında yüksek bir tutar karşılığında güncel futbol karşılaşmalarını yorumlaması, gazeteci olarak kabul edilmesini gerektirmez¹⁰⁸.

Basın İş Kanunu kapsamındaki işçinin asıl işi günde iki saati kapsıyorsa iş sözleşmesine başka işte çalışma yasağı getirilmesi de tartışmalara yol açacak niteliktedir¹⁰⁹. İşçiye hem az iş hem de bunun karşılığında az ücret verilmiş olacak ancak buna rağmen başka işte çalışması engellenebilecektir. Bu durum adalet ilkesini zedelemektedir, ayrıca kişinin kendini geliştirme özgürlüğünü de elinden alır¹¹⁰.

Konunun bir başka boyutu ise yapılacak yan işin basın alanında olması ihtimalidir. Gazetecinin iş sözleşmesinde başka işte çalışmasının yasaklanmadığını düşündüğümüzde, işvereni ile rakip bir firmada daha çalışabileceğini mi düşünmek gerekmektedir? Yasada aksine sözleşme hükmü düzenleme imkanı getirildiğine göre, denilebilir ki, gazeteci basınla ilgili başka bir işte çalışmakta tamamen serbest olacak, böyle bir ihtimalde asıl işveren, gazetecinin sadakat borcuna aykırı davrandığını ileri süremeyecektir. Diğer bir bakış açısı ise; böyle bir çıkarımın iş hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğu, kanunda gazeteci lehine bir hüküm getirilmek istenirken sadakat borcuna ilişkin ilkelerin göz ardı edilmiş olduğu olabilir. Yani yasa hükmüne rağmen denilebilir ki gazeteci başka bir işte çalışırken asıl işverenine karşı olan sadakat borcuna da dikkat etmelidir¹¹¹. Kaldı ki Türk Borçlar Kanunu sadece İş Kanunu değil Basın İş Kanunu bakımından da genel kanun durumundadır. Dolayısıyla gazeteciler de iş

¹⁰⁷ Bkz. Bölüm 1, I, B, b, dd.

¹⁰⁸ SOYER, Basın İş Kanunu, 627.

¹⁰⁹ ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 190. Yazara göre gazetecilik mesleğinde çalışanların başka işlerde çalışıp çalışamayacağı, hangi işlerde çalışabilecekleri gibi hususlar meslek örgütlerinin tasarrufuna bırakılmalıdır, aynı yer.

¹¹⁰ ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 198.

¹¹¹ ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 197; DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 386.

ilişkisi kapsamında m. 396/3 gereği iş sözleşmesi devam ederken sadakat borcu altında olacaklardır.

Öne sürülen bir görüşe göre, gazetecinin Basın İş Kanununa göre tam süreli olarak çalışması halinde başka bir işte çalışması mümkün değildir¹¹². Kanımızca çalışma süreleri bahsinde de belirttiğimiz gibi, yasal azami çalışma sürelerinin bir nebze aşılması (söz gelimi yıllık 270 saatlik fazla çalışma üst sınırı kadar) mümkündür. Bu sürede gazetecinin de yan iş tutarak çalışmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

İncelediğimiz 13. madde hükmü yan işin yasaklanması bakımından işverene sınırsız bir özgürlük getirdiğinden hüküm ile alakalı bir yasa değişikliğine ihtiyaç bulunmaktadır. Yasal bir değişiklik yapılana kadar ise mevcut uyumsuzluklar konusunda çalışma hak ve ödevi, sözleşme özgürlüğü ile sadakat borcu çerçevesinde sınırlı bir alanda hareket edilmelidir. Sözleşme ile getirilen yan iş yasakları dar yorumlanmalı, gazetecinin başka bir işte daha çalışmasını hakkaniyete aykırı şekilde engelleyen yasaklara müsaade edilmemelidir¹¹³.

Bahsedilen basın çalışanlarına ilişkin hüküm dışında yan işin yasaklanmasına ilişkin yasal dayanak olmadığı da dikkate alınarak uygulamada ortaya çıkabilecek sözleşmesel kayıt çeşitlerine göre onlara verilecek anlam ve bağlanacak sonuç bakımından değerlendirmelerde bulunmak gerekmektedir. İş sözleşmelerine yan işi tümünden yasaklayan, tümüyle serbest bırakan, işverene yan iş konusunda bilgi verme yükümlülüğü getiren, işverenin onayını alma mecburiyeti getiren ya da sınırlı şartlar altında yan iş yapılabileceğini düzenleyen hükümler eklenebilir.

¹¹² SÜMER, Basın İş Hukuku, 71; KÖME AKPULAT, Basın İş Kanunu, 231.

¹¹³ ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 199; KÖME AKPULAT, Basın İş Kanunu, 234.

III. YAN İŞE İLİŞKİN SÖZLEŞMESEL KAYITLAR

A. Genel Olarak Sözleşmesel Kayıtlar

Kaynağını Anayasadan alan sözleşme özgürlüğü (m. 48) ilkesi, kişilerin sözleşme yapıp yapmama, karşı tarafını belirleme, içeriğini serbestçe belirleme ve dilediğinde sona erdirmeye imkanını ifade etmektedir¹¹⁴. Türk Borçlar Kanununa göre de sözleşme ancak tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile kurulmaktadır. Bir başka anlatımla iki taraflı bir anlaşma, bir tarafın diğer tarafa yaptığı teklifin (icap) *kabul* edilmesiyle kurulmuş olur. Bu unsurların bulunmaması halinde ise sözleşme yok hükmünde sayılmaktadır¹¹⁵. Sözleşmenin geçerli ve bağlayıcı olarak kurulmuş sayılabilmesi için sözleşmeyi kurma teklifinin karşı tarafa yöneltirken sözleşmenin esaslı unsurlarını ihtiva etmesi gerekir¹¹⁶.

Tarafların irade uyuşması dışında sözleşmelerin geçerli olarak kurulmuş kabul edilebilmeleri için bazı şartlar¹¹⁷ bulunmaktadır. Buna göre, tarafların ehliyetli olması, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine uygun olması, konusunun imkansız olmaması, kişilik haklarına aykırı olmaması gerekmektedir (TBK m. 27/1). Ayrıca tarafların iradelerinin hata, hile, ikrah gibi hallerle sakatlanmaması ve muvazaa söz konusu olmaması gerekmektedir. Son olarak kanunda geçerlilik şartı olarak bir şekle uyulması öngörülmüşse buna da uyulması zorunludur.

Kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşme hükmü düzenlenemeyeceğinden bahsedebilmek için yasal hükümlerin emredicilik düzeylerine ilişkin de bilgi vermek gerekmektedir. Yasal düzenlemelerden emredici olanları mutlak emredici ve nispi emredici olarak ikiye ayırmak mümkündür. Emredici düzenlemeler dışındakiler ise yedek hükümlerdir. Yedek hükümler sözleşme taraflarınca diledikleri şekilde

¹¹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, 24-25; EREN, 313 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 362; YILDIZ, Gaye Burcu: **İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar**, Ankara 2014, 17.

¹¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, 182; HATEMİ/GÖKYAYLA, 71; HEPER, 163.

¹¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, 52; EREN, 242 vd.

¹¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, 85 vd.

değiştirilebilmektedirler. Tamamen aksine kurallar getirilmesi de mümkündür. Ancak emredici hükümlere bakacak olursak mutlak emredici hükümler hiçbir şekilde taraflarca değiştirilmesi mümkün olmayan yasa hükümleridir. Nispi emredici nitelikteki hükümler ise bir taraf aleyhine değişiklik yapılması mümkün olmayan hükümlerdir¹¹⁸. İş hukukundaki yasal hükümlerin birçoğu bu niteliktedir. Aksine anlaşma yapılamayacağı açıkça belirtilmeyen hükümler, işçi lehine değiştirilebilir hükümlerdir. Yıllık izin süreleri, kıdem tazminatının -tavan miktarını aşmamak üzere- miktarı, ara dinlenme süreleri vb. bu niteliktedir.

Taraflar iş sözleşmesini oluştururken yasal sınırlamalara uyulması gerekmektedir. Ancak taraflar arasında yazılı-sözlü bir sözleşmenin mevcudiyeti zorunluluğu bulunmamaktadır. Taraflar arasında bir sözleşmenin açıkça düzenlenmemişse taraf borçlarına ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanması gerekecektir¹¹⁹.

İş Kanunu dışında ayrıca Türk Borçlar Kanununda iş hukukuna ilişkin düzenlemelerin bulunması, iş ilişkilerine hangi kanunun öncelikle uygulanacağı hakkında belirsizliğe yol açabilmektedir. Türk Borçlar Kanunu genel kanun olmakla birlikte İş Kanunundan daha yeni tarihlidir. İş Kanunu ise hem daha önceki tarihli hem de TBK'ya göre özel kanun niteliğindedir. TMK m. 5'e göre *"Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır."* Bu hüküm nedeniyle, genel işlem koşulları, rekabet yasağı gibi hükümler iş hukukunda da uygulama alanı bulacaktır. Çatışan hükümler söz konusu olduğunda ise öncelik İş Kanununda olacak, boşluk bulunan hallerde ise daha sonra TBK hükümlerine başvurulacaktır¹²⁰.

¹¹⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 22-23; SÜZEK, 86-87; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, 144 vd.; HEPER, 109.

¹¹⁹ YILDIZ, 18-19. Yazara göre, "sözleşmesel kayıt" terimi işçi lehine düzenleme getiren hükümler ya da kanun maddelerini tekrar eden sözleşme hükümlerinden farklı olarak çoğunlukla, işçinin haklarında kısıtlamaya ya da yükümlülüklerinde artışa neden olabilecek düzenlemeleri ifade etmektedir, 19.

¹²⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 16 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, 38; Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre, de *"Aynı konu hem genel hem de özel kanunda düzenlenmiş ise kural, özel"*

Çalışma konumuz bakımından bir iş sözleşmesinin kapsamına alınan yan işte çalışmaya ilişkin sınırlandırıcı hükümler de sözleşme serbestisi gereği sözleşmenin parçası olabilecektirler. Ancak bu tür hükümlerin, iş hukukundaki güç dengesi, işçiyi koruma ilkesi, emredici hukuk normları, dürüstlük kuralı gibi hususlar da göz önünde bulundurularak anlamlandırılması gerekmektedir. Bu kısımda, uygulamada ne tür içeriğe sahip yan iş sınırlandırmaları ile karşılaşılabilen açıklanmaya çalışılacaktır.

B. Yan İşte Çalışmaya İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Türleri

1. Serbest Kılan Kayıtlar

İş sözleşmesinde işçinin boş zamanlarında başka bir gelir getirici faaliyet yürütmekte serbest olduğu kararlaştırılabilir. Uygulamada rastlanması pek de muhtemel olmamakla birlikte, böyle bir seçenek olabileceği de düşünülmelidir. Sözleşmede yan işte çalışmaya ilişkin bir sınırlama olmaması halinde de yan iş yapmanın serbest olduğunu düşünmek gerekecektir. Yine de bu yönde bir yasak olmasa dahi işçinin yan iş tutarken sadakat borcunu dikkate alması ve asıl işteki borçlarına aykırı bir tutum içinde bulunmaması gerekmektedir.

Öğretide de ifade edildiği gibi Türk Borçlar Kanununun 396. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen işçinin sadakat borcuna aykırı olarak bir yan işte çalışmasını yasaklayan hükmü de nispi emredici olarak kabul etmek gerekir¹²¹. Hükümle yasaklanan, işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturacak nitelikteki bir yan işte çalışmasıdır. İşçi ve işveren tarafı, işçinin çalışma saatleri dışında, aşırı yorgunluğa sebep olmayacak, çalışma

kanun önce uygulanır. Genel kanun hükümleri ancak özel kanunda hüküm bulunmayan durumlarda devreye girer... TBK. eskiden olduğu gibi yine iş kanunları (4857 sayılı İşK, 854 sayılı Deniz İşK, 5953 sayılı Basın İşK) karşısında genel kanundur. Ancak bireysel iş kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde BK. hükümlerinin uygulanması gerekir.”, YHGK, 16.11.2016, E. 2016/9-1414 K. 2016/1072, (www.kazanci.com). Bu konudaki açıklamalar için bkz. YILDIZ, 19-21.

¹²¹ DOĞAN YENİSEY, Yan İş Yasağı, 370 vd. Yazara göre hükmün ifadesindeki “hizmette bulunamaz” ve “rekabete girilemez” ifadeleri hükmü mutlak emredici olarak anlamaya müsaittir. TBK m. 396/3 hükmünün hukuki niteliği hakkındaki geniş açıklamalar ve yorumlar için bkz. aynı yer.

sürelerinin belirli sınırları aşmayacağı ve işverene olan sadakat borucunu ihlal etmeyecek işlerde çalışabileceği yönünde sözleşme hükümleri düzenleyebilirler.

TBK m. 396/3 hükmü nispi emredici nitelikte olduğundan, işveren aleyhine olacak şekilde iş sözleşmesinde düzenleme yapmaya engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda işçi ile işverenin anlaşması halinde kural olarak sadakat borcuna aykırı olmasına rağmen taraflar işçinin bu nitelikteki bir işte çalışabileceği konusunda anlaşabilirler¹²². Bununla birlikte sadakat borcuna aykırılık oluşturmeyen yan işler ise yasaklanamaz. Hükmün Anayasal çalışma hürriyetine uygun olarak yorumlanması da bunu gerektirir.

2. Sınırlandıran Kayıtlar

a. Çalışılabilecek işleri sınırlandıran kayıtlar

İşçinin ne tür işlerde çalışabileceğini ya da çalışamayacağını belirten sınırlandırıcı hükümler, iş sözleşmelerine eklenebilir. Bu tür hükümler ihtiyacı en çok karşılayabilecek potansiyele sahip, en hakkaniyetli çözümler üretebilecek nitelikteki hükümlerdir.

Sözleşmeye konulacak hakkaniyetli bir sınırlandırma, tarafların tercihlerini ve sorumluluk sınırlarını şekillendirecektir. Örneğin sözleşmede işçinin işvereni ile rekabet niteliği taşıyacak gelir getirici bir faaliyette bulunması yasaklanabilir. Her ne kadar bu durum TBK m. 396/3'ün bir gereği olsa da taraflar bu konuda farkındalık yaratmak ve işçinin dikkatini çekmek için sözleşmeye bu yönde bir hüküm koyabilirler. Bu halde işçinin her türlü faaliyeti değil sadece işveren ile rekabet oluşturacak faaliyetleri yasaklanmış olacaktır.

Bunun gibi iş sırrının korunması, iş sağlığı ve güvenliğinin tehlikeye düşmesi gibi nedenlerle iş sözleşmesine, işçinin başka işte çalışmasını engelleyecek, sınırlandıracak veya işverenin onayına bağlayacak sözleşme hükümleri getirebilecektir¹²³.

¹²² AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 19-20; DOĞAN YENİSEY, Yan İş Yasası, 375.

¹²³ GÜRKAN, 389.

b. Çalışma süresi ve zamanını sınırlandıran kayıtlar

Bu bağlamda sözleşmeye konulabilecek hükümler ile, işçinin diğer bir işte çalışma süresi sınırlandırılabilir ve belli saati aşmayacak şekilde, rekabet teşkil etmeyecek bir işte çalışabileceği belirtilebilir. İş sağlığı ve güvenliği açısından ve işçinin işyerindeki performansını dikkate alacak bu gibi düzenlemeler de söz konusu olabilir. Bu gibi hükümleri de isabetli saymak gerekir kanaatindeyiz.

Hukukumuzda işçilerin çalışma süreleri günlük, haftalık, yıllık bakımdan sınırlandırılmaktadır¹²⁴. Bu sınırlamalar her ne kadar mutlak nitelikte değilseler de işçinin belirli zaman dilimi içerisinde ne kadar süre ile çalışılabileceği bakımından baz alınacak kriterler niteliğindedir. İşçinin asıl işi tam süreli de olsa, toplam çalışma süresi ve yaptığı işler düşünüldüğünde işçinin takatinin aşılması halinde günde toplam 11 saate kadar çalışmaya, iş sözleşmesi ile müsaade edilmesine geçerlilik tanınmalıdır kanaatindeyiz.

İşçinin asıl işindeki performansını koruyacak ya da iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atmayacak şekilde yan işlerde çalışabileceğine ilişkin düzenlemeler de taraflarca kararlaştırılabilir. Ayrıca hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işçinin belirli sürelerle yan işler yapabileceği de taraflarca kararlaştırılabilir ve buna geçerlilik tanınmalıdır.

3. Yasaklayan Kayıtlar

a. Yasaklayıcı kayıtların genel olarak sınırlandırılması gerekliliği

Ekonomik bakımdan zayıf olan işçiyi, sermayeyi elinde bulunduran ve bu sebeple daha güçlü konumda olan işveren karşısında korumak iş hukukunun temel ilkelerindendir¹²⁵. İşçi ile işveren arasında yapılan iş sözleşmesindeki yasaklayıcı hükümlere de bu bakış açısıyla yaklaşmak gerekir. Öğretide de kabul edildiği üzere iş

¹²⁴ Detaylı açıklamalar için bkz. Bölüm 2, IV, H.

¹²⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 20 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, 14 vd.

sözleşmesine herhangi bir özel hukuk sözleşmesi gibi yaklaşılamaz¹²⁶. Taraflar özel hukuk kişileri gibi eşit olarak kabul edilemez.

Sözleşmenin işçi tarafı, ekonomik geleceğini düşünmek kaygısıyla işverence dayatılan sözleşme şartlarını koşulsuz olarak kabul etmek zorunda kalabilir¹²⁷. Bununla birlikte kimi işçiler iş sözleşmelerinin şartlarını işveren ile istişare ederek kendi istek ve ihtiyaçlarına daha uygun şartlar hususunda söz sahibi de olabilirler. Gerçekten işçinin pozisyonu, alacağı ücreti, işverene emir-talimat bakımından bağlılık derecesi gibi birçok etken sözleşmenin iki tarafça da pazarlık konusu yapılarak düzenlendiğini gösterebilir. Ancak temel prensip olarak ele alacak olursak; işçinin ücretini işverenden alıyor olması ve yaşamını sürdürebilmek ücret gelirinden başka bir seçeneği olmaması ihtimalleri düşünüldüğünde sözleşmenin genel olarak tek taraflı şekilde işçiye sunularak imzalanması hayatın olağan akışına daha uygundur¹²⁸.

Öğretide yan işte çalışmayı tamamen, hiçbir sınırlandırma olmaksızın yasaklayan hükümler, çalışma özgürlüğüne aykırı görülmesi sebebiyle geçersiz kabul edilmiştir¹²⁹. Bu bakış açısı akılda tutularak; yukarıda açıklanan Basın İş Kanunundaki yan iş yasağına

¹²⁶ SÜZEK, İş Hukuku, 18, 30; YILDIZ, 18; İşçinin korunması ilkesi hakkında bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 11 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, 14 vd.; NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 116, Yazara göre “liberal kökene dayalı sözleşme serbestisi ilkesine iş hukukunda sınırlanmamış bir biçime uygulanma olanağının tanınması iş hukukunun var oluş felsefesine aykırılık teşkil edecektir.”

¹²⁷ HEPER, 164.

¹²⁸ Bu nedenle bu gibi kayıtların genel işlem koşulları açısından da değerlendirilmesi gerekir. Nitekim konuya bu yönüyle aşağıda ayrı bir başlık altında değinilecektir. Bkz. Bölüm 2, IV, C.

¹²⁹ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 23-24; CENTEL, Kısmi Çalışma, 62-63; SÜZEK, İş Hukuku, 272; DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 385; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 364; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 48; ALPAGUT, Sadakat Borcu, 27; CANİKLİOĞLU, Nurşen: Bölge Adliye Mahkemelerinin 2022 Yılında İş Güvencesine İlişkin Verdiği Kararlarının Değerlendirilmesi, **İş Hukuku Değerlendirme Sempozyumu 2023**, 266; Erfurter Kommentar/PREİS, 23. Aufl. 2023, § 611 BGB Rn. 728; Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, Rn. 1025; ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 198-199; ARSLAN ERTÜRK, Sadakat Borcu, 316; KÖME AKPULAT, Basın İş Kanunu, 232-233; GRUNEWALD, Inhalt und Grenzen des arbeitsvertraglichen Nebentätigkeitsverbotes, 971.

ilişkin hükmü kısaca tekrar gözden geçirmek gerekmektedir. Buna göre iş sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı sürece gazeteci başka bir işte çalışmakta serbesttir (BİK m. 13/1). Sözleşme ile yasaklanmadığı takdirde yan iş tutmayı serbest bırakan bu hüküm ilk bakışta gazetecilere yan iş imkanı getirmiş gibi görünse de sözleşme ile sınırlandırma imkanının da önünü açarak gazetecilerin yan iş olanağını tamamen engellemek amacıyla da kullanılabilir görünmektedir. Bu halde örneğin haftanın iki günü çalışan bir gazetecinin bir yan işte çalışması, iş sözleşmesine konacak bir hükümle engellenebilecek; ki bu halde, geç/imkansız emeklilik, geçim sıkıntısı gibi birçok olumsuzlukla karşılaşılabilir. Bu sonucun kabul edilebilir olmadığı açıktır. Çözüm olarak; bu hüküm uygulanırken işçi lehine olacak şekilde, sadakat borcunun sınırları ve gazetecinin mesleğini yerine getirmesine yönelik olarak dar yorumlanmalı ve çalışma özgürlüğünün de böylece korunması sağlanmalıdır¹³⁰.

b. Toplu iş sözleşmesi kayıtları

Toplu iş sözleşmeleri ile yan iş yasağı getirilip getirilemeyeceği de üzerinde durulması gereken hususlardandır. Öğretide kabul edildiğine göre toplu iş sözleşmesiyle getirilen yan işe ilişkin yasaklar sınırlı şekilde kabul edilebilir¹³¹. Örneğin tam zamanlı çalışan otobüs şoförlerine ilişkin bir toplu iş sözleşmesinde motorlu taşıt kullanma ile bağlantılı ikincil bir işte çalışmasını yasaklayan bir hüküm makul bulunabilir, zira tam zamanlı şoförlerin mesleki özgürlüklerine makul olmayan bir müdahale söz konusu değildir¹³². Bir diğer görüşe göre ise toplu iş sözleşmeleri ile yan işe ilişkin yasak düzenlemeleri getirilebilir¹³³.

¹³⁰ KÖME AKPULAT, Basın İş Kanunu, 233-234; ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 198-199; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 363.

¹³¹ CENTEL, İş Hukuku, 132; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 23-25; Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, Rn. 1017;

¹³² Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, Rn. 1017.

¹³³ CİVAN, Yan Yükümlülükler, 362.

c. Yan işte çalışmanın yasaklanmasına ilişkin öğreti görüşleri

Öğretideki görüşlere göre yan iş tutmayı yasaklayan hükümlerin kural olarak geçersiz olduğu kabul edilmekle beraber *Akyiğit'e* göre Anayasal çalışma özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırıcı, işçiyi sıkı sıkıya bağlayıcı adeta kelepçeleyci nitelikte olmadıkça yan iş yasağı öngören sözleşme hükümlerine geçerlilik tanınmalıdır. Yazara göre hiçbir sınırlama içermeyen, yan işi tümünden yasaklayan genel nitelikteki yasaklar ise geçerli değildir, bu nitelikteki yasaklar işçinin kişilik haklarına aykırılık teşkil eder¹³⁴. Somut olaya göre rekabet yasağı bakımından ya da sadakat yükümlülüğünü korumayı hedefleyen, azami çalışma sürelerine uyulmasını gerektiren, iş sağlığı ve güvenliği konusunda tedbirler içeren nitelikteki yan iş yasaklarını geçerli kabul etmek mümkündür¹³⁵.

Caniklioglu'na göre hiçbir sınırlama içermeyen, işçiye yan işte çalışmayı tamamen yasaklayan bir düzenleme Anayasal çalışma hakkı ve ödevine aykırılık oluşturmaktadır. İşçinin anayasal çalışma hakkı, kişiliğini koruma ve geliştirme hakkı dikkate alındığında işverenin daha üstün bir menfaati olmadıkça sözleşmelerle işçinin yan işte çalışma hakkı yasaklanamaz, işverenin iznine tabi tutulamaz. Ancak işçinin sağlığının ve güvenliğinin korunması ile rekabet yasağı gibi işverenin haklı menfaatleri dikkate alındığında işçinin yan işte/başka işte çalışma hakkı sınırlandırılabilir¹³⁶.

Senyen-Kaplan'a göre, kural olarak işçi iş saatleri dışında başka işlerde çalışabilir, ancak, iş sözleşme süresince yan işte çalışması nedeniyle işverene zarar vermesi, işverene rakip bir işte çalışması sadakat borcuna aykırılık teşkil eder¹³⁷.

Benzer görüşü savunan *Tuncay* da, işçinin iş gücünü sadece tek bir işverene sunmak zorunda olmadığını belirtmekte, ancak bunun bazı sınırları olduğunu söyleyerek bu

¹³⁴ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 23-25; Benzer yönde Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, Rn. 1025; NAZLI, Çalışma Hakkı ve Özgürlüğü, 46; BALKAN, 348.

¹³⁵ PARK, 141.

¹³⁶ CANIKLIOĞLU, İş Güvencesi, 271.

¹³⁷ SENYEN-KAPLAN, 166.

konudaki ilk sınırın çalışma sürelerinin birbiriyle çakışmaması olduğuna vurgu yapmaktadır. Ayrıca yazara göre, sözleşme ya da toplu iş sözleşmesi ile yan işte çalışmaya sınırlamalar getirilebilir, fakat bu sınırlamalar da belirli sınırlara tabi olmalı, işçiye getirilen bu tür bir yükümlülük işverenin haklı menfaatini korumalıdır. Bu bağlamda yazara göre, işçinin başka bir işte daha çalışması onun asıl işindeki çalışma gücünü olumsuz etkiliyor veya yapılan diğer iş rekabet niteliği taşıyorsa, işverenin korunması gereken haklı bir menfaatten söz etmek gerekir¹³⁸.

Süzek, işçinin yasal sınırlar içinde yan iş ilişkisine girmesini engelleyen sözleşme hükümlerinin kural olarak çoğunluğunun Anayasanın çalışma hakkı ve sözleşme özgürlüğü hükümlerine aykırı olmaları nedeniyle geçersiz sayıldıklarını belirtir¹³⁹. Yazarın gerekçelerine katılmakla birlikte, yan işin asıl işle birlikte toplam süresinin haftalık 45 saati aşmaması gerektiği yönündeki görüşü itibarıyla görüşümüz farklılaşmaktadır.

Doğan Yenisey'e göre de, temel hak ve özgürlükler bakış açısıyla ele alındığında işçinin ücretli veya ücretsiz mutlak biçimde yan işte çalışmasını yasaklayan hükümler geçersiz kabul edilmelidir¹⁴⁰. Bununla birlikte günlük en fazla 11 saat çalışılabileceğine, yıllık 270 saatten fazla fazla çalışmanın yapılamayacağına veya hafta tatiline ilişkin hükümlere aykırı anlaşma hükümleri, iş sözleşmesinin kısmi geçersizliğine yol açar¹⁴¹.

Alpagut, sözleşme ile genel bir yan iş yasağı getirilmesi ve hiçbir surette başka işte çalışılamayacağının öngörülmesinin kural olarak geçerli olmadığını ifade etmektedir. Bu nitelikteki bir düzenleme hem çalışma hakkına hem de kişilik haklarına aykırılık oluşturur¹⁴².

¹³⁸ TUNCAY, İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, 1062.

¹³⁹ SÜZEK, İş Hukuku, 272.

¹⁴⁰ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 384-385, Yazar TBK m. 396/3 hükmünün de görüşü yönündeki yorumu desteklediğini ifade etmektedir.

¹⁴¹ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 385.

¹⁴² ALPAGUT, Sadakat Borcu, 27.

Civan'a göre, yan işte çalışmayı herhangi bir sınır öngörmeksizin tümüyle yasaklayan bireysel iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi hükümleri çalışma özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale oluşturacağından TBK m. 27 (kesin hükümsüzlük) ve 6356 sayılı STİSK m. 33/5 (TİS hükümlerinin Anayasaya ve emredici kanun hükümlerine aykırı olamayacağı hükmü) uyarınca geçersizdir. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması, toplu iş sözleşmesi özerkliğini de sınırlandırmaktadır. Bununla birlikte işverenin haklı menfaatlerini gözetken ya da çalışma sürelerine uyumu hedefleyen sözleşmesel kayıtlara geçerlilik tanınabilecektir. Yan işte çalışmayı genel olarak yasaklayan sözleşme kayıtları geçersiz sayılsa da bu durum işçinin asıl iş ilişkisini olumsuz yönde etkileyen ya da işverenle rekabet oluşturan bir yan işte çalışabileceği anlamına gelmemekte olup söz konusu hallerde işçiden yan işte çalışmaktan kaçınması istenebileceği gibi somut olayın özelliğine göre fesih yaptırımı dahil çeşitli yaptırımlar uygulanabilecektir.

d. Yargıtayın konuya ilişkin kararları

Yan işe ilişkin iş sözleşmesinde yasak bulunan örnek bir Yargıtay kararında, sözleşme ile getirilen yan işte çalışmaya ilişkin yasağa geçerlilik tanınmış ve bu yasağa aykırılık, geçerli bir fesih gerekçesi olarak kabul edilmiştir¹⁴³. Kararda “*davalı şirketin faaliyet konusu ile davacının iştigal ettiği işin konularının aynı olmadığı, davalı tarafından davacının yaptığı diğer iş sebebiyle performansının etkilendiği ya da davalının zarar gördüğü iddiasında bulunulmadığı anlaşıldığından, ilgili davranışın haklı neden teşkil edecek nitelikte ve ağırlıkta bulunmamakla birlikte, taraflar arasındaki iş sözleşmesine aykırılık sebebiyle fesih için geçerli bir neden olduğu*”na karar verilmiştir. Buradan çıkardığımız sonuca göre sözleşmedeki yan işte çalışmaya ilişkin yasağa aykırı davranıldığından fesih geçerli sayılmıştır. Sözleşmede yasak hükmü olmasaydı, yapılan yan iş feshi gerektirir nitelikte görülmeyecekti. Kanaatimizce sadece sözleşmede yan iş yasağı getirmek bu yasağa geçerlilik tanınması için yeterli değildir. Yasaklamanın da bir sınırının olması gerekmektedir.

¹⁴³ Y22HD, 12.02.2018, E. 2018/146, K. 2018/2939, Çalışma ve Toplum, S. 58, 2018/3, 1774 vd.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 29. Hukuk Dairesi'nin 2022 yılında verdiği karara göre¹⁴⁴, iş sözleşmesinin 'çalışma yasağı' başlıklı 12. maddesinde "süresiz işçiye tüm mesai ve faaliyetini işverene hasreder. (İş hizmetini başka yerde ücretsiz bile olsa) hiçbir gerekçeyle işveren dışında sürdürmeyeceğini peşinen kabul etmiştir" şeklinde düzenleme yer aldığından işveren sadece bu hükme dayanarak sözleşmeyi haklı sebeple feshetmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi ise işverenin sadece iş sözleşmesindeki yasağa dayanması ve davacının yan iş yapmasının sadakat borcuna aykırı olup olmadığı ya da haksız bir rekabet oluşturup oluşturmadığı, oluşturuyorsa bunların sebep ve sonuçlarının iş sözleşmesinin fesih bildiriminde yer almaması sebepleriyle sadece iş sözleşmesindeki yasak düzenlemesinin usul ve yasaya, hukukun genel prensiplerine uygun olup olmadığının değerlendirilmesinin gerektiğini belirtmiştir. İşçinin yasal sınırlar içinde iş ilişkisine girmesini engelleyen sözleşme hükümlerinin kural olarak Anayasa'nın çalışma hakkı ve özgürlüğünü düzenleyen 48. ve 49. maddelerine aykırılık oluşturacağı için geçersiz sayılmasının gerektiği, işçinin yan iş yapmasının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı iddiasının bulunmadığı, incelenen SGM hizmet dökümünden davacının ilk işe girdiği tarihte de ikinci bir işte çalıştığı, aynı döneme ilişkin her iki işyerinde bildirimlerin yapıldığı, iki yılı aşkın hizmet döneminde buna ilişkin herhangi bir ihtar vb. yaptırımla karşılaşılmadığı, sadakat borcuna aykırılığın savunulmadığı, ispatlanmadığı, yapılan yan işin kuryelik olduğu, haksız rekabet oluşturacak bir durumun da oluşmadığı gibi yapılan işin niteliğine de uygun olmadığı, iş sözleşmesinin feshinin tüm bu nedenlerle haklı veya geçerli bir sebebe dayanmadığı, davacının işe iadesinin gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Karar kanaatimizce ulaşmak istediğimiz noktaya epey yaklaşılarak Anayasal çalışma ve sözleşme hürriyetine gereken alanı açmış durumdadır. Buna karşılık 2024 yılında İstanbul BAM 32. Hukuk Dairesinin benzer nitelikli bir olayda verdiği karar ise aynı doğrultuda değildir. Kararda "*Davacının 01/07/2020 tarihli hizmet akdinde görevi "tıbbi mümessil" olarak tanımlanmıştır. Anılan sözleşmenin 3.1. Maddesinde "Personel, hizmet*

¹⁴⁴ İstanbul BAM 29HD, E. 2022/1004 K. 2022/1548. Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. CANİKLİOĞLU, İş Güvencesi, 264 vd.

akdi devam ettiği müddetçe bedelsiz dahi olsa bir başka mesleki, ticari, endüstriyel faaliyette bulunamaz. İşveren ile aynı ya da farklı sektörde çalışan başka iş yerinde, şahıs yanında veya onların nam ve hesabına veya kendi hesabına mesai saatleri dışında bile olsa bir başka işte çalışamaz, danışmanlık, aracılık, komisyonculuk vs. yapamaz." düzenlemesi bulunmaktadır./Dinlenen tanık beyanları ile dosya kapsamına sunulan deliller dikkate alındığında davacının iş sözleşmesi kapsamında tıbbi tanıtım temsilcisi olarak çalıştığı, mesai saatleri uyarınca kendisine tahsis edilen araçla görevini ifa ettiği ve bölgesinde ilaç tanıtımı yaptığı, fakat mesai saatleri dışında DJ lik faaliyetini yürüttüğü, savunmasında bu yönde kabulünün bulunduğu ve tanıkların da bu hususu doğruladıkları, mesai saati dışında para karşılığı olsun ya da olmasın başka bir görev ifa etmesinin, sözleşme hükümleri ile iş organizasyonuna aykırılık teşkil ettiği, feshin bu haliyle geçerli nedene dayandığı..."na hükmedilmiştir¹⁴⁵.

İki karar arasındaki farktan da görüleceği üzere ikinci kararda, sözleşme ile getirilen yasağa değeri atfedilip bunu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirdiği söylenebilecekken diğer ilk kararda yasak hükmünü tartışmaya açılmış ve yasağın çalışma hürriyeti bakımından fazla sınırlama içerdiği kanaatine ulaşılmıştır. Nitelik itibarıyla 2022 yılında verilen kararda işçinin güçsüz tarafta bulunduğu ve sözleşmeye eklenen yasağı mecburen kabul etmiş olabileceği de göz önünde bulundurulduğunda mahkeme çalışma hürriyetini de gözeterek sözleşmesel yasağı geçerli kabul etmemiştir. İki yıl sonraya gelindiğinde ise farklı bir mahkeme kanımızca bir geriye gidiş niteliğinde olarak sözleşmesel yasak hükmüne sonuç bağlamış ve yasağa aykırı hareket nedeniyle feshi geçerli kabul etmiştir.

e. 2019/1152 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi

¹⁴⁵ İstanbul BAM 32. HD, 13.03.2024, E. 2022/2987, K. 2024/440.

Avrupa Birliği'ne Üye Ülkelerde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları Hakkında Yönergenin¹⁴⁶ 9. maddesinde işçinin başka işte çalışması düzenlenmektedir. Ülkemiz Avrupa Birliği üyesi olmasa da direktifteki düzenlemeler, yön gösterici ve ihtiyacı karşılayıcı niteliği dolayısıyla incelemeye değerdir. Yönergede hükmün amacı, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin bir bölümünde uygulanan işçilerin başka bir işte çalışmasını engelleyen hükümlerin ekonomik açıdan işsizliği arttırdığı ve halihazırda daha fazla iş bulmak ve yoksulluk riskini azaltmak için sınırlı imkanlara sahip olan işçilere orantısız bir yük yüklediğine dikkat çekmek ve işçilerin birden fazla işverenle aynı anda çalışabilmelerinin sınırlanmaması ve engellenmemesi olarak belirtilmiştir¹⁴⁷.

Yönerge m. m. 9/1'de, üye devletlerin, işçilerin aynı anda birden fazla işverenle iş ilişkisine girmesini yasaklamayacakları, böyle bir çalışma halinde de işçilerin olumsuz bir muamele ile karşı karşıya kalmayacaklarını güvence altına almayı garanti ettikleri düzenlenmektedir.

Buna karşılık Yönerge m. 9/2'de başka işte çalışmanın hangi hallerde sınırlanabileceğine de yer verilmiştir. Buna göre, üye devletlerce, sağlık ve güvenliğin korunması, işverenin iş sırlarının korunması, kamu hizmetinin bütünlüğü veya menfaat çatışmasının önlenmesi gibi objektif nedenlerle işçilerin asıl işi dışında başka işte çalışmalarına kısıtlamalar getirilebileceklerdir.

f. Kanaatimiz

Öncelikle belirtmek gerekir ki daireler arasında görülen farklı yaklaşım için ortak bir çözüm geliştirilmeli ve hukuki güvenlik ilkesi gereği yüksek yargının yan işi yasaklayan sözleşme hükümlerine yaklaşımı net bir şekilde, ortak bir duruşla ortaya konmalıdır. Kural olarak, tarafların özel hukuk kişileri olması sebebiyle sözleşme hükümlerini belirlerken tamamen serbest oldukları, önemli olanın iradelerin ortak bir

¹⁴⁶ Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1152/oj>

¹⁴⁷ Maddenin detaylı incelemesi için bkz. GÜRKAN, 364 vd.

noktada buluşmasının sağlanması olduğu ileri sürülebilir. Konuya bu açıdan bakıldığında yan işte çalışmayı yasaklayan sözleşme hükümlerine geçerlilik tanınması normal görünmektedir. Ancak kanımızca sorun ve çözümü bu kadar basite indirgenemeyecek niteliktedir. Nitekim iş hukukunda bilinen bir gerçektir ki işçi iş ilişkisinin zayıf tarafını, işverense güçlü tarafını oluşturur. Sırf bu nedenle iş ilişkilerinde üçüncü bir karakter olarak “devlet” karşımıza çıkar. Üstelik bu güç dengesinin sağlanması ve korunabilmesi için iş kanunları çıkartılır ve genellikle getirilen hükümler nispi emredici niteliktedir¹⁴⁸. Çünkü zayıf olan işçinin korunmasını temin amacıyla birçok kanun hükümleri işçi lehine iyileştirilerek sözleşme hükümleri düzenlenebilecek ve kanundaki sınırlar işçi aleyhine değiştirilemeyecektir. Sendikal gelişimler de incelenirse görülecek ki işverenin gücü tekelinde bulundurarak ücrete muhtaç durumdaki işçiyi zorlu çalışma koşulları ve yetersiz ücretler ile ezmesinin önüne geçmek amacıyla işçilerin bir araya gelmeleri, örgütlenmeleri gerekmiştir. Bu ve bunun gibi birçok sebep, iş sözleşmelerine getirilen hükümlere şüpheyle yaklaşılmasına sebep olur. Çünkü bu hükümler çoğunlukla işverence hazırlanarak tartışma imkanı sunulmadan ve adeta dayatılarak işçiye imzalatılmıştır¹⁴⁹. İş sözleşmelerine bu bakış açısıyla bakıldığında işçinin durumunu ağırlaştırıcı yan iş yasağı gibi hükümlere de şüpheyle yaklaşılmalıdır. İşverenin korunmaya değer bir menfaati olup olmadığı, yapılan yan işin rekabet niteliği ve dolayısıyla sadakat borcuna aykırılığı, işçinin performansının etkilenip etkilenmediği gibi birçok unsur değerlendirilmeli, sonucuna göre hareket edilmelidir. Aksine tutum işçilerin çalışma hürriyetine aşırı bir kısıtlama anlamına gelecektir. Dolayısıyla bahse konu kararlar bakımından görüşümüz 2022 yılında verilen İstanbul BAM 29. HD kararı yönündedir¹⁵⁰.

¹⁴⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 22-23; SÜZEK, İş Hukuku, 33; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 14-15; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, 75-76; HEPER, 108 vd.; YILDIZ, 18.

¹⁴⁹ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 25.

¹⁵⁰ Kararda işçinin anayasal çalışma hakkının esas alınması, işverenin işçinin rekabet teşkil edecek davranışlarda bulunduğunu ya da bu çalışmanın işyerinde başkaca bir olumsuzluğa yol açtığını iddia ve ispat edememesi gibi sebeplerle sırf yan işte çalışmanın geçerli sebep olarak kabul edilmemesi, CANİKLİOĞLU tarafından da isabetli bulunmuştur, CANİKLİOĞLU, İş Güvencesi, 271-272.

4. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü Getiren Kayıtlar

Bu kısımda üzerinde durulacak olan konu iş sözleşmesine işçinin yan iş ilişkisi kurmadan evvel asıl işvereni haberdar etme yükümlülüğü yükleyen kayıtların eklenebilip eklenemeyeceğidir.

İş sözleşmesinde, işçiye başka bir işte çalışılması halinde işverene bu konuda bir bildirim yapılmasını öngören düzenlemeler getirilmiş olabilir. Bu şekilde işverenin girişilen yan iş sebebiyle uğrayabileceği zararlar önceden bertaraf edilebilir ya da işçinin çalışma-dinlenme süreleri gibi çalışma koşulları bakımından gerekli tedbirler alınabilir. Belirtmek gerekir ki iş sözleşmesiyle böyle bir bildirim yükümlülüğü yüklenmemiş ise işçinin işverene yan işi hakkında bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁵¹.

Öğretide de, iş sözleşmeleriyle ve hatta toplu iş sözleşmeleri ile işçilere yan iş hakkında işverene bilgi verme yükümlülüğü yüklenebileceği belirtilmektedir. Zira bu nitelikteki hükümler yasaklayıcı ve işverenin onayını isteyen hükümlere nazaran daha yumuşak ve makul düzeyde hükümlerdir¹⁵².

Bu gibi hükümlere işçinin uyması gerekip gerekmediği konusunda çeşitli görüşler ortaya konulmuştur. Bir görüşe göre, başka bir işe başlandığı konusunda işverene bilgi verme yükümü getiren hükümlere koşulsuz olarak geçerlilik tanınamaz¹⁵³. Diğer bir deyişle yasak hükmüne rağmen işçi, kendi inisiyatifıyla yan işin asıl işi etkileyecek bir niteliğe sahip olmadığı kanaatindeyse yan işe başlayarak işverene bilgi de vermeyebilir. Katıldığımız bu görüşe göre asıl iş sözleşmesini hiçbir yönden etkilemeyecek bir yan iş söz konusu olması halinde, sırf sözleşmeye aykırı bir biçimde işverene bu konuda bilgi

¹⁵¹ BeckOK ArbR/JOUSSEN BGB § 611a Rn. 454.

¹⁵² AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 26.

¹⁵³ ErfK/PREIS, § 611 BGB Rn. 728; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 369.

vermediği için işçinin asıl iş sözleşmesi bu hükme dayanarak feshedilemez¹⁵⁴. Yani işçi, taraf olduğu asıl iş sözleşmesine göre, girişeceği yan işi işverene bildirme yükümlülüğü altında olsa dahi; girişilen yan iş, asıl iş sözleşmesi ile çatışan nitelikte değil ise, işverenle rekabete yol açacak ya da sadakat borcunu zedeleyecek nitelikte değil ise asıl işverene haber vermemek, işçinin sorumluluğunu doğurmayacaktır.

Buna karşılık bildirim yükümü getiren kayıt geçersiz sayılsa ve işçi bu hükme aykırı şekilde yan iş yapmaya başlasa dahi daha sonradan işçinin asıl işini gereği gibi yerine getirmesini engelleyen bir durumun ortaya çıkması halinde asıl işverene bilgi verme yükümlülüğü doğacaktır¹⁵⁵. Örneğin yan işin yürütülmesi başlangıçta bir sorun oluşturmazken daha sonra mevcut iş ilişkisine zarar verecek ya da tehlikeye atacak bir niteliğe dönüşürse işçinin işverene bilgi vermesi ve hatta bu işi yapmaya artık devam etmemesi beklenmektedir.

5. İşverenin Onayına Tabi Kılan Kayıtlar

Yan işte çalışmanın işverenin onayı ile mümkün olabilmesi, en kötü olasılıkta bu yöndeki bir talebin işverence sebep gösterilmeksizin reddedilebileceği anlamına gelecektir. Bu halde yapılacak olan yan işin koşulları önemsiz hale gelecek ve işçinin performansı etkilenmese dahi yahut yapılacak yan iş, asıl iş ile benzer bir alanda olmasa dahi işverenin keyfî bir kararı ile engellenebilecektir. Bu durum ise sözleşme ile getirilen yan iş yasağı ile aynı sonuçlara ulaşmamıza sebep olmaktadır¹⁵⁶.

İşçinin yan işte çalışması için işverenin onayını şart koşan sözleşme hükümleri, temelde yan işi tümünden yasaklayan kayıtlar ile benzer sonuçlara bağlanabilirler. Şöyle ki; nasıl yan işi yasaklayan sözleşme hükümleri kural olarak geçersiz kabul edilmesi gerekiyorsa işverenin iradesine bırakılan bir yan işte çalışma onayı da aynı şekilde

¹⁵⁴ CİVAN, Yan Yükümlülükler, 369.

¹⁵⁵ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 26; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 369; ErfK/PREIS, § 611 BGB Rn. 728.

¹⁵⁶ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 25; DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 386; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 365.

geçersiz kabul edilecektir. Meğerki getirilen sözleşme hükmü, yan işin işçinin performansını etkilememek yahut asıl iş ile rekabet oluşturmamak gibi sınırlandırmalara tabi olsun.

Yan işte çalışma izni almayı gerektiren bir sözleşme hükmü, gerekli sınırlamalar dikkate alınarak geçerli bir şekilde getirilmişse bu halde işçinin önünde iki seçenek bulunmaktadır; işçi işverenin onayını isteyerek başlangıçtan çıkabilecek sorunları önlemiş olur ya da işçi işverenin onayını almadan yan işte çalışmaya başlar ve çıkabilecek ihtilaflara katlanmak zorunda kalır¹⁵⁷. İşçi kendi bilgisi ve tahminlerine güvenerek işverenden onay almaksızın bir yan işe başlarsa yahut işverenin onayını beklemeksizin yan işe başlarsa, bu hal işverene zarar verici nitelikte değilse sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bir görüşe göre işçinin asıl işi dışında bir başka işe daha girmesi işveren iznine tabii kılınabilir ancak böyle bir yasağın dar yorumlanması gerekir, yan iş ancak asıl işi etkileyecek nitelikteyse yasaklanabilir¹⁵⁸.

IV. SÖZLEŞMESEL KAYITLARIN GEÇERLİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

İşçinin iş sözleşmesi ile başka bir işte çalışmasının veya faaliyette bulunmasının tamamen yasaklanması ya da yapılan yan işin/uğraşın işverene bildirilmesi yükümlülüğü öngören hükümlerin hiçbir koşul olmadan geçerli olduğunu düşünmek mümkün değildir. Aksi halde bu yaklaşım, sınırsız şekilde işçinin çalışma özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte olacak ve kişiliğini geliştirme özgürlüğünün önünde bir engel olarak karşımıza çıkabilecektir.

¹⁵⁷ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 386; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 366.

¹⁵⁸ Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, Rn. 1025.

İşçinin çalışma saatleri dışında faaliyette bulunmasına engel olan ya da faaliyette bulunmasını serbest kılan hükümler araştırılırken mevzuatımızda Anayasal çerçevede ve kanunlar çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu bakımdan çalışmamızın bu kısmında sırasıyla bu hükümler ele alınarak değerlendirilmeye gayret edilecektir.

B. Anayasal Hak ve Özgürlükler Kapsamında

1. Genel Olarak

İşçinin çalışma saatleri dışındaki süreyi nasıl değerlendirdiğine müdahale edebilip edilemeyeceği sorusu birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir. Çalışma sürelerinin sınırlandırmaya tabii olmasının bir anlamı da işçinin bu sınırlar dışındaki alanda serbestçe hareket edebilmesidir¹⁵⁹. Yoksa işçinin vaat ettiği şey, çalışma sürelerinde görevini yerine getirdikten sonra kalan vaktinde dinlenerek ertesi gün dinlenmiş bir şekilde işe gelmek değildir. Tabii işçinin çalışma saatleri dışında kalan söz konusu hareket alanı, sadakat borcu gibi bazı sınırlandırmalara tabiidir. Her ne kadar işçi çalışma saatleri dışında hareket serbestisine sahipse de bu zaman zarfında işverenine karşı olan sadakat borcuna aykırı davranışlarda bulunamayacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının üçüncü bölümü olan “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler”de yer alan “çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesine göre “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*”, (AY m. 48/1). Madde 49’a göre ise “*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.*”

Bu bağlamda işçilerin çalışma süreleri dışında başka işler yapmalarına ilişkin tartışmaların, çalışma hürriyeti kapsamında da ele alınması gerekmektedir. Çalışma

¹⁵⁹ SCHAUB, §42 Rn. 3; BeckOK ArbR/JOUSSEN BGB § 611a Rn. 454; SÜZEK, İş Hukuku, 347.

süreleri dışında işçilerin yan iş yapma serbestisinin ön plana çıktığı bir Yargıtay kararına göre “Somut olayda, davalı, yeni işyeri açan bir arkadaşına mesai sonrasında yardım ederken işverence bu durumun tespit edilmesi nedeniyle iş akdi sona erdirilmiş, davalı işçi ...kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının tahsil etmiştir. Davalı işveren bu ödemenin hataen yapıldığı ve davacının kıdem ve ihbar tazminatının hak etmediği gerekçesiyle ödediği paranın kendisine iadesini talep etmiştir./Davalının, mesai sonrasında başka bir işyerinde çalışmasını yasaklayan bir hüküm iş sözleşmesinde ya da hukuk sistemimizde bulunmamaktadır. İşverence, işçinin mesai sonrası yaptığı iş nedeniyle zarara uğradığı veya işyerinde düzenin bozulduğu ya da işçinin performansının düştüğü hususları iddia ve ispat edilmemiştir. Sadece işyerinden müşteri çalacağı endişesi ile iş akdinin sona erdirildiğini beyan edilmiştir. Bu durum karşısında, davacının davranışının 4857 Sayılı İş Yasasının 25/II maddesinde düzenlenen “ahlak ve doğrulukla bağdaşmayan davranış” olarak yorumlanması mümkün değildir.”¹⁶⁰. Kararda isabetle belirtildiği gibi işçinin çalışma süreleri dışında başka bir işte çalışmasını yasaklayan bir hüküm bulunmadığından, sadece başka işte çalışılması işverene fesih hakkı vermez. Ancak işverenin bu sebeple zarara uğraması, işçinin işini gereği gibi yapması gibi hallerin ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

2. Çalışma Özgürlüğü

Anayasada temelini bulan çalışma özgürlüğü, kişinin istediği mesleği seçerek o alanda faaliyet gösterebilmesini ve dilediğinde bir mesleği/faaliyeti yürütmeme serbestisini ifade eder¹⁶¹. Çalışma hakkı ise yine Anayasada yer bulmakla birlikte çalışma

¹⁶⁰ Y7HD, 15.06.2015, E. 2015/4567 K. 2015/12025, (www. kazanci.com.tr).

¹⁶¹ CİVAN, Yan Yükümlülükler, 336. Çalışma hürriyeti hakkında bkz. TANÖR, Bülent: Anayasal Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 2022, 243. Şen’e göre, çalışma hürriyeti, “herkese devlet tarafından asgari şartları oluşturularak isteğe bağlı olarak tanınan ve insanlık onuruna yaraşır bir gelir sağlamaya dayanan herhangi bir faaliyette bulunma hakkı” olarak tanımlanabilir, ŞEN, Murat: İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan**, 148; Ayrıca bkz. TALAS, Cahit: Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 46, S. 1, 1991, 409, Yazara göre çalışma hakkı; çalışma isteği ve gücünde bulunan herkesin çalışarak kendine

özgürlüğünden farklı bir konsepti ifade eder. Çalışma hakkı devlete pozitif yükümlülükler yükleyerek kişilere çalışma imkanları, ortamları oluşturma vazifesi verirken; çalışma özgürlüğü ise devletin pasif kalması, müdahalede bulunmaması gereken bir alanı işaret eder¹⁶². Nitekim çalışma özgürlüğü gereği kişiler çalışıp çalışmamak ya da istediği alanda çalışmakta serbesttirler; bu alana devletin müdahale etmemesi gerekir. Buradan çıkan sonuca göre çalışma hakkının sağlanmadığı bir ortamda çalışma özgürlüğünün de olması gerektiği şekilde işleyeceğinden söz edilemeyecektir.

Kişinin hangi mesleği icra edeceğine ilişkin özgürlük alanı belirlenirken, mesleğin kişiliğin korunması ve geliştirilmesi üzerindeki etkisinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir¹⁶³. Kişi sadece mesleğini icra etmemekte ayrıca bu meslek vesilesiyle sosyalleşmekte ve mesleki kazanımları bireyin kişiliğini şekillendirmektedir.

Çalışma özgürlüğünün kapsamına sadece meslek ve iş seçme özgürlüğü değil aynı zamanda aynı anda birden fazla sözleşme ilişkisi kurma özgürlüğü de dahildir¹⁶⁴. Çalışma konumuz bakımından “çalışma özgürlüğü” kavramı önem taşımakta, kişilerin birden fazla işte çalışmasının engellenmemesi konusu inceleme alanı bulmaktadır.

insanlık onuruna yaraşır bir gelir sağlayabilme hakkıdır.; Çalışma hakkının işçi hakkı olarak değil emel bir insan hakkı olarak görülmesine ilişkin bkz. SUBAŞI, İşe İade Davaları, 593.

¹⁶² GÖZLER, Kemal: **İnsan Hakları**, 468; NAZLI, Seçkin: **Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri**, İstanbul 2015, 34, 43; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 336; Çalışma hakkı ve çalışma özgürlüğü arasındaki farka ilişkin bkz. NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 75-76.

¹⁶³ Çalışma hakkının kişinin yaşam hakkı ile olan yakın ilişkisi hakkında bkz., NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 35. Yazara göre ‘bireylerin kendisinin ve ailesinin yaşamını sürdürebilmesi için faydalı ve üretken olabileceği bir işte çalışması gerekir. Çalışma, bireyin ve ailesinin güvenliğini sağlamaya yardımcı olur.’

¹⁶⁴ SÜZEK, İş Hukuku, 336, 272; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 15; ARSLAN ERTÜRK, Sadakat Borcu, 316; ŞUĞLE, 30 Soruda, 198-199; DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 370; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 338. NAZLI’nın ifade ettiği gibi kimse çalışma hakkından vazgeçemeyeceği gibi bu hakkını daraltıcı anlaşmalar da yapamaz, yaparsa bu anlaşmalar yok hükmündedir, NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 36.

Tüm bu açıklamalar ışığında işçinin yan işte çalışmasının sınırlandırılması konusuna gelecek olursak; Türk Borçlar Kanunu m. 396/3'te, *“İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girilemez”* hükmüyle yan işte çalışmanın sınırları çizilirken amaçlanan, işçinin asıl iş ilişkisi yanında başka bir gelir getirici faaliyette bulunmasını (çalışma hürriyetine aykırı olarak) tamamen yasaklamak değil, belirli şartların varlığı halinde ve işverenin haklı menfaatlerini de gözetken adil bir düzen getirmektir¹⁶⁵.

Alman Anayasasına göre de; “Bütün Almanlar meslek, çalışma yeri, seçiminde özgürdürler.” (GG. Art. 12/1). Buradan hem kişinin hangi mesleği seçeceği hem de hangi işte çalışacağı konusunda serbestçe hareket edebileceği anlaşılr. Hem hukukumuzda hem de Alman hukukunda işçinin dilediği işi yapmakta özgür olduğu ve böylece devamında yan işte çalışmanın da serbest olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü iş sözleşmesine getirilecek bir yan iş yasağı, işçinin çalışma hakkına doğrudan bir müdahale teşkil edecektir.

Bu konuda verilen bir bölge adliye mahkemesi kararına göre sözleşmeyle yan iş yasağı getirilmesi başlı başına Anayasada çalışma hakkı ve hürriyetini düzenleyen 28. ve 49. maddelerine aykırılık oluşturacak ve bu tür sözleşme hükümleri geçersiz sayılacaktır. Somut olayda işçi motorlu kurye olarak çalışmakta iken mesai saatleri dışında başka bir işte daha çalışmaktadır. İş sözleşmesinde ise çalışma yasağı başlığı ile düzenlenmiş hükme göre *“işçi tüm mesai ve faaliyetini işverene hasreder. (İş hizmetini başka yerde ücretsiz bile olsa) hiçbir gerekçeyle işveren dışında sürdürmeyeceğini peşinen kabul etmiştir.”* İşveren fesih bildiriminde bu yasak hükmüne dayanarak iş sözleşmesini sona erdirmiştir. Yerel mahkeme, somut olayda yasağa rağmen yan işte çalışmanın davacı işçi ile davalı işveren arasında güven kırıcı ortam tezahürüne neden olduğunu, işverenden artık mevcut iş ilişkisinin devamının beklenemeyeceğini belirtmiş ve söz konusu fiilin haklı fesih sebebi ağırlığında olmadığı ancak şüphe yüksekliği ve güvene dair oluşan olumsuzluklar dikkate alındığında işverence yapılan feshin geçerli sebebe dayandığı

¹⁶⁵ ARSLAN ERTÜRK, Sadakat Borcu, 307; GÜRKAN, 373.

kanaatine varmıştır. Bölge adliye mahkemesince isabetli olarak “davacının iş sözleşmesinin 12. Maddesine aykırılık teşkil eden eylemi nedeniyle iş akdinin feshedildiği, ancak davacının yan iş yapmasının sadakat borcuna aykırı olup olmadığı ya da haksız bir rekabet oluşturup oluşturmadığının, oluşturuyorsa bunların sebep ve sonuçlarının iş akdinin fesih bildiriminde yer almadığı, bu nedenle sadece iş sözleşmesindeki düzenlemenin usul ve yasaya hukukun genel prensiplerine uygun olup olmadığının değerlendirilmesinin gerektiği, işçinin yasal sınırlar içinde iş ilişkisine girmesine engelleyen sözleşme hükümlerinin kural olarak Anayasa'nın çalışma hakkı ve özgürlüğünü düzenleyen 48. ve 49. maddelerine aykırılık oluşturacağı için geçersiz sayılmasının gerektiği, işçinin yan iş yapmasının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı iddiasının bulunmadığı, kaldı ki, incelenen SGM hizmet dökümünden davacının ilk işe girdiği tarihte de ikinci bir işte çalıştığı, aynı döneme ilişkin her iki işyerinde bildirimlerin yapıldığı, iki yılı aşkın hizmet döneminde buna ilişkin herhangi bir ihtar vb. yaptırımla karşılaşmadığı, sadakat borcuna aykırılığın savunulmadığı, ispatlanmadığı, yapılan işin kuryelik olduğu, haksız rekabet oluşturacak bir durumda ihlal edilmediği gibi yapılan işin niteliğine de uygun olmadığı, iş akdinin feshinin tüm bu nedenlerle haklı veya geçerli bir sebebe dayanmadığı, ...” kanaatine varılmıştır¹⁶⁶.

Kanaatimizce karar, olması gereken noktaya yaklaşmak bakımından en güncel ve yerinde ifadeleri içermektedir. Savunduğumuz gibi sözleşme ile tek başına yan işte çalışmanın yasaklanmış olması işverene sözleşmeyi bu sebebe dayanarak haklı ya da geçerli sebeple fesih imkanı vermez. Böyle bir yasak baştan itibaren geçersiz olacağından işçi sözleşme sürecinde yan iş tuttuğunu işverene bildirmek zorunda da değildir. Burada tutulan yan işin rekabet oluşturup oluşturmadığını belirleme riskini işçi üzerine almış olmaktadır¹⁶⁷. Örneğin yan iş ortaya çıktığında işveren bunun rekabet oluşturan bir faaliyet olduğunu ileri sürebilecektir.

¹⁶⁶ İstanbul 29 BAM, 14.06.2022, E. 2022/1004, K. 2022/1548. (Çalışma ve Toplum, 2022/3)

¹⁶⁷ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 386; GRUNEWALD, Benno: Inhalt und Grenzen des arbeitsvertraglichen Nebentätigkeitsverbotes, **Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht**, 1994, 972.

3. Sözleşme Hak ve Özgürlüğü

Her ne kadar Anayasada kişilerin istedikleri alanda sözleşme yapma özgürlüğüne sahip oldukları ifade edilmiş olsa da bilindiği gibi iş hukuku eşitlerin hukuku değildir. Terazinin bir kefesinde işçi, diğerinde işveren bulunur. Bu teraziye dengelemek için iş hukukunun üçüncü karakteri olan devlet de konuya dahil olmuştur. Üçlü bir yapıya sahip olan iş ilişkileri, bu sebeple teraziye değil, sac ayağına benzetilmektedir¹⁶⁸.

Özel hukuka hakim olan sözleşmelerin kuruluşundaki irade serbestisi¹⁶⁹ ilkesinin aynı şekilde iş hukukunda işçi ve işveren arasında da var olduğunu düşünmek hatalı olacaktır. Ekonomik ve yönetsel gücü elinde bulunduran işverenle, emeğinin karşılığını parasal olarak almaya muhtaç olan işçinin tam anlamıyla eşit oldukları düşünülemez. Zira işçi-işveren ilişkilerini düzenleyen İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin yönelimi de bunu açıkça göstermektedir¹⁷⁰.

¹⁶⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 2; SÜZEK, İş Hukuku,3; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 5-6; https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/46580/mod_resource/content/0/Hafta%201.pdf, 1. NAZLI'nın ifade ettiği gibi “liberal kökene dayalı sözleşme serbestisi ilkesine iş hukukunda sınırlanmamış bir biçime uygulanma olanağının tanınması iş hukukunun var oluş felsefesine aykırılık teşkil edecektir.”, NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 116.

¹⁶⁹ OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 10. Bası, İstanbul 2013, 23 vd.; KILIÇOĞLU, 109 vd.; EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Ankara 2017, 16 vd.; TUNÇOMAĞ, 240 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 503 vd.; ANTALYA, 73 vd.; NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 44. Taraflar kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olmadıkça sözleşme yapmak hürriyetine sahiptir. Özgürlüğün kapsamında ise sözleşmeyi kurma ve dilediğinde sona erdirmeye serbestisi ile sözleşmenin karşı tarafını belirleme, içeriğini serbestçe belirleme, sözleşmenin şeklini tayin etme gibi hususlar bulunmaktadır. Sözleşme serbestisindeki değişim hakkında detaylı açıklamalar için bkz. DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, 11 vd.

¹⁷⁰ YILMAZ TEKİN, İmge Hazal: **Türk Borçlar Kanunu'na Göre İşverenin İş Kabulden Kaçınması**, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Temmuz 2023(2), 467; SÜZEK, 'in de ifade ettiği gibi iş hukuku geleneksel iş hukuku anlayışı olan tarafları eşit kabul eden anlayıştan

İş hukuku her ne kadar özel hukuk kişilerinin taraf olduğu bir sözleşme olsa da bir tarafın daha güçsüz olan işçi olması sebebiyle ve toplumsal bir dengeyi sağlamayı gerekli kıldığından kamu hukuku görünümü de olan bir alandır. Sözleşme özgürlüğüne verilen anlamı birebir iş hukuku için uygulamak mümkün olmaz. Yan işi yasaklayan sözleşme hükümleri de çoğunlukla işverence işçiye dikte edilen, dayatılan hükümlerdir¹⁷¹ ve işçinin (eğer işi almayı istiyorsa) bu hükümleri de kabul etmekten başka seçeneği yoktur.

Dolayısıyla genelde iş hukukunu, özelde ise çalışma konumuz bakımından yan iş yasaklarını incelerken sözleşme özgürlüğü ilkesini genel anlamı dışında, iş hukuku perspektifinden bakarak değerlendirmek gerekmektedir.

4. Kişilik Hakkının Korunması

Kişilik hakkına ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır. Doktrinde yapılan kişilik hakkı tanımlarında kişiliği oluşturan değerler ifade edilerek kişilik hakkının bu değerler üzerindeki hak olduğu belirtilmektedir. Bir görüşe göre kişilik hakkı, “kişinin toplum içerisindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki haktır.”¹⁷². Yargıtay, kişilik hakkını “Kişinin doğumla kazandığı, bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan, hayat, beden, ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü ve duygusal değerlerinin tümü kişilik hakkını oluşturur.”¹⁷³ şeklinde tanımlamıştır.

Bu tanımlardan da görüleceği üzere çalışma özgürlüğü, kişilik hakları kapsamında korunması gereken temel değerlerden olup kişiler kişiliklerini korumak ve geliştirmek

uzaklaşmakta ve işçiyi işverenden daha çok koruma altına almaktadır, SÜZEK, Sarper: **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Ankara 1989, 3; NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 46-47.

¹⁷¹ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 25.

¹⁷² DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: **Kişiler Hukuku**, Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul 2006, 94.

¹⁷³ Y4HD, 25.06.2006, E. 2006/10084, K. 2007/8592; Y4HD, 10.04.2008, E. 2007/9966, K. 2008/5096; Y4HD, 08.04.2015, E. 2014/5072, K. 2015/4343, (www.kazanci.com).

konusunda bu korumadan yararlanırlar. Kişilik haklarının korunması kapsamında, kişinin mesleki, ticari ve sanat alanındaki faaliyetlerinin korunması gerekmektedir¹⁷⁴.

Kişinin sağlığı da korunması gereken başlıca kişilik değerlerindendir. Medeni Kanunumuzun kişiliğin korunması başlıklı 23. maddesinde de belirtildiği üzere “*Kimse hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez. / Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz.*” Kişilik hakları söz konusu olduğunda hukukumuz kişiyi kendisine karşı dahi koruyan bir eğilim göstermektedir.

İş sözleşmeleri ve özellikle yan işe ilişkin sözleşmesel kayıtlar, işçinin kendi özgürlük alanını sınırlaması konusunda bariz bir örnek oluşturmaktadır. İş sözleşmesine getirilen yan işi genel olarak yasaklayan kayıtlar kişilik hakkı bakımından aşırı sınırlamaya yol açtıklarından geçersiz kabul edilmektedir¹⁷⁵.

Konuya diğer bir bakış açısıyla; işçinin yan işte çalışmasının onun dinlenme sürelerini aşırı şekilde kısıtlaması ve iş sağlığı ve güvenliğine aykırılık oluşturması bakımından kişilik haklarını tehlikeye attığı savunulabilir. Yan iş ilişkisi kurulması, her olayda işçinin kişilik haklarının sınırlandırılması anlamına gelmekte midir? Bu sorunun cevabı her zaman “evet” değildir. Örneğin tam süreli iş sözleşmesi ile muhasebeci olarak çalışan bir kişi, çalışma saatleri dışında sanatsal eğitmenlik, dijital platformda görülen işler gibi faaliyetlerde bulunursa burada aşırı bir kişilik hakkı sınırlandırmasından söz edilemeyecektir¹⁷⁶. Dolayısıyla kategorik olarak yan işin, işçinin kişilik haklarına aykırı olması sebebiyle tümünden yasak olması savunulamaz. Ancak somut olayın koşullarına

¹⁷⁴ DURAL/ÖĞÜZ, 134.

¹⁷⁵ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 23-25; Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, Rn. 1025. Benzer yönde CANİKLİOĞLU, İş Güvencesi, 271. Yazara göre ancak işçinin sağlığının ve güvenliğinin korunması ile rekabet yasağı gibi işverenin haklı menfaatleri dikkate alındığında işçinin yan işte/başka işte çalışma hakkı sınırlandırılabilir.; NAZLI, Çalışma Hakkı ve Özgürlüğü, 46; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 364.

¹⁷⁶ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 159.

göre işçinin iki işindeki toplam performansı insan takatini aşacak düzeye gelirse burada kişilik haklarına aykırılıktan söz edilebilecektir.

C. Sadakat Borcu Kapsamında

İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlardan biri de işverene karşı olan sadakat borcudur. Bu borç kapsamında işçi işverenin haklı çıkarlarını, haklı menfaatlerini korumak, ona zarar verici davranışlardan kaçınmak zorundadır¹⁷⁷. Bu borç iş sözleşmesinden kaynaklanan asli borçlardan değil yan borçlardandır¹⁷⁸. İş sözleşmesinin askıda¹⁷⁹ olduğu hallere ilişkin olarak ileride değineceğimiz gibi iş görme borcu devam etmediği hallerde dahi sadakat borcu devam etmektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 396/3'e göre; *“İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez.”*¹⁸⁰.

¹⁷⁷ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 304; SÜZEK, İş Hukuku, 348; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 271; TUNCAY, İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, 1043-1044; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 27; ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 196; ARSLAN ERTÜRK, Sadakat Borcu, 143-144; Schürer Hans Ueli, Wanner Marianne: **Arbeit und Recht**, 2017, 65; KAYIRGAN, Hasan: İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan**, MÜHF-HAD, İstanbul 2014, 460-461; MAKAS, Özen Borcu, 152.

¹⁷⁸ NARMANLIOĞLU, 271; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 601; TUNCAY, İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, 1046; ALPAGUT, Sadakat Borcu, 23; ARSLAN ERTÜRK, Sadakat Borcu, 145; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 15.

¹⁷⁹ İş Sözleşmesinin askıya alınması hakkında detaylı bilgi için bkz. Bölüm 3, IV, A.

¹⁸⁰ Mehaz İsviçre'de hüküm metni: Art. 321a Abs. 3 OR: “Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert.” Çevirisi: “Çalışan, iş ilişkisinin devamı sırasında, sadakat yükümlülüğüne aykırı şekilde üçüncü bir kişiye ücret karşılığında herhangi bir iş yapamaz ve özellikle işvereni rekabet edemez.”

Alman hukukunda ise sadakat borcu, kaynağını dürüstlük kuralından almaktadır. (BGB § 242) Hükme göre “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.” Çevirisi: “Borçlu, ifayı dürüstlük kuralının gerektirdiği

Öncelikle kanun ifadesindeki “*sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz*” ibarelerini incelemek gerekir. Hüküm lafzından her yan işte çalışmanın sadakat borcuna aykırılık mı teşkil ettiği ya da yan işte çalışmanın sadakat borcuna aykırılık oluşturmayacak şekilde sınırlandırılmak mı istendiği açık değildir. Ancak, bu hükümden işçi lehine ve Anayasal özgürlüklere uygun olarak yan işin serbest olduğu, sadece sadakat borcu hususunda bir sınır getirilmek istendiği yorumu daha isabetlidir¹⁸¹.

Buradaki “sadakat borcuna aykırı olarak üçüncü kişiye hizmette bulunma” neyi ifade etmektedir? Hükme göre yasaklanmış olan, üçüncü bir kişiye hizmet görülmesi değil, görülen bu hizmetin sadakat borcuna aykırılık oluşturmasıdır¹⁸². Yan iş, ancak görülen bu hizmetin sadakat borcuna aykırılık oluşturması halinde yasaktır¹⁸³. Bu ifadeler ile anlatılmak istenen, işçinin üçüncü kişiye hizmette bulunmasının her halde değil, ancak sadakat borcuna aykırılık oluşturması halinde yasaklanmış olmasıdır¹⁸⁴.

İşçi sadakat borcuna aykırılık oluşturacak durumlarda yan işte çalışmaktan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla sadakat borcuna aykırılık oluşturmayan ücret karşılığı üçüncü kişilere yapılan çalışmalar, kural olarak serbest olacaktır. Asıl iş dışında herhangi bir yan iş tutmanın, kendiliğinden sadakat borcuna aykırılık oluşturacağı söylenemez. Bu hal -daha önce bahsedildiği gibi- çalışma özgürlüğüne ve kişiliği koruma

şekilde ve genel teamüller dikkate alınarak yerine getirmekle yükümlüdür.”. Öğretide ifade edildiği üzere, dürüstlük kuralı tüm sözleşmeler bakımından sadakat borcunun temel dayanağı niteliğindedir, ARSLAN ERTÜRK, Sadakat Borcu, 136; AKYİĞİT’e göre de sadakat borcunun sınırının dürüstlük kuralı çerçevesinde düşünülmesi gerekir; sadakat borcu işçiye işverenin talepleri karşısında kendisini feda etme yükümü yüklemeyiz, AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 27-34.

¹⁸¹ CANİKLİOĞLU, 2017 Yılı Kararları, 253; CANİKLİOĞLU, İş Güvencesi, 267.

¹⁸² CANİKLİOĞLU, 2017 Yılı Kararları, 253; Ayrıca bkz., CANİKLİOĞLU, İş Güvencesi, 267.

¹⁸³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 307; CANİKLİOĞLU, 2017 Yılı Kararları, 254; CANİKLİOĞLU, İş Güvencesi, 271-272; DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 369, 377; BALKAN, 346; Gazeteciler ile ilgili olarak aynı yönde ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 196.

¹⁸⁴ Aynı yönde, BeckOK ArbR/JOUSSEN BGB § 611a Rn. 455; GÜRKAN, 373; DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 377; Gazetecilerle ilgili olarak aynı yönde, ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 196.

ve geliştirme özgürlüğüne aykırılık oluşturacaktır. Ayrıca tutulan yan iş, asıl iş ilişkisindeki işverenin haklı menfaatlerine zarar vermediği sürece bu hükmün de kapsamına girmeyecektir. Sonuç olarak denilebilir ki TBK m. 396/3 hükmü gereği, işçinin kural olarak bir yan işte ücret karşılığı çalışmasına engel bulunmamaktadır¹⁸⁵.

Hükümde geçen ifadeden yola çıkacak olursak; üçüncü kişilere hizmette bulunma ne zaman sadakat borcuna aykırı olur? Sorusu akla gelmektedir. Söz konusu hükmü unsurlarına ayırarak yan işin yasak olması için gereken koşulları tek tek incelemek gerekmektedir¹⁸⁶. Öncelikle işçinin mevcut bir iş ilişkisi bulunmalıdır ki yürütmeye başladığı diğer bir iş de söz konusu olduğunda bu ikisi arasında bir uyumsuzluk/çatışma yaşanıp yaşanmayacağı incelenmelidir. Diğer bir şart olarak bu iki işten birinin asıl, diğerinin yan iş niteliğinde olduğu ortaya konmalıdır. Eğer iki iş birbiriyle asıl iş-yan iş olarak net bir şekilde ayrılamıyorsa hangisinin yasak kapsamında olacağının da değerlendirilmesi mümkün olmaz. İki işten hangisinin asıl hangisinin yan iş olduğunun tespiti hakkında önceki bölümde açıklama yapmıştık¹⁸⁷. Üçüncü olarak yan işe girişmeyi yasaklayan bir yasa hükmü ya da bir sözleşme hükmü olmalıdır. Sözleşmesel yasak söz konusu olduğunda da, bunun geçerli bir yasak olması gerekir; zira daha önce de ifade ettiğimiz gibi yan işin sözleşme ile genel olarak yasaklanması yeterli değildir. Ancak yan işin yapılabileceği maksimum süre hakkında sınırlamalar içeren ya da hangi işlerin yan iş olarak seçilebileceği hususunda düzenlemeler taraflarca kararlaştırılarak yan işin sınırlandırılması mümkündür. Ve bu halde sözleşme hükümlerine geçerlilik tanınabilir.

Bir sonraki şart olarak azami çalışma sürelerinden bahsetmek gerekir. İleride geniş bir biçimde ele alacağımız gibi¹⁸⁸ işçinin belirli bir zaman dilimi içerisinde en fazla kaç saat çalışabileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespitin ardından belirlenen süreyi aşan çalışmaların yasak kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir. Son olarak

¹⁸⁵ CANIKLIOĞLU, İş Güvencesi, 271; DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 366; GÜDER, 26.

¹⁸⁶ Yan işin kabulü için gereken şartlar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 34-53.

¹⁸⁷ Bkz. Bölüm 1, I, B, b.

¹⁸⁸ Bkz. Bölüm 2, IV, G.

işçinin yaptığı yan iş, asıl işin niteliği ile bağdaşmaz nitelikte ise, diğer bir deyişle işçinin asıl işi eğilimli bir işyeri ise ve yan işte çalışmak asıl işin eğilimi ile bağdaşmaz, onu dışlar nitelikteyse bu iş de yasak kapsamında olacaktır. Örneğin bir cami görevlisinin mesai saatleri dışında barda çalışması gibi.

Yan iş tutmaya sözleşme ile genel bir yasak getirilmesi halinde bu hükme uymayarak yan iş tutan işçi sadakat borcuna aykırı davranmış olup olmayacağı üzerinde durulması gereken bir başka husustur. Yasa koyucu TBK m. 396 ile, başka işte çalışma hususunda tarafların düzenleme yapma yetkilerine sınırlama getirmeyi amaçlamıştır. Bu kabulde birlikte sadakat borcuna aykırılık oluşturmadıkça işçinin üçüncü kişiler hesabına ücretli çalışmasının yasaklanamayacağını kabul etmek gerekir¹⁸⁹. Yani her yasak hükmüne aykırılık halinde sadakat borcu ihlal edilmiş olmayacaktır. Yapılan işin niteliği incelenecek, yürütülen asıl işle bağdaşmaz nitelikte; örneğin aynı sektörde olduğundan rekabet niteliğindeyse yasak kapsamında olacaktır.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, öğretide de sözleşme ile getirilen yan iş tutmaya ilişkin genel yasaklayıcı hükümlere doğrudan geçerlilik tanınmamı gerektiği kabul edilmekte; ancak belirli sınırlar dahilinde yasak getirilebileceği belirtilmektedir¹⁹⁰. Mesela rekabet oluşturmayacak alanlarda yaptığı işin ağırlığı da dikkate alınarak belirli çalışma sürelerini aşmayacak şekilde yasak getirilebilir ve böyle bir yasak hükmünü geçerli kabul etmek gerekir. Buna karşılık işçinin işvereni ile rekabet teşkil edecek şekilde iş sözleşmesi devam ederken bir yan işte çalışması artık rekabet borcuna aykırılık oluşturacaktır ve böyle bir çalışmanın çalışma hakkı kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.

Bazı durumlarda ise işçinin yan işte çalıştığını işverene bildirmemesi sadakat borcuna aykırılık oluşturabilecektir. Esasında bizim kanaatimize göre işçinin yan işe

¹⁸⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 334; DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 366-367, 373.

¹⁹⁰ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 23-25; Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, Rn. 1025. Benzer yönde CANIKLIOĞLU, İş Güvencesi, 271. NAZLI, Çalışma Hakkı ve Özgürlüğü, 46.

çalıştığını işverene bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, çalışma süreleri dışında yürüttüğü faaliyetleri kendisinden bu hususta bilgi istenmese dahi durumun işveren, işyeri ya da işyerinde çalışanlar bakımından önem arz ettiği biliniyor ya da bilinmesi gerekiyorsa açıklama yapması gerekir. Böyle bir gereklilik varken işverene, yapılan yan iş hususunda bilgi verilmemesi sadakat borcuna aykırılık oluşturacaktır. Ancak yan işte çalışma sadakat borcu açısından işverenin herhangi bir haklı menfaatine zarar verici nitelikte değilse böyle bir çalışmanın bildirilmesi gerekmez¹⁹¹.

TBK m. 396/3 hükmü, kişinin yan işte çalışmasını üçüncü bir kişiye hizmette bulunma olarak ifade ederken hükmün devamında işçinin işvereni ile rekabet edemeyeceği belirtilmiş ve böylece sadece ikinci bir iş ilişkisini değil, bağımsız olarak yürütülen faaliyetleri de (rekabet oluşturma şartıyla) yasaklamıştır. Böylece işçi, asıl iş ilişkisinin süresi dışında kalan zamanlarda işverenin iştirak alanı ile ilgili olarak iş sözleşmesi dışında da başka bir faaliyette bulunamayacak ya da benzer nitelikteki bir ortaklık ilişkisi içine dahil olamayacaktır. Buna karşılık öğretide işçinin iş ilişkisinin sona erdirmesi aşamasında rakip bir firma ile anlaşmaya varması ya da kendi firmasını kurmak için girişimlerde bulunması, yani ön hazırlıklarda bulunması sadakat borcuna aykırı görülmemiştir¹⁹².

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi işe iade talepli bir davaya ilişkin kararında, davacının mevcut iş sözleşmesi devam ederken eşinin işleteceği işletmeyi kendi adına tescil ettirmiş olmasının tek başına sözleşmesel yükümlülüklerin ihlali anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Özel Daireye göre, “...davacı eşinin davalı işyerinde çalışır iken cafe açmak için

¹⁹¹ TUNCAY, İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, 1054. Bir görüşe göre ise işçinin başka bir işte daha çalıştığını işverene bildirmesi, sadakat borcu kapsamında bir zorunluluktur, BALKAN, 347.

¹⁹² Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, Rn. 1023; Rekabet etmeme borcu bakımından aynı yönde, TUNCAY, Sadakat, 1065; MANAV, Eda: İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 2, Y. 2, S. 4, 116. Yazara göre işçinin çalışma saatleri dışında rekabet teşkil etmeyen bir işte çalışmasının önlenmesinde işverenin haklı bir menfaati bulunmazken, işverenle rekabet oluşturacak bir işte çalışması halinde, dürüstlük kuralı gereği, rekabet yasağının ihlalden söz edilir, MANAV, Rekabet, 118-119.

ayrıldığı, bu durumun işverenin bilgisi dahilinde bulunduğu anlaşılmaktadır. İşveren, açılan işyerinin davacı eşi tarafından işletileceğini bilmektedir. Finansal Danışman olan davacının, ev yemekleri satan işyerini adına vergiye kayıt ettirmesi mesaisini buraya ayırdığı, işverene karşı sorumluluklarını yerine getirmediği anlamını taşımadığı gibi, böyle bir durum da ispat edilmiş değildir. Diğer yandan taraflar arasında düzenlenen ve mahkeme karar gerekçesine esas teşkil eden sözleşmenin 6/9. maddesinde belirtilen "..... başka bir firma ile bağlantısının bulunmamasını" maddenin devamında belirtildiği gibi bir başka sigorta şirketi veya acentesi ile bağlantısı bulunmadığı şeklinde yorumlamak daha doğru olacaktır. Netice itibarıyla davacının eşinin işletecek olduğu işyerini adına vergiye kayıt ettirmesi eşine bürokratik işlerde yardımcı olma isteğinden öteye gitmemiştir. Dolayısıyla feshin haklı yada geçerli nedene dayanma"maktadır¹⁹³. Yargıtay kararından da anlaşılabacağı üzere; sözleşmede yasak olması halinde girişilen yan faaliyetin asıl iştiğal alanıyla doğrudan alakalı olması, rekabet oluşturur nitelikte olması gerekir. Aksi halde girişilen yan işin asıl işteki performansına ve işçiden beklenen yükümlülöklere olumsuz etkisinin olduğu ispatlanmalıdır. Somut olay, yan iş ilişkilerine bakış açısı geliştirmek için örnek olacak niteliktedir. Benzer nitelikteki 22. Hukuk Dairesi kararında da, "somut olayda dosyaya ibraz edilen feshin bildirimine göre davacının çalıştığı iş dışında ticari faaliyet yürüttüğü ve Torbalı Kipa AVM içi adresinde ... Çelik Yapı ünvanlı bir firmasının bulunduğu tespit edildiği ve bu durumun iş sözleşmesinin 11. maddesine aykırı olduğu gibi, doğrulukla bağıllıkla ve sadakatle iş görme borcuna da aykırı olduğundan 4857 sayılı Yasanın 25-II-e maddesi gereği iş akdi feshedilmiştir Taraflar arasında imzalan iş sözleşmesinin çalışma yasağı başlıklı 11. Maddesi "çalışan, çalışma saatlerinde, izin sürelerinde veya çalışma bitiminden sonra; ücretli veya ücretsiz başka bir işte çalışamaz, bilirkişilik, resmi arabuluculuk, müşavirlik dahil hiçbir ek iş yapamaz." ...hükümünü içermektedir. Davacının davalı iş yerinde 6 yıl 11 ay süre ile üretim paneli kontrol elemanı olduğu görölmüştür. Mahkemece yapılacak iş, davacının davalı iş yerindeki hizmet süresi içerisinde iddia edildiği şekilde başka bir işletmesinin olup olmadığı, var ise hangi işle iştiğal edildiği, faaliyet alanının ne olduğu, hangi iş

¹⁹³ Y9HD, 19.09.2005, E. 2005/26187, K. 2005/30576, (www.kazanci.com).

kolunda çalışma yaptığı hususlarının tespiti ile davacıya ait iş yeri ile ilgili vergi ve iş yeri kayıtları da istenerek davalı şirket ile paralel iş yapıp yapmadığı hususları araştırılarak sonucuna göre hüküm kurulması” olduğuna hükmedilmiştir¹⁹⁴. Kararda iş sözleşmesi ile yasak getirilmiş olmasına rağmen somut olayın şartları incelenmiş, yapılan işin niteliğine göre kara verilmesi öngörülmüştür. Sözleşmede hiçbir ek iş yapılamayacağı düzenlenmesine rağmen Yüksek mahkeme, davalı şirket ile paralel iş yapıp yapılmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirterek yan işi genel olarak yasaklayan sözleşme hükmüne geçerlilik tanımamıştır. Bir önceki kararda belirttiğimiz gibi bu bakış açısı iş hukukunun işçiyi koruma ilkesine daha uygun düşmektedir. İş sözleşmesindeki hüküm dikkate alınırsa işçinin yürüttüğü her türlü yan iş bir fesih sebebi yapılabilir; bu ise zayıf konumdaki işçinin durumunu daha korunmasız bir hale getirir.

Bir diğer kararda Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, dershanenin kimya bölümünde zümre başkanlığı görevini yürüten öğretmenin koordinasyonunda toplanan soruların kendi adıyla başka bir dershanenin yayınında basılmasının TBK m 396’ya aykırılık oluşturduğunu ve bu davranışın doğruluk ve bağlılığa uymaması sebebiyle yapılan feshin İşK. m. 25/II, (e) kapsamında haklı olduğunu isabetli şekilde ifade etmiştir¹⁹⁵.

Karardaki şu ifadeler, yan iş yasağına ilişkin sözleşmesel sınırlamalar bakımından çerçeve niteliğindedir: “TBK m. 369 metninde işçinin hizmet süresi içerisinde ve iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da uyması gereken yükümlülükler düzenlemekte ve işçinin sadakat yükümlülüğüne aykırı herhangi bir davranışta bulunamayacağı açıklanmaktadır. İşçi sadakat borcu kapsamında ediminin ifasında işverenin haklı çıkarlarını koruma ve işverene zarar vermekten kaçınma yükümlülüğü altındadır. İşçi bu borcu vakıanın özelliğine göre yapma veya yapmama şeklindeki davranışları ile yerine getirir. Dershane işyerinin eğitim faaliyetlerinde ve basılı yayınlarında kullanılmak üzere dershane öğretmenlerince oluşturulan soruların davacı bölüm başkanında toplandığı ve denetlendiği anlaşılmaktadır. Davacı, bu amaçla elde ettiği soruları davalı şirketin

¹⁹⁴ Y22HD, 23.01.2017, E. 2017/783, K. 2017/600, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹⁹⁵ Y22HD, 11.06.2023, E. 2015/15554, K. 2015/20344, (www.kazanci.com).

faaliyet alanı açısından rekabet içerisinde bulunduğu başka dershanenin basılı yayınları içerisinde kendi adına bastırıp menfaat temin elde etmek suretiyle sadakat borcuna ve dolayısıyla 4857 Sayılı Kanun'un 25-II-e maddesindeki doğruluk ve bağlılığa aykırı davranmıştır.”

Yargıtayın 2005 yılında verdiği bir kararda da, davacının iş sözleşmesi başka bir işte çalıştığı gerekçesiyle feshedilmiştir. Yerel mahkeme, davacının başka işyerinde çalışmasını doğruluk ve bağlılığa uymayan bir eylem olarak kabul etmiş, ihbar ve kıdem tazminatı isteklerini reddetmiştir. İşçi, işyerinde 10.00-21.00 saatleri arasında gıda paketi dağıtıcısı olarak çalışmaktadır ve bu süre dışında rekabet yasağına girmemek koşuluyla davacının başka işler yapmasına engel yasal bir düzenleme bulunmadığı Yargıtayca isabetli şekilde belirtilerek somut olayda haklı bir fesih gerekçesi olmadığı ifade edilmiştir¹⁹⁶.

Sadakat borcu işçiye işverenin çıkarlarını gözetmeyi yükleyen ve ona zarar verici davranışlardan kaçınmasını gerektiren, iş sözleşmesi devam ettikçe devam eden bir borçtur. Bu borca işçinin işverenle rekabete girişmemesi de dahildir. Kanımızca işçinin, işverenin çıkarlarıyla çatışan, onu zarara uğratacak faaliyetlerde bulunmaktan kaçınması gerekmektedir. İşçinin işveren ile rekabete yol açan faaliyetlerde bulunmasının sözleşme ile yasaklanmasına dahi gerek bulunmamaktadır. Zira iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlardan olan sadakat borcunun kapsamına işverenle rekabet etmeme borcu da dahildir¹⁹⁷. Giderek, girilen yan iş ücret karşılığı olmasa dahi işverene zarar verebilecek nitelikteyse işçinin bu işi yapmaktan kaçınması gerektiği kanaatindeyiz.

D. Genel İşlem Koşulları Kapsamında

1. Genel Olarak

¹⁹⁶ Y9HD, 06.10.2005, E. 2005/2342, K. 2005/32664, (www.kazanci.com).

¹⁹⁷ ÖZKARACA, Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim, 341.

Genel işlem koşulları, 19-20. yy.'da yaşanan sanayi devrimi sonucunda artan nüfus ve seri üretimin hissettirdiği ihtiyaç ile ortaya çıkan standart sözleşmelerle yaygın olarak kullanılmaya başlamıştır¹⁹⁸.

Türk Hukukunda genel işlem koşulları TBK m. 20-25 arasında düzenlenmiştir. Bu maddeler tüm özel hukuk sözleşmeleri hakkında -tek taraflı olarak hazırlanmış olan ve karşı tarafa sunulan sözleşmeler ile ilgili olarak- uygulama alanı bulacaktır¹⁹⁹. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'da bir tarafı tüketici olan sözleşmeler hakkında uygulanacak genel işlem koşulları hükümleri ve Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nda genel işlem koşulları hükümleri yer almaktadır. Ancak konumuzu ilgilendirdiği ölçüde biz sadece TBK'daki genel işlem koşulları düzenlemelerini iş hukukundaki görünümüleriyle inceleyeceğiz. TBK'da yer alan genel işlem koşulları hükümleri, uygun düştüğü ölçüde TTK ve TKHK kapsamındaki uyumsuzluklar ve hatta önceden hazırlanarak karşı tarafın onayına sunulan hükümler içeren tüm sözleşmeler bakımından da uygulanabilecektir²⁰⁰.

Genel işlem koşulları birden çok muhatapla benzer hükümler içeren çok sayıda sözleşme yapmak isteyen kişiler bakımından zaman kazanmak gibi bir fonksiyon üstlenmektedir. Bununla birlikte her sözleşmede mutlaka bulunması gereken hükümlerin unutulması ya da özenli bir biçimde kaleme alınmaması ihtimallerini bertaraf etmek amaçlarıyla genel işlem koşullarının sözleşmelere eklenmesi söz konusu olmaktadır²⁰¹.

¹⁹⁸ ANTALYA, Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 1. Baskıya Ek Tıpkı Baskı, İstanbul 2016; 398; SÜZEK, İş Hukuku, 215; ATAMER, Yeşim: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlemesi**, 2. Bası, İstanbul 2001, 1-2; CİVAN, Orhan Ersun: **Genel İş Koşulları**, İstanbul 2015, 8.

¹⁹⁹ EREN, 217.

²⁰⁰ EREN, 217; ATAMER, 10; CİVAN, Genel İş Koşulları, 12; KUTLUAY, Ezgi: Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, 1382-1383.

²⁰¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt**, 228, CİVAN, Genel İş Koşulları, 9-10.

Ayrıca genel işlem koşullarını hazırlayan taraf bu yolla sözleşmenin karşı tarafındaki kişilerle eşit işlem yapma fırsatı da bulmaktadır²⁰².

Genel işlem koşulları vesilesiyle güçlü tekel niteliğindeki firmalar/kuruluşlar, zayıf olan karşı tarafa istedikleri hükümleri dayatarak ya sözleşmeyi olduğu gibi kabul etme ya da sözleşmeyi yapmaktan tamamen vazgeçme seçeneklerini sunmaktadırlar²⁰³. Bu tekelleşme karşısındaki, tüketici, işçi vb. zayıf pozisyonundaki kişileri korumak için kanun koyucu genel işlem koşullarını denetleme ihtiyacı hissetmiştir²⁰⁴.

TBK m. 20'ye göre, “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.*” (TBK m. 20/1)²⁰⁵ Bu nedenledir ki karşı tarafın çoğu zaman bu hükümleri incelemeksizin sözleşmeyi imzaladığı düşünülebilir²⁰⁶. Söz konusu hükümlerin denetime tabi tutulması karşı tarafın haklarının korunması bakımından önem teşkil etmektedir.

Kanun metninde çok sayıda sözleşmede kullanılma amacından bahsedilmektedir. Kanunda kullanma amacından söz edildiği için, tek bir kullanım dahi hükmün uygulaması için yeterli olup fiilen birden fazla sözleşmede kullanılmış olmasına gerek bulunmamaktadır²⁰⁷. Ayrıca TBK m. 20/2'ye göre genel işlem koşulları farklı

²⁰² EREN, 215-216; CİVAN, Genel İş Koşulları, 10.

²⁰³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 170-171; SÜZEK, İş Hukuku, 59, 65; ATAMER, 58.

²⁰⁴ EREN, 216; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 228; CİVAN, Genel İş Koşulları, 11.

²⁰⁵ Maddenin kişi bakımından kapsamı düşünüldüğünde bir sınırlama olmadığı göze çarpmaktadır. Bu sebeple genel işlem koşulu kullanılan tüm sözleşmelerdeki genel işlem koşulu muhatabı olan tarafları kapsamına almaktadır, ATAMER, 10; CİVAN, Genel İş Koşulları, 12.

²⁰⁶ ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat: **Medeni Hukuk**, İstanbul 2017, 186; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. Bası, İstanbul 2015, 63.

²⁰⁷ REHBİNDER, 1976, 647; KARACA/ERENER, 668; AYDOĞDU, Murat: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı**, 17-18; YABA, Tuğçe: Genel İş Koşullarının Denetimi, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 1, Nisan 2021, 135.

sözleşmelerde birbirinden çok az farklılıklar bulunarak düzenlenmiş olsa da bu hükümler genel işlem koşulu olmaktan çıkmazlar.

TBK m.20/3 hükmünde ise, *genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacağı* ifade edilmektedir.

TBK öncesinde genel işlem koşullarının pozitif düzenleme ile sınırlarının çizilmediği bir durumda kişilerin bu korumadan mahrum mu kalacakları sorusu ortaya çıkmaktadır. TBK 20-25 maddeleri sadece yürürlüğünden sonra akdedilen sözleşmeler bakımından mı uygulanabilir? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Zira karşı tarafın içeriğine ulaşma imkanı olmadığı veya tartışma fırsatını bulamadığı şaşırtıcı ve sözleşmenin amacına yabancı kayıtların iki taraflı irade uyuşmasının arandığı sözleşmeler bakımından tarafların gerçek iradelerini yansıttığı söylenemez. Söz konusu 21. maddedeki yürürlük denetimi olmasaydı dahi tarafların irade beyanlarını doğru bir şekilde yansıtmayan bu tür hükümlerin sözleşmenin bir parçası haline geldiğini söylemek mümkün değildi²⁰⁸.

Genel işlem koşulları, iş hukuku bakımından işverenin ileride birçok sözleşmede kullanmak üzere hazırladığı hükümler de olabilir. Genel işlem koşullarının fonksiyonları, iş hukuku bakımından da geçerliliğini korur. İşveren böylece vakit kazanır ve sözleşmede olması elzem hükümlerin unutulması riskini de bertaraf etmiş olur. Sözleşmenin karşı tarafını oluşturan işçilerse içeriğine tam olarak hakim olamadıkları, genel bir kabul ile yetinmek zorunda kaldıkları bu nitelikteki sözleşmelerden kaynaklı olarak zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya gelirler. Zira işverenler doğal olarak sözleşme koşullarını kendi

²⁰⁸ ÖZEN, Burak: Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesine İlişkin Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Yürürlük Hukuku Bakımından Durumunu Ele Alan Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 02.12.2015 Tarihli ve E: 2015/6276 K: 2015/16034 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, **Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan**, Mart 2020, 495-496.

çıkarlarını koruyacak nitelikte hazırlayacaklardır²⁰⁹. Bu noktada işçiler de Borçlar Kanununda düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin denetim hükümlerinin korumasından faydalanabileceklerdir.

Yan işi yasaklayan sözleşme kayıtları genellikle yasal tanımda da belirtildiği gibi; ileride çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla işverence hazırlanarak karşı tarafa sunulan sözleşme hükümleri olmaktadır. Günümüzde birçok sözleşme bakımından matbu olarak karşı tarafça imzalama yöntemi uygulanmaktadır. Genel işlem koşullarının denetlenmesi mekanizması, tarafları eşit olmayan iş hukuku meseleleri bakımından başlıca uygulanma alanını oluşturacaktır. Yan işe ilişkin yasaklar da genel işlem koşulları denetimi mekanizmasına tabi olacaklardır²¹⁰. Bu sebeple genel işlem koşulları mekanizmasının işleyişini kavramak çalışma konumuz bakımından önem arz etmektedir.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere genel işlem koşulları bir tarafça hazırlanır ve birçok sözleşmede kullanılması hedeflenir. İş hukuku bakımından eğer bahsedilen sözleşme hükümlerinde böyle nitelikler yoksa; yani sözleşme bireysel olarak, işçinin tercihleri ve ihtiyaçları göz önüne alınarak hazırlanmışsa, bu hükümlerin genel işlem şartı sayılması mümkün değildir ve TBK’da öngörülen koruma kapsamına girmezler²¹¹.

Genel işlem koşulları iş hukuku bakımından karşımıza çeşitli şekillerde çıkabilir. Tip iş sözleşmesi²¹² olarak, işyeri iç yönetmeliği şeklinde ya da işyeri uygulamaları niteliğinde genel işlem koşulları söz konusu olabilmektedir²¹³.

TBK m. 21 ve 22, genel işlem koşullarına ilişkin yürürlük denetimi, m. 23 yorum denetimi, m. 25 ise içerik denetimi hususlarını düzenlemektedir. Konumuz bakımından

²⁰⁹ ATAMER, 59-60; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 226.

²¹⁰ CİVAN, Yan Yükümlülükler, 367-368; GÜRKAN, 389.

²¹¹ ERTÜRK, 101-102; KARACA/ENERER, 672.

²¹² Tip iş sözleşmesi ile kastedilen; işverence birçok aynı nitelikteki sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış, matbu, karşı tarafa sunularak onaylama şeklinde kurulan iş sözleşmeleridir.

²¹³ SÜZEK, İş Hukuku, 60; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 256, 257; CİVAN, Genel İş Koşulları, 47; ERTÜRK, 91-97; KARACA/ENERER, 668.

“genel işlem koşulları” ile “genel iş koşulları”, biri diğerinin iş hukukundaki yansıması olduğundan, aynı mefhumu ifade etmek için birbirini yerine kullanılabilir. Biz bu başlık altında her ikisi için “genel işlem koşulları” ifadesini kullanacağız.

2. Genel İşlem Koşullarının Denetimi

a. Yürürlük denetimi

Yürürlük denetimi, genel işlem koşullarının bağlayıcı olup olmadığının, yani taraflar (çalışma konumuz bakımından, işçi ile işveren) arasında geçerli olarak, yürürlüğe girip girmediğinin belirlenmesi denetimidir²¹⁴.

Genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girip sözleşmenin bir parçası haline geldiğinin dolayısıyla da bağlayıcı olduğunun söylenebilmesi için, bu koşulları düzenleyen tarafın, koşulların varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi vermiş olması gerekmektedir. Karşı taraf da bu koşulların içeriğini öğrenip kabul etmiş olmalıdır ki genel işlem koşulları “yürürlüğe” girmiş sayılabilsin²¹⁵.

Gerçekten TBK m. 21’e göre *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine*

²¹⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 232; SÜZEK, İş Hukuku, 71; ATAMER, 81 vd.; ANTALYA, 418 vd.; CİVAN, Genel İş Koşulları, 164.

²¹⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 256; EREN 221; CİVAN, Genel İş Koşulları, 167; ERTÜRK, Şükran: Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi, **DEÜHFD, C. 15, Özel S.**, 2013, 87; TUZCUOĞLU, Tuğçe: **Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları**, Ankara 2020, 204.

bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır./ Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.” Öğretide bir görüşe göre 21. maddede belirtilen “yazılmamış sayılma” ifadesinden anlaşılması gereken “yokluk”²¹⁶. 22. maddede ise sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir; buradan yola çıkılarak buradaki yokluğun kısmi yokluk olduğu söylenebilecektir²¹⁷.

Diğer bir görüşe göre ise burada bir tür hükümsüzlük söz konusudur. Yazılmamış sayılma ile kastedilen, genel işlem koşullarının batıl sayılmasıdır; batıl sayılan hükümler dışında kalan sözleşme hükümlerinin geçerliliğini koruması sebebiyle burada kısmi geçersizlik vardır²¹⁸. Bazı yazarlar ise kesin geçersizlik ile eş görmektedir²¹⁹.

²¹⁶ EREN, 221.

²¹⁷ EREN, 221; Yazar yazılmamış sayılmadan maksadın yokluk olduğunu ifade etmektedir. TBK m. 22 uyarınca; “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu iler süremez”. Burada “kısmi yokluk” yaptırımı uygulanacaktır. Yazılmamış sayılma yaptırımından anlaşılması gerekenin kısmi yokluk olduğu görüşü için ayrıca bkz. Benzer yönde, CİVAN, Genel İş Koşulları, 189-191. Bu yöndeki görüşler için ayrıca bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 171; SEROZAN, Medeni Hukuk, 386.

²¹⁸ HATEMİ/GÖKYAYLA, 65-66. ERTÜRK’e göre de burada TBK m. 27’dekine benzer ifadeler kullanıldığından kesin hükümsüzlüğe işaret edilmektedir, ERTÜRK, 87-88; YABA, 146; YAYVAK NAMLI, Cezaî Şart, 244; Görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. CİVAN, Genel İş Koşulları, 189 vd.; Yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşmenin esaslı unsurunu teşkil etmesi halinde TBK m. 2/1 hükmü uyarınca sözleşmenin tamamı geçersiz hâle gelebileceği hakkında bkz. YABA, 147; Yazılmamış sayılma yaptırımının kesin hükümsüzlük benzeri bir yaptırım olduğu yönünde ayrıca bkz. KARAÇÖP, Eda/YAMAKOĞLU, Efe: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 10(38), 2013, 96.

²¹⁹ AYDOĞDU, Murat: **Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, Ankara 2014, 77, Yazar genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasına yokluk yaptırımının uygulanacağını, bu durumun sözleşme bakımından ise kısmi yokluk olduğunu ifade etmektedir; TUZCUOĞLU, 214; DAĞDELEN: Ahmet Hakan: Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.25, S.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, 649 vd., Yazara

Madde 21'in ilk fıkrasında, karşı tarafa açıkça bilgi verilme, öğrenme imkanı sağlama ve kabul şartlarına yer verildikten sonra 2. fıkrada daha önce Yargıtayca da uygulanagelen şekilde²²⁰ “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.” denilerek sözleşmenin karşı tarafının sözleşme yaparken hiç hesaba katmadığı veya makul bir tarafın, yaptığı sözleşme gereği hesaba katması beklenilmeyecek şartların da yazılmamış sayılacağı ifade edilmiştir. Burada şartları hazırlayan taraf, bu şartlar karşı tarafça bilinse onaylanmayacağının farkındadır²²¹. Burada karşı tarafın mevcut sözleşmeyi hazırlayan tarafa güvenerek incelemeden -global olarak- onaylamış olması yüksek olasılıklıdır²²².

Sözleşmeye eklenen bir koşulun “şaşırtıcı” olmasının önüne geçilip bu hükmün sözleşmenin bir parçası olduğunun kabul edilebilmesi için karşı tarafın dikkatinin bu hükümlere çekilmiş olması ve ilgilinin bu hükümler hakkında uyarılmış bulunması gerekmektedir. Örneğin, sözlü olarak karşı tarafa bu konuda bilgi verilmesi ya da yazılı sözleşmede farklı basılış şekliyle bu hükümlerin dikkat çekici hale getirilmiş olması halinde bu hükümler artık sözleşmenin bir parçası haline gelecektir²²³.

Bazı hükümlerin yazılmamış sayılması halinde düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez²²⁴.

göre, TBK m. 21/1 hükmü teşmil denetimi ile ilgilidir ve kanun koyucu, bu denetimi aşamayan sözleşme kurallarına, yazılmamış sayılma sonucu bağlamıştır. Burada yazılmamış sayılmadan anlaşılması gereken, bu sözleşme kuralları açısından yokluk durumunun söz konusu olacağıdır. Teşmil denetimini aşmış genel işlem şartlarının, bu şartlar önüne koyulan taraf açısından beklenebilirliği incelenir. Yürürlük denetimini aşamayan genel işlem koşulları bakımından ise uygulanacak yaptırım kesin hükümsüzlük yaptırımıdır.

²²⁰ YHGK, 04.12.1996, 3-717/850, Y13HD, 18.03.1996, E. 1996/1734 K. 1996/2495, (www.kazanci.com).

²²¹ ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK. M. 21/II, **Cevdet Yavuz’a Armağan**, 2350; ATAMER, 109.

²²² ATAMER, 109; CİVAN, Genel İş Koşulları, 182.

²²³ ATAMER, 112; ÖZDEMİR, Genel İşlem Şartları, 2355.

²²⁴ SÜZEK, İş Hukuku, 71; Bu konuda geniş bilgi için bkz. ATAMER, 223 vd. CİVAN, Genel İş Koşulları, 191 vd., 309 vd.

(TBK m. 22 c. 2) Düzenleyen değil de karşı taraf, geçersiz hükümler olmasaydı sözleşmeyi kurmayacak olduğunu ileri sürebilir²²⁵. Ancak yazılmamış sayılan şart sözleşmenin esaslı unsurlarından birini teşkil ediyorsa, sözleşme tümden kurulmamış sayılır²²⁶.

İş ilişkisinin kurulması sırasında da (tıpkı tüm diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi), önceden hazırlanmış tip iş sözleşmesinin veya iç yönetmeliğin bazı hükümleri hakkında işçiye açıkça bilgi verilmiş, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlanmış ve işçi tarafından kabul edilmişse, bu hükümler taraflar arasında yürürlüğe girer, bunun dışındaki genel işlem koşulları ise yazılmamış sayılır²²⁷.

b. Yorum (açıklık) denetimi

Genel işlem koşullarının yorumlanmasında da iş sözleşmelerinin yorumlanmasındaki esaslar uygulanır. Diğer deyişle, dürüstlük kuralı ve güven teorisi ışığında tarafların ortak sözleşme iradesi araştırılır. Birkaç anlama gelebilen, belirsiz ifadelerin sonuçlarına, -bunlar kendisi tarafından kaleme alındığından- işveren katlanır ve yorum işçi lehine yapılır²²⁸. Zira açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen genel işlem şartları, bu şartları düzenleyen aleyhine karşı taraf lehine yorumlanır.

Hukukumuzda öğreti ve yüksek mahkeme tarafından kabul edilen bu hukuki sonuca açıkça TBK m. 23'te yer verilmiştir. Anılan maddeye göre “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*” Örneğin sözleşmede özel hüküm olmasına

²²⁵ ANTALYA, 430; CİVAN, Genel İş Koşulları, 192.

²²⁶ EREN, 221-222; ATAMER, 120-121; ÖZDEMİR, Genel İşlem Şartları, 2356-2357; CİVAN, Genel İş Koşulları, 193.

²²⁷ ANTALYA, 418; SÜZEK, İş Hukuku, 66; CİVAN, Genel İş Koşulları, 167 vd.

²²⁸ EREN, 222; SÜZEK, İş Hukuku, 71-72; CİVAN, Genel İş Koşulları, 203 vd.; ERTÜRK, 88.

rağmen aynı konu bir de genel işlem koşulu ile düzenlenmiş bulunursa, genel işlem koşulu özel şartla çeliştiği için uygulanmayacaktır²²⁹.

İş sözleşmesine yan iş ile ilgili getirilmek istenen sınırlandırma hükümleri, belirsiz ifadelerle dayanıyor ve birkaç anlama gelebiliyorsa, işçi lehine yorumlanmalı, işçinin hakkaniyete aykırı yasaklara maruz kalması önlenmelidir. Bir öneri olarak; söz konusu sınırlandırma/yasak hükmünün TBK m. 396/3'teki sadakat borcu sınırlarına çekileceği söylenebilir.

c. İçerik denetimi

İşveren tek taraflı olarak hazırladığı, üzerinde pazarlık edilmeyen, kendi lehine hükümler içeren tip iş sözleşmelerini ve iç yönetmelikleri işçilere dayatabilir. Bu duruma engel olmak amacıyla genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin hükümler TBK'nın 24. ve 25. maddelerinde öngörülmüştür. Buna göre “*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.*”, (TBK m. 24). “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*”, (TBK m. 25).

Tip iş sözleşmelerine ve iç yönetmeliklere (genel iş koşullarına) özgü olan TBK 24 ve 25'te yer alan içerik denetimi, sözleşme adaletini sağlamak ve sözleşme özgürlüğünü tam olarak hayata geçirmek amacıyla sözleşme hükümlerinin yerindeliliğini denetlemeyi esas alır²³⁰.

TBK Madde 24'te sözleşme içeriğine eklenen ya da ayrı olarak düzenlenen, karşı tarafın şartlarını ağırlaştırmanın önünü açan, (hazırlayana/işverene) sözleşmeyi tek yanlı

²²⁹ EREN, 222-223; Başka örnekler için bkz. CİVAN, Genel İş Koşulları, 208-209; ATAMER, 126-141.

²³⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 257; SÜZEK, İş Hukuku, 67-68; CİVAN, Genel İş Koşulları, 212; KARACA/ERENER, 673; ERTÜRK, 100.

olarak değiştirme imkanı veren sözleşme hükümlerinin yazılmamış sayılacağı ifade edilmiştir. Madde 25'ten anlaşıldığına göre ise genel işlem koşulu niteliğindeki hükümler, dürüşlük kuralına aykırı şekilde karşı taraf aleyhine, onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olamazlar. Bu son hükümde bir yaptırım öngörölmemesi karşısında bizde genel işlem koşulları için kanun koyucu tarafından genel olarak benimsenen “yazılmamış sayılma” yaptırımının uygulanabileceği kanaati oluşmaktadır. Gerçekten maddenin gerekçesine göre de “*Burada söz konusu olan geçersizlik, kısmi geçersizliktir. Bu nedenle, geçersiz olan sözleşme koşulları dışındaki sözleşme hükümleri geçerliliklerini sürdüreceğ ve geçersiz sözleşme hükümleri yerine kanun hükümleri uygulanacaktır*”. İş sözleşmesine yan iş yasağı getirilmesi halinde bu tür hükümler de genel işlem koşulu niteliğinde olduklarından ve ayrıca başka işte çalışmaya sınırlandırma getirmeleri sebebiyle işçinin durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olduklarından m. 25 kapsamına girmektedirler. Madde gerekçesinden yola çıkarak denilebilir ki söz konusu yan işte çalışmayı yasaklayan hükmün dürüşlük kurallarına aykırı olduğunun söylenebildiği durumlarda yasak hükmü geçersiz olacak ancak geriye kalan sözleşme hükümleri geçerliliklerini koruyacaklardır. Örneğin işçinin haftalık çalışma süresi 30 saat olduğu bir durumda asgari ücrete oranlı bir ücret aldığı varsayımında bu işçinin yan işte çalışmasının yasaklanması kabul edilemez; sözleşmenin bu yöndeki hükmü geçersiz olarak kabul edilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu madde 25 kapsamında işçi aleyhine öngörölen hükmün işçinin durumunu ne derecede ağırlaştırdığına bakılmalı, önemli derecede bir dengesizlik söz konusu değilse hüküm geçerliliğini korumalıdır²³¹.

²³¹ SÜZEK, İş Hukuku, 68. İçerik denetiminde kullanılacak kriterler konusunda geniş bilgi için bkz. ATAMER, 193 vd.; KOCAYUSUFPAşAOĞLU, 248 vd.; CİVAN, Genel İş Koşulları, 243 vd.

Genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetimi, sadece tip iş sözleşmelerine uygulanabilecek olup bireysel olarak akdedilmiş iş sözleşmeleri bu denetimin kapsamı dışında kalacaklardır²³².

Yargıtayın 2015 yılında verdiği bir karara göre “*Taraflar arasında geçerli olan iş sözleşmesinde ülke dahilinde başka illerde dahi çalışmanın kabul edildiğine dair hüküm bulunmakta ise de, bu hüküm Borçlar Kanunu’nun 20 vd. maddeleri uyarınca genel işlem koşulları ile ilgili hükümlere göre geçersizdir.*”²³³. Buna karşılık 2021 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu iş sözleşmesinde yer alan ve işverene işçinin işyerini değiştirme yetkisi veren hükmü hem İş Kanunu m. 22/1 hem de genel işlem koşulları açısından değerlendirmiş ve bu gibi kayıtların geçerli olduğunu kabul etmiştir²³⁴.

d. Genel işlem koşulu olarak yan iş yasağı

İş hukuku bakımından yan iş yasağı/kısıtlaması getiren sözleşme hükümleri, genel işlem koşulu niteliğinde olabilirler. Eğer söz konusu hükümler işverence ileride benzer nitelikteki sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırlanmış iseler bu tür hükümlerin genel işlem koşulu olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu tür sınırlandırıcı ifadeler işverenin yaptığı her iş sözleşmesinde bulunmuyor ve sadece gerekli görülen işçilerin sözleşmelerinde yer alıyor ayrıca işçiye bu hükümler hakkında bilgi verilerek onayı alınıyorsa bu tür düzenlemeler genel iş koşulu olarak adlandırılmazlar. Bu sebeple genel işlem koşulları hakkındaki denetim hükümlerine de tabi olamazlar.

Yan işi yasaklayıcı/sınırlandırıcı hükümler işçinin performansı, işverenin işçiden performans beklentisi, işverenin rekabet konularında kendini emniyete almak istemesi gibi sebeplerle iş sözleşmesinin kapsamına yabancı, işçi bakımından şaşırtıcı nitelikteki hükümler de değildir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi TBK m. 21 gereği eğer bir hüküm karşı taraf aleyhine ise ancak üç şartın birlikte varlığı halinde sözleşmenin bir parçası

²³² SÜZEK, İş Hukuku, 67-68; CİVAN, 233; Yazara göre bireysel iş akitlerinin içeriğinin genel iş koşulu gibi denetlenmesi halinde sözleşme özgürlüğüne aşırı bir müdahale söz konusu olabilecektir.

²³³ Y9HD, 02.03.2015, E. 2013/13487, K. 2015/8617, (www.kazanci.com).

²³⁴ YHGK, 18.03.2021, E. 2021/9-112, K. 2021/294, (www.kazanci.com).

olabilirler; yan iş yasağı hakkında karşı tarafa bilgi vermek, hükmün içeriğini öğrenme fırsatı vermek ve işçinin bu şartı kabul etmesi. Yan iş yasağına ilişkin kayıtlarda bu şartlara dikkat edilmiş olsa dahi iş hukukunun kendine özgü yapısı gereği bu hususta daha titiz davranmak gerekir. Çünkü işverenin hazırladığı tip iş sözleşmelerinin karşısında işçinin bunları tartışma- değiştirme gibi bir gücü, imkanı bulunmamaktadır; bu şartlar çoğunlukla işverence işçiye dayatılmaktadır²³⁵.

3. Kanaatimiz

İş hukukunda işçi iş ilişkisinin zayıf tarafını oluşturur. Bu sebeple İş Hukukunda işçiyi koruma prensibi geliştirilmiş, işçi yararına yorum ilkesi esası kabul edilmiş ve İş Kanununda yer alan pek çok hükmün sözleşmelerle işveren lehine değil ancak işçi lehine değiştirilebileceği (nispi emredicilik) esası benimsenmiştir. Çünkü sermayeyi elinde bulunduran işveren, gücü de elinde bulundurmaktadır. İşçinin ise yaşamını sürdürebilmesi için çalışması gerekmektedir. Tüm bu nedenlerle iş sözleşmesinin kurulduğu sırada işçiye yan işi yasaklayan hükümler hakkında bilgi verilmemesi halinde bu hükümlerin yürürlüğe girmeyeceğini, sözleşmenin bir parçası haline gelmeyeceğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Ancak burada cevap aranması gereken asıl sorun, işçiye bu şartlar hakkında bilgi verilmiş olması halinde işçi bu şartları kabul ettiğini beyan ederse bu hükümlere geçerlilik tanınacak mıdır? Söz konusu TBK hükümleri incelendiğinde çözümleme yoluyla ulaşılan sonuca göre bu soruya işçinin artık bu yasakla bağlı olduğu şeklinde cevap vermek gerekmektedir. Ancak varılan sonuç bize göre her zaman doğru olmayacaktır.

Kanaatimizce geçim şartlarının işçiyi zorlaması, serbest zamanında ne yapacağını sadece işçiyi ilgilendireceği gibi sebeplerle bu soruya hemen kesin bir cevap vermek doğru değildir. Genel işlem koşulları bakımından gerekli tüm aydınlatmalar yapılmış olsa bile işçi zor durumda kalarak yan iş yasağı içeren bir sözleşmeyi kabul etmek zorunda

²³⁵ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 25.

kalmış olabilir. Burada somut olayın özelliklerine bakarak bir çözüm yolu bulmak gerekmektedir.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi²³⁶, doğrudan her türlü yan işi yasaklayan sözleşme hükümlerine geçerlilik tanımak kanımızca uygun değildir. İşçinin yaptığı yan işin asıl işi ile olan alaka düzeyi araştırılmalı, çatışan menfaatler söz konusu değilse yan işin de yasak olmaması gerekmektedir. Ya da yan işte çalışılmasının asıl işteki performansını etkileyip etkilemediği ölçülmeli, işverence objektif kriterler çerçevesinde bu durum ispatlanabiliyorsa yan işe müsaade edilmemelidir. Kaldı ki yan işin, işçinin asıl işte yorularak geçirdiği zamandan sonra onu rahatlatacak, dinlendirecek bir iş olması da mümkündür.

Açıkladığımız bu görüşler neticesinde iş sözleşmelerine genelci bir anlayışla yan işi yasaklayıcı hükümlerin eklenmesinin bir etkisi olmamaktadır. Ancak daha detaylı sınırlamalar getirilerek yan iş yasağı öngörülebileceği kanaatindeyiz. Örneğin işçinin işveren ile aynı işte çalıştığı sahasında iş kurması, başka bir işverene bağlı olarak bu çerçevede çalışması yasaklanabilir.

Sonuç olarak genel işlem koşullarına ilişkin TBK hükümleri çerçevesine sıkışıp kalmak işçi-işveren ilişkileri bakımından hakkaniyetli sonuçlara yol açmayacaktır. Yasağın mahiyeti, fiilen yapılan yan iş ve asıl işin özellikleri, bu işlerin işçi üzerindeki fizyolojik ve psikolojik etkileri incelenerek bir sonuca varılmalıdır.

Genel işlem koşullarının işçi için bağlayıcı olması hususunda ileri sürebileceğimiz bir öneri ise şu olabilir: İş sözleşmesindeki bağımlılık unsuru, her işçi bakımından farklı düzeylerde olabilmektedir. Bağımlılığın çok daha yüksek olduğu işçilerden daha az olduğu işçilere doğru bir sıralama yaparsak bağımlılığı en yüksek olan işçilerin yan iş yasağına ilişkin hükümleri tartışma imkanının olmadığını daha rahat söyleyebiliriz. Bağımlılık azaldıkça işçinin bu yasağı pazarlık konusu yapma imkanı artacak ve bu durum yasağın geçerli olarak sözleşmenin bir parçası olmasını sağlayacaktır. Böyle

²³⁶ Bkz. Bölüm 2, IV, A, d.

olunca örneğin üst düzey bir yöneticinin iş sözleşmesine eklenen başka bir firmada yönetici olarak çalışılmayacağına ilişkin bir hüküm sözleşmenin parçası haline gelecek ve yöneticiyi bağlayacaktır.

E. İşin Gereği Gibi Yerine Getirilmesi Borcu Kapsamında

İşçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcu sözleşmeyle üstlendiği işi yerine getirme borcudur. Nitekim kanuna göre “Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür.”, (TBK m. 395). Bu borcun bazı unsurlarına değinmek gerekir. Öncelikle işçi yüklendiği işi bizzat yerine getirmelidir²³⁷. Burada işin niteliği önemli değildir. İşçinin işi bizzat yapması o iş bakımından olmazsa olmaz bir unsur olabileceği gibi işin fiziken başkaları tarafından da yerine getirilmesi mümkün olabilir. Buna rağmen sözleşmenin işçi tarafı işi bizzat yerine getirmelidir²³⁸. Türk Borçlar Kanunundaki bu hüküm emredici nitelikte değildir. Taraflar bu kuralın aksine anlaşma yapabilirler ve hatta halin gerekliliğinden de bu sonuç çıkabilir²³⁹.

İşin görülmesini talep etme hakkı da kural olarak işverene aittir ve bir başkasına devredilemez. Ancak iş hukukundaki geçici iş ilişkisi ya da iş sözleşmesinin devri gibi bazı kurumlar işin görülmesini talep hakkının bir başka işverene geçici ya da kalıcı olarak devredilmesine müsaade edebilir²⁴⁰.

²³⁷ İş görme borcunun karşısında, işverenin ücret ödeme borcu yer almaktadır. İşçi her ne kadar üstlendiği işi bizzat ifaya mecbur ise de ücretin bizzat işverence ödenmesi şart değildir.

²³⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 289; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 579 vd.; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 250; NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 35; MAKAS, Özen Borcu, 154.

²³⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 289; SÜZEK, İş Hukuku, 337; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 250-251; MAKAS, Özen Borcu, 154-155.

²⁴⁰ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 290-291; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 581-582; SÜZEK, İş Hukuku, 338 vd.; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 251.

İşçinin yapacağı iş kural olarak iş sözleşmesiyle belirlenir, ancak bazen işçinin yapacağı işin sınırları belirsiz olabilir. İşçi sözleşmeye, kanun hükümlerine, boşluk bulunması halinde ise işveren talimatlarına uyarak iş görme borcunu yerine getirmelidir²⁴¹.

İşçi kural olarak işini işverenin işyerinde yürütür. İşverence işyerinin değiştirilmesi normal şartlarda mümkün değildir, ancak işyeri değişikliğinin esaslı tarzda değişiklik olup olmadığına göre bir sonuca gidilir²⁴².

İşçi sözleşme ile üstlendiği görevi özenle yerine getirmelidir. Bu borç, iş sözleşmesinden doğmakla birlikte asli nitelikte değil tali nitelikte bir borçtur²⁴³. Bu kapsamda işçi sözleşme kapsamındaki borcunu ifa ederken gerekli tüm dikkati göstermeli, mesleki bilgisini kullanmalı, fikri ve fiziksel yeteneklerini de gerektiği şekilde sarf etmelidir²⁴⁴. Bu husus doğrudan dürüstlük kuralı ile alakalıdır²⁴⁵. İşçi her somut olayın özelliğine göre, yaptığı işin niteliğine uygun bir özen göstermelidir²⁴⁶. İşe yeni başlayan bir kişi ile yıllardır çalışan kişiden aynı özen derecesine sahip olması beklenemez.

İşçi özen borcu kapsamında, işin görülmesi sırasında işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve

²⁴¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 291; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 251-252; ARSLAN ERTÜRK, Sadakat Borcu, § 7.

²⁴² SCHAUB, § 45, III, 3; ErfK/PREIS § 611 BGB Rn. 806; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 291.

²⁴³ SÜZEK, İş Hukuku, 343; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 586; MAKAS, Recep: Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Y. 2012, S. 4, 151; Bir görüşe göre; özen borcunun, iş görme borcu kapsamında ve onun doğal bir uzantısı olduğu söylenebilir, MAKAS, Özen Borcu, 152.

²⁴⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 585; TUNCAY, İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, 1050; MAKAS, Özen Borcu, 152.

²⁴⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 291-292; MAKAS, Özen Borcu, 151.

²⁴⁶ YHGK, 19.03.2014, E. 2013/22-1201 K. 2014/373, (www.kazanci.com).

bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye de özen göstermekle yükümlüdür, (TBK m. 396/1).

Çalışma konumuz bakımından işçinin başka bir işte çalışmasının, asıl işindeki özenle iş görme borcunu sekteye uğratıp uğratmayacağı incelenmeye değer bir husustur. Katıldığımız görüşe göre işçinin üstlendiği yan işte çalışması, asıl işteki işini özenle yapmasına engel oluyorsa işçinin yan işi yapmaktan kaçınması gerekmektedir²⁴⁷. Performansının yan iş sebebiyle etkilendiğini düşünen işçi buna rağmen yan işine son vermiyorsa ve bu sebeple işvereni, işyerindeki diğer işçileri, iş ekipmanlarını ya da kendini maddi/manevi zarara uğratması halinde sorumluluk işçide olmalıdır. Açıkça bir zararın ortaya çıkmış olması da gerekmez; işçinin işini gereği gibi yerine getirememesi halinde bu durumu işverenin kabul etmesi beklenemez. Yalnız belirsiz, somut verilerle ortaya konulmamış yan iş sebebiyle “işin gereği gibi yerine getirilmemesi” iddiası tek başına borca aykırılığın tespiti için yeterli değildir²⁴⁸. İşçinin yapması gereken işi yerine getirirken yan iş sebebiyle ne kadarlık bir geriye gidiş gösterdiği somut ölçütler ve verilerle ortaya konmalıdır. Aksi halde yan işin varlığını öğrenen asıl işverenin, asıl işin bundan etkilendiğini iddia etmesi tek başına yeterli değildir. İşverenin somutlaştırmadığı bu nitelikteki iddiaları, sözleşmeyi haklı/geçerli sebeple fesih imkanı vermez. İşçinin işini gereği gibi yerine getirmediği hususunda yeterli veri bulunması halinde ise kanımızca işverenin haklı sebeple değil ancak geçerli sebeple fesih imkanı olacaktır. Zira işçi üstlendiği işi yerine getirmiyor değildir. Performansında düşüklük, yaptığı işin miktarında ya da kalitesinde bir azalma söz konusudur. Bu nedenle sözleşme ancak geçerli sebeple feshedilebilir²⁴⁹.

²⁴⁷ CANIKLIOĞLU, 2017 Yılı Kararları, 254; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 347.

²⁴⁸ GÜRKAN, 385.

²⁴⁹ Performans düşüklüğünün iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden teşkil edeceğine ilişkin bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 512 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 986; SÜZEK, İş Hukuku, 571 vd.; CANIKLIOĞLU, Nürşen: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, **Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara 2017, 78 vd.; KAR, Bektaş: Performans Düşüklüğü veya

F. Dinlenme Gerekliliği

İşçi asıl işini kısıtlı sürelerde yerine getirmektedir. Yan iş ise asıl işten kalan zamanlarda yapıldığından, işçinin belirli bir dinlenmişlik düzeyinde olmasını gerekli kılacaktır. Yan işte çalışması işçiyi bedenen ya da zihnen yoruyor ise bu durum onun asıl işini gereği gibi yerine getirememesine sebep olabilir. Böylece işçinin yan işte çalışması onun işini gereği gibi ifa etme borcuna aykırılık oluşturabilecektir.

Öğretide ifade edildiğine göre, yan işte çalışmanın sözleşme ile yasaklanmadığı hallerde dahi, asıl işteki performansın olumsuz yönde etkilendiğinin tespit edildiği durumlarda, bu hal işverene sadakat borcuna aykırılık sebebiyle haklı fesih imkanı sunacaktır²⁵⁰.

Öğretide *Tuncay*'a göre kural, işçinin eğer sözleşme ile sınırlanmamış ise yan iş tutabileceğidir; şu kadar ki bu iş, esas işinin ifasını güçleştiriyor, verimi düşürüyorsa yan iş caiz değildir²⁵¹. *Yenisey*'e göre de, serbest zaman dilimindeki işçinin yorucu faaliyetleri ancak ve ancak işçinin sadakat borcuyla bağdaşmaz bir nitelik taşıyorsa (ki bu durumun istisnai bir nitelik taşıması esastır), yan iş yasağına aykırılık değil, işçinin sadakat borcuna aykırılık nedeniyle iş sözleşmesi sona erdirilebilir²⁵². Örnek vermek gerekirse; sabah erken saatte uçuş yapacak olan bir pilotun gece başka bir işte çalışması ya da sabaha kadar partide eğlenmesinin sadakat borcuna aykırı olduğu söylenebilir. Bu durumda işveren

Yetersizliği Nedeni ile Fesihte Yargısal Denetim, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 11, Eylül 2008, 36; CENTEL, Tankut: Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları, **Mercek**, Nisan 2003, 11.

²⁵⁰ Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, BGB § 611a Rn. 1016; BeckOK ArbR/JOUSSEN BGB § 611a Rn. 455. Bir görüşe göre yan işte çalışarak yorulmak asıl işi etkiler, asıl işe zarar verir nitelikte ise yan işte çalışmaktan kaçınma yükümlülüğü doğar, buna rağmen çalışan işçi yan yükümlülüğünü ihlal etmiş olur. Burada sadakat borcuna aykırılık vardır denilmesi halinde de varılan sonuç değişmeyecektir. CİVAN, Yan Yükümlülükler, 347.

²⁵¹ TUNCAY, İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, 1063; Benzer yönde, EYRENCİ, Kısmi Süreli Çalışmalar, 40, CENTEL, Kısmi Çalışma, 63.

²⁵² DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 381; ARSLAN ERTÜRK, Sadakat Borcu, 322.

işçiye uyarı verebileceği gibi işçi sadakat borcuna aykırı davranışı sonucu iş görme edimini kötü ifa etmişse tazminatla yükümlü tutulabilecektir²⁵³. Sonuç olarak yan işin verdiği yorgunluk sebebiyle asıl işteki verimlilik düşüyor, işin gereği gibi yerine gelmesi mümkün olmuyor, işçi yeteri kadar dinlenme fırsatı bulamıyorsa işçinin söz konusu yan işi yapmaktan kaçınması gerekecektir. Bu gibi hallerde iş sözleşmesi ile yan işin yasaklanmış olmasına ihtiyaç da bulunmamaktadır. İşçi, işverence yapılan uyarılara rağmen yan işine son vermek, daha hafif ya da kısa süreli bir yan işe geçiş yapmak gibi bir tedbire başvurmaması halinde işveren, hatırlatıldığı halde işçinin işini eksik kötü ifa etmesi sebebine dayalı olarak geçerli sebeple fesih yoluna gidebilir kanaatindeyiz.

Bununla birlikte asıl işteki performansının etkilenmesi ve eksik kötü ifaya yol açması halinde yan işte çalışılması sadakat borcuna aykırılık olarak nitelenebilecektir²⁵⁴. Bu görüşe, performans düşüklüğü ve işin gereği gibi yerine getirilmemesi sebeplerinin haklı değil ancak geçerli fesih sebebi olabileceğini düşündüğümüzden katılamıyoruz. Yenisey'e göre, işçinin serbest zamanındaki yorucu faaliyetleri sadece sadakat borcuna aykırı nitelik taşıyorsa -bu da istisnai bir durum oluşturmalıdır- yan iş yasağına aykırılık değil, işçinin sadakat borcuna aykırılık nedeniyle sözleşmesi sona erdirilebilir²⁵⁵.

Dinlenmek Anayasa'da hüküm altına alınmış olup, düzenleniş biçimine bakıldığında bunun bir yükümlülük değil de hak olarak düzenlendiği görülmektedir. (AY m. 50/3) Amacı ise kişinin sağlığını koruma, özel yaşamına zaman ayırmasına olanak sağlamak ve ayrıca işçiye bedensel, ruhsal olarak dinlenme fırsatı tanımaktır²⁵⁶. İş ilişkisi içinde bu hak; ara dinlenmesi, diğer çalışma gününe geçmeden belirli bir süre

²⁵³ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 381.

²⁵⁴ EYRENCİ, Kısmi Süreli Çalışmalar, 40, CENTEL, Kısmi Çalışma, 63; TUNCAY, İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, 1063.

²⁵⁵ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 381; ARSLAN ERTÜRK, Sadakat Borcu, 322.

²⁵⁶ GÖZLER, 468; TULUKÇU, Binnur: **İş Hukukunda Dinlenme Hakkı**, Ankara 2012, 18-19.

çalıştırmama suretiyle dinlenme dönemi tanımak, hafta tatili, yıllık ücretli izin gibi imkanlarla sağlanmaktadır²⁵⁷.

Bu sürelerin işçiye sadece dinlenmek amacıyla sağlanıp sağlanmadığı tartışma konusu yapılabilir. İşçinin çalışma süreleri sınırlandırıldığında ve dinlenme süreleri de kanunla düzenlendiğinde, işçinin bu dinlenme sürelerinde çalışmaması, dinlenerek çalışmaya zinde bir şekilde gelmesi bekleniyor gibi görünebilir. İşçi tabii ki hiç durmaksızın çalışarak hayatını idame ettiremez ve insani olarak dinlenmeye muhtaçtır. Ancak işçi işverene sadece çalışma süreleri içindeki emeğini hasretmiştir; bu süreler dışında dinlenmek gibi bir yükümlülük-borç altında değildir²⁵⁸. Şöyle ki; insanlar boş zamanlarını nasıl değerlendirecekleri konusunda tamamen serbesttirler. İşçiler ise bu zamanlarının sadece belirli bir kısmını işverenin emir ve talimatına hasrederler. Bu belirli zamanlar dışındaki sürelerde ise işçiler dilediklerini yapmakta özgürdürler, bu serbest zamanlar, işverence işçiye bahşedilmiş dinlenme süreleri değildir²⁵⁹.

İşçilere gün içerisinde ara dinlenmesi verilir, çünkü uzun saatler boyunca durmadan çalışmak iş kazalarının başta gelen sebeplerindendir. Ancak buna karşın bu süre, çalışma sürelerinden sayılmaz ve bu süreler için ücret de ödenmez. Hafta tatili ve yıllık ücretli izin de işçinin dinlenmesi için elzendir, söz konusu sürelerin tanınmasının esas sebebi de budur. Fakat diğer günlük dinlenme sürelerinden farklı olarak dinlenmeleri amacıyla bu sürelerde işçiler çalışmamasına rağmen ücret almaktadırlar. Lakin yine de bu sürelerde işçilerin dinlenme zorunlulukları olduğundan söz edilemez. Bu sürelerin amacı dinlenmek olsa da dinlenip işin stresinden uzaklaşmak için herkesin yöntemi aynı değildir. Kimileri fiziksel aktiviteler gerçekleştirerek daha dinlenmiş ve zinde bir tatil

²⁵⁷ Dinlenme hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 765 vd.; SÜZEK, 853 vd.; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Ş. Esra: **İş Hukuku**, 10. Bası, İstanbul 2020, 323 vd.

²⁵⁸ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 379; Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, Rn. 1015.

²⁵⁹ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 379; Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, Rn. 1015; GÜRKAN, 379; BALKAN, 345.

geçirebilirler. Hobilerini hayata geçirerek, kişiler fiziksel olarak yorulmalarına rağmen işin stresinden uzaklaşabilirler. Ulusal bayram ve genel tatillerde ise amaç kişinin dinlenmesinden ziyade toplumun kaynaşmasıdır²⁶⁰. Bu halde dahi işçilere çalışma olmaksızın bu sürelerin ücretleri verilmektedir; buna karşılık işçinin söz konusu sürelerde dinlenmesi beklenmez.

Kural olarak işçi serbest zamanını nasıl değerlendireceğini serbestçe belirleyebilir. Ancak bu, serbest zamanında işçinin kendisini aşırı yorarak daha sonra çalışma sürelerindeki etkinliğinin azalmasına sebebiyet verecek boyuta ulaşmamalıdır. İşçinin gelir getirmeyen, rekabet de oluşturmeyen çalışma süresi dışında (dinlenmesi beklenen zamanda) gerçekleştirdiği gönüllü faaliyetler²⁶¹ ya da hobiler tek başına fesih sebebi olmasa da, asıl işteki performansın söz konusu faaliyetler nedeniyle azalması-beklenenin altına düşmesi, işin kötü-eksik ifası sebebiyle iş sözleşmesi (şartlarına uyulduğu ölçüde) feshedilebilir.

İşçinin asıl işinde yorucu bir iş yaptığı durumlarda ayrıca başka bir işte daha uzun saatler boyunca çalışarak takatinin sınırlarını zorlaması onun hem kendisi hem de diğer çalışma arkadaşları bakımından iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atmasına sebep olabilir. Kişilerin artık dinlenmeleri beklenen geç saatlere kadar devam eden çalışmalar, konsantrasyon ve odaklanma problemine yol açacak, işçinin yıpranmasına, hayat kalitesinin düşmesine sebebiyet verecektir. Bahsedilen sebeplerden bir veya birkaçı bir arada bulunduğu işçinin işini gereği gibi yerine getirmesi güçleşecektir. Örneğin bir inşaat işçisinin mesai bitimi sonrasında minibüs şoförü olarak çalışması, dikkat ve konsantrasyon bakımından zorluklar oluşturacak, işçinin sadece kendisinin değil üçüncü kişilerin de sağlık ve yaşamlarını tehlikeye atacaktır.

²⁶⁰ CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sözleşme ile Bayram ve Genel Tatil Günlerinde Çalışmayı Kabul Eden İşçinin Bu Günlerde Çalışmaması Devamsızlık Sayılır Mı?, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2022, S. 48, 14; Aynı yönde SÜZEK, İş Hukuku, 864.

²⁶¹ Bkz. Bölüm 1, II, D.

Buna karşılık işçinin evinden, el zanaatı niteliğinde ürünler üretmesi, bilgisayarı üzerinden çalışarak, fiziksel olarak yorulma ve yıpranma ihtimallerini yok etmesi, bir kitap çevirerek, boş vakitlerini zorlanmasına sebep olmadan değerlendirmesi, işçinin dinlenmesini de engellemeyecektir.

Sonuç olarak yapılan iki işin temposu, işçi üzerindeki tesiri, yorgunluk sebebiyle işini gereği gibi yerine getirmeye engel olup olmadığı gibi hususların bir arada değerlendirilerek sonuca gidilmesi isabetli olacaktır. Somut olayın koşulları değerlendirilerek iki işin kıyaslaması ve işçinin sözleşmeden kaynaklı edimlerini ifa yeteneğini ne ölçüde etkilediğinin tespit edilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yan iş olarak bahçıvanlık, çocuk bakıcılığı, kütüphane görevliliği gibi nispeten hafif işlerde çok uzun olmayan sürelerle çalışmak mümkün olup, işçinin bu tür bir işte çalışması, asıl işverenine karşı yükümlülüklerini ihlale yol açmaz.

Ekleyelim ki, işçinin yan işte çalışmaktan kaynaklı olarak fiziksel ve ruhsal yorgunluğu sebebiyle performansın etkilenmesi ve işin gereği gibi yerine getirilememesi hallerinde işverenin fesih yoluna başvurmadan önce alabileceği daha hafif önlemler varsa bu yolların tercih edilmesi daha doğru olacaktır. Zira performans ölçümleri uygulamada ispatı kolay olmayan hususlardır. Ayrıca fesih neticesinde işverenin haksız/geçersiz fesih iddialı davalarla karşılaşması çok muhtemeldir. Bu nedenlerle fesih yoluna gidileceği sırada dikkatli olunması, yan işin/faaliyetin etkileri hususunda ispat külfetini yerine getirmeyi sağlayacak vasıtalar olmadan iş ilişkisinin sonlandırılmaması daha faydalı olacaktır²⁶².

G. İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında

İş sağlığı ve güvenliği hukuku kamu hukuksal boyutu olan bir alanı oluşturduğu gibi işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu ile de yakından ilgilidir²⁶³. Bu borcun

²⁶² CİVAN, Yan Yükümlülükler, 347.

²⁶³ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 379 vd.; SÜZEK, 2018, Beşinci Bölüm, 863 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, Üçüncü Ayrım, 1349 vd.

kaynağı olarak TBK m. 417 düzenlemesi şöyledir: “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür./ 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 yükümlüdür./ İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.”

Bu borç kapsamında, işverenin iş ilişkisinde gerekli tüm iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini alması ve böylece işyerinde yaşanabilecek iş kazalarının mümkün olduğunca önüne geçilmesi hedeflenir. Ancak iş sağlığı ve güvenliği bakımından işverenin önlem alma yükümlülüğü ne kadar önemli ise işçinin de alınan önlemlere uyması o kadar önemlidir. Gerçekten iş sağlığı ve güvenliği açısından önemli aktörlerden bir diğeri de işçi tarafıdır. Her ne kadar işverenin alınan önlemlere uyulup uyulmadığını denetlemek (İSGK m. 4/1) ve uyulmasını sağlama yükümlülüğü varsa da işçi de alınan önlemlere uymak zorundadır. Gerçekten 6331 sayılı Kanun m. 19 gereği işçilerin uymak zorunda olduğu İSG kapsamındaki yükümlülükler şunlardır: “Çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür./Çalışanların, işveren tarafından verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda yükümlülükleri şunlardır:

a) İşyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tehlikeli madde, taşıma ekipmanı ve diğer üretim araçlarını kurallara uygun şekilde kullanmak, bunların güvenlik donanımlarını doğru olarak kullanmak, keyfi olarak çıkarmamak ve değiştirmemek.

b) Kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımı doğru kullanmak ve korumak.

c) İşyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber vermek.

ç) Teftişe yetkili makam tarafından işyerinde tespit edilen noksanlık ve mevzuata aykırılıkların giderilmesi konusunda, işveren ve çalışan temsilcisi ile iş birliği yapmak.

d) Kendi görev alanında, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcisi ile iş birliği yapmak.”

İşçi eğer işyerinde alınan tedbirlere uymak konusunda üzerine düşen rolü yerine getirmezse işverenin aldığı tedbirlerin de bir anlamı kalmayacaktır. Ancak iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan önlemlere uyulmasını işçinin inisiyatifine bırakmamak gerekir. Nitekim Yargıtay da pek çok kararında buna dikkat çekmektedir. Sonuç olarak işveren iş kazası ve meslek hastalıklarından sorumlu olacak, buna meydan vermemek için de her türlü önlemi alacaktır. Eğer işçinin bir başka işte çalışması, yaptığı işin özellikleri de- hem asıl iş açısından hem de yan iş açısından- dikkate alındığında iş sağlığı ve güvenliği açısından risk yaratacaksa işverenin bu duruma müdahalesi olması beklenebilir bir durum olmalıdır kanaatindeyiz.

Gerçekten işçiler işyerinde iş kazasına yol açabilecek durumlardan kaçınmalıdırlar. Bu kapsamda işçi yan iş ile kendini aşırı yorarak bu yorgunluktan kaynaklı olarak asıl işinde dikkatsiz bir şekilde işini yaparken iş kazasına sebebiyet verebilir. Bir yan işin bedensel ya da fiziksel olarak yorgunluğa yol açması, asıl işteki performansı etkileyebildiği gibi aynı zamanda yol açtığı yorgunluk neticesinde iki işten birinde ortaya çıkabilecek iş kazalarına da ortam hazırlayabilir²⁶⁴. Örneğin yan iş olarak temizlik hizmetlerinde çalışan bir aşçının yan işten kaynaklanan yorgunluk sebebiyle (örneğin kendisinin ya da bir başka işçinin yaralanmasına sebep olarak ya da yemek yaparken yorgunluğun verdiği dalgınlıkla hatalı bir ürün elde ederek işvereni zarara uğratmak suretiyle) asıl işini eksik-kötü ifa edebileceği gibi yorgunluk sonucu elinde taşıdığı kızgın

²⁶⁴ CİVAN, Yan Yükümlülükler, 347.

yağ içeren bir tencereyi kendi üzerine ya da başka bir çalışanın üzerine dökmek suretiyle işyerindeki iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürebileceği de söylenebilir²⁶⁵.

Tüm bu açıklamaların da gösterdiği gibi işçinin yan işte çalışması, sadece işverenin maddi ve işletmesel çıkarları bakımından değil, ayrıca işverenin işçinin sağlığını koruma borcu bakımından da önem taşımaktadır. Yan işten haberi olan işveren, işçinin yaşadığı yorgunluk sebebiyle işyerinde bir iş kazası yaşanma ihtimalinin arttığını görürse bunu engellemek için işçiyi uyarabilir, ona disiplin cezası verebilir ve yan işteki süresini kısaltmasını ya da tamamen yan işi sonlandırmasını talep edebilir. İşçinin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atacak şekilde bir yan iş yürütmesi, sadakat borcuna da aykırılık oluşturması sebebiyle iş sözleşmesinin feshi sonucunu gerektirebilecektir²⁶⁶. Ancak işçinin başka işte çalışmasına veya ek bir iş yapmasına, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla izin verilmelidir²⁶⁷.

Çalışma sürelerine ilişkin yasal sınırlamalar da iş sağlığı ve güvenliği kuralları gibi işçinin sağlığını korumayı amaçlarlar. İşçinin yan iş yürütmesine ilişkin karşılaşılan başlıca sorunlardan biri de çalışma sürelerine ilişkin sınırlamalardır. Bu konunun ayrı bir başlık altında incelenmesi daha isabetli olacağı için aşağıda konu çeşitli boyutlarıyla ele alınacaktır.

H. Çalışma Sürelerinin Emrediciliği

1. Çalışma Süreleri

Hukukumuzda çalışma süreleri, günlük ve haftalık olarak sınırlandırılmış ve böylece işçilerin zorlu çalışma koşullarına karşı korunması amaçlanmıştır²⁶⁸. Bu

²⁶⁵ Genel olarak bkz. ALPAGUT, Sadakat Borcu, 26; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 347.

²⁶⁶ DOĞAN YENİSEY, 381; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 347; GÜRKAN, 385-386.

²⁶⁷ MANAV, Rekabet, 118.

²⁶⁸ SÜZEK, 2018, 778; ayrıca bkz. ASTARLI, Çalışma Süreleri, 49 vd.; CANIKLIOĞLU, Çalışma Süreleri, 151-152.

sınırlamalar belirlenirken işçinin şahsı esas alınmıştır²⁶⁹. Gerçekten çalışma sürelerine ilişkin sınırlamalar sadece işçi düzeyinde olup işyerlerinin yirmi dört saat vardiyalar halinde hiç durmaksızın işlemesi mümkündür. İşçinin asıl işinin yanında bir başka iş daha yürütmesi halinde çalışma sürelerinin aşırılığı ile ilgili olarak yan işin uğrayacağı akıbet bakımından görüş farklılıkları ortaya çıkmaktadır. Ne dereceye kadar yan işe izin verileceği, çalışma süreleri bakımından yan işin makul karşılanmayacağı hallerde bir yan iş mevcut ise ne şekilde hareket etmek gerektiği, bu duruma ne sonuç bağlanması gerektiği tartışmaya değer konulardır.

Türk İş Hukuku sisteminde İş Kanunu m. 63'e göre haftalık çalışma süresi en çok 45 saat, günlük çalışma süresi ise en çok 11 saattir. Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir. Gece çalışması ise kural olarak günlük 7,5 saati geçemez (m. 69/3). Turizm, özel güvenlik, sağlık hizmeti ve Türk Petrol Kanunu uyarınca petrol araştırma, arama ve sondaj faaliyetleri kapsamında yürütülen "işlerde" işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir. Dolayısıyla sadece söz konusu işlerle sınırlı olarak gece döneminde 7,5 saatten daha fazla çalışılması mümkün hale gelmiştir. Bu işlerin neler olduğu açıkça belirtilmemiş ancak Postalar Halinde Yürütülen İşlere İlişkin Yönetmelik'in²⁷⁰ 7. maddesine göre turizm, özel güvenlik, sağlık hizmeti ve petrol araştırma, arama ve sondaj faaliyetleri kapsamında yürütülen "işyerlerindeki" tüm işçiler ile bu işyerlerindeki alt işveren işçileri de bu kapsamda düzenlenmiştir. Ayrıca turizm, özel güvenlik sağlık hizmeti ve petrol araştırma, arama ve sondaj faaliyetleri kapsamında yürütülen işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyet gösteren alt işveren tarafından yürütülen işlerde düzenleme 24 saatte iki posta

²⁶⁹ EKONOMİ, Münir: **İş Hukuku**, C. 1, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, 277-278; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 715; SÜZEK, 2018, 778; EYRENCİ, Kısmi Süreli Çalışmalar, 37-38; CANIKLIOĞLU, Çalışma Süreleri, 174; DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 383; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 153; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 353; ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 188; GÜRKAN, 376.

²⁷⁰ RG, 07.04.2004, 25426.

olacak şekilde yapılabilir. (ÇSY, m. 4/I, a). Böylece bu işçiler günde 12 saat olacak şekilde çalışabileceklerdir.

Mevzuattaki sınırlamaları gösteren söz konusu süreler, işçilerin çalışabilecekleri en fazla süreleri gösteriyor olup daha az süre ile çalışılmasının kararlaştırılmasına bir engel bulunmamaktadır²⁷¹.

2. Birden Fazla Kısmi Süreli Çalışma

Konumuz bakımından haftalık 45 saatin altında kararlaştırılan iş sözleşmelerinde yan iş ihtimalinin de değerlendirilmesi gerekir. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin, 6. maddesinde kısmi süreli çalışmalar, normal haftalık çalışma süresinin 2/3'üne kadar olan çalışmaları ifade ettiğinden, haftalık 30 saate kadar yapılan çalışmalar kısmi süreli çalışma sayılacaktır. İşçi asıl işinde 30 saat ve yan işinde haftalık 15 saat çalışması halinde toplam süre 45 saat olup haftalık yasal azami çalışma süresini aşmayacağından bir sorunla da karşılaşılmayacaktır. Zira kısmi süreli iş sözleşmelerinin özelliği gereği birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışılması mümkündür²⁷².

Kanunun yol göstermesi ve Yönetmeliğin ifadesinden yola çıkarsak, 30 saati aşan çalışmaları kural olarak tam süreli çalışma olarak kabul etmek gerekir²⁷³. Bu halde 30 saati aşan ancak 45 saati aşmayan çalışmalar söz konusu olduğunda bir işçi haftalık çalışma süresini 45 saate tamamlayacak şekilde bir yan işte çalışabilecek midir? Örneğin haftalık çalışma süresinin 35 saat olarak kararlaştırıldığı bir iş sözleşmesinde işçinin, kalan 10 saatlik süre için bir yan işte çalışması mümkün müdür? Buna olumlu cevap

²⁷¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 715; CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, 8; CANİKLİOĞLU, Nurşen: 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), 21-25 Eylül 2005, Bodrum, Toprak İşveren**, 152.

²⁷² ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 200; SÜZEK, İş Hukuku, 268; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 46; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 231; BALKAN, 345; GÜDER, 34-35. Y9HD, 21.04.2005, E. 2005/11792 K. 2005/14128, (Legalbank). Somut olayda işçi beş ayrı işyerinde kısmi süreli olarak çalışmasını sürdürmektedir ve bu durum Yargıtayca mümkün görülmüştür.

²⁷³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 198.

vermek gerekir kanaatindeyiz. Zira Kanuna göre önemli olan haftalık azami çalışma süresinin 45 saati geçmemesidir. İşçinin yürüttüğü birden fazla çalışmaların her birinin kaçar saatten ibaret olacağına ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. Ayrıca 30 saati aşan çalışmaların tam süreli kabul edilmesinin amacı işçinin tam süreli işçiye sağlanan haklara kavuşmasıdır. Yoksa işçinin başka bir işte çalışmasını engellemek değildir. Daha önce bahsettiğimiz gibi işyerindeki normal çalışma süresinin 45 saat olduğu durumlarda sadece 30 saate kadar olan çalışmaların değil, 45 saatin altındaki her türlü çalışma sürelerinin kısmi süreli çalışma olarak kabul edilmesinin birçok tartışmanın da önüne geçeceği görüşüne biz de katılıyoruz²⁷⁴.

Çalışma konumuz bakımından, birden fazla işveren yanında geçirilen çalışma sürelerinin toplamının azami çalışma sürelerini aşması halinde nasıl bir sonucun ortaya çıkacağı sorunu önem taşımaktadır ve öğretide görüş farklılıklarına yol açmıştır.

Bu konudaki tartışmalara geçmeden önce, sadece 4857 sayılı İş Kanunu bakımından değil diğer iş kanunlarımız bakımından da çalışma sürelerinin sınırlandırılmış olduğu belirtilmelidir. Basın İş Kanunu Ek Madde 1'e göre günlük çalışma süresi günlük sekiz saat olarak öngörülmüş, bu sürenin haricinde yapılan çalışmalar ise “fazla saatlerde çalışma” olarak adlandırılmıştır. Kanunda bu durumda saatlik ücretin %50 zamlı şekilde ödeneceği düzenlenmiştir (Ek m. 1). Basın İş Kanununda günlük en fazla üç saat fazla çalışma yapılabileceği düzenlenmesine rağmen fazla çalışmalar için yıllık bir üst sınır öngörülmemiştir²⁷⁵. Deniz İş Kanunu madde 26'ya

²⁷⁴ Bkz. Bölüm 1, I, A, b, aa. ZEYTİNOĞLU, 453; EYRENCİ, Akademik Forum, 154; CANİKLİOĞLU, Nurşen: İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar, **Yıldırım Beyazıt Üniversitesi ve ÇELİK-İş Sendikası Tarafından 26-27.04.2013 tarihinde Ankara’da düzenlenen 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu**, 182; Üçte iki oranın aşılması halinde uygulanacak bir esasın getirilmesinin yerinde olacağı görüşü SENYEN-KAPLAN, İş Hukuku, 97; SENYEN-KAPLAN (AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN), 62; Aksi görüş TUNCAY, Yeni İstihdam Biçimleri, 134.

²⁷⁵ SÜMER, Basın İş Hukuku, 237; GÖKÇEK KARACA, 201; GÖKÇEK KARACA, Nuray: Basın İş Kanununa Göre İş Süresi ve Fazla Çalışma, **Kamu-İş**; C: 7, S: 2/2003, 7.

göre ise, “Genel bakımdan iş süresi, günde sekiz ve haftada kırksekiz saattir. Bu süre haftanın iş günlerine eşit olarak bölünmek suretiyle uygulanır.”. Kanunun 27. maddesinde bazı istisnalar sayıldıktan sonra 28. maddede fazla saatlerle çalışma düzenlenmiştir. Buna göre, normal çalışma süresini aşan çalışmalar fazla saatlerde çalışma olarak adlandırılmış, günlük ya da yıllık herhangi bir üst sınır getirilmemiştir²⁷⁶. Türk Borçlar Kanunu 398. maddede ise genel olarak fazla çalışma borcu düzenlenmekle birlikte konunun ayrıntıları özel kanunlara bırakılmış, detaylı sınırlandırmalara yer verilmemiştir²⁷⁷.

Bir işçi ile kısmi süreli iş sözleşmesi kurmakta olan işverenin, aynı işçinin kalan süre için bir başka sözleşmeye daha taraf olabileceğini bilecek durumda olduğunu kabul etmek gerekir²⁷⁸.

Öğretide ağırlıklı olarak haftalık azami çalışma süresini aşan çalışmaların mümkün olamayacağı görüşü savunulmaktadır²⁷⁹. Bu görüşü savunanlara göre yasal sınırı aşan bir süre kararlaştırılmışsa sözleşmenin yasal sınırı aşan kısmı geçersiz sayılacaktır²⁸⁰. Ancak yine de bu geçersizliğin, iş sözleşmelerinin sürekli edim içermeleri ve işçinin emeğini iade etmesinin mümkün olmamasından kaynaklı olarak, ileriye etkili olması nedeniyle

²⁷⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 763; BEDÜK, Mehmet Nusret: **Deniz İş Sözleşmesi**, Bursa 2012, 181; DÜNDAR, Esra: **Uluslararası Düzenlemeler ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Deniz İş Hukukunda Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri**, Ankara, 2012, 150.

²⁷⁷ Bu konuda açıklama ve kıyasen İş Kanunundaki hükmün uygulanması gerektiği konusunda bkz. CANİKLİOĞLU, Nurşen: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına, Hizmet Sözleşmesinin Devrine ve Sona Ermesine İlişkin Hükümleri, İş Müfettişleri Derneğinin A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Sosyal Politikalar Araştırma ve Uygulama Merkezi ile birlikte 28-29 Nisan 2012 tarihinde gerçekleştirdiği “**IV. Çalışma Yaşamı Kongresi- Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve Mevzuatımızdaki Yeni Gelişmeler**” kongresine sunulan Tebliğ, Ankara 2014.

²⁷⁸ EYRENCİ, Kısmi Süreli, 39; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 47; BALKAN, 347.

²⁷⁹ EYRENCİ, Kısmi Süreli Çalışma, 37 vd.; ULUCAN (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN), 88; CENTEL, Kısmi Çalışma, 62; SÜZEK, İş Hukuku, 274; TUNCAY, Yeni İstihdam Biçimleri, 133; SARIBAY, 279; MANAV, Rekabet, 118.

²⁸⁰ EYRENCİ, Kısmi Süreli Çalışma, 38-39; Süzek, İş Hukuku, 274; CANİKLİOĞLU, Çalışma Süreleri, 152; CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, 8; SARIBAY, 279.

işçinin fazladan yaptığı bu çalışmaların karşılığının alınması gerektiği ifade edilmektedir²⁸¹. Gerçekten TBK 394/3'e göre de “*Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.*”. Bu sebeple işçi geçersiz sayılan çalışmalarının karşılığı olan ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir²⁸².

Katıldığımız görüşe göre işçi, asıl işinde tam süreli olarak çalışıyor olsa dahi bir yan işte çalışmakta serbesttir²⁸³. Tabii ki buna ilişkin kimi sınırlamalar öngörmek gerekmektedir. Zira bir kişinin sürekli olarak haftada doksan saat çalışması (iki işinin de tam süreli olması ihtimalinde) beklenemez. İşçi bir işverene bağlı olarak fazla çalışmalar da dahil olacak şekilde en fazla ne kadar çalışabiliyorsa, yan iş ile birlikte toplam süreye bakıldığında da o kadar çalışabilmelidir.

Öğretideki bir görüşe göre bir işçi ancak asıl iş ilişkisinde haftalık çalışma saati yasal sınırın altında ise bir yan iş tutabilecektir²⁸⁴. Diğer bir deyişle tam süreli bir işçinin yan iş tutması mümkün değildir, yapılması halinde ise sonradan kurulan yan iş geçersiz sayılmalıdır²⁸⁵. Bu görüşe göre işçi birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışıyorsa ve toplam süre yasal haftalık azami çalışma süresini aşıyorsa, zamansal olarak daha sonra

²⁸¹ EYRENCİ, Kısmi Süreli Çalışmalar, 38-39; CENTEL, Kısmi Çalışma, 62; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 200; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 41; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 155; NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 186; BALKAN, 360.

²⁸² EYRENCİ, Kısmi Süreli, 39; SENYEN-KAPLAN, 78.

²⁸³ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 41; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 155; CANIKLIOĞLU, İş Güvencesi, 271; ALPAGUT, Sadakat Borcu, 25-26; MANAV, Rekabet, 118-119; GÜDER, 26.

²⁸⁴ SÜZEK, İş Hukuku, 272; EYRENCİ, Kısmi Süreli Çalışma, 38-39; EKONOMİ İş Hukuku, 1987, 277-278; Hem gazeteciler hem de tüm işçiler bakımından, KÖME AKPULAT, Basın İş Kanunu, 231; Gazetecilerle ilgili olarak aynı yönde, ŞUĞLE, Basın İş Kanunu, 188, 196.

²⁸⁵ EYRENCİ, Kısmi Süreli, 18-19; SÜZEK, 263; ARSLAN ERTÜRK, Sadakat Borcu, 316-318; Münchener Kommentar zum BGB/SPINNER, BGB § 611a Rn. 1016.

akdedilmiş olan iş sözleşmesinin yasal sınırı aşan kadar kısmı geçersiz sayılmalıdır²⁸⁶. Bu görüşü savunanların ilk önce başlayan işin kısmi süreli ve sonraki işin tam süreli olması halinde nasıl bir sonuca ulaşılacağı konusunda sessiz kaldıkları görülmektedir. Aynı yaklaşım benimsendiğinde, zamansal olarak sonra kurulan ilişkinin yasal üst sınırı aşan kadarlık kısmı geçersiz sayılmalıdır²⁸⁷.

Öğretide bir başka görüşe göre ise haftalık yasal çalışma süresine bu kadar kesin bir sonuç bağlamak doğru sonuçlara ulaştırmayabilir²⁸⁸. Buna göre aynı işveren için gerçekleştirilen fazla çalışma, zamlı ücret ile karşılığını bulurken ikinci bir sözleşme ile yasal çalışma süresinin aşılmasına geçersizlik sonucu bağlanması doğru değildir. Zira bizzat kanun koyucu tarafından haftalık çalışma süresine bağlanan sonuç düzenlenmiştir ve bu sonuç geçersizlik değil, bu fazla çalışmaların karşılığı olarak zamlı ücret ödenmesidir²⁸⁹. Narmanlioğlu'na göre tam gün bir işverene bağlı olarak çalışan bir işçi, başka bir işyerinde kısmi çalışma da yapabilir²⁹⁰. Netice olarak Kanunda açıkça ifade

²⁸⁶ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 194-195; EYRENCİ, Kısmi Süreli, 38-39; SÜZEK, 263; CENTEL, Kısmi Çalışma, 62; EYRENCİ (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN), Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2019, 302; SARIBAY, 179.

²⁸⁷ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 154.

²⁸⁸ Bkz. AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 40 vd.

²⁸⁹ SEVİMLİ'ye göre bir işverene karşı yapılan fazla çalışmalar, yıllık 270 saati aşan çalışmalar ile birden fazla işverene karşı yapılan haftalık azami çalışma süresini aşan çalışmalar arasında sonuçları bakımından, kıdem tazminatı ya da işe iade talep edememek gibi ciddi adaletsizlikler oluşmaktadır, Kısmi Süreli, 158.

²⁹⁰ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku 2014, 231; Yazara göre kısmi çalışmanın özelliği, aynı işyerinde ya da aynı veya değişik meslek kategorisinde tam gün çalışan işçilerin çalışma sürelerinin altında iradi ve düzenli bir çalışma oluşturmastır. Bir başka görüşe de göre kısmi süreli çalışmalara ilişkin kanuni düzenlemeler yetersiz olduğundan kişilerin birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi yaparak yasal azami çalışma sürelerinin üzerinde sürelerle çalışmalarının önü açıktır. Aynı yönde, BALKAN, 345; MUTLU, Emre: Kısmi Süreli Çalışmanın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi, **Sosyal Güvence Dergisi**, S. 4, 2013, 45; YHGK, 12.03.2003, E. 2003/21-143 K. 2003/159.

bulmadığından konunun duraksamalara yol açtığı ve tartışmaya açık olduğu da ileri sürülmektedir²⁹¹.

İşçi birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştığında doğrudan sadakat borcuna aykırılık bulunduğu kabul edilemez; sonradan başlanan kısmi süreli iş sözleşmesi ilk işverenin zararı riskini barındırması halinde sadakat borcuna aykırılık oluşturabilecektir²⁹².

Bu soruna bakılabilecek başka bir pencere ise asıl iş sözleşmesi ile bağlı olunan işveren ile yapılan ikinci bir iş sözleşmesidir²⁹³. Öğretide sözleşme serbestisi ilkesinin bir gereği olarak bunun mümkün olduğu ifade edilmektedir²⁹⁴. Örneğin muhasebeci olarak bir işverenin birden fazla işyeri için görev yapan işçi böyledir. Farklı farklı iş tanımları için de aynı işverenle birden fazla iş sözleşmesi yapılması mümkündür. Bu ihtimalde haftalık yasal çalışma süresinin aşılması halinde yine sadece zamlı ücret hesabı

²⁹¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 195; CANIKLIOĞLU'na göre Kanuna getirilecek bir düzenleme ile kısmi iş sözleşmesi tarafı işverenlere, işçinin başka bir iş sözleşmesi olup olmadığını sorma ve toplam sürenin yasal sınırı aşıp aşmadığını araştırma yükümü getirilebilir, CANIKLIOĞLU, Belirli Süreli, 186-187; İşçinin yan işte çalışmasıyla haftalık azami çalışma süresinin aşılması söz konusu olacaksa bu konuda işçinin ikinci kuracağı iş ilişkisindeki işvereni bilgilendirmesi gerektiği de söylenebilecektir, Arslan Ertürk, 313; DOĞAN YENİSEY, 385 -386; ALPAGUT, Sadakat Borcu, 27; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 355.

²⁹² EYRENCİ, Kısmi Süreli, 39-40; ALPAGUT, Sadakat Borcu, (Sicil), 27; ARSLAN ERTÜRK, Sadakat Borcu, 321-322; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 47.

²⁹³ Bkz. AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 42-43; Yazara göre, aynı işverenle yapılan ikinci sözleşmenin tamamen bağımsız mı yoksa ilk sözleşmenin parçası mı olduğuna göre de farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Buna göre eğer ikinci sözleşme asıl sözleşmenin bir parçası ve devamı olarak görülürse yasal sınırı aşan kısım zamlı ücretlendirilerek adeta ödüllendirilecekken ayrı, bağımsız bir sözleşme olduğu düşünülürse geçersizlikle sonuçlanacaktır.

²⁹⁴ ULUCAN, (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN), 89; Benzer yönde, BALKAN, 349; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 53, Yazara göre aynı işveren ile kurulan birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi, tam süreli iş sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluklardan kurtulmak amacıyla yapılmışsa, tek bir tam süreli iş sözleşmesi var gibi hareket etmek gerekir, zira muvazaanın sonucu budur, aynı yer.

yapılacaktır, ancak başka bir işveren söz konusu olduğunda aşan süre bakımından geçersizlik sonucu doğacaktır. Bu sonuç ise tutarsızlığa yol açmaktadır.

Kanaatimizce de azami çalışma süreleri, aşırı çalışma sürelerinin yıpratıcılığına karşı işçiyi korumak amacıyla getirilmiştir²⁹⁵. Bu süreler işçinin sağlığının ve kişiliğinin emek sömürsüne karşı ve dahi kendisine karşı korunması anlamında öngörülmüştür. Ancak uygulamada işçi bir işveren yanında fazla sürelerle çalışma, fazla çalışma ve hatta 11 saati aşan kanuna aykırı çalışmalar²⁹⁶ yaparak yüzde elli²⁹⁷ zamlı bir şekilde bu çalışmalarının karşılığını alabilmektedir²⁹⁸. İşçi azami süreleri aşan yan işini bağımlı olarak yürütmüyorsa, mesela bağımsız bir ticari faaliyet yürütüyorsa ya da gönüllü çalışmalarda bulunuyorsa yaptığı çalışmaların geçersizliği de söz konusu olmayacaktır²⁹⁹. Çünkü bu tür faaliyetleri engelleyebilecek bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Başka bir deyişle azami çalışma süreleri ancak, yürütülen yan işin de bir bağımlı çalışma şeklinde bir işverene iş sözleşmesi ile hizmet ifa edilmesi halinde sınırlama oluşturacaktır.

Alman Hukukunda -bizdekinin aksine- yasal azami çalışma sürelerinin aşılması halinde ne sonuçlarla karşılaşılacağı düzenlenmiştir³⁰⁰. Alman Çalışma Süresi Hakkında Kanununa göre, haftalık azami çalışma süresi bir işçinin birden fazla işveren yanında çalışması halinde toplanarak hesaplanır (Arbeitszeitgesetz § 2 Abs. 1). Yine Alman Hukukunda birden fazla işverenle sözleşme yapılması halinde sonra yapılan sözleşmenin

²⁹⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 200; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 154.

²⁹⁶ Bu çalışmaya öğretilde yasak çalışma denilmektedir, bkz. ÜNAL ADINIR, Canan: İş Yargısında Çalışma Süresinin Düzenlenmesi ve Fazla Çalışma, **MÜHF-HAD**, C. 29, S. 2, Özel Sayı, Aralık 2023, 1296; ÜNAL ADINIR, Canan: **İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler**, İstanbul 2023, 107-108; kanuna aykırı çalışma olarak bu çalışmaların karşılığının en az %50 oranında zamlı ödenmesi gerektiği görüşünde, CANİKLİOĞLU, Çalışma Süreleri, 169 ve dn. 71’de sözü edilen yazarlar.

²⁹⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 700; SÜZEK, İş Hukuku, 793.

²⁹⁸ İşK. m. 104’e göre 63. madde gereği çalışma süresi sınırlarına ve bu madde gereği çıkartılan yönetmelikteki azami çalışma sürelerine aykırılık halinde, yani günlük en fazla 11 saat çalışılabileceğine ilişkin hükme aykırılık halinde bin iki yüz Türk Lirası idari para cezası öngörülmüştür.

²⁹⁹ EYRENCİ, Kısmi Süreli, 37; DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 384.

³⁰⁰ Bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 200.

işçinin yasal haftalık çalışma süresini aşan kısmının geçersiz sayılacağı belirtilmektedir³⁰¹. Bir ya da birden fazla işveren yanındaki toplam çalışma süresini aşan kısmın geçersizlikle sonuçlanması, işçiyi koruma bakımından ve işçi lehine yorum ilkesi gereği yerinde bir sonuç olsa da her azami sınırı aşan çalışma için geçersizlik sonucuna varmak her zaman hakkaniyete uygun olmayabilir³⁰².

İşçi fazla çalışma yapmak için iş sözleşmesinin kuruluşunda ya da sonradan rıza gösterebilir. İşçi rızasını verdikten sonra, fazla çalışmaların en fazla ne kadar süreceği hakkında bir söz hakkı bulunmamaktadır. Hatta bir noktaya kadar işçi günde 3,5 saat fazla çalışma yapmak zorunda kalabilir. Bu noktada işçinin tek çıkar yolu verdiği fazla çalışma rızasını geri almaktır. Gerçekten Fazla Çalışma Yönetmeliğine göre *“Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz.”*(**Değişik:RG-25/8/2017-30165**) *Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay iş sözleşmesinin yapılması esnasında ya da bu ihtiyaç ortaya çıktığında alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istemeyen işçi verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilir.”* (FÇY m. 9). İşçi bir işveren yanında yapmış olduğu fazla çalışmalarının zamlı karşılığını eksiksiz olarak alıyorsa bu durumun ona haklı nedenle fesih imkanı veremeyeceği ancak koşulların çok çok ağırlaşması halinde belki feshin mümkün olabileceği söylenebilir³⁰³. Böyle bir tablo karşısında işçinin özgür iradesi

³⁰¹ BAECK, Ulrich/DEUTSCH, Markus/KRAMER, Nadine: **Arbeitszeitgesetz, Kommentar**, 3. Auflage, München 2014, Rn. 19.

³⁰² Benzer yünde AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 49; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 154.

³⁰³ Burada belki denkleştirme süreleri örnek bir sınır olarak getirilebilir. Mesela 4 aylık bir sürede işçinin toplam çalışma süresi 45X17hafta=765 saat olacakken işveren işçiyi günde 11 saat çalıştırmaya başladığını farz edelim. Bu şekilde geçen 70. günün ardından geri kalan günlerde işçi hiç çalışmasa dahi denkleştirme ile bu süre dengelenememektedir. Bu halde işçinin haklı fesih hakkına sahip olduğu söylenebilir.

ile giriştiği bir yan iş sözleşmesinin sadece yasal azami çalışma süresi olan kırk beş saati aşması nedeniyle geçersiz sayılması kanımızca isabetli olmaz.

3. Yan İşin Bir İhtiyaç Olarak Ortaya Çıkması ve Sınırları

Çalışma sürelerine bir sınırlama getirilirken göz önünde bulundurulması gereken bir diğer konu da ülkemizde uygulanan asgari ücret hükmüdür. Daha önce bahsettiğimiz gibi³⁰⁴ devlet, sosyal devlet ilkesi gereği vatandaşlarına iş alanları açmalı ve sadece çalışma serbestisi sağlamakla yetinmeyip çalışabilecek ortamlar da sunmalıdır. Devlet belirlenen azami çalışma süreleri gibi, standart bir çalışma süresinin karşılığı olabilecek asgari geçim şartlarını da belirler. İş Kanununa göre, iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile ücretlerin asgari sınırları en geç iki yılda bir belirlenir (m. 39/1). Kanunda asgari ücretin tanımına yer verilmemekle birlikte Asgari Ücret Yönetmeliği³⁰⁵’nde “*asgari ücret, işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücret*”, olarak tanımlanmıştır (m. 4, d). Öğretide bu düzenlemeden yola çıkılarak asgari ücret, işçinin zorunlu ihtiyaçlarını karşılayarak ona asgari bir yaşam düzeyi sağlamaya yeterli olan, işverenin bundan daha düşük miktarda ödeyemeyeceği, zorunlu niteliğe sahip bir ücret olarak tanımlanmıştır³⁰⁶.

Ülkemizde uzun yıllardan beri asgari ücretin hesaplanmasında sadece tek işçinin ihtiyaçları göz önünde bulundurulmaktadır. Buna karşılık Anayasada (m. 55) asgari ücretin saptanmasında “çalışanların geçim şartlarının” göz önünde tutulacağı ifadesi

³⁰⁴ Bkz. Bölüm 2, IV. A.

³⁰⁵ RG, 01.08.2004, 25540.

³⁰⁶ SÜZEK, İş Hukuku, 374-375; KUTAL, Metin: Asgari Ücret ve Bazı Meseleleri, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, S. 15, Y. 1965, 49; Asgari ücrete ilişkin çeşitli tanımlamalar için bkz. SUBAŞI, İbrahim/KORKMAZ, Adem: Türk Hukukunda Asgari Ücret, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C. 15, S. 1, Ankara Ocak 2016, 130 vd.

bulunmaktadır. Çalışanların geçim şartlarının sağlanması ancak, hesaplamalarda tek işçinin değil, aile ihtiyaçlarının da dikkate alınması halinde gerçekleşebilir. Bu nedenle Anayasaya uygun yorum, asgari ücretin saptanmasında işçi ailesinin de göz önünde tutulmasını ve asgari ücrete belirli oranda bir ekleme yapılmasını gerekli kılar³⁰⁷.

Asgari ücret enflasyonist olmayan dönemlerde yılda bir kez belirlenirken enflasyonist ortamda belirlenen asgari ücretin enflasyon karşısında aşınma sebebiyle yılda iki kez Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından çeşitli ölçütler esas alınarak belirlenmektedir.

Ülkemizin her köşesinde ekonomik şartlar eşit bir şekilde gerçekleşmemektedir. Bazı bölgeler vardır ki (örneğin İstanbul, İzmir, Ankara gibi büyük şehirlerde) bir ailenin tek bir asgari ücret ile geçinebilmesi imkansızdır³⁰⁸. Aile içinde tek kişinin çalıştığı bir olasılıkta, işçinin asıl işinden kalan sürelerde başka bir iş daha yapması elzemdir. Bu halde işçinin asıl işi tam süreli dahi olsa yaşam şartlarının onu zorlaması sebebiyle giriştiği yan iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu savunmak hakkaniyete aykırı olacaktır. Örneğin asgari ücretin net 17.002,12 TL olduğu 2024 yılında İstanbul'da ortalama kira bedeli 23.000 TL civarındadır³⁰⁹. Tablonun vahameti gözler önündeyken işçilerin başka bir işte daha çalışamayacağını kabul etmek gerçeklikle bağdaşmayacaktır.

Şüphesiz böyle bir gerekçe işçinin sağlığı ve yaşamı açısından korunması gerekliliği ve sınırsız biçimde bir yan işte çalışma ihtiyacının ileri sürülmesini de engeller. Gerçekten bir insanın, konumuz açısından ise bir işçinin günün 24 saatini çalışarak geçirmesi mümkün değildir. Çalışma süresine her şeye rağmen bir üst sınır getirmek gerekmektedir. Asıl işinde çalışırken bir başka iş sözleşmesi ya da sözleşmeleri ile daha

³⁰⁷ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 347; SÜZEK, İş Hukuku, 375; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 641-642; KUTAL, 54; YOLVERMEZ, Bahar: Türkiye'de Asgari Ücret Sorunlarına İlişkin bir Değerlendirme, **Çalışma ve Toplum**, Y. 2020, S. 4, 2450-2451; SUBAŞI/KORKMAZ, 46 vd.

³⁰⁸ Ülkenin farklı ekonomik koşullara sahip bölgelerinde farklı asgari ücret miktarlarının belirlenmesi hakkında bkz, KUTAL, 72; YOLVERMEZ, 2454.

³⁰⁹ <https://www.memurlar.net/haber/1110302/istanbul-da-ortalama-kira-23-bin-lira.html>

çalışmaya başlayan işçinin toplam çalışma süresinin sınırı ne olmalıdır? Bir öneri olarak yıllık 270 saatlik fazla çalışma yapma üst sınırının yan işte geçirilecek sürenin sınırı olarak belirlenmesi getirilebilir³¹⁰. Gerçekten İş Kanunu m. 41/8'e göre "*Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz.*" Yasa, bir işçinin yılda toplamda 270 saate kadar fazla çalışma yapmasına müsaade ediyorsa, bu sınırı aşmayacak şekilde yan işte çalışmasına da müsaade ettiği var sayılmalıdır³¹¹. Kanunda öngörülen bu sınırlamaya aykırılık halinde, yani kanuna aykırı bir çalışma söz konusu iken, idari para cezası öngörülmuş değildir³¹² ve bu sebeple yasağa aykırılık halinde dahi işverenler sadece zamlı ücret ödemek külfetine katlanarak işçileri istedikleri kadar -yıllık 270 saati de aşacak şekilde- fazla çalıştırmaya devam edebilmektedirler.

Diğer bir öneri olarak günlük 11 saatlik azami çalışma süresi düşünülebilir. Gerçekten İşK. m. 63/2'ye göre "*Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir.*". Ayrıca Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde de günlük çalışma sürelerinin her ne şekilde olursa olsun on bir saati aşamayacağı, aksi halde fazla çalışmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir (m. 4). Buradan yola çıkarak yan iş ile birlikte asıl işin günlük toplam süresi 11 saati aşmadığı müddetçe yan işe müsaade edilebileceği söylenebilir³¹³. Kanaatimizce günlük on bir saate kadar olan çalışmaların, tek işverene bağlı olarak yapılmasına kanunen müsaade edildiğine göre işçinin bir başka faaliyetle birlikte günlük toplam 11 saate kadar çalışmasına karşı çıkılmamalıdır. Şu kadar ki günde 11 saatlik sınırın insan takatinin sınırı olarak düşünüldüğü kanaatindeyiz. Bu nedenle bir insanın sürekli olarak günde 11 saat çalışması da düşünülemez. Burada yargının bir sınır belirleyerek işçinin fazla çalışmalar ya da birden fazla iş sözleşmeleri

³¹⁰ CANİKLİOĞLU, Çalışma Süreleri, 271; BALKAN, 359.

³¹¹ Aynı yönde CANİKLİOĞLU, İş Güvencesi, 271; Yazara göre işçinin bedensel olarak çok yorulmasına sebebiyet vermeyen, iş kazası riskini artırıcı olmayan, hafif işlerde ek gelir elde etme hakkını sınırlamamak gerekmektedir, aynı yer; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 159-160, 161.

³¹² SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 162.

³¹³ Bu görüşte, CİVAN, Yan Yükümlülükler, 355; GÜRKAN, 377.

ihtimali dahil olacak şekilde haftalık/yıllık en fazla ne kadar süre ile çalışabileceğini belirlemesi bir çözüm oluşturabilir.

4. Çalışma Süresine İlişkin Sınırların Aşılması Halinde Karşılaşılacak Geçersizliğin Sonuçları

Uygulamada pek karşılaşılmamakla birlikte işçinin birden fazla işverene karşı yürüttüğü çalışma sonucu haftalık çalışma süresinin aşırı olarak nitelenebilecek şekilde artması sebebiyle aşırı olan kısmın geçersizlikle sonuçlanacağı söylenebilecektir. Bunun dayanağı ise haftalık azami çalışma süresidir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi her türlü aşım değil ancak yıllık 270 saatlik fazla çalışma üst sınırının aşılması ya da işçinin sürekli olarak günde 11 saat veya daha fazla çalışması halleri için aşırı çalışma denilebilir.

Geçersizlik ile sonuçlanan bir iş sözleşmesi “feshin” ile sonuçlanmış değildir. Fesih olarak kabul edilmesi halinde bunun sonuçları işçinin oldukça aleyhine olmaktadır³¹⁴. Bu çeşit bir sona erme işçiye kıdem tazminatı kazandıracak hallerden değildir. Ayrıca işçi tam süreli iş sözleşmesinden başka bir yan iş yürütüyorsa, bu ikinci sözleşmenin geçersizlikle sonuçlanması nedeniyle işe iade davası açma hakkı da bulunmayacaktır. Zira işe iade davası açılabilmesi için geçersiz ya da haksız bir “feshin” söz konusu olması gerekir. Burada bir fesih işlemi olmadığından işçinin işe iade davası açamayacağı söylenebilir³¹⁵.

Öğretide bir görüş kısmen geçersiz olan yan işte alınan ücretin kıdem tazminatına esas ücrette hesaba katılmasının çelişki oluşturacağını belirtmiştir³¹⁶. Bununla birlikte haftalık yasal azami çalışma süresini aşan sonraki yan işin 45 saati aşan kısmı için fazla çalışma gibi hesap yapılması gerektiği ifade edilmektedir³¹⁷. Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacağı için burada üzerinde durulmayacaktır.

³¹⁴ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 155-156; BALKAN, 360.

³¹⁵ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 156.

³¹⁶ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 156.

³¹⁷ SOYER, Fazla Saatlerle Çalışma, 808; EYRENCİ (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN), 302.

TBK m. 27/I'e göre *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”* Konumuz itibarıyla yasal azami çalışma sürelerini aşan (veyahut bizim kabul ettiğimiz anlamda fazla çalışma sınırlarını aşan aşırı) çalışmaların yaptırımı olan geçersizlik, düzenlemedeki “kanunun emredici hükümlerine” ve “kişilik haklarına” aykırılık kategorilerinin kapsamına girmektedir³¹⁸.

Azami çalışma sürelerine ilişkin hükümler ise en fazla çalışma sürelerini gösterdiğinden iş hukukunda sıkça rastlanan nispi emredici hükümlerdendir. Bu nitelikteki hükümler eğer sözleşmelerle düzenleneceklerse bilindiği üzere işçi aleyhine değil ancak lehine değiştirilebilirler. Bununla birlikte yasal azami çalışma süresinin aşılmasının sonuçları da 41. maddede düzenlendiğinden burada amaç işçinin haftada 45 saatten çok çalıştırılmaması değil, sözleşme ile haftalık normal çalışma süresine bir üst sınır getirmektir³¹⁹.

Geçersizliğin kim tarafından iddia edildiği somut olay adaleti bakımından önem taşımaktadır. Geçersizliği işçinin iddia etmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabilecektir. Zira işçi hukuka aykırı bu duruma kendisi yol açmıştır. İş sözleşmelerinin diğer tarafını oluşturan işverenler ise geçersizlik iddiasında bulunabilirler. Ancak dayanak noktaları başlı başına ikinci işin varlığı değil, aşırı çalışma sürelerinin varlığı olmalıdır. Yoksa işverenin yan işteki fazla çalışmalardan haberi olmasına rağmen baştan itibaren buna karşı çıkmayarak sonradan sırf kıdem tazminatından vs. kurtulmak için geçersizlik iddiasında bulunmasına müsaade etmemek ve bu halde işverenin feshi söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir³²⁰.

Sonuç itibarıyla; tam süreli asıl işin varlığı sebebiyle sonradan kurulan yan işin ya da birden fazla kısmi süreli iş söz konusuysa bunlardan yan iş sayılanın yasal azami

³¹⁸ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 156-157.

³¹⁹ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 157.

³²⁰ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 162.

çalışma süresini aşan kısmının geçersiz sayılmasının sonuçları, işçi aleyhine durumlara yol açmakta ve adalet duygusuna uymamaktadır.

5. Birden Fazla Kısmi Süreli İş Sözleşmesinin Varlığında Fazla Sürelerle Çalışma Problemi

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere hem fazla sürelerle çalışma hem de fazla çalışma yaptırılması İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m. 8’de yasaklanmıştır. Bir görüşe göre, bu yasak ile güdülen amaç, işçilerin kısmi süreli olarak işe alınmaları, ancak sürekli olarak fazla sürelerle çalıştırılarak bazı hak kayıplarına uğramaları ihtimalinin önüne geçmektir³²¹. Bir diğer görüşe göre ise kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara fazla sürelerle çalışma yaptırma yasağının amacı, işçilerin kısmi süreli iş sözleşmeleri ile çalışmaya teşvik edilmelerini sağlamaktır ve böylece işverenler eğer işçiyi daha fazla çalıştırmak isterlerse tam süreli iş sözleşmesi yapmak mecburiyetinde kalacaklardır³²². Bu konuda ortaya konulan bir diğer görüş ise kısmi süreli işçiye fazla saatlerle çalışma yaptırma yasağının Yönetmelikle düzenlenmesini Anayasal çalışma hürriyetine ve İşK. m. 41’e aykırı bulur³²³. Buradan yola çıkarak söz konusu Yönetmelik hükmünün dikkate alınmaması ve İşK m. 41’e göre hareket edilmesi, yani işçinin onayı varsa ona fazla saatlerle çalışma yaptırılabilmesi gerekir³²⁴.

Yasağın geçerli kabul edilmesi ihtimalinde işçi yine de fazla saatlerle çalışmışsa bunun karşılığını yine zamlı ücret olarak alacağında kuşku bulunmamaktadır³²⁵. Aksinin

³²¹ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 166.

³²² YAMAKOĞLU, Efe: **Türk Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma**, İstanbul 2011, 88.

³²³ SÜZEK, İş Hukuku, 794; CANİKLİOĞLU, 10. Yıl Sempozyumu, 189.

³²⁴ SÜZEK, İş Hukuku, 795; CANİKLİOĞLU, 10. Yıl Sempozyumu, 189; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 167.

³²⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 204; EYRENCİ (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN), 302; CANİKLİOĞLU, 10. Yıl Sempozyumu, 189; CANİKLİOĞLU, III. Yılında İş Yasası, 179-180; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 167-168; Konunun yasa ile açıkça düzenlenerek tartışmaların önüne geçilmesi yönünde bkz. BALKAN, 364.

kabulü işçiye fazla saatlerle çalışma yaptıran işvereni ödüllendirmek olacaktır. Gerçekten işveren bir yandan işçiyi fazladan çalıştıracak bir yandan da bunun için zamlı bir ücret ödemeyecektir, bunun kabulü ise mümkün olmamalıdır. Öte yandan söz konusu fazla saatlerle çalışma yasağına aykırılık halinde işverenler için bir idari para cezası da düzenlenmiş değildir.

Bu konudaki dikkate değer bir başka husus, işçinin birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışması halinde yaptığı fazla sürelerle çalışmalarla birlikte toplam haftalık çalışma süresi 45 saati aşması halinde bu çalışmaların fazla çalışma sayılıp sayılmayacağıdır.

Bu konudaki bir görüşe göre daha sonraki tarihte akdedilen sözleşmenin 45 saati aşan kısmı bakımından ikinci işverenin fazla çalışma karşılığı olarak zamlı ücret ödemesi gerekir³²⁶. Bunun karşısında yer alan görüşe göre işverene, bilgisi dahilinde olmayan bir çalışma nedeniyle böyle bir yükümlülük yüklemek mümkün değildir³²⁷. Ancak işverenin diğer çalışmadan haberi olması halinde haftalık azami çalışma süresini aşan kısım için zamlı ücret ödemesi gerektiği görüşüne katılıyoruz³²⁸.

Konuya ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken bir başka görüşe göre ise kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere, yasağa rağmen yaptırılan 45 saate kadar olan fazla saatlerle çalışmalar, karşılığı %25 zamlı olarak ödenmesi gereken “fazla sürelerle çalışma”dır³²⁹. Bunun karşısındaki görüşe göre ise günlük 11 saatlik sınırın aşılması fazla çalışma olarak kabul edildiği gibi, kanunen yasaklanan kısmi süreli işçilere fazla sürelerle

³²⁶ EYRENCİ (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN), 302.

³²⁷ SÜZEK, İş Hukuku, 791; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 700;

³²⁸ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 170.

³²⁹ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 171. Yazara göre sonuç itibarıyla zamlı ücret ödenmesi bakımından yasağın geçerli olup olmaması bir fark yaratmamaktadır. Fark, fazla sürelerle çalışma yönündeki işveren taleplerinin karşılanması gerekip gerekmediği noktasında ortaya çıkmaktadır, aynı yer.

ya da fazla çalışma yaptırılmaması hükmü için de %50 zamlı ücret gerektiren fazla çalışma gibi muamele etmek gerekir³³⁰.

6. Kanaatimiz

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere işçinin haftalık çalışma süresi, birden fazla işveren yanında çalışmakla yasal azami sınırın üzerine çıkıyorsa, kanaatimizce her zaman yasal sınırı aşan kısmın geçersizlikle sonuçlanmaması gerekmektedir. Zira tek bir işverene karşı yapılan yasal sınırı aşan çalışmaların karşılığı geçersizlik değil zamlı ücret ödenmesidir.

Kanımızca yıllık 270 saatlik bir çalışma sınırı da yan işin üst sınırı bakımından yeterli olmayabilecektir. Basamaklı bir derecelendirme sistemi düşünerek yan işin en az yorucu olduğu işler için günlük 11 saatlik sınır korunabilir. Örneğin işçinin yan işi severek yaptığı bir bahçıvanlık işi ise işçinin sürekli olarak günlük 11 saate kadar çalışmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Çünkü yapılan yan iş adeta bir dinlenme niteliği taşımaktadır. Yan işin fiziksel yorgunluk üzerindeki etkisi arttıkça yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresine doğru çalışma süreleri kısaltılmalıdır. Lakin bu skalanın takibi ve objektif bir derecelendirme oluşturulması mümkün olmayacağından uyumsuzluk halinde takdir hakkı mahkemede olmalıdır.

Bize göre işçi bir yan işte çalışmaya başlarken ve işveren de yan iş sebebiyle işçiye uygulayacağı yaptırımını seçerken risk almış olacaklardır. Yargı kararlarıyla somut olay özelinde şekillenecek olan çalışma süresi sınırları da yol gösterici nitelikte olacaktır.

V. SÖZLEŞMESEL KAYITLARA AYKIRI OLARAK YAN İŞTE ÇALIŞMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

³³⁰ YAMAKOĞLU, 90-91.

Yukarıda bir önceki başlık altında yaptığımız açıklamalar dikkate alındığında sözleşmesel kayıt olarak genel bir yan işte çalışma yasağı getirilmesi, denetime açık olacak ve doğrudan geçerli ya da geçersiz sayılmayacaktır. Ancak somut olayın özellikleri değerlendirilerek yapılan yan işin niteliğine göre çeşitli yaptırımlar söz konusu olabilecektir.

Sözleşme ile getirilen yan işe ilişkin sınırlamalar, işverenin menfaatlerini ölçülü bir şekilde koruduğu ve işçinin haklarını ihlal etmediği ölçüde değerlendirmeye tabi tutularak geçerli sayılabileceklerdir.

Aşağıda vukuu bulabilecek; işçiden tazminat talep edilmesi, cezai şart öngörülmesi ya da haklı/geçerli fesih gibi bazı olası sonuçlar üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Ayrıca günümüze kadar yargı tarafından verilmiş kararlar dikkate alınarak ve bu kararların seyri incelenerek varılan sonuçlar değerlendirilecektir. Bu kararlar, sözleşmesel yan iş yasaklarına doğrudan geçerlilik tanıyıp somut olayın sadakat borcuna ya da iş sağlığı güvenliği gibi kimi kurallara aykırılık oluşturma bakımından değerlendirilmeksizin sonuca ulaşmaktan, sözleşmesel kayıtların içeriği önem taşımaksızın somut olayın koşullarının işverenin ticari menfaatlerine aykırılık oluşturup oluşturmaması, işçi ile aralarındaki güven ve sadakatin sarsılması bakımından değerlendirmeye kadar çeşitli düzeylerde olabilmektedir.

B. Cezai Şart Öngörülmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 179 ve devamında cezai şarta ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Madde 179’a göre *“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.”*Hüküm cezai şarta ilişkin açıklama yapmakla birlikte tam bir tanım yapmamaktadır. Doktrindeki tanımlamalar da birbirine oldukça yakındır. Sözleşme şartlarından birine ya da birkaçına aykırı davranılması halinde söz konusu kuralı/kuralları ihlal eden tarafın, karşı tarafa önceden kararlaştırılan bir meblağı

ödeyeceğinin kararlaştırılması, hukukumuzda “cezaî şart” olarak adlandırılmaktadır³³¹. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop cezaî şartı “*Borçlunun, asıl borcunu ileride, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edim...*” olarak tanımlarken³³², Eren ise cezaî şartı, “borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaat ettiği, ekonomik değeri haiz ayrı bir edim” olarak tanımlamaktadır³³³. Oğuzman/ Öz’e göre cezaî şart, borçlunun borcunu ihlal etmesi durumunda alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşmadır³³⁴.

İşçinin yan işte çalışmasını yasaklayan hükümlere uymayı temin için iş sözleşmesine bu hükme aykırılık halinde işverene cezaî şart ödeneceğine ilişkin bir hüküm konulabilir. Yan işte çalışmayı tümünden yasaklayan genel bir yasak hükmünün geçerli olmayacağından bahsetmiştik³³⁵. İşte iş sözleşmelerine yan işte çalışma yasağına ilişkin hüküm koyulmasının işverenin lehine olarak sonuç doğurabileceği ihtimallerden biri cezaî şart hükümleri olabilir. Kanımızca usulüne uygun olarak sınırlamalara dikkat edilerek oluşturulmuş bir yan iş yasağı hükmü ve bu yasağa aykırı davranılması halinde cezaî şart ödeneceğinin kararlaştırılması mümkündür³³⁶.

Cezaî şart ile ilgili bir örnek vermek gerekirse; özellikle de üst düzey denilebilecek konumda çalışan ya da bilgi ve birimi dikkate alındığında işverenin işi açısından çok

³³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 318-319, 451 vd.; SÜZEK, 357-358; ÖZKARACA, Ercüment: Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim, **Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, 19-21 Nisan 2018 İstanbul, İstanbul 2021 352-354; YAYVAK NAMLI, 12; OZAN, Başak: İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezaî Şart, **Legal İHD**, 2010/25, 135-156; HATEMİ/GÖKYAYLA, § 39. ÖZDEMİR, Erdem: İş Hukukunda Cezaî Şart, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 3-4, 403; NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 198.

³³² Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Alttop, 341.

³³³ EREN, 1209.

³³⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, 534.

³³⁵ Bkz. Bölüm 2, IV, A, d.

³³⁶ ALPAGUT, Sadakat Borcu, 31; YAYVAK NAMLI, 267 vd.; GÜDER, 44.

önemli konumda olan bir çalışanın iş sözleşmesine işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturacak nitelikte üçüncü kişiye ücret karşılığında çalışmayacağı ya da bağımsız olarak rakip bir girişim kurmayacağı ya da ortak olmayacağı gibi bir hükme yer verilebilir; aksi halde işçinin işverene 100.000 TL cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmış olabilir. Böylece söz konusu sözleşme hükmüne aykırılık ispat edildiğinde işveren başkaca bir ispat yükü altında olmadan cezai şartı işçiden talep edebilecektir. Burada yan işi sınırlayan söz konusu sözleşme hükmünün geçerli olması ön koşuldur. İşçinin yan işte çalışmasını imkansız hale getirecek sözleşme hükümlerine geçerlilik tanınmayacağından bu nitelikteki bir hükme bağlı olan cezai şart da geçerli olamayacaktır.

İşverenin söz konusu sözleşme ihlalinin doğan bir zararı varsa ve bu zarar, öngörülen cezai şart bedelinden daha yüksekse, işverenin bu aşkın zararı ispatlaması halinde işçi bu zararı da ödemek zorunda kalacaktır (TBK m. 446/2).

Bu aşamada hakimin fahiş miktardaki ceza koşulunda/cezai şartta indirim yapabilmesi hususunu kısaca açıklamak gerekmektedir. Taraflar, cezai şartın miktarını sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince istedikleri gibi belirleyebilirler. TBK m. 182/son'da hakime cezai şart miktarında indirim yapma hak ve yetkisi tanınmıştır. Hakimin ceza koşulunda indirim yapabilmesi için öncelikle ceza koşulunun aşırı olduğunu tespit etmesi gerekir. Ceza koşulu aşırı ise hakim bu aşırılığı giderecek oranda indirim yapmalıdır. Hakim, ceza koşulunun aşırı olup olmadığını incelerken somut olayın özelliklerini adalet ve hakkaniyete göre değerlendirmelidir. Yargıtaya göre de, bu hak hakime istisnai olarak verilmiş olup cezai şart miktarının hakim tarafından aşırı oranda indirilmesi yerinde değildir, hakkaniyete uygun bir indirim yapılması gerekir³³⁷. Hâkim bu yetkisini kullanarak ceza koşulunu tamamen ortadan kaldıramaz, sadece ceza koşulunda indirim yapabilir³³⁸. Yan işe ilişkin sözleşmesel sınırlar ve bu sınırlara aykırılık hali için

³³⁷ Y9HD, 14.02.2005, E. 2004/14528 K. 2005/4135, (www.kazanci.com).

³³⁸ EREN, 1214; OĞUZMAN/ÖZ, 536; ÇABRİ, Sezer: Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulmaması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 3, S. 11, 2006, 923; ŞAHİN, Musa Furkan: Ceza Koşulunun

öngörülen cezai şartlar bakımından da bu hususlar aynen geçerli olacaktır. İşçi ve işveren cezai şart miktarını belirlemede serbest olup hakim tüm şartları değerlendirip cezai şartın miktarında indirimde gidebilecektir.

Konuya ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken diğer bir husus ise cezai şarta ilişkin sözleşme hükmünün, sözleşmenin her iki tarafı için de öngörülmüş olması şartıdır. Türk Borçlar Kanununda öngörülen yeni bir hükümle, TBK'nın yürürlüğe girmesinden daha önceki dönemde uygulamada öğreti ve Yargıtay tarafından kabul edilen “cezai şartın sözleşmenin iki tarafı için de öngörülmüş olması” şartı yasal düzenlemeye bağlanmış bulunmaktadır. Bu hükme göre, hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir (m. 420/1). Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunundaki bu hüküm uyarınca, ceza koşulu ya her iki taraf için aynı kapsam ve koşulla belirlenmiş olmalı ya da işçinin lehine olarak düzenlenmelidir ki geçerli kabul edilsin³³⁹. Konumuz bakımından yan iş yasağının arz ettiği özellik dikkate alındığında sözleşmedeki yan işte çalışma yasağına ilişkin bir hükümle birlikte cezai şart da öngörülmüşse bunun her iki taraf için de öngörülmesinin mümkün olup olmadığı üzerine düşünmek gerekmektedir. Daha da açık deyişle bu konuda işveren için bir cezai şart öngörülüp öngörülemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir.

Yan işte çalışma sözleşme ile sınırlandırılarak buna ilişkin düzenlenen bir ceza koşulu sadece işçi bakımından geçerli olabilecek, aynı şart işveren bakımından düzenlenemeyecektir. Zira “yan işte çalışmama” sadece işçinin kaçınması gereken bir borç olup bu borcun karşısında işverenin bir borcu bulunmamaktadır. Hukukumuzda cezai şartın karşılığı olarak sözleşmede bir de karşı edim öngörülmesi zorunlu tutulmamaktadır. Bu nedenle sadece iş sözleşmesinde yan iş hakkaniyetli bir şekilde sınırlandırıldığında işçiye bu fedakarlığı karşısında bir menfaat sağlanmak zorunda

Aşırılığının Tespit Edilmesi Konusunda Yargı Kararlarında Kullanılan Kıstaslar, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 2, 2023, 899.

³³⁹ Hükümü ve uygulamayı yerinde bulan görüşler için bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 453.

değildir. Ancak tarafların işçiye bir menfaat sağlanacağı hususunda anlaşmaları da mümkündür.

C. İşverenin Tazminat Talebi

İş sözleşmesi kapsamında işçi işvereni ile rekabet etmeme borcu altındadır. Bu borcun iş sözleşmesinde ayrıca kararlaştırılmasına gerek yoktur. Zira işçinin iş görme borcunu yerine getirirken sadakatle davranması gerekmektedir. Bu borcun kaynağı ise TBK m. 396'dır. Buna göre işçi yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez. Kaldı ki, Kanunda böyle bir hüküm olmasa da bir yan borç olarak sadakat borcu iş sözleşmesinin niteliğinden de doğmaktadır.

Görüldüğü üzere iş sözleşmesi devam ederken işçinin sadakat (doğruluk ve bağlılıkla çalışma) borcu ile rekabet etmeme borcu ayrıca kararlaştırılmasına gerek olmadan iş sözleşmesinden ve kanundan doğar, yani sözleşme ile kararlaştırılmalarına ihtiyaç yoktur. Sözleşmenin sona ermesinden sonrası için ise rekabet etme yasağı kararlaştırılabilir. Tarafların bunun için ayrıca ve açıkça anlaşmaları gerekir. Sözleşme sonrası rekabet yasağı hususu çalışmamıza dahil olan konulardan olmadığından burada yer verilmeyecektir.

İşçinin iş sözleşmesi devam ederken başka bir işverene -somut olayın şartlarına bakarak- iş görme edimi sunması ya da kendi nam ve hesabına iş kurarak işvereni ile rekabete girişmesi sadakat borcuna aykırılık oluşturacaktır³⁴⁰.

Yargıtay kararına³⁴¹ konu bir olayda işveren, iki işçisine dava açarak iş sözleşmesi sona ermeden ve iş ilişkisi sona erdikten sonra rekabet etmeleri nedeniyle tazminat talebinde bulunmuştur. Olayda davacı işveren ile dava dışı firma arasında 10 yıldır devam

³⁴⁰ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bölüm 2, IV, B.

³⁴¹ Y9HD, 28.09.2021, E. 2021/6064, K. 2021/13141, (www.kazanci.com).

eden tek satıcılık sözleşmesi söz konusudur. Taraflar arasındaki iş sözleşmesi devam ederken davacı işçiler, davalı işverenlik ile aynı iştigal alanında bir şirket kurmuş ve bu şirket bünyesinde dava dışı şirket ile ticari bağlantı içine girmişlerdir. Davacı işveren, işçilerin bu faaliyetleri neticesinde maddi ve manevi zarara uğradığını iddia ederek tazminat talebinde bulunmuştur. Kararda isabetle belirtildiği gibi taraflar arasında sözleşme sonrasını etkileyecek bir rekabet yasağı sözleşmesi bulunmamaktadır. Mahkeme'ye göre “davalıların elde ettiği menfaat” miktarınca tazminata hükmedilmesi hatalıdır. Yüksek mahkeme, davalı işçilerin şirketi kurdukları tarih ile sözleşmelerinin sona erdiği tarih arasındaki dönem yönünden Türk Borçlar Kanunu'nun 446/1 maddesinin “Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür” hükmü uyarınca, maddi tazminat doğabileceği ve söz konusu maddi tazminatın hesabında; davalıların elde ettiği menfaat yerine, davacı şirketin malvarlığının mevcut durumu ile yasaya aykırı davranılmış olmasaydı arz edeceği durum arasındaki farkın (davacı şirketin yaşadığı kar kaybının) tazminat olarak hesaplanması gerektiğine karar vermiştir. İş sözleşmesi devam ederken işveren ile rekabet oluşturacak faaliyetlerde bulunulması sebebiyle işverenin zarara uğratılması sadakat borcuna aykırılık teşkil edecek, işveren bu tür bir faaliyet sebebiyle uğradığı zararın tazminini işçiden talep edebilecektir. Yan işte çalışılması; sadece uyarı, haklı veya geçerli fesih gibi sonuçları değil, tazminat gibi sonuçları da ortaya çıkarabilmektedir.

Kanaatimizce işçinin çalışma saatleri dışında her türlü faaliyeti sadakat borcuna aykırılık oluşturmayacaktır. Örneğin bir şirkette çaycılık yapan işçinin mesai saatlerinden sonra bir bakkal dükkanı işleterek gelir kazanması sadakat borcuna aykırılık oluşturmayacaktır. Hangi durumda işçinin başka bir faaliyette bulunmasının sadakat borcuna aykırılık oluşturduğu konusunda incelenmesi gereken çok fazla faktör ve sorulması gereken çokça soru bulunmaktadır. İlk olarak iki faaliyetin iştigal alanı olarak birbirine yakınlık derecesi sorgulanmalıdır. Ancak bu sorgulama tek başına yeterli değildir; iştigal sahaları aynı dahi olsa bu iki faaliyetin birbirini etkileme ihtimalleri de değerlendirilmelidir. Aynı alanda çalışılıyor dahi olsa lokasyon, müşteri çevresi ve etki alanı olarak birbirleri ile alakasız durumda olan faaliyetler bakımından da sadakat borcunun ihlal edildiği söylenemeyecektir. Ayrıca işçinin performansının yan iş sebebiyle azalıp azalmadığının araştırılması ve somut delillerle ortaya konması, araştırılması

gereken bir başka husustur. İşveren işçinin yan işte çalışması sebebiyle işini aksattığı, eksik-kötü ifa ettiğini ileri sürerek ve gerekli ispat vasıtalarıyla kanıtlayarak varsa zarar miktarının da ispatıyla tazminat talebinde bulunabilecektir.

D. İşverenin İş Sözleşmesini Feshetmesi

İş sözleşmesinde bulunan yan işe ilişkin sınırlandırıcı hükümlere aykırılığın yaptırımlarından bir diğeri de fesihtir. İş sözleşmesi işçi veya işverenin tek taraflı bir irade beyanı ile sona erdirilebilir. Taraflardan birinin sözleşmeyi sona erdiren irade beyanına “fesih bildirimi” denir. Fesih bildirimi tek taraflı bir irade beyanıdır. Bu beyan, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin ihbar süresi verilerek sona erdirilmesinde olduğu gibi, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işçi ya da işveren tarafından haklı nedenlerle ihbar süresi verilmeksizin sona erdirilmesinde de söz konusudur. Bu durumda fesih bildirimi, iş sözleşmesini belirli bir sürenin geçmesiyle veya derhal sona erdiren, karşı tarafa yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır³⁴². Hukukumuzda fesih, haklı sebeple ya da geçerli sebeple yapılabilir. Geçerli sebepler iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin işverence sona erdirilebilmesi için gerçekleşmesi gereken sebepleri ifade etmektedir. Bunlar İş Kanununun 18. maddesinde belirtilmiştir. Haklı sebepler ise işçinin haklı fesih sebepleri m. 24’te, işverenin haklı fesih sebepleri m. 25’te olacak şekilde düzenlenmiştir. Haklı sebepler, geçerli fesih sebeplerine göre daha ağır niteliktedir ve genel olarak iş ilişkisinin devamını taraflar bakımından çekilmez hale getiren sebepler olarak nitelenebilirler³⁴³. Yan işte çalışma, somut olayın koşullarına göre işverene haklı ya da geçerli fesih imkanı verebilir. Örneğin işçinin yaptığı yan iş açıkça sadakat borcuna aykırı nitelikteyse-söz gelimi rakip bir firma ile ortak olmak gibi-işveren haklı nedenle derhal sözleşmeyi feshetme imkanına sahip olacaktır.

Yan işin, iş sözleşmesinde yasaklanması, tek başına işverene fesih anlamında bir imkan vermemektedir. Ancak yan iş yasağına ek olarak cezai şart da öngörülmüş ise

³⁴² ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 455; SÜZEK, İş Hukuku, 538-539; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 799, 929.

³⁴³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 543.

işverenin bir çıkarı olabilecektir. Zira iş sözleşmesine eklenecek olan genel yan iş yasaklarının geçersiz olduğunu belirtmiştik. Ayrıca sadece performans sebebine dayanarak yüzeysel şekilde düzenlenen yan iş yasakları da geçerli olmak için yeterli değildir. Olması gereken ise, işçinin aşırı çalışma sürelerine maruz kalmasını, işverenle rekabet etmeyi engelleyen, eğilimli işyerlerinde işçinin işverenin imajına aykırı faaliyetlerden kaçınmasını sağlayan hükümlerdir. Bu gibi hallerde işverenin başka alternatiflere gerek kalmadan, son çare ilkesine takılmadan iş sözleşmesini geçerli sebeple feshedebileceği kanaatindeyiz³⁴⁴.

Yargıtayın yan işin yasak olmasına rağmen işçinin yan işte çalışmasının işveren açısından fesih sebebi olup olmadığı konusunda verdiği kararlar farklılık arz etmektedir ve süreç içerisinde de değişim göstermiştir. Kimi kararlarda sözleşme ile getirilen yan iş yasağına doğrudan sonuç bağlanmış ve bu hüküm geçerli kabul edilmiş, kimi kararlarda ise somut olayın koşullarının incelenmesi gerektiğine; yan işin performansı etkilemesi, asıl iş ile olan rekabet niteliği gibi durumların incelenmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Bunlardan birkaç örnek üzerinde durmak gerekirse:

Yargıtay 2017 yılında verdiği bir kararda işçinin “...iş sözleşmesinin “Özel Şartlar” başlıklı 7. maddesinin j bendinde düzenlenen; işçinin işverenin yazılı izni olmaksızın başka bir işte çalışamayacağı ve ek iş yapamayacağı” hükmüne aykırı davranışta bulunduğu, davalı işverenin 20.10.2015 tarihli fesih bildiriminde bu hususu da fesih nedeni olarak belirttiği, davacının iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunması sebebiyle iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği, bu sebeple davalı işverenin feshinin geçerli nedene dayandığı...”³⁴⁵ nı belirterek yan iş tutmanın sözleşme ile yasaklanmasının başlı başına geçerli olduğu, bu halde sözleşmenin geçerli sebeple feshinin mümkün olduğu yönünde görüş beyan etmiş olmaktadır. Olayda taraf iradelerine öncelik verilmiş olmakta ve girilen yan işin rekabet

³⁴⁴ Tabii bu halde yan işe ilişkin yasak hükümlerinin genel işlem koşullarına ilişkin denetimden geçtiğini ve sözleşmenin bir parçası olduğu ön kabulüyle hareket etmek gerekmektedir.

³⁴⁵ Y9HD, 05.06.2017, E. 2016/14956, K. 2017/9595. Kararın değerlendirilmesi için bkz, CANİKLİOĞLU, 2017 Yılı Kararları, 252-254.

etmeme, sadakat, işini gereği gibi yerine getirme gibi borçlara aykırılık oluşturup oluşturmadığı incelenmeye değer görülmemiştir. Somut olayda işçi asıl işinde bir soğuk meze aşçısı olarak görev yapmakta, mesai saatleri dışında dövmecilik işi ile uğraşmaktadır. Yürütülen bu iki işin ise birbiri ile rekabet halinde olduğu söylenemez. Dövmecilik işinin yürütülmesi, işçinin asıl işindeki performansını etkilemesi halinde, bunun iddia ve ispat edilmesi durumunda bu bir geçerli sebep oluşturabilmelidir. Kanaatimizce sözleşmede yan iş yasağı getirilmesi tek başına yeterli olmayıp tutulan yan iş, asıl iş ilişkisinin bir şekilde ihlaline yol açan bir sonuç doğuruyorsa (örneğin rakip bir firmada çalışılması sebebiyle işverenin iş sırları ortaya çıkıyorsa ya da işçinin uykusuz kalıp ertesi gün işini önemli ölçüde aksatmasına sebep oluyorsa) geçerli kabul edilmelidir. Somut olay bakımından sözleşmeye aykırı olsa dahi yapılan yan iş, kanaatimizce haklı ya da geçerli bir fesih nedeni oluşturmamaktadır³⁴⁶.

2018 yılındaki bir karara³⁴⁷ konu olayda da asıl iş sözleşmesi ile ürün danışmanı olarak çalışan işçi, yan iş olarak fotoğrafçılık yapmakta ve bu faaliyetinden de gelir kazanmaktadır. Sözleşmesindeki “Çalışan, iş sözleşmesi devam ettiği sürece, özel de olsa başka bir işte çalışmamayı taahhüt eder” ve “Çalışan, ASSOS'ta çalıştığı süre içerisinde, başka bir işverene ait işyerinde veya kendi nam ve hesabına ücretli veya ücretsiz olarak çalışamaz.” hükümlerine dayanarak işveren sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini beyan etmiştir. Yargıtay, yan iş ile asıl işin iştigal konularının aynı olmaması, işçinin performansının yan işten etkilendiği ya da işverenin bu faaliyetten zarar gördüğü iddia edilmemesi sebepleriyle feshin haklı nedene dayanmadığı sonucuna ulaşmış, ancak yine 2017 yılında verdiği kararda olduğu gibi, sözleşmedeki yasak hükümlerine aykırılık bulunması sebebiyle somut olayda bir geçerli fesih sebebi olduğuna hükmetmiştir.

Kanaatimizce somut olayda sadece sözleşmede yasak getirilmiş olması sebebiyle feshin geçerli olduğuna karar verilmesi isabetli görünmemektedir³⁴⁸. Olması gereken, girilen yan işin asıl işteki verimi düşürüp düşürmediği ya da işvereni zarara uğratma

³⁴⁶ Aynı yönde CANİKLİOĞLU, 2017 Yılı Kararları, 254; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 368.

³⁴⁷ Y22HD, 12.02.2018, E. 2018/146, K. 2018/2939, (www.kazanci.com).

³⁴⁸ CANİKLİOĞLU, 2017 Yılı Kararları, 253; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 365.

tehlikesi taşıyıp taşımadığının incelenmesidir³⁴⁹. Bu kararlar adeta işçinin iş saatleri dışında kalan zamanına sözleşme ile müdahale edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır³⁵⁰.

İşçinin asıl işinde mağaza sorumlu yardımcısı olduğu ve yan iş olarak Dominos Pizza’da çalıştığı bir olaya ilişkin olarak aynı Daire kısa bir süre sonra “*Davacının iş sözleşmesinde, iş sözleşmesi devam ederken başka bir işte çalışma yasağına dair kayıt bulunmakta ise de, davalı işverenle aynı konuda faaliyet göstermeyen başka bir işyerinde yarı zamanlı olarak gerçekleşen ek çalışmanın bu yasak kapsamında düşünüülmesi somut olay açısından mümkün görünmemektedir. Davacının asıl iş ilişkisindeki iş görme edimini ifa yeteneğinde olumsuzluk meydana geldiği de işverence iddia ve ispat edilmiş değildir. Hal böyle olunca davacının mesai saatleri dışında yaptığı ek iş sırasında geçirdiği iş kazası sonucu istirahatli olması haklı bir mazeret teşkil ettiğinden, işverence yapılan feshin haklı nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.*” diyerek önceki karardan çok farklı bir sonuca ulaşmış, sözleşme ile başka işte çalışma yasağı getirilmesine doğrudan geçerlilik tanımamıştır³⁵¹.

Bahsi geçen örneklerde de görüldüğü gibi bir iş sözleşmesinde yan işte çalışmanın yasaklanması her zaman geçerli sayılabilecektir. Yasaktan bağımsız olarak kimi vakıalarda yan iş tutulması bir yaptırımı gerektirebilecekken kimi vakıalarda yan iş tutmak olağan karşılanabilecektir. Bu durumu etkileyen çok çeşitli faktörler (performansa etki, rekabet oluşturma, azami çalışma süresinin aşılması) olabilir. Kanaatimizce son kararda değinilen gerekçeler, benzer olaylara bakış açısı oluşturma bakımından oldukça yerindedir³⁵². Asıl iş ile yan işin aynı alanda, yani rakip niteliğinde olmaması, iş sözleşmesinde getirilen yan iş yasağını bertaraf etmiştir. Yan işte çalışma, ancak belirli sınırlamalar dahilinde yasaklanabilmeli ve getirilen yasak da denetime açık olmalıdır. Aksi halde çalışma hürriyetine orantısız bir müdahale gündeme gelecek ve TBK m. 27/I

³⁴⁹ CANİKLİOĞLU, 2017 Yılı Kararları, 254.

³⁵⁰ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 367; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 365.

³⁵¹ Y22HD, 28.03.2018, E. 2015/28515, K. 2018/8066, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

³⁵² CİVAN, Yan Yükümlülükler, 365.

gereği kişilik haklarına aykırı olması dolayısıyla kesin hükümsüz bir sözleşme hükmünden bahsediliyor olacaktır.

Yargıtay'ın 2014 yılında verdiği bir kararında, makine teknisyeni olan davacının iş sözleşmesine aykırı olarak işverenin bilgisi ve onayı dışında başka bir işte çalışması söz konusudur. Sözleşme hükmüne göre işçi başka bir işte çalışamayacak, ek iş yapamayacak, şirket açısından zararlı olmayacak şekilde ek iş yapmak belirli şartlarda mümkün olabilecek, aksi halde işveren ihbarsız ve tazminatsız sözleşmeyi feshedebilecektir. İşçi savunmasında, davalı ile aynı alanda faaliyet gösteren işyerinde bayram ziyareti sebebiyle bulunduğunu iddia etmiş firma sahibi arkadaşı çağırdığı için gittiğini söylemiş olmasına rağmen bu savunmalar Yargıtay'ca hayatın olağan akışına aykırı bulunmuştur. Yargıtay *davacının bu olumsuz davranışının, yazılı delil bulunmaması ve davacının zımni beyanı ile ortaya çıktığı nedenleriyle İş Kanununun 25/II. maddesinde öngörülen sebepler niteliğinde ve ağırlığında olmamakla birlikte işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyecek, sözleşmeye aykırı davranışlar bulunduğundan geçerli sebebin varlığına hükmetmiştir. Muhalefet şerhine göre ise davacının kendi nam ve hesabına çalıştığı ispatlanamadığından davanın kabulü gerekmektedir*³⁵³.

Bu karar çerçevesinde sözleşmeyle getirilen yan iş yasağına Yargıtay'ın yaklaşımı: Yargıtay sözleşmede yan iş yasaklanması halinde yan işte çalışma hakkında sözleşmedeki yasağa doğrudan uygulanabilirlik vermemiştir. Sözleşme hükmünde her ne kadar yan işte çalışma halinde bildirimsiz tazminatsız fesih öngörülmüşse de Yargıtay, yan işte çalışma olgusu tespit edildiği halde sözleşme hükmünü uygulamamış, geçerli fesih sonuçlarını tatbik etmiştir. Buradan çıkarılabilecek sonuç, sözleşme hükümlerine doğrudan geçerlilik tanınmaması ve somut olay çerçevesinde hakkaniyetli bir sınırlama yapılması gerektiğidir.

Yine sözleşme ile mesai saatleri içinde ya da dışında başka bir işte çalışma yasaklanmasına rağmen işçinin, eşinin çalıştığı başka işyeri ile ilgili iş takibinde bulunduğu tespit edilmiş Yargıtay'ca bu durumun haklı olmasa da geçerli bir fesih sebebi

³⁵³ Y22HD, 04.06.2014, E. 2014/13689, K. 2014/15854. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)”

oluşturacağı belirtilmiştir³⁵⁴. İş sözleşmesindeki yasak hükmünün yaptırımı, karar metninden anlaşılamamakla birlikte Yargıtay'ın çoğu benzer olayda benimsediği haklı sebep ağırlığına ulaşmamakla birlikte geçerli fesih sebebinin varlığı yönündeki tutum burada da görülmektedir.

Yüksek Mahkemenin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davacı işçi davalı işveren ile aynı işte çalıştığı alanında bir şirket kurmuştur. Taraflar arasındaki iş sözleşmesine göre *“İşgörenin işverenin yazılı onayı olmaksızın resmi makamlar tarafından verilen görevler hariç (resmi arabuluculuk, bilirkişilik vb.) herhangi bir maksat ve ad altında hiçbir ek işte çalışamayacağı gibi, üçüncü şahısların hesabına da herhangi bir iş veya hizmet faaliyetinde bulunamaz, başka şirketlere doğrudan veya dolaylı olarak katılamaz.”* Yargıtay *“...Dosyaya davalının sunduğu ... Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün yazısında, 12/01/2015 tarihinde tescil edilen ... Yapı San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin kurucuları arasında davacı isminin de yer aldığı, yine davalının sunduğu Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde anılan şirketin 22/01/2015 tarihinde ilan edildiği görülmektedir. Özellikle davacı tanıklarının beyanlarından tarafların davacının işyerinden ayrılışı ile tazminatlarının ödenmesi konusunda mutabakata varıldığı ancak davacının kurucusu olduğu şirketle ilgili ticaret sicilden bilgi alınması üzerine iş sözleşmesinin feshedildiği, dosya kapsamına göre davacının şirketin kurucusu olduğu hususu sabit olmakla birlikte fiilen şirkette çalışmaya başlamadığı anlaşılmaktadır. Davacının sadakat borcuna ve rekabet yasağına aykırı hareket ettiği işverence kesin biçimde ispatlanamadığı...”* nı ifade ederek kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabul edilmesine karar vermiştir.³⁵⁵ Burada zaten işten ayrılmakta olan işçinin kurduğu bir şirket söz konusudur. İşveren bu durumu iş sözleşmesi devam ederken başka bir iş tutulması olarak değerlendirmek istemiş ancak fiili çalışma olgusu ve iş sözleşmesinin devamı sırasında yürütülen bir faaliyet olmadığı Yargıtay'ca isabetli bir şekilde tespit edilmiştir.

³⁵⁴ Y22 HD, 19.06.2014, E. 2014/14744, K. 2014/18014, (www.lexpera.com).

³⁵⁵ Y22HD, 12.12.2019, E. 2017/26012, K. 2019/23203, (www.kazanci.com).

VI. SÖZLEŞMESEL KAYIT BULUNMAMASI HALİNDE YAN İŞTE ÇALIŞILMASI

A. Genel Olarak

Kural olarak işçinin asıl iş sözleşmesinin yanında bir yan iş edinerek çalışması (bağımlı, bağımsız, ücretli, ücretsiz) serbesttir³⁵⁶. Ancak bazı durumlarda işçinin yan işte çalışması asıl işinde olumsuzluklara yol açabilir. İşverenin yan işten haberdar olmasıyla birlikte eğer bu durumun işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, işleyişi olumsuz etkilediği, iş sağlığı güvenliğini tehlikeye attığı gibi tespitleri olması halinde ise nasıl bir yol izleyeceği hakkında titizlikle hareket etmesi gerekir.

Yan işin kural olarak serbest olmasıyla birlikte işverenin alacağı bir tedbirin haklı görülmesi çoğunlukla mümkün olmayabilir. Eğer işveren somut olayın gerektirdiğinden daha ağır bir tedbire başvurursa, örneğin fesih yolunu tercih eder ve olayda feshi gerektirecek bir durum bulunmazsa işverenin geçersiz-haksız feshin sonuçlarına katlanması gerekecektir³⁵⁷. Öncelikle işveren işyerinde işlerin aksaması hususunda net verilere sahip olmalıdır. Aksi halde işlerin aksadığının sadece söylenmesi yeterli olmayacaktır. Yapılan yan işin çıkar çatışmasına yol açan bir iş olduğu ortada ise işveren yine bazı tedbirlere başvurabilir. Örneğin işçiden yan işte çalışmaktan kaçınmasını talep edebilecektir. İşveren işyerinde olumsuzluklara yol açılması halinde işçiye uyarı, disiplin cezası verilmesi gibi tedbirlere de başvurabilir.

İşveren uygulayacağı yaptırımı belirlerken, somut olayın gerektirdiği mümkün olan en hafif tedbire başvurmalıdır. Daha hafif bir önlem uygulayabilecekken fesih yoluna giden işveren, ya da geçerli sebeple fesih yapabilecekken haklı feshi tercih eden işveren duruma göre haksız ya da geçersiz feshin sonuçlarına katlanmak zorunda kalabilir³⁵⁸.

³⁵⁶ ErfK/PREIS, § 611a BGB Rn. 829; BeckOK ArbR/JOUSSEN BGB § 611a Rn. 454; GÜDER, 26.

³⁵⁷ CİVAN, Yan Yükümlülükler, 347.

³⁵⁸ CİVAN, Yan Yükümlülükler, 347; GÜRKAN, 386.

Yan işte çalışma sebebiyle asıl işin gereği gibi yerine getirilememesi kapsamında; işin kötü ifası, iş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, işverene zarar verilmesi gibi birçok sorun ortaya çıkabilecektir. İşçinin işini gereği gibi yerine getirmemesinin sonucu olarak işveren, somut olayın özelliklerine göre haklı ya da geçerli sebeple fesih imkanlarına, tazminat talep hakkına sahip olabilecektir³⁵⁹.

B. İşverenin Tazminat Talebi

İşçinin yaptığı yan faaliyet, bir şekilde işverenin zararına yol açıyor olabilir. Yapılan yan iş, işverenin iştigal alanındaysa yani açık bir rekabet teşkil ediyorsa ve işveren bu rekabet sebebiyle zarara uğradıysa, -fesih yolunu seçmekten başka- yan işte çalışmaktan kaynaklanan zararının tazminini işçiden talep edebilecektir. Bunun için dayanak olarak TBK m. 446/1 bulunmaktadır. Buna göre *“Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür”*. İşçinin bu sorumluluktan kurtulabilmesi için genel hükümler anlamında kusuru olmadığını ispatlaması gerekir³⁶⁰. Ayrıca buna dayanak olarak TBK m. 400/1 de gösterilebilir. Buna göre işçi işverene kusuru ile verdiği her türlü zararlardan sorumludur³⁶¹. Ayrıca işveren genel hükümlere göre de zarar gördüğünü ve zararın miktarını ispatlayarak haksız fiil kapsamında işçiden tazminat talep edebilir³⁶² (TBK m. 49-50).

C. İşverenin İş Sözleşmesini Feshetmesi

³⁵⁹ İşçinin özen borcu kapsamında özen borcuna aykırılık durumları ve bunların sonuçları hakkında geniş bilgi için bkz. MAKAS, Özen Borcu, 158 vd.

³⁶⁰ SÜZEK, İş Hukuku, 377; NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 198.

³⁶¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 611.

³⁶² Haksız fiile ilişkin açıklamalar için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 10. Bası, İstanbul 2013, 1 vd.; EREN, 507 vd.; GÜNAY, Cevdet İlhan: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Ankara 2015, 239 vd.; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 2. Bası, İstanbul 1976, 456 vd.; ANTALYA, O. Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, İstanbul Eylül 2017, 1 vd.

İşverenin iş sözleşmesini sona erdirebilmek için sahip olduğu imkanlar haklı ya da geçerli sebeple iş sözleşmesini fesih imkanındır. İşçinin yürüttüğü yan iş, işverenin çıkarlarına ve haklı beklentilerine aykırılık oluşturuyorsa işverenin tüm şartları sağlamak kaydıyla iş sözleşmesini feshetmesi mümkündür. İş sözleşmesinde yan işe ilişkin bir yasak öngörülme dahi asıl işverenle rekabet oluşturacak bir başka faaliyette bulunmak başlı başına sadakat borcuna aykırılık oluşturacak ve işveren haklı sebeple derhal iş sözleşmesini feshedebilecektir³⁶³. Ayrıca bunun dışındaki birçok durum da kanaatimizce işveren için geçerli fesih sebebi oluşturabilir niteliktedir.

Yan işte çalışmanın verdiği yorgunlukla işçinin işini gereği gibi yerine getirememesi, çalışma saatlerinin aşırılığı, yapılan yan faaliyetin asıl işin özel gereksinimleri ile bağdaşmaması (eğilimli işyeri olması) vb. sebeplerle işveren geçerli fesih yoluna gidebilecektir. Ancak burada unutulmaması gereken husus, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmeleri feshedilirken son çare ilkesine dikkat edilmiş olması gerekliliğidir.

9. Hukuk Dairesi 1998 yılında verdiği bir kararda işçinin işverenin izni ve haberi olmadan bir başka işyerinde çalıştığının tespit edilmesi üzerine bu durumu doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış kapsamında değerlendirmiş ve işverence yapılan feshin haklı olduğuna karar vermiştir³⁶⁴. Karar metninden davacı işçinin asıl işinin ve yan işinin neler olduğu net olarak anlaşılamamakla birlikte, kanaatimce ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Tutulan yan işin asıl işle rekabet oluşturur nitelikte olup olmaması sonucu değiştirebilecektir. Benzer nitelikteki işler söz konusuysa yapılan fesih haklı olabileceken, aralarında alaka bulunmayan işlerden söz ediliyorsa yapılan fesih haksız bir fesih olacaktır. Sözleşme ile yasaklanmamış olsa dahi TBK m. 396/3'e göre sadakat borcuna aykırı şekilde ya da rekabet etmeme borcuna aykırı olarak başka bir iş tutan işçinin sözleşmesi haklı sebebe dayanarak feshedilebilecektir. Ancak somut olaydan anlaşıldığına göre sadece işverenin bilgisi olmadan bir yan iş tutulması İş Kanunu

³⁶³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 611.

³⁶⁴ Y9HD, 16.04.1998, E. 1998/5032, K. 1998/6738.

anlamında bir haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Kararı Anayasal çalışma hürriyeti³⁶⁵ bağlamında yerinde bulmak mümkün değildir. Zira işçiler, asıl işlerine hasretmedikleri zamanı serbestçe değerlendirme hürriyetine sahiptirler. İşçinin serbest zamanında dinlenme mecburiyeti olduğu kabul edilemez³⁶⁶.

Bir otelde servis müdürü olarak görev yapan davacı, diğer otel personeli adına bitkisel ilaç siparişi vererek rızalarına bakmaksızın ve emr-i vaki yaparak onlara satmak suretiyle işyerinde ikinci bir iş yapmaktadır. Personel söz konusu ürünleri satın almadığında onlara selam vermeyi kestiği ve eğer ürün satın alacaklarsa onlara ücret ödenmesi konusunda kolaylık yapacağını ifade ettiği, çalışanlarca verilen dilekçelerden anlaşılmaktadır. Bu konuda Yargıtay’a göre *“davacının davranışının, işyerindeki pozisyonunun kendisine sağladığı yetkileri kötüye kullanarak ikinci iş yapmak suretiyle doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olduğunun anlaşılmasına göre, davalı işverence haklı nedenle fesih yapıldığının kabulü”* gerekmektedir³⁶⁷. Burada ikinci iş tek başına fesih sebebi olarak algılanmamalıdır. Davacının bu işi yaparken doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar sergilemesi; iş arkadaşlarına, kendi pozisyonunun sağladığı yetkileri kötüye kullanarak zorla ürün satmaya çalışması feshin asıl sebebidir.

Tam süreli çalışmanın mevcut olduğu bir uyuşmazlıkta davalı şirkette bant sorumlusu olarak çalışan davacı işçi, mesai saatleri dışında rekabet halinde olan başka bir şirkette daha çalışmaktadır. İşverence yapılan soruşturma kapsamında işçi de bu durumu kabul etmiştir. Kararda her ne kadar işçinin asıl işinde fiilen yaptığı iş net olarak anlaşılamasa da iki işverenin rakip olarak faaliyette bulunması sadakat borcuna aykırılık bakımından yeterli görülmüştür³⁶⁸. İşçinin yaptığı iş irdelenerek önem dercesine -yani iş sırlarına hakim olup olamayacağına-, işvereni zarara uğratma potansiyeline, iş sırlarını

³⁶⁵ Bkz. Bölüm 2, IV, A.

³⁶⁶ DOĞAN YENİSEY, Yaş İş, 369. Bkz. Bölüm 2, IV, E.

³⁶⁷ Y7HD, 24.02.2014, E. 2013/20070, K. 2014/4423, (www.kazanci.com).

³⁶⁸ Y22HD, 29.04.2015, E. 2014/26305, K. 2015/15738, (karararama.yargitay.gov.tr).

dışarıya taşıyıp taşıyamayacağına göre bir ayırım yapmanın daha uygun bir çözüm yolu olacağı kanaatindeyiz.

Çalışma sürelerinin emrediciliği başlığında da değindiğimiz gibi, yan işin yasal azami çalışma sürelerini aşması, tek başına yan işin yasaklanması için yeterli değildir. Bunun için en azından işçinin yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresine eşdeğer bir yan işte çalışma süresi bulunmalıdır. Hatta kanaatimizce işçinin haftada bir-iki gün için, günde 11 saat kadar çalışması da mümkündür. Bu süreler aşıldığında ise işin gereği gibi yerine getirilip getirilmediği de değerlendirilerek geçerli sebeple fesih yoluna gidilebilmesi gerekmektedir.

İşçinin yaptığı yan işin asıl iş bakımından yarattığı zorluk ve sıkıntılar haklı fesih ağırlığına ulaşmayacak şekilde ancak iş ilişkisinin devamını da işverenden beklenmeyeceği bir hal almışsa, geçerli sebep ile fesih ihtimali gündeme gelecektir.

Başka bir işte çalışmanın sözleşmeyle yasaklanmadığı bir olayda davacı işçi, çalıştığı asıl işe ilişkin işyerinin tam karşısında -mesai saatleri dışında- manav işletmesi kurulması faaliyetlerine katılmıştır. İşveren iş sözleşmesini İş Kanunu m. 25/II, e'ye göre haklı sebeple feshetmiştir. Ancak daha sonra yargılama aşamasında dayandığı sebebi değiştirerek, asıl işin iştigal sahasına giren ürünlerin satışı sebebiyle bu durumun rekabet yasağı ve sadakat borcuna aykırı olduğunu savunmuştur. Yüksek mahkemece isabetli olarak başlangıçta gösterilen sebeple bağlı olduğu, davacının başka işte çalıştığına her türlü şüpheden uzak delillerle ispatlanamadığı, mesai saatleri dışında yürütülen manav açılışı faaliyetlerine katılmanın olsa olsa geçerli fesih sebebi teşkil edeceği yönünde karar verilmiştir³⁶⁹.

2014 yılındaki bir karara göre pasta ustası olarak görev yapan davacı, mesai saatleri dışındaki zamanlarda başka işyerlerinde de çalışmaktadır. İşverence bu durumun işyerindeki performansı olumsuz etkilediği iddia edilerek geçerli sebeple iş sözleşmesi feshedilmiştir. Yerel mahkeme verim düşüklüğü iddiasının ispatlanamadığı gerekçesiyle

³⁶⁹ Y9HD, 10.03.2008, E, 2007/11866, K, 2008/3994, (www.kazanci.com).

davayı kabul edip işçiyi işe iade etmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, davacının işverence alınan savunmasında performans düşüklüğünün sebebinin başka işte çalışması değil, ailevi problemler olduğunu belirtmesi nedeniyle performans düşüklüğü iddiasının davacının kabulünde olduğuna ve bu sebeple olaydaki feshin geçerli nedene dayandığına karar vermiştir³⁷⁰.

Yargıtay bir başka olayda işçinin mesai saatleri dışında başka işte çalışmasının, başlı başına onun sözleşmesel yükümlülüklerini aksattığı anlamına gelmeyeceğini ancak yan işteki çalışmanın asıl iş bakımından yorgunluğa sebebiyet vermesi ve işteki yükümlülüklerini aksatması halinde “haklı bir fesih sebebi olacağını” şu şekilde ifade etmiştir. “...işçinin mesai saatleri dışında başka yerde çalışması hizmet akdinin gerektirdiği hükümlerin ihlali anlamına gelmeyip, işçinin başka bir işte çalışması nedeniyle ancak işçinin yorgun düşmesi ve asıl işinde günlük ve normal çalışma sistemini aksatması halinde haklı fesih sebebi oluşturmaktadır.”³⁷¹. Kanımızca Yargıtayca ifade edilen “çalışma sisteminin aksaması”, olsa olsa geçerli bir fesih sebebi olabilir.

VII. KANAATİMİZ

Yukarıda yan iş yasağına ilişkin sözleşmesel bir düzenleme olması ve olmaması halleri incelenirken vardığımız sonuçlardan da anlaşılacağı üzere; iki yolda da ulaşılan sonuç bakımından ciddi bir fark bulunmamaktadır. Her hal ve şartta sözleşmenin içeriğinden ziyade yapılan yan işin sadakat borcuna aykırılık oluşturacak nitelikte olup olmadığı araştırması önceliğimiz olacaktır. Çünkü iş sözleşmesi tarafları arasındaki güç eşitsizliği, sözleşmeye eklenen işçi aleyhine hükümlere şüpheyle yaklaşmamıza sebep olmaktadır.

Sözleşme ile yan iş yasağı getirmenin tek farklı yanı, rekabet halinde cezai şart öngörülmesi ihtimalidir. Bu halde işveren rekabetin varlığı tespit edildiği anda,

³⁷⁰ Y9HD, 05.05.2014, E. 2014/2952, K. 2014/14237, (www.kazanci.com).

³⁷¹ Y22HD, 21.5.2018, E. 2018/5408 K. 2018/12616, (www.kazanci.com).

kararlaştırılan cezai şartı talep hakkı elde edecektir. Yan iş sebebiyle bir zarara uğraması ya da zararını ispat etmesi gerekmeyecektir.

Yan işe ilişkin sۆzleřmesel sınırların sonuca etkili olduğu alanlardan biri de kanaatimizce durumdan işçinin bilgisi olmasının sağlanması ve geçerli sebeple fesih bakımından işverenin pozisyonunu kuvvetlendirmesidir. Zira gerekli açıklamalar işçiye yapıldıktan sonra işçi buna rağmen işyerine yorgun olarak geliyor ve işini gereği gibi yerine getiremiyorsa, ya da işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atacak bir duruma gelmişe başkaca bir tedbire başvurmaya gerek kalmadan sۆzleřme geçerli sebeple feshedilebilir kanaatindeyiz.

Yan işe ilişkin ihtimaller çok eşitlendirilebileceğinden her olaya farklı bir ۆzm planıyla yaklaşmak gerekecektir. İşverenin koşulları değerlendirip seeeği yolu iyi tayin etmesi gerekmektedir. Zira yaşanan durumun ağırlığı, işverenin başvuracağı tedbiri belirleyecektir. İşveren durumun gerektirdiğinden daha ağır bir ۆnlem alırsa bunun sonuçlarına da katlanması gerekir. ۆrneęin işveren haklı sebep ağırlığına varmayan bir geçerli sebep varken sۆzleřmeyi haklı sebebe dayanarak feshederse işe iadenin sonuçlarına muhatap olabilecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAN İŞİN YAPILDIĞI ZAMAN BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

I. GENEL OLARAK

İş Hukukunda bazı dönemlerde işçi fiilen çalışmaz; ancak çalışmadığı bu sürede başka bir işte çalışıp çalışamayacağı her zaman net değildir. Kimi zaman bu konuda kanunda açık bir yasak bulunur, kimi zaman ise belirsizlik vardır ve söz konusu çalışma, öğretide tartışmalı bir konuyu oluşturur. Şüphesiz bu konuda yargı kararlarının da incelenmesi gerekir. Biz de bu bölümde, yan işte çalışmaya imkan verip vermeme durumuna göre ücretli tatil dönemleri, iş hukukundaki askı hallerinin bazıları, mevsimlik iş sözleşmeleri, işe iade davası gibi süreçlerde işçinin yan iş yapması ihtimalini değerlendireceğiz.

II. YILLIK İZİNDE

A. Yıllık İzne İlişkin Genel Esaslar

Yıllık ücretli izinde işçi kural olarak dinlenir ve bir işte çalışmaz³⁷². Ancak durum her zaman beklendiği gibi gerçekleşmeyebilir. İhtiyaçlar ve arzular kişinin bu sürede başka faaliyetlerde bulunmasını gerektirebilir.

Yıllık ücretli izin, işçiye bir yıl boyunca yaptığı çalışmaların karşılığı olarak verilen bir dinlenme süresidir. Bu hakkın hukukumuzdaki kaynağı Anayasanın 50. maddesidir.

³⁷² Yıllık iznin amacı ve işlevi hakkında bkz. ÇÖĞENLİ, Taner: **Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin**, İstanbul, 1983, 18 vd.; AKYİĞİT, Ercan: **Yıllık Ücretli İzin**, Ankara, 2020, 34 vd.; KAYIRGAN, Hasan: Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı, **Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, Y. 2021 578; Tugay, Mustafa: Yıllık Ücretli İzin, **Yaşar Hukuk Dergisi**, C. 1, S. 2, Temmuz 2019, 207; Bingöl, Serkan: **Yıllık Ücretli İzin**, Ankara 2012, 19 vd.

Buna göre “Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. /... ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.” (m. 50/3, 4).

Yıllık ücretli iznin amacı işçinin dinlenmesini ve iş gücünü yenilemesini sağlamak, bununla beraber iş sağlığı ve güvenliği bakımından işçinin korunmasını temin etmektir³⁷³. Bu nedenle işçiye bu sürelerde çalışmamasına rağmen ücret ödenmektedir³⁷⁴.

İş Hukukunda kabul edilen temel prensibe göre ücret, çalışmanın karşılığıdır³⁷⁵. Çalışmaksızın ücret hak edilmiş olmaz; yani çalışma yoksa ücret de yoktur³⁷⁶ (Ohne Arbeit kein Lohn). Bunun sebebi ise iş ilişkisi içinde ücret ve çalışmanın birbiriyle karşılıklılık içerisinde olmasıdır³⁷⁷. Gerçekten İş Kanunu m. 32/1’e göre de “Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.” Yıllık ücretli izin açısından ise bu kuralın bir istisnası söz konusudur: İşçi yıllık ücretli izin sırasında çalışmaz, dinlenir; ancak buna rağmen sanki çalışmış gibi ücret almaya devam eder.

³⁷³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 768; SÜZEK, İş Hukuku, 2021, 866; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 1299-1300, 1314-1315; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, 335; ÇÖĞENLİ, 18-19; CANİKLİOĞLU, Nurşen: İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İznin Kullanılmamasının Sonuçları, **Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Armağan**, İstanbul 2001, Cilt II, 1144-1145; CANİKLİOĞLU, 2017 Yılı Kararları, 317; TULUKÇU, N. Binnur: **İş Hukukunda Dinlenme Hakkı**, Ankara 2012, ; BİNGÖL, 19; EKİN, Ali: Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Dinlenme Süreleri, **Sarper Süzek’e Armağan, C. II**, İstanbul 2011, 1385-1408.

³⁷⁴ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 379; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 356.

³⁷⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 336; NARMANLIOĞLU, 281; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 621; SÜZEK, İş Hukuku, 363.

³⁷⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 670; SÜZEK, İş Hukuku, 363; GÜZEL, Ali: İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Edimini Yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin Ücret Talep Edememesi, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Y. 2005, S. 2, 141; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 60.

³⁷⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 319; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 66.

Hafta Tatili, Ulusal Bayram ve Genel Tatil, Yıllık Ücretli İzin günleri gibi, işçiye bir iş karşılığı olmaksızın ödenen ücretlere sosyal ücret denilmektedir. Sosyal ücret, işçiye herhangi bir çalışması karşılığı olmadan da bazı hallerde ödenen ücrettir³⁷⁸.

Bu istisnai görünümü işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna dayandırmak mümkündür. İşveren işçinin yaptığı işten kendi adına bir menfaat temin etmektedir. Bunun süreklilik gösterebilmesi ise ancak işçinin belirli periyotlarla dinlenmesi, enerjisini ve zihnini yenileyebilmesi ile mümkündür. Bu dinlenmeden asıl menfaati sağlayacak olan işçi olmakla birlikte işverenin de menfaat sağladığına kuşku yoktur. Yıllık izin sırasında işçinin çalışmaksızın dinlenmesini sağlamak, yani yorgunluğun vereceği zararlardan korumak amacıyla ücret ödemek, işçiyi koruma ve gözetme borcuna dayalıdır denilebilir.

4857 sayılı Kanunun 53. ve devamı maddelerinde yıllık ücretli izne ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Kanuna göre “*İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir.*” (m. 53/1). Her ne kadar maddede “... çalışılmış olan” denilmekteyse de m. 55’te ayrıca yıllık izne hak kazanmak bakımından geçmesi gereken sürenin hesabında çalışılmış gibi kabul edilen süreler sayılmıştır. Böylece işçinin çeşitli sebeplerle çalışmadığı süreler de yıllık izne hak kazanması açısından dikkate alınmış, işçinin dinlenme hakkını kullanması kolaylaştırılmıştır.

Kanundaki yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli şartlar her iş sözleşmesi için ayrıca değerlendirilmelidir. İşçi asıl işinde de yan işinde de bir yıllık çalışmasını tamamladığı takdirde yıllık izne hak kazanacaktır. Benzer şekilde işçinin birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı hallerde yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından her sözleşmedeki çalışma sürelerinin ayrı ayrı hesaplanması gerektiği öğretide belirtilmektedir³⁷⁹.

³⁷⁸ NARMANLIOĞLU, 280-281 ve dn. 80; SÜZEK, İş Hukuku, 363; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 621.

³⁷⁹ CENTEL, Kısmi Çalışma, 66; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 189-190; kısmi süreli iş sözleşmesinde yıllık izin hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. BALKAN, 291 vd.

İşK. 58. maddesinde, “Yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığı anlaşılırsa, bu izin süresi içinde kendisine ödenen ücret işveren tarafından” geri alınabileceği düzenlenmiştir. Buna göre yıllık ücretli izinde çalışıldığının tespit edilmesi halinde işveren, işçiye peşin olarak ödemiş olduğu yıllık ücretli izin ücretini geri alabilecektir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi yıllık ücretli izin düzenlemeleri ile amaçlanan, işçinin dinlenmesini sağlamaktır. Kanun koyucu, dinlenme amacının sağlanabilmesi için bu sürede dinlenilmeyip de çalışılmasının yaptırımı olarak söz konusu hükmü getirmiştir. Bu yasak düzenlemesi başlığı ile birlikte incelendiğinde yıllık izin kullanılırken yürütülen yan işin geçersiz sayılması gerektiği çıkarımı yapılabilir³⁸⁰.

Bahsi geçen yasal düzenleme, sadece İş Kanunu kapsamındaki işçiler için geçerli olup, Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda bu yönde düzenlemeler bulunmadığından bu kanunlar kapsamındaki işçiler için söz konusu yasak, uygulama alanı bulmayacaktır³⁸¹.

İş Kanunu ile yasaklanmış, daha doğru ifade ile yıllık izinde başka işte çalışılması halinde ödenen yıllık izin ücretinin iadesi öngörülmüş olmasına rağmen işçi, bu sürede başka bir işte çalışmış olabilir. Bize göre, yıllık iznin amaçlarından biri işçinin dinlenmesini sağlamak olduğuna göre, işçinin bu süre içinde ücret karşılığı olsa dahi yaptığı her iş değil, onun dinlenmesini engelleyecek, bir diğer deyişle işçiye beden ve ruhen yoracak, yıpratıcı işler yasak kapsamında olmalıdır. Şüphesiz hangi işlerin bu kapsamda olduğunu belirlemek çok kolay değildir. Hangi işlerin yasak kapsamında

³⁸⁰ CİVAN, Yan Yükümlülükler, 358.

³⁸¹ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 73; AKYİĞİT, Yıllık Ücretli İzin, 622; Yazara göre, yasada açık bir yasak bulunmasa da işçinin yıllık izinindeki çalışması işçinin asıl işini sadakat borcu, işin kötü ifası gibi yönlerden etkileyerek ifa yeteneğini etkiliyorsa bunu engellemeye yönelik ayrı bir düzenleme yapılmalı, yoksa yıllık ücretli izinde çalışmaya yönelik genel bir yasak olmamalıdır. Basın iş kanununda yan işin kural olarak serbest bırakıldığı da düşünülürse, aksine bir anlaşma olmadıkça Basın İş Kanunu çerçevesinde yıllık izin sırasında yan işte çalışmak serbesttir. Karşılaştırınız, ÇÖĞENLİ, 156; Yazara göre, bu sınırlama sadece yıllık izinde yapılan bağımlı çalışmaları değil, gelir getirici her türlü faaliyeti kapsamaktadır.

olduğu değerlendirilirken yapılan işin biçimi, kapsamı, süresi ve ağırlığı değerlendirilmelidir³⁸². Bu kapsamda işçinin fiziksel ya da zihinsel olarak dinlenmesini sağlayacak veyahut ona iyi gelecek faaliyetler yasak kapsamında değerlendirilmemelidir.

Yıllık ücretli izin sırasında iş görme borcu devam etmemesine rağmen işçinin sadakat borcu devam etmektedir. İşveren işçi yıllık izinindeyken onun dinlendiği düşüncesindedir. Kanunen yıllık ücretli izin sırasında çalışma yasaklandığından işveren bunu düşünmekte de haklıdır. İşçinin yıllık ücretli izin sırasında başka bir işte çalışmasını sadakat borcuna aykırı olarak gören görüşler bulunmaktadır³⁸³.

Yıllık izin kullanılırken yapılan işin yasak kapsamında olması için zorunlu olarak iş sözleşmesi niteliğinde olması gerekmez; bilakis gelir getirici herhangi bir faaliyet de yasak kapsamında değerlendirilmelidir³⁸⁴. Gerçekten kanunda ücret karşılığı denilmiş, ama bu ücret karşılığı çalışmanın bir iş sözleşmesine dayanması gerektiği belirtilmemiştir. Tam bu noktada, ücretsiz olarak yürütülen yorucu faaliyetlerin yasak kapsamında olup olmadığı tartışmaya açılacaktır. Kanun koyucu açıkça yıllık ücretli izin sırasında ücret karşılığı çalışmayı yasakladığından ücret karşılığı olmayan aktiviteler yasak kapsamında olmayacaktır³⁸⁵. Kuşkusuz bu ihtimalde, yürütülen faaliyet karşılığında ücret almadığını ispat yükü işçide olacaktır³⁸⁶.

İşçi yıllık izinde değil iken giriştiği yan işler söz konusu olduğunda haftalık azami çalışma süresinin aşılması problemi gündeme gelebilecekken yıllık ücretli izin sırasında

³⁸² CİVAN, Yan Yükümlülükler, 356-357.

³⁸³ CANİKLİOĞLU, 2017 Kararları, 319. Süzek'e göre, yıllık ücretli izinde işçinin ücret karşılığı başka bir işte çalışmasının Kanunda bir yaptırımı öngörülmuş olduğundan, bu davranışa ayrıca haklı nedenle fesih yaptırımının uygulanması, ölçülülük ilkesine aykırı düşecektir. Bu bakımdan işçinin izinde çalışmama yükümlüğünü ilk kez ihlal ettiğinde uyarılması ve davranışın tekrarı halinde iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmesi objektif iyi niyet kurallarına uygun olacaktır; Süzek, İş Hukuku, 868.

³⁸⁴ ÇÖĞENLİ, 155-156.

³⁸⁵ BİNGÖL, 131. Öğretide Bingöl işçinin ücret karşılığı olmadan yaptığı işin yasak kapsamı ile uyumlu olması ve işçinin dinlenmesini engelleyici nitelikte olmaması gerektiğini belirtmektedir, 131.

³⁸⁶ ÇÖĞENLİ, 156.

artık haftalık azami çalışma süresinin aşılması problemi de yaşanmayacaktır³⁸⁷. Ancak işçi bu sürede dinlenmiş de olmayacaktır. Yani yıllık izinde yürütülen bir yan iş (ister bağımlı olsun ister bağımsız) azami çalışma sürelerinin aşılmasına yol açmayacağından geçersizliğe de yol açmayacaktır. Öğretide verilen bir örneğe bakacak olursak; yıllık izinde işçinin pazarcılık yapması halinde bu çalışmanın geçersizliğini ileri sürmekte bir fayda da bulunmamaktadır³⁸⁸.

Yıllık ücretli izin sırasında yürütülen yan işlerin yasak ve sadakat borcuna aykırı olduğunu savunan görüşün karşısında, yıllık izinde çalışmanın yaptırımı olarak kanunda işçiye ödenen ücretin geri alınması düzenlendiğinden yapılan çalışmanın geçersizliğe yol açmayacağı, işçinin dinlenmek mecburiyeti de olmadığı görüşü yer almaktadır³⁸⁹. Caniklioğlu'na göre, işçi yıllık izin süresinin tamamında çalışması halinde bir yıl boyunca başka dinlenme fırsatı bulamayacağından ve bu sebeple dinlenme amacı gerçekleşmeyeceğinden bu durum sadakat borcuna aykırılık oluşturur³⁹⁰. Yıllık ücretli izinde sürekli olarak çalışılmasının, Anayasadaki yıllık ücretli izinden vazgeçilemeyeceği yönündeki emre de aykırılık oluşturacağı öğretide isabetli olarak ifade edilmiştir³⁹¹.

Yıllık ücretli izin sırasındaki çalışma yasağı hakkında yapılan gelir getirici yan işin ne kadar sürmesi halinde yasak kapsamında olacağı belirsizdir. Öğretide ifade edildiği üzere örneğin 25 günlük bir yıllık izin süresinde tesadüfen birkaç saatlik, bir-iki günlük çalışmaların da yasak kapsamında olduğu söylenemeyecektir³⁹².

³⁸⁷ CİVAN, Yan Yükümlülükler, 358-359.

³⁸⁸ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 94-95.

³⁸⁹ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 380; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 358.

³⁹⁰ CANİKLİOĞLU, 2017 Kararları, 320.

³⁹¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 792; GÜRKAN, 382.

³⁹² AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 100.

Yıllık ücretli izne ilişkin bazı temel ilkeler izin süresinde çalışmaya ilişkin bazı özellikler barındırabilmektedir³⁹³. Bu başlık altında kimi temel ilkeler hakkında bilgi verilecektir.

B. Yıllık Ücretli İzne İlişkin Bazı Temel İlkeler

1. Yıllık İzin Hakkından Feragat Edilemez

Yıllık ücretli izinden vazgeçilemeyeceği hukukumuzda bir ilke olarak benimsenmiştir (İş K. m. 53/2, BİK. m. 21/3, DİK. m. 40/3, c. 2, TBK m. 425/2)³⁹⁴. Dolayısıyla işçi dinlenme hakkından feragat edemez. Bu feragat karşılığında işçiye bir menfaat sağlanıp sağlanmadığının bir önemi yoktur³⁹⁵. Yani yıllık izin fiilen kullandırılmak zorundadır. Kullandırılmadığı halde örneğin işçiye yıllık izin ücreti ile

³⁹³ Başlık altında açıkça yer vermediğimiz “miras yoluyla intikal edemez” ilkesi, yan iş ile doğrudan bağlantılı görülmediği için burada kısaca bahsedilmekle yetinilecektir. Öğretide savunulan bir görüşe göre kişiye sıkı surette bağlı haklardan olup işçinin ölmesi ile mirasçılara geçmez, devredilemez, ÇÖĞENLİ, 163; EKONOMİ 330, 354. Ancak bunun karşısında yer alan görüş, işçinin, işverenin kusuru sebebiyle görme yetisini kaybetmiş ve kişilik değerleri işveren tarafından zarara uğratılmış halde iken ve yıllık izninden kullanmadığı süreler varken ölmesi örneğinde gündeme gelecek olan maddi-manevi tazminat (kişiye nispeten daha sıkı bağlılık ifade eder) talep hakkı mirasçılara geçebilirken kullanılmayan yıllık izin ücretlerini (kişiye bağlılığı nispeten daha azdır) talep hakkının mirasçılara geçmemesi isabetsiz sonuçlara yol açacağını ifade etmiş; ayrıca işçi sağlığında, yıllık izin kullanırken ücretini almış olsa eşi ve çocukları için sarf edecekken işçinin vefatından sonra yine aynı kişilerin bu ücreti talep edemeyecek olmalarını isabetli bulmamıştır, AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 70-71.

³⁹⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 828; SÜZEK, İş Hukuku, 867; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 1334; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, 335; BİNGÖL, 78.

³⁹⁵ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 68. TBK’da yer alan düzenlemede “İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, işverenden alacağı para ve başka menfaatler karşılığında yıllık ücretli izin hakkından feragat” edilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak kanaatimizce bu ifadeden, yıllık ücretli izin hakkından bir karşılık alınmadan feragat edilebileceği anlamı çıkarılmamalıdır.

birlikte ek menfaat sağlanarak kullandırıldığı kabul edilemez. Bu halde dahi iş sözleşmesi sona erdiğinde kullandırılmayan yıllık izin ücretinin ödenmesi talebinde bulunulabilir³⁹⁶.

Yıllık ücretli izin hakkından feragat edilemeyeceği ilke olarak kabul edilmesine rağmen iş ilişkisi sona erdiğinde kullanılmayan yıllık izin sürelerinin varlığı halinde bu sürelerin karşılığı işçiye ödenmektedir (m. 59)³⁹⁷. Bu halde ‘yıllık ücretli izin hakkından feragat edilemeyeceği’ ilkesinin mutlak olarak uygulandığından söz edilmesi mümkün olmayacaktır³⁹⁸.

Yıllık iznin kullanılması zorunluluğu, izinde çalışma yasağı ile doğrudan bağlantılı görünmektedir³⁹⁹. Zira işveren işçinin yıllık iznini kullandığını düşünürken, işçi aslında bu sürede başka bir yerde çalışıyorsa yıllık iznini kullanmış sayılıp sayılmayacağı tartışılır durumdadır. Kanaatimizce; nasıl işçi, bir işverene bağlı olarak çalışmakta iken yıllık izinlerini kullanmadan çalışmaya devam edebiliyorsa izin kullandığı sırada başka işte çalışması da işçinin dinlenmesi hususu ve yıllık iznin amacı gözetildiğinde aynı sonuçları vermektedir. Dolayısıyla işçinin yıllık izin kullandığı sürece dinlenmemiş olması hali, işverene sözleşmeyi haklı sebeple fesih imkanı vermeyecektir. Böyle bir durumun olsa olsa işveren ile işçi arasındaki güven ilişkisine zarar verdiği ve işçi ile iş ilişkisini devam ettirmesi işverenden beklenemeyeceğinden işverene geçerli sebeple fesih imkanı vereceği savunulabilir⁴⁰⁰.

³⁹⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 787-788; “... çalışma sürerken yıllık izin kullanılmaksızın ücretinin ödenmesi, iş aktinin sona ermesinden sonra aynı dönem için yıllık izin ücretinin talep edilmesine engel değildir. Zira, çalışma sürerken yıllık iznin kullandırılması yerine ücretinin ödenmesi yıllık izin hakkını ortadan kaldırmaz. Çalışma devam ederken yıllık ücretli izin paraya tahvil edilemez.” Y9HD, 21.11.2016, E. 2015/8588, K. 2016/20520, (www.kazanci.com); Aynı yönde, Y3HD, 30.12.2021, E. 2021/7201, K. 2021/13886, (www.lexpera.com).

³⁹⁷ Alman hukukunda da benzer nitelikte düzenleme söz konusudur.

³⁹⁸ Öğretide bu istisnaya rağmen yıllık izin hakkından vazgeçilememesi ilke ve kuralının mutlak emredici nitelikte olduğu ifade edilmektedir, ÇÖĞENLİ, 154; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 68.

³⁹⁹ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 68.

⁴⁰⁰ Akyiğit’e göre işçi yıllık ücretli iznini kullandığı sırada derhal fesih hakkını kullanmak hak düşümü süresi olan 6 iş günlük süre sebebiyle pek mümkün görünmemektedir; iznin bitiminin beklenmesi

2. Yıllık İznin Kullandırılması Zorunludur

Türk hukukunda belirli süre çalışmış olan işçiye her yıl belirli bir süre yıllık ücretli izin verilmesi zorunludur. Yasaya göre de işçi hak kazanmış olduğu yıllık ücretli iznini gelecek hizmet yılı içerisinde kullanacaktır (m. 54/4). Her ne kadar dinlenme hakkı Anayasal güvence altında olsa ve İş Kanununda yıllık ücretli iznin işçinin izne hak kazandığı tarihi takip eden hizmet yılı içinde kullanılması düzenlenmiş olsa da işverenlerin bu izinleri geç veya eksik kullandıkları görülmektedir⁴⁰¹. Bu hak ile işçinin bir yıl süreyle çalışmasından kaynaklı yorgunluktan kurtulabilmesi amaçlandığından işçi veya işveren izin kullandırılmaması veya ileriki yıllarda toplu olarak kullandırılması yönünde bir talepte bulunamazlar⁴⁰². Kanunla düzenlenen bu izin süreleri işçiye verilebilecek en az süredeki izinleri ifade etmektedir. Yani kanunda öngörülen süreler nispi emredici nitelikte olduğundan, toplu iş sözleşmesi ya da bireysel iş sözleşmeleri ile işçi lehine artırılabilir veya azaltılması mümkün değildir.

Pozitif düzenlemelerimiz yıllık ücretli izin bakımından incelendiğinde yıllık ücretli izne hak kazanmak için ne kadar süre çalışmış olmak gerektiği hususunda bir yeknesaklık olmadığı göze çarpmaktadır⁴⁰³. İş Kanununda (m. 53) ve Türk Borçlar Kanununda (m. 422) en az bir yıl çalışmış olma koşulu aranmışken Deniz İş Kanununda aynı işveren emrinde ya da aynı gemide bir takvim yılında altı ay çalışmış olmak gerektiği belirtilmiştir (m. 40). Basın İş Kanununda ise yapılan işin günlük mevcuteye ilişkin olup olmadığı önem taşımaktadır: Günlük mevcuteler bakımından bir yıl, günlük olmayan

ise işverenin aradaki sürede sessiz kalması sebebiyle işçinin eylemini affettiği izlenimi verebilir. Bu ihtimal kabul edilirse hak düşümü süresinin geçmesinden başka ayrıca izin ücretini talep hakkının da kalmadığı söylenme riski ortaya çıkabilir. Çalışma olgusu iznin bitiminden sonra öğrenilirse, işverence derhal fesih uygulanabilir, AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 69-70.

⁴⁰¹ ÇÖĞENLİ, 152.

⁴⁰² ÇÖĞENLİ, 152-155; EKONOMİ, 291; BİNGÖL, 77.

⁴⁰³ Yıllık izne hak kazanma şartı bakımından gereken süre hakkında bkz. ÇÖĞENLİ, 89 vd., 115 vd., 117-118; AKYİĞİT, Yıllık Ücretli İzin, 183 vd.; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 780 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, 827 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 1317 vd.

mevzuteler bakımından ise altı aylık dönemlerin ölçü olarak belirlendiği görülmektedir (m. 21).

Yıllık ücretli iznin izne hak kazanmak için gerekli olan bekleme süresi doldurulmadan kullandırılmasının mümkün olup olmadığı, üzerinde durulması gereken bir başka husustur. *Akyiğit'e* göre, mevzuatta bunu engelleyen bir hüküm olmadığından, tarafların anlaşmaları halinde yıllık ücretli iznin tamamı veya bir kısmı bekleme süresi dolmadan içinde bulunulan hizmet yılı içerisinde kullandırılabilir⁴⁰⁴.

3. Başka İzinlerle Mahsup Edilemez

4857 sayılı İş Kanununda işverenin, işçinin yıllık ücretli iznini yıl içinde verdiği diğer ücretli-ücretsiz izin günleriyle veya dinlenme ve hastalık izinleri ile takas ya da mahsup etmesi yasaklanmıştır (İş K. m. 56/4). Türk Borçlar Kanununda ise işçinin bazı hallerde yıllık ücretli izin süresinin indirilebileceği düzenlenmiştir. *“İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmeti yerine getirmediği takdirde işveren, çalışılmayan her tam ay için, yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabilir.”* (TBK m. 423). Belirtelim ki Mevzuatı Borçlar Kanununda da benzer bir düzenleme bulunmaktadır (329b Abs 1, 2).

Mahsup yasağı olarak adlandırılabilir bu ilkenin, pozitif hukukumuzda mutlak olarak benimsendiği söylenemeyecektir. Zira Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'nda bu nitelikte yasak hükümleri öngörülmemiştir. Böylece denilebilir ki işçi ile işveren anlaşarak yıllık ücretli izin süresinden indirilmek üzere işçiye çeşitli izinler verilebilir.

Kanunda mahsup yasağına ilişkin hükümden anlaşılması gereken, öğretide şu şekilde ifade edilmektedir; *“Yasa koyucu bu düzenleme ile işçilerin dinlenmeleri temel amacıyla getirilmiş izin günlerinin yalnız bu amaçla kullanılmasını sağlamak, başka nedenlerle veya yasada öngörülen zamandan önce verilen izinlerin karşılık tutularak,*

⁴⁰⁴ AKYİĞİT, Yıllık Ücretli İzin, 295.

yıllık iznin kısaltılmasına veya tamamen ortadan kaldırılmasına meydan vermemek istemiştir."⁴⁰⁵.

C. Kanaatimiz

İş K. m. 58 ile yıllık ücretli izin sürecinde ücret karşılığı çalışmak yasaklanmış ayrıca bu yasağa aykırılık halinde bu süre içinde ödenen ücretin işçiden geri alınabileceği de düzenlenmiştir⁴⁰⁶. Alman hukukunda ise izin süresinde çalışılması yasaklanmakla birlikte yaptırım öngörülmemiş; doktrinde bu süre için ödenen ücretin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri alınabileceği belirtilmiştir⁴⁰⁷.

Bir görüşe göre yıllık ücretli izinde yapılan ücret karşılığı çalışma, iznin amacına aykırı olduğu kadar bu kurumun kendisiyle çelişki de oluşturmaktadır⁴⁰⁸.

Yıllık ücretli izinde dinlenilmemiş olması işverenin de zararına olabilecektir⁴⁰⁹. Yıllık çalışma süresi sonunda dinlenme amacıyla verilen sürede dinlenmeden tekrar işe dönülmesi halinde işçinin performansı etkilenecek, bu durum da işverenin işçiden beklediği faydanın karşılığını alamaması anlamına gelecektir. Ancak iş sözleşmesi ile yıllık izin gibi dinlenme süreleri boyunca ücretli ya da ücretsiz olarak çalışma yasağı getirmek mümkün değildir. Bu yönde getirilen yasak hükümleri ise kural olarak geçersizdir. İşveren bu yasağı haklı bir menfaat temeline dayandırırsa bu konuda bir geçerlilik tanınabilir ancak sadece işçinin performansı etkileneceği ya da veriminin düşeceği yönündeki bir gerekçe yeterli görülmemektedir⁴¹⁰. Bu gibi hallerde işçinin

⁴⁰⁵ ÇÖĞENLİ, 128-129.

⁴⁰⁶ ÇÖĞENLİ, 155.

⁴⁰⁷ ÇÖĞENLİ 155'te, dn. 467; SÖLLNER, Alfred: Arbeitsrecht, 7. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz. 1981, 223, (ÇÖĞENLİ'den naklen).

⁴⁰⁸ ÇÖĞENLİ, 155.

⁴⁰⁹ HUECK, 1963, 443; ÇÖĞENLİ, 155.

⁴¹⁰ DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 381; Karş. Akyiğit'e göre işveren yıllık izinde çalışma yapıldığını sonradan öğrendiğinde derhal fesih yapabilecek ancak izin sırasında öğrenmesi halinde fesih hakkının kullanım süresi bakımından sorun yaşanabilecektir; işçinin izinden dönüşünün beklenmesi halinde

performansının düştüğü iddiasındaki işveren geçerli performans kriterleri vasıtasıyla iş sözleşmesini sona erdirmek yoluna gidebilecektir.

Yıllık izin süresince amaç her ne kadar işçinin dinlenmesini sağlamak olsa da işçinin bir tür dinlenme borcu altında olduğundan söz edilemez. Ancak işçinin bu sürede dinlenme yükümü vardır denilebilir⁴¹¹. İşçinin çalışma süreleri dışında dinlenip dinlenmediğinin tam olarak tespit edilmesi de oldukça güçtür.

Kanaatimizce yıllık ücretli izin sırasında başka bir işte çalışmanın yaptırımı kanun koyucu tarafından düzenlendiğinden işverenin yapması gereken, bu süre için işçiye ödediği bedeli işçiden geri istemek yahut henüz ödeme yapmamışsa ödemeyi reddetmektir. Yoksa salt bu durum işverene iş sözleşmesini feshetme hakkı vermeyecektir. Böyle bir halde, olsa olsa işveren ile işçi arasındaki güven ilişkisinin zarar gördüğü ve işçi ile iş ilişkisini devam ettirmesi işverenden beklenemeyeceği gerekçesiyle geçerli fesih yoluna gidilebilir.

İşçinin hem asıl işinde hem de yan işinde gerekli şartları taşıması halinde yıllık ücretli izin kullanması söz konusu olacaktır. İşçinin asıl işinden yıllık izin aldığı bir durumda yan işinde de yıllık iznini alabiliyorsa bir problemle karşılaşılmaz⁴¹². Ancak durum her zaman böyle olmayabilir. Zira işçinin bir yılı doldurarak yıllık izne hak kazandığı tarih çoğunlukla farklı sözleşmeler bakımından farklı olacaktır. İşçinin kısmi süreli iş sözleşmeleriyle birden fazla işveren nezdinde çalıştığı bir örnekte, eğer işçi iki işinde kullanacağı yıllık izinleri aynı zamana denk getiremediği için, bir işinde yıllık izin

işverenin durumu kabullendiği gibi bir algı oluşabilir ve dahası işçiyi mazur gördüğü düşüncesi onun izin ücretini iade almasını dahi engelleyebilir, AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 96-97.

⁴¹¹ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 98-99; DOĞAN YENİSEY, Yan İş, 380; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 358; Alman öğretisinde dinlenme sürelerine ilişkin düzenlemelerin işçiye dinlenme yönünde bir yükümlülük yüklediği ifade edilmektedir, CİVAN, Yan Yükümlülükler, 356 dn. 59'dan naklen (Wulf, Jens-Peter: Nebentätigkeitsbeschränkungen und Wettbewerbsrecht, Frankfurt am Main 2008, 42-43); Aynı yönde, GÜRKAN, 379.

⁴¹² BALKAN, 364. Yazara göre birden fazla iş ilişkisinde işverenlerin durumdan haberdar olması ihtimalinde yıllık ücretli izni aynı dönemde kullandırmaları dürüstlük kuralı gereğidir.

kullanırken diğerk işinde çalışmaya devam etmek mecburiyetinde kalıyorsa yıllık izin kullandıran işverenin ödediğı yıllık izin ücretini geri alamayacağı görüşüne katılıyoruz⁴¹³. Kaldı ki işçinin bu gibi durumlarda iki işi için çalışma süreleri de birbirinden ayrıştırılmış durumda olduğundan işçi yıllık izin kullandığı sırada asıl işindeki çalışma sürelerinde çalışmadığı sürece yıllık izinde çalışmış olarak kabul edilmeyecektir.

Kısmi süreli iş sözleşmeleri ile alakalı olarak ve bizim konumuzla da alakası bakımından öne sürülen bir görüşe göre; yıllık izinde çalışma yasağı işçinin işini sürdürdüğü saatlere özgülenmelidir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi günlük çalışma sürelerine denk gelmeyen başka işlerde çalışmaya devam edebilir⁴¹⁴. Örnek vermek gerekirse; işçi asıl işinde sadece pazartesi, salı ve çarşamba günleri çalışıyor olsun. İşçi yıllık izin kullandığında bu günlere denk gelen çalışma süresinde değil de diğerk vakitlerde başka bir işte çalışabilecektir. Yıllık izinde olduğu işini yaptığı zamanlarda başka bir işte çalışması halinde ise işverence yıllık izin için ödenmiş olan ücret geri alınabilecek ya da ödenmediyse ödemekten kaçınılabilecektir.

2019 yılında uyuşmazlık konusu olan bir olayda kamyon şoförü olan davacı yıllık ücretli izin sırasında İETT bünyesinde çalışmıştır. İşverence durumun öğrenilmesiyle iş sözleşmesi feshedilmiş, işçi işe iade davası açmıştır. İlk derece mahkemesi başka işte çalışmanın anlaşılması nedeniyle davanın reddine karar vermiş, Bölge Adliye Mahkemesi ise yıllık izinde çalışmanın yaptırımı kanunla düzenlenen ‘ödenen ücretin geri alınması’ olduğu ve başka işte çalışmanın haklı fesih sebebi oluşturabilmesi için sır saklama ya da rekabet gibi hususların söz konusu olması gerektiğı ancak somut olayda böyle bir iddia ve delil olmadığı gibi sebeplerle feshin geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise davacının yıllık ücretli izinde iken davalı işverenin bilgisi ve izni dışında başka bir işyerinde ücret karşılığında çalıştığı sabit olduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre “*Anayasal haklardan olan dinlenme hakkı çalışana çalışmaya ara vererek dinlenebilmesi için öngörülmüş olup, izin*

⁴¹³ TULUKÇU, Dinlenme Hakkı, 355; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 793.

⁴¹⁴ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 201.

sonrasında işe dinlenmiş olarak dönmesi beklenen işçinin bir anlamda daha da yorularak dönmüş olmasının işine olumsuz yansıtacağı kaçınılmazdır. Bu sebeple davacının haklı değil ancak geçerli fesih nedeni olabilecek eylemi nedeniyle iş akdinin geçerli nedenle feshedildiği” kabul edilmelidir⁴¹⁵.

Kanaatimizce -yukarıda da belirttiğimiz gibi- kanun koyucu yıllık ücretli izinde başka işte çalışmanın yaptırımını düzenlemiştir. Buna göre işveren bu süre için işçiye ödediği ücreti işçiden talep edebilecektir. Başka işte çalışmak ise ancak rekabet oluşturacak, sadakat borcuna aykırılık teşkil edecek (ya da performansın etkilendiğinin somut verilerle desteklendiği) hallerde fesih sebebi oluşturabilecektir. Bu sebeplerle görüşümüz Bölge Adliye Mahkemesi kararı yönündedir.

III. HAFTA TATİLİNDE

İş Kanununun 46. maddesinde hafta tatilinin şartları ve uygulanma esasları düzenlenmiştir. Hükümle, işçilere yedi günlük zaman dilimi içerisinde kesintisiz yirmi dört saatlik bir dinlenme süresi verilmesi emredilmiştir (İşK. m. 46/1). Basın İş Kanunu madde 19’a göre ise *“Her altı günlük fülî çalışmayı mütaakıp gazeteciye bir günlük ücretli dinlenme izni verilmesi mecburidir.”* ifadesinden sonra eğer gazeteci sürekli olarak gece çalışıyorsa hafta tatilinin iki gün olacağı düzenlenmiştir (BİK m. 19/1). Deniz İş Kanununda, gemi adamlarının haftada altı günden fazla çalıştırılmaları yasaklanmıştır; hafta tatili günü çalıştırılanlara, haftanın diğer bir gününde nöbetleşe izin verilmesi öngörülmüştür (DİK m. 41).

⁴¹⁵ Y9HD, 12.02.2019, E. 2018/5600, K. 2019/3382, (www.kazanci.com). Yıllık izin sırasında başka bir işte çalışma vakiasının yaşandığı diğer bir olayda, davacı emeklilik yaş ve prim ödeme gün sayısı şartlarını tamamlaması sebebiyle, işveren de işçinin yıllık izin sırasında başka bir firmada çalışması sebebiyle iş sözleşmesini feshetmiştir. Somut olayda işçinin fesih bildirimi işverenin bildiriminden önce tebliğ edildiğinden sözleşmeyi işçi feshetmiş sayılmıştır. Bu nedenle kararda, yıllık izinde başka işte çalışılmasının fesih sebebi yapılması hususu değerlendirilmemiştir. Y7HD, 21.01.2016, E. 2015/5336, K. 2016/581, (www.kazanci.com).

Hafta tatilinin dinlenme fonksiyonu dışında ayrıca işçilerin aile ve arkadaşlarla sosyalleşme, bağ kurmasını sağlama gibi fonksiyonları da vardır⁴¹⁶. Hata tatilinin düzenlendiği bir başka kanun olan Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunda (m. 3) ve TBK’da (m. 421) hafta tatilinin pazar günü olacağı düzenlenmesine rağmen İş Kanununda hafta tatilinin hangi gün olacağı belirlenmemiştir. Öğretide ifade edilen bir görüşe göre, tüm çalışanların ortak bir günde tatil yapabilmeleri, hafta tatilinin amacına daha uygun olduğundan İş Kanunu kapsamındaki işçilerin de tatilinin, kural olarak, Pazar günü olduğunun kabulü isabetli olacaktır⁴¹⁷. TBK m. 421’de “İşveren, işçiye her hafta, kural olarak pazar günü veya durum ve koşullar buna imkân vermezse, bir tam çalışma günü tatil vermekle yükümlüdür.” şeklindeki düzenleme ile hafta tatili sadece Pazar gününe sabitlenmemiş, Pazar günü mümkün olmazsa bir başka günün de hafta tatili olarak kullanılmasına imkan verilmiştir.

Kanunda hafta tatilinin kesintisiz olarak kullandırılmasının öngörülmesine rağmen uygulamada bazen işçiler hafta tatilinde sadece bir ya da birkaç saatlik iş için işyerine çağrılmakta ve çalıştırılabilmektedirler. Yargıtay böyle bir durumda işçinin hiç tatil yapmamış sayılacağını belirtmektedir. Yargıtaya göre, “Hafta tatili izni kesintisiz en az yirmi dört saattir. Bunun altında bir süre haftalık izin verilmesi durumunda, usulüne uygun şekilde hafta tatili izni kullandığından söz edilemez. Hafta tatili bölünerek kullandırılmaz. Buna göre hafta tatilinin yirmi dört saatten az olarak kullandırılması hâlinde hafta tatili hiç kullandırılmamış sayılır./5. Hafta tatili dinlenme hakkına ilişkin olup işçinin ücretinin yüksek olması veya çalışma saatlerini kendisinin belirlemesi bu hakkın kullanımına engel teşkil etmez. Hafta tatilinde çalışan işçiye hafta tatili ücreti ödenmelidir.”⁴¹⁸.

416

ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA,

769;

MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 1369.

⁴¹⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 769.

⁴¹⁸ Y9HD, 22.11.2023, E. 2023/13102, K. 2023/17770, (www.kazanci.com). Aynı yönde Y9HD, 27.06.2022, E. 2022/7405, K. 2022/8328; Y9HD, 04.10.2022, E. 2022/8398, K. 2022/11096 (www.kazanci.com).

Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir (m. 46/2). Kural olarak maktu ücretle çalışan işçilerin hafta tatili ücretleri, kararlaştırılan ücretlerine dahildir. Bu nedenle haftalık çalışmasını tamamladıktan sonra bir de hafta tatilinde çalışan işçilere, fazla çalışma niteliğinde olan bu çalışmanın karşılığı olarak ayrıca 1,5 günlük daha ücret ödenir. Kanunda açıkça düzenlenmeyen bu sonuca Yargıtay kararlarıyla ulaşılmıştır^{419, 420}.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin hafta tatili ücretine hakları olup olmaması konusunda tartışmalar olmakla birlikte, katıldığımız görüşe göre işçi haftanın altı günü çalışıyorsa yedinci gününde hafta tatiline hak kazanacaktır; ancak en fazla beş gün işyerine giden kısmi süreli bir işçinin hafta tatili hakkı bulunmamaktadır⁴²¹.

İşçinin birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi ile haftanın üç işgünü asıl işyerinde, diğer üç işgünü yan işinde çalışması halinde hafta tatiline ihtiyaç duyacağı muhakkaktır. Bu durum için yasal bir düzenleme de olmadığından, konu hakkında bir yasal

⁴¹⁹ Y22HD, 20.01.2020, E. 2016/28524, K. 2020/652. “Çalışılmayan hafta tatili günü için bir iş karşılığı olmaksızın işçinin ücreti tam olarak ödenir (İş K. m.46/2).İş Kanununda hafta tatilinde çalışan işçinin ücretinin nasıl hesaplanacağıнын düzenlenmemiş ise de, hafta tatilinde yapılan çalışmanın fazla çalışma sayılacağı ve buna göre ücretin yüzde elli zamlı ödenmesi gerektiği görüşü Dairemizce benimsenmiştir. Buna göre hafta tatilinde çalışılmışsa, çalışma karşılığı olmaksızın ödenmesi gereken bir yevmiye yanında çalışmanın karşılığı da bir buçuk yevmiye olarak ödenmelidir.”, (www.kazanci.com).

⁴²⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 771-772.

⁴²¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 200; EYRENCİ (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN), 339; CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli, 191; Aksi yönde, SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 180-183; Yazara göre, işçinin haftada en az kaç saat çalışmakla hafta tatiline hak kazanacak derecede yorulduğunun tespiti, yargı kararlarıyla doldurulması gereken bir boşluktur.; Aksi yönde bir başka görüş için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 1306, Yazarlar hafta tatili için işçinin 45 saat çalışmaları ya da çalışmış sayılmaları gerektiğini belirterek dolaylı olarak kısmi süreli çalışanların hafta tatili hakları olmadığını kabul etmektedir. SÜZEK’e göre ise kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar, bir ayırım yapılmaksızın hafta tatili ücretine hak kazanabileceklerdir, SÜZEK, İş Hukuku, 271.

düzenlemeye kadar Yargıtayca adil bir sonuca bağlanması gerektiği görüşüne katılıyoruz⁴²².

Ücret ödenmesine rağmen işyerinde çalışılmayan hafta tatilinde işçinin başka bir iş yapması çalışma konumuz bakımından önem taşımaktadır. Yan işte yapılan çalışmanın, işçinin asıl işindeki performansını etkilediği ve bu nedenle sadakat borcuna aykırılık söz konusu olabileceği görüşü öğretiler ileri sürülmektedir⁴²³. Ancak daha önce de bahsettiğimiz üzere, her ne kadar işçi işini özenle yerine getirmek yükümlülüğü altında olsa da işçinin çalışmadığı zamanlarda dinlenerek işinde tüm gücünü toplamış şekilde performans sergilemesi gibi bir yükümlülüğü yoktur⁴²⁴. Bu nedenle işçi serbest zamanlarında yan işte çalışmak hususunda bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık işçinin fiilen insan takatini aşan sürelerle çalışmaması/çalıştırılmaması gerekir. Bunun için hafta tatilinde işçinin çalışmasını bir nebze engelleyecek yahut sınırlandıracak caydırıcı yaptırımların öngörülmesi, işçilere hafta tatili ve diğer dinlenme sürelerinin önemi hakkında bilinçlendirici eğitimlerin verilmesi, işçi ücretlerinin işçinin bir başka işte dinlenmeksizin haftanın tüm günlerinde çalışmasına ihtiyaç bırakmayacak bir seviyeye getirilmesi gerekmektedir.

Kural olarak bir işverene bağlı olarak haftanın altı günü çalışmış olan işçiye öğretiler hafta tatilinde başka bir işverene bağlı olarak çalışılması halinde haftalık çalışma süresi, yasal azami çalışma süresini aşıyorsa aşan sürenin (yan işte geçen ve yasal sınırı aşan sürenin) fazla çalışma gibi ücretlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴²⁵. Hafta

⁴²² CANIKLIOĞLU, Kısmi Süreli, 192.

⁴²³ EYRENCİ, Kısmi Süreli Çalışmalar, 40; CENTEL, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, 63; TUNCAY, İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, 1063.

⁴²⁴ DOĞAN YENİSEY, Yan İş Yasağı, 378; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 357.

⁴²⁵ DOĞAN YENİSEY, Yan İş Yasağı, 380; TULUKÇU, Dinlenme Hakkı, 212-214; SEVİMLİ'ye göre, işverenlerin birden fazla çalışma olduğundan haberleri olması durumunda fazla çalışma ücretinin söz konusu olacak, aksi halde işverenin haberdar olmadığı bir durumda fazla çalışma ücreti gündeme gelemeyecektir, Kısmi Süreli, 163.

tatilinde kural olarak çalışmak yasak olmasına rağmen işçi başka bir işverene bağımlı olarak çalışıyorsa fazla çalışmaya ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır⁴²⁶.

Bununla birlikte ücretli çalışma, eser veya vekalet sözleşmesi gibi iş ilişkisi dışında bir çalışma kapsamında yerine getirilmişse ya da işçi hafta sonunda ücretsiz olarak çalışmışsa mevcut mevzuat çerçevesinde çalışma sürelerine ilişkin sınırlamaları uygulamak mümkün olmaz. Bu ise, yan işe veya yan faaliyete ilişkin sınırlamaları çalışma ve dinlenme düzenlemeleriyle açıklamanın tutarsız sonuçlara yol açtığını göstermektedir⁴²⁷.

İşçinin hafta tatilinin her iki işinde farklı günlerde olduğunu bir olasılıkla işçinin hiç boş günü olmayacak ve işçi hafta tatili kullanamayacaktır. Bu nitelikteki bir çalışma temposunun insan takatini aşacağı, Anayasal dinlenme hakkını da ihlal edeceği, işverenin bu tür bir çalışmayı kabule zorlanamayacağı savunulabilir⁴²⁸. Ancak sadece hafta tatili kullanamaması sebebiyle işçinin ikinci işine son verilmesi mümkün değildir. Böyle bir ikinci sözleşme (işverenin durumdan haberi varsa) ya baştan kurulmamalıdır yahut performans gerekçeleri somutlaştırılarak sona erdirilmelidir. İşçinin ağır tempodan etkilenmediği durumlarda iki işverenin de sözleşmeyi sona erdirmek için başvurabileceği bir yol yoktur. Diğer bir imkan ise asıl işle yan işin birbiriyle menfaat bakımından çatışan kapsamalarının olması, dolayısıyla sadakat borcuna aykırılığın bulunmasıdır. Yoksa sadece hafta tatilinde çalışmanın, işverenlere sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vermeyeceği kanaatindeyiz.

Kural olarak her ne kadar hafta tatilinde çalışmak kanunen yasak olsa da uygulamada çoğu zaman işçilerin hafta tatilinde de çalıştırıldıkları gözlemlenmektedir. Hafta tatilinde asıl işverence çalıştırılan işçinin zamlı ücret verilerek adeta

⁴²⁶ EYRENCİ, Kısmi Süreli Çalışmalar, 52 vd.; CENTEL, Kısmi Çalışma, 67-68; DOĞAN YENİSEY, Yan İş Yasağı, 380.

⁴²⁷ DOĞAN YENİSEY, Yan İş Yasağı, 380.

⁴²⁸ CANİKLİOĞLU'na göre işçi, seyrek olarak hafta tatillerinde başka işlerde çalışabilir ancak tüm hafta tatillerini çalışarak doldurması kabul edilemez, (Tez danışmanı ile yapılan özel görüşme)

ödüllendirilmesi, ancak buna karşılık başka işverence çalıştırılmasının yasak olması (işçinin bir nevi cezalandırılması) da, tutarsızlık oluşturmaktadır⁴²⁹. Öğretide Civan’a göre hafta tatilinde yapılan çalışma eğer haftalık azami çalışma süresini aşıyor ve fazla çalışma oluşuyorsa yan iş ilişkisinin geçersizliği gündeme gelebilir⁴³⁰.

IV. ULUSAL BAYRAM VE GENEL TATİLLERDE

Kural olarak ulusal bayram-genel tatil günlerinde işçilere çalışmaksızın işverenlerce ücret ödenmektedir (İş K. m. 47).

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri Hakkında Kanun’a⁴³¹ göre 1923 yılında Cumhuriyetin ilan edildiği 29 Ekim günü Ulusal Bayram’dır. Bayram 28 Ekim günü saat 13.00’ten itibaren başlar, 29 Ekim günü devam eder (m. 1). Hükmün de gösterdiği gibi ulusal bayramımız tek olup Kanun’da sadece 29 Ekim Cumhuriyet Bayramı Ulusal Bayram olarak kabul edilmiştir. Kanunda hiçbir ayırım yapılmaksızın 29 Ekim gününde tüm özel işyerlerinin kapatılacağı öngörülmüştür. Bu yasağa aykırılık halinde ise bir yaptırım düzenlenmemiştir⁴³².

Resmi bayramlar ise; 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı, 19 Mayıs Atatürk’ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı, 30 Ağustos Zafer Bayramıdır (m. 2/1, A). Kanun’da dini bayram olarak “Ramazan Bayramı” ile “Kurban Bayramı” sayılmış, Ramazan Bayramı tatilinin arefe günü saat 13.00’ten itibaren başladığı ve 3,5 gün olduğu

⁴²⁹ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 54; Yazara göre hafta tatilinde yapılan çalışma ancak asıl işverenle rekabet oluştuyorsa ya da işçinin asıl işteki ifa yeteneği önemli ölçüde azalıyorsa yaptırıma maruz kalabilir. CİVAN, Yan Yükümlülükler, 358; GÜRKAN, 380.

⁴³⁰ CİVAN, Yan Yükümlülükler, 358.

⁴³¹ RG, 19.03.1981, 17284.

⁴³² CANİKLİOĞLU’na göre sadece hizmetin devamında zorunluluk olan işler ile sınırlı olmaksızın tüm işyerlerinde 29 Ekim günü çalışma yapılabilmesi mümkün olabilmelidir, CANİKLİOĞLU, Bayram ve Genel Tatil Günleri, 16-17. Devamında zorunluluk bulunan işler bakımından 29 Ekim günü çalışmanın mümkün olması gerektiği yönünde bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 775.

(m. 2/1, B, 1), Kurban Bayramı tatilinin ise arefe günü saat 13.00'ten itibaren başlayarak 4,5 gün olduğu (m. 2/1, B, 2) belirtilmiştir.

Kanun'a göre, 1 Ocak yılbaşı tatili, 1 Mayıs Emek ve Dayanışma Günü, 15 Temmuz ise Demokrasi ve Milli Birlik Günü tatilidir (m. 2/1, C). Bu günler Kanun'da, genel tatil günleri olarak düzenlenmişlerdir.

Söz konusu tatillerde işçinin başka/yan bir işte çalışıp çalışamayacağı tartışma konusu olabilecek niteliktedir.

Öğretide savunulan bir görüşe göre ulusal bayram-genel tatil günlerinde her ne kadar işveren bu süreler için işçiye ücret ödese de işçi bu süreyi istediği şekilde değerlendirmekte özgürdür⁴³³. Öğretide Caniklioğlu'nun ifade ettiği gibi bu sürelerin işlevi aslında dinlenme de değildir⁴³⁴. Bu sürelerin işlevi ortak duygu ve düşünceleri birlikte paylaşmaktır. İşçiye dinlenme amacına yönelik bir ödeme de yapılmadığı için başka yerde çalışmasının dinlenmesini engellediği de söylenemez.

Öğretide Akyiğit, genel tatillerde işçinin başka işte çalışmasının caiz görülmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴³⁵. Yazara göre-hafta tatilinde olduğu gibi-işçi aynı zamanı asıl işverenin işinde çalışarak geçirmesi halinde yasaya göre zamlı ücret olarak ödüllendirilecekken başka işverene bağlı olarak ya da bağımsız olarak çalışması halinde yasanın bu çalışmayı yasakladığı düşünülemez. Ayrıca çalışma günlerine denk gelen

⁴³³ DOĞAN YENİSEY, 381; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 357; yazara göre günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında verilen ve kısa bir dönemi kapsayan ara dinlenme sürelerinde yan iş ilişkisine girilmesi olanaklı görülmemektedir, aynı yer. Ara dinlenmesinde yan işte çalışmaya ilişkin değişik ihtimallerin değerlendirmesi için bkz. GÜRKAN, 379-380.

⁴³⁴ CANIKLIOĞLU, Bayram ve Genel Tatil Günleri, 30; Öğretide Baycık, bu tatil hakkının diğer dinlenme haklarından farklı olduğunu belirterek, işçinin ulusal bayram ve genel tatil ücretinin, ücretin içinde olduğunun kararlaştırılması halinde bu hakkın karşılığının alınmamış olacağını, bu durumun da anayasal dinlenme hakkı bakımından bir ihlal niteliği taşıyacağını ileri sürmektedir, BAYCIK, Gaye: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri, İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2016, İstanbul 2018, 299.

⁴³⁵ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 53.

ulusal bayram ve genel tatillerde haftalık azami çalışma süresi de aşılmamış olacaktır. Bu sürede başka bir yerde çalışılsa da azami sürelerin ihlal edildiği söylenemeyecektir. Bu sebeple ulusal bayram ve genel tatil günlerinde yan işte çalışmaya bir engel bulunmamaktadır⁴³⁶.

V. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIDA OLDUĞU HALLERDE

A. Genel Olarak

İş sözleşmesi kanunen öngörülen bazı hallerde veya tarafların anlaşması ile askıya alınabilir⁴³⁷. Bu hallerde tarafların temel borçları olan; işçinin iş görme ve işverenin iş görmenin karşılığı olarak ödeyeceği ücret borçları da askıya alınır⁴³⁸. Taraflar ücret ve iş görme borçlarını askı süresi boyunca ifa etmezler ve iki taraf da karşılıklı olarak bu borçların ifasını birbirlerinden talep edemezler. Buna karşılık iş sözleşmesinin askıda olduğu hallerde akdi ilişki devam ettiğinden işçinin sadakat borcu ve işverenin işçiyi koruma borcu da belirli ölçülerde devam edecektir⁴³⁹.

İş sözleşmesinin askıya alınması uygulaması öğretide iş güvencesinin sağlanmasının en önemli araçlarından biri olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁰. Zira iş

⁴³⁶ DOĞAN YENİSEY, Yan İşte Çalışma, 381; CİVAN, Yan Yükümlülükler, 357; GÜRKAN, 381.

⁴³⁷ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. SÜZEK, Askıya Alınmasının Genel Teorisi, 41; SÜZEK, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, DEÜHFD, Yıl 2007, C. 9, Özel Sayı, 121; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 768.

⁴³⁸ SÜZEK, İş Hukuku, 503; SÜZEK, Askı, 124; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 776; SÜZEK, Askıya Alınmasının Genel Teorisi, 97.

⁴³⁹ SÜZEK, İş Hukuku, 492; TUNCAY, İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, 1064; KAYIRGAN, Sadakat Borcu, 461-462. Y9HD, 17.09.2012, E. 2011/46589, K. 2012/30209 (Legalbank).

⁴⁴⁰ SÜZEK, İş Hukuku, 492; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 767; SÜZEK, Askıya Alınmasının Genel Teorisi, 13-14; EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku Dersleri, 2018, 401; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 768; SARIBAY, Gizem, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü**, Feshe İtiraz ve Feshin Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, 11; SUBAŞI, İş İade Davaları, 593.

sözleşmesini feshetmek yerine taraflar koşulların düzelmesini bekleyerek sözleşmenin ayakta kalmasını sağlayabilmektedirler.

İş sözleşmesinin askıya alınabilmesi için bazı koşulların bir araya gelmesi gerekmektedir⁴⁴¹. Öncelikle işçinin iş sözleşmesini yerine getirmesi mümkün olmamalıdır. Bu imkansızlığın işçiden kaynaklanmaması yani işçinin bu imkansızlığın oluşmasında kusurunun bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca imkansızlık geçici süreyle ortaya çıkmış olmalıdır; zira sürekli bir ifa imkansızlığı söz konusu olursa taraflardan sözleşmeye devam etmeleri beklenemeyecektir⁴⁴².

İşçinin ifa imkansızlığına düşme süresi uzayarak iş ilişkisinin devamını çekilmez hale gelir yani dürüstlük kuralları bakımından iş ilişkisinin devamının beklenmesi kabul edilemez hale gelirse işveren iş sözleşmesini fesih hakkı elde eder⁴⁴³. Bu durumda işveren, geçici imkansızlığın ortaya çıktığı anda değil ancak imkansızlık süresinin uzayarak ilişkinin devamını çekilmez kılması halinde haklı fesih imkanına kavuşmuş olacaktır⁴⁴⁴.

B. Ücretsiz İzin Sırasında

1. Genel Olarak

İş Kanunumuzda genel olarak ücretsiz izne ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Özel olarak ise İş Kanunu'ndaki zorlayıcı sebepler (m. 24/III, 25/III), sağlık sebepleri (m. 25/I-b), işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması" (m. 25/IV), askerlik ve kanundan doğan çalışma (m. 31), yıllık ücretli izin (m. 53 vd.) düzenlemeleri örnek olarak gösterilebilir. Yine İş Kanununda, analık halinde, kadın işçiye isteği üzerine altı aya kadar ücretsiz izin verileceği öngörülmüştür (m. 74/5). Ayrıca, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi,

⁴⁴¹ SÜZEK, İş Hukuku, 493.

⁴⁴² Geçici-sürekli ifa imkansızlığı hakkında açıklamalar için bkz. AKDENİZ, Ayşe Ledün: İş İlişkilerinde İmkansızlık, İstanbul Kasım 2018, 17-18.

⁴⁴³ SÜZEK, İş Hukuku, 494.

⁴⁴⁴ SÜZEK, İş Hukuku, 494.

Grev ve Lokavt Kanunu'nda, grev veya lokavt sırasında işçilerin iş sözleşmelerinin askıda kalacağı açık bir biçimde belirtilmiştir (m. 42/2, 3).

Kanunda açıkça aksi belirtilmediği sürece, ücretsiz izin ancak tarafların bu konuda karşılıklı anlaşmaları halinde uygulanabilecektir⁴⁴⁵. Buradan hareketle; işletme riskleri, ekonomik gündemin iyi gitmemesi, satışların durması, stok fazlalığı, işletmenin verimliliğinin, rekabet yeteneğinin artırılması gibi ekonomik sebepler, işçinin ücretsiz izne ayrılmasını kendiliğinden sağlamazlar⁴⁴⁶.

İş sözleşmesinin ücretsiz izin sebebiyle askıda olmasıyla işçi ücretinden mahrum kalacağından, ücretsiz izin uygulaması işçi bakımından iş sözleşmesinde esaslı değişiklik oluşturacak niteliktedir⁴⁴⁷. Bundan dolayı da İşK. m. 22 gereği, işverenin yazılı önerisi işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı şekilde kabul edilmezse reddedilmiş sayılmalıdır⁴⁴⁸. Yani ücretsiz izin hususunda yapılan sözlü ya da fiili anlaşmalar geçerli

⁴⁴⁵ SÜZEK, Askı, 127; CANİKLİOĞLU, Ücretsiz İzin, 1; YAMAKOĞLU/KARAÇÖP, 480.

⁴⁴⁶ SÜZEK, Askı, 124; YAMAKOĞLU/KARAÇÖP, 481.

⁴⁴⁷ TAŞKENT, Ücretsiz İzin, 22, Yazar bu değişikliğin iş sözleşmesinde esaslı değişiklik olduğunu kabul etmekle beraber önemli olanın açık ya da örtülü şekilde irade uyuşması olduğunu, yazılı bir icap ve kabulün gerekmediğini ifade etmektedir.; CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, Ekonomik Kriz, 643; ALTUNKAYA, Süleyman: Covid-19 Salgınının Türk İş Hukukuna Etkileri Kapsamında Ücretsiz İzin Uygulaması, **Ünye İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, Haziran 2020, 4; YAMAN, 773; Yargıtay da verdiği kararlarında işçinin ücretsiz izne çıkarılmasının iş sözleşmesinde esaslı değişiklik olduğunu belirtmektedir, Y9HD, 18.01.2010, E. 2009/25659, K. 2010/36, (www.kazanci.com). Yargıtay, işçinin rızası alınmadan işverence tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarılmasını işveren feshi olarak kabul etmektedir, Y22HD, 17.09.2018, E. 2015/35126, K. 2018/18937; Y9HD, 31.05.2018, E. 2015/18052, K. 2018/12248; Y9HD, 04.03.2020, E. 2016/15183, K. 2020/3692. Kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

⁴⁴⁸ SÜZEK, İş Hukuku, 500; SÜZEK, Askı, 127; ENGİN, Ücretsiz İzin, 541.

sayılmamaktadır⁴⁴⁹. İşçinin usulüne uygun bir kabul beyanında bulunmaması halinde işveren işletme gerekleri ile bildirimli fesih yoluna gidebilecektir⁴⁵⁰.

İş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğuran ücretsiz izin uygulaması, tarafların iradelerine uygun olarak sürekli borç ilişkisi doğuran iş sözleşmesinin devamını sağlamakta⁴⁵¹ ve işletme gerekleri ile iş sözleşmesinin feshini önleme işlevi görmektedir.

2. Ücretsiz İzinde Başlanan Yan İşin Durumu

İş hukuku uygulamasında kimi zaman işçinin özel ihtiyaçları kimi zaman işverenin ekonomik gerekçeleriyle ücretsiz izin ihtiyacı ortaya çıkabilmektedir. Ücretsiz izin uygulaması özellikle ekonomik kriz dönemlerinde başvuru bir uygulamadır⁴⁵². İşverenler işçinin sunduğu edimi kabul edemeyecekleri geçici dönemler için feshe son çare olarak başvurma gerekliliği⁴⁵³ de düşünüldüğünde karşılıklı anlaşma yoluna giderek

⁴⁴⁹ SÜZEK, Askı, 128; ŞAHLANAN, Fevzi: Geçici İşçi-İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Fesih, Karar İncelemesi; Tekstil İşveren, Hukuk 2, Haziran 2006, 4; Aksi yönde, TAŞKENT, Ücretsiz İzin, 20, 22; EKONOMİ Münir: İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 436-437; YAMAN, 773. Aksi yönde Yargıtay kararları, Y9HD, 30.03.2006, E. 2005/28789, K. 2006/8012, Kararda işçinin başlangıçta ücretsiz izne “karşı çıkmadığı” belirtilerek örtülü kabule geçerlilik tanınmıştır. Y9HD, 10.10.2006, E. 2006/24775, K. 2006/26831. Y9HD, 29.12.2003, E. 2003/22915, K. 2003/22947. Kararın eleştirisi için bkz. ENGİN, Ücretsiz İzin, 537 vd.; Örtülü rızanın dürüstlük kuralı aksini gerektirmediği müddetçe kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, Ekonomik Kriz, 644.

⁴⁵⁰ ENGİN, Ücretsiz İzin, 542.

⁴⁵¹ SÜZEK, Askı, 115; YAMAKOĞLU/KARAÇÖP, 481.

⁴⁵² TAŞKEN, Savaş: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2006, Y. 1, S. 3, 22; YAMAKOĞLU/KARAÇÖP, 480.

⁴⁵³ TAŞKENT, Ücretsiz İzin, 21. Yazara göre işverenin geçerli nedenle fesihte bulunabilmesi için işçilere ücretsiz izin önerisinde bulunmakla yükümlü olduğu söylenemez, aynı yer.; SÜZEK, İş Hukuku, 597; CANİKLİOĞLU, Nurşen/ÖZKARACA, Ercüment: Ekonomik Kriz İçindeki İşverenin İş Hukuku Açısından Başvurabileceği Önlemler, **Kriz Yönetimi**, İstanbul 2009, 642-643; YAMAN, Rabiye: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları, **Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İstanbul Hukuk Mecmuası**, Haziran 2016, 764; NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 168. CANİKLİOĞLU,

sözleşmeyi askıya alabilirler; bu durum ücretsiz izin olarak adlandırılır⁴⁵⁴. Ekonomik kriz sebebiyle işverenden gelen bir teklifle işçinin ücretsiz izne ayrılmasıyla işçi ücretten ve güvencelerinden mahrum kalmaktadır; böylece işveren kendisinin katlanması gerektiği işletme riskini işçinin üzerine yıkmaktadır⁴⁵⁵. Ücretsiz izin iş sözleşmesinin askıda olduğu hallerden biridir; bu dönemde de tüm askı dönemlerinde olduğu gibi tarafların temel borçları olan iş görme ve ücret ödeme borçları devam etmez⁴⁵⁶. Ancak diğer borçlar devam eder⁴⁵⁷.

Şunu belirtmek gerekir ki taraflar anlaşarak ücretsiz izin sırasında işçiye bir miktar ödeme yapılacağını da kararlaştırabilirler⁴⁵⁸.

İşçinin bu dönem için ücret ve diğer haklarından mahrum olması, bu dönemde bir yan işte çalışarak kaybını bir nebze olsun telafi edebileceği fikrini oluşturmaktadır⁴⁵⁹. Bahsettiğimiz gibi işçinin bu dönemde sadakat borcu devam edeceğinden, bulduğu/kurduğu yan işin de sadakat borcuna aykırılık teşkil eden bir iş olmaması gerekmektedir⁴⁶⁰. İşçi askıdaki iş ilişkisiyle aynı alanda, ona zarar verebilecek bir yan iş yapmaktan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Ya da eğilimli bir işyeri söz konusuysa bu eğilimle çelişecek işlerden de kaçınmalıdır. Aksi halde işveren sadakat borcuna aykırılık

Nurşen: 7244 Sayılı Kanunla İşverenlere Tanınan İşçiyi Tek Taraflı Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Uygulaması, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Aralık 2020, S. 204, 2.

⁴⁵⁴ ENGİN, Murat: İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin-Yargıtay Karar Değerlendirmesi, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. I, S. 2, 2004, 541.

⁴⁵⁵ TAŞKENT, Ücretsiz İzin, 26; SÜZEK, İş Hukuku, 502; SÜZEK, Askı, 127; ENGİN, Ücretsiz İzin, 541; YAMAKOĞLU/KARAÇÖP, 480.

⁴⁵⁶ TAŞKENT, Ücretsiz İzin, 20, 23; CANİKLİOĞLU, Ücretsiz İzin, 6; YAMAKOĞLU/KARAÇÖP, 480.

⁴⁵⁷ TAŞKENT, Ücretsiz İzin, 20, Askı döneminde sadakat borcu, işçiyi koruma borcu gibi devam eden yan borçlara aykırı davranılması da haklı fesih sebebi oluşturur; CANİKLİOĞLU, Ücretsiz İzin, 6.

⁴⁵⁸ SÜZEK, İş Hukuku, 500-501; SÜZEK, Askı, 127; TAŞKENT, Ücretsiz İzin, 20, 23; YAMAN, 773.

⁴⁵⁹ CAN İKLİOĞLU, Ücretsiz İzin, 6; Yargıtay uygulaması da bu yöndedir, Y22HD, 09.12.2019, E. 2017/25992, K.2019/22676, (www.kazanci.com).

⁴⁶⁰ CAN İKLİOĞLU, Ücretsiz İzin, 6.

nedeniyle iş sözleşmesini sona erdirebilir. Bu dönemde çalışma süresinden bahsedilemeyeceğinden azami çalışma sürelerinin aşılması sorununun tartışılmasına gerek bulunmamaktadır.

Ücretsiz izin süresinin ne kadar devam edeceği belirli olmayabilir. Bu halde işçinin ücretten mahrum olarak ne kadar beklemek zorunda kalacağı da belirsizdir. Öğretide bir görüşe göre iş sözleşmesinde esaslı değişiklik anlamına gelen bu uygulama, zorunlu olarak ne kadar süreceğinin de belirlenmesini gerektirmektedir⁴⁶¹. Kural olarak ücretsiz izin uygulaması, uygulamanın sebebi ne olursa olsun, süresi makul geçici süre niteliğinde ise taraflara fesih hakkı vermemektedir⁴⁶². Ancak ücretsiz iznin ne kadar süre devam edeceği taraflarca kararlaştırılmamışsa işçinin makul bir süre beklemesi, bir süre sonra ise haklı sebeple kıdem tazminatını alarak iş sözleşmesini sona erdirebileceği öğretide haklı olarak ifade edilmiştir⁴⁶³. Kanaatimizce de askı süresi olan bu sürenin ne kadar süreceğinin işçi tarafından bilinmesi önemlidir. Zira işçi uzun süre ücretinden mahrum kalacaksa bulacağı/kuracağı yan işin ne kadar süreyle yapılacağını da hesap etmesi ve anlaşmalarını ona göre ayarlaması gerekmektedir. Sürenin belirlenmemesi halinde işçinin bu sürede bir işe başlayacağı zaman asıl işvereni ile iletişime geçerek bir süre kararlaştırmaları da mümkündür. Sonuç itibarıyla sürenin belirlenmemesi ve bu sebeple başlanan yan işin zamanında sona erdirilememesinden kaynaklanan sonuçlara asıl işverenin katlanması gerekecektir.

Uygulamada işverenler fesih iradelerini saklayarak feshin sonuçlarından kaçınmak amacıyla işçileri belirsiz süreli olarak ücretsiz izne çıkarma yoluna gidebilmektedirler. Makul süreyi aşan bu tür ücretsiz izin uygulamalarında işverenin fesih iradesinin

⁴⁶¹ TAŞKENT, Ücretsiz İzin, 23; ENGİN, Ücretsiz İzin, 542; Bazı durumlarda işverenin askı süresinin ne kadar süreceğini öngöremeyebileceği, başlangıçta sürenin belirlenmesinin şart olmadığı yönünde bkz. CANIKLIOĞLU/ÖZKARACA, Ekonomik Kriz, 646.

⁴⁶² SÜZEK, Askı, 128-129.

⁴⁶³ SÜZEK, İş Hukuku, 501. Yazara göre taraflar askı süresinin ne kadar olacağı hususunda anlaşmış olsalar da eğer bu süre geçici makul süre olmaktan çıkacak kadar uzun bir süre ise işçi lehine haklı fesih imkanı sunacaktır; Aynı yer; SÜZEK, Askı, 129.

mevcudiyeti kabul edilmektedir⁴⁶⁴. Yargıtay kararları da aynı doğrultudadır⁴⁶⁵. Öğretide *Taşkent'e* göre ücretsiz izin önerisi ile birlikte bunun sebebinin de belirtilmiş olması gerekir, zira işçi bu sürede gelirinden yoksun kalacağından ücretsiz izin sebebinin de bilmesi gerekmektedir. Aksi halde bu, işverence yapılmış bir fesih sayılır⁴⁶⁶.

İşverence m. 22'deki usule uygun olarak önerilmiş bir ücretsiz izin yine bu maddeye uygun olarak reddedilirse, bu aşamada işverenin geçerli fesih usulüne uygun olarak sözleşmeyi feshetmesi beklenir. İşveren bu yola da başvurmayarak işçiyi çalıştırmaktan imtina da ederse yani işçiyi tek taraflı olarak izne çıkarırsa bu bir işveren feshi olarak değerlendirilir⁴⁶⁷.

Ücretsiz izin süresi somut olaya göre değişebilmekle beraber kanunda kısa çalışma için öngörülen üç aylık sürenin, ücretsiz izinde geçecek olan sürenin belirlenmesinde temel ölçü olarak esas alınabileceği ifade edilmektedir⁴⁶⁸. Bu sürenin belirlenmesi ile birlikte işçi çalışacağı yan iş bakımından gerekli ayarlamaları yapabilecektir. Sürenin belirli olması halinde işçi ücretsiz iznin bitişiyile beraber yan işini sonlandırarak işbaşı yapmalıdır. Kanaatimizce ücretsiz iznin süresi hakkında bir belirlilik olması halinde işçi, yan işinde işverenle anlaşarak bu süre için belirli süreli bir iş sözleşmesi kurabilir. Bu durum İşK. m. 11'de belirtilen “belirli bir olgunun ortaya çıkması” haline örnek teşkil

⁴⁶⁴ ENGİN, Ücretsiz İzin, 451; Yazara göre işverenlerin gizli fesih iradesiyle işçileri uzun süreli ücretsiz izne göndermeleri örtülü bir fesih beyanı olarak kabul edilemez; gerçek bir geçerli fesih sebebi bulunsa dahi usulüne uygun olarak yapılmamış bu nitelikteki bir fesih geçersiz olacaktır. CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, Ekonomik Kriz, 646; YAMAKOĞLU/KARAÇÖP, 481.

⁴⁶⁵ Y9HD, 13.02.2023, E. 2022/18823, K. 2023/1970, (www.kazanci.com).

⁴⁶⁶ TAŞKENT, Ücretsiz İzin, 23. Bu yönde Yargıtay kararı, Y9HD, 19.09.2005, E. 2005/29066, K. 2005/30405, (www.kazanci.com).

⁴⁶⁷ TAŞKENT, Ücretsiz İzin, 27; Y9HD, 20.12.2005, E. 2005/28701, K. 2005/40137, (www.kazanci.com).

⁴⁶⁸ ENGİN, Ücretsiz İzin, 542; TAŞKENT, Ücretsiz İzin, 26. Somut olaya göre ücretsiz izin süresinin üç aydan daha uzun ya da daha kısa olabileceği yönünde bkz. CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, Ekonomik Kriz, 646; YAMAKOĞLU/KARAÇÖP, 496.

eder. İşçi yan işinin saatlerinde gerekli ayarlamaları yaparak iki işini birden sürdürmeye devam da edebilir.

Askı süresi dolduğunda iş sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçlar kendiliğinden yürürlüğe girer ve iş ilişkisi kaldığı yerden aynen devam eder⁴⁶⁹. Böylece işçinin askıya alınmış olan iş görme borcunu artık ifa etmesi beklenir. Aksi halde iş sözleşmesi işverence haklı nedenle sona erdirilebilecektir⁴⁷⁰. Diğer bir görüşe göre ise işe başlamayan işçi iş sözleşmesini usulsüz olarak feshetmiş sayılır ve bunun sonuçlarına katlanması gerekir⁴⁷¹. İşverenin işçiye iş sağlayamaması halinde ya ücretsiz izni yenilemek için teklifte bulunmalı ya da usulüne göre fesih yoluna gitmelidir⁴⁷². Sessiz kalan işveren alacaklı temerrüdüne düşmüş olacaktır⁴⁷³. Askı süresi belirli olan bir ücretsiz iznin sona ermesi ile birlikte işçi eğer başlamış olduğu yan işi sona erdirememesinden dolayı işbaşı yapamıyorsa dolayısıyla devamsızlık yapıyorsa bu durum işverence m. 25/II gereği işçinin devamsızlığından kaynaklanan haklı fesih sebebi olacaktır. İşçinin başka bir işte çalışması onun için haklı mazeret oluşturmayacaktır. Askı süresi belirli olduğundan dolayı, işveren işçinin diğer ilişkisini usulüne uygun olarak sonlandırmasını beklemek zorunda değildir. Diğer bir bakış açısıyla burada belirlenen askı süresinin bitimiyle işçinin işe başlamaması, işçinin usulsüz feshi olarak da değerlendirilebilir.

Askı süresinin belirli olmaması halinde ise işveren işçiye işe başlaması için çağrıda bulunduğu işverenin, işçinin yan işe ilişkin gerekli ayarlamaları yapmasını, en azından yan işi usulüne uygun sonlandırması amacıyla bildirim süreleri müddetince beklemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu müddet sonunda işçinin işe başlamaması halinde işveren iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilecektir.

⁴⁶⁹ SÜZEK, Askı, 129; TAŞKENT, Ücretsiz İzin, 21, 27; ENGİN, Ücretsiz İzin, 542; YAMAKOĞLU/KARAÇÖP, 500.

⁴⁷⁰ Y9HD, 15.12.2005, E. 2005/11191, K. 2005/39628, (www.kazanci.com).

⁴⁷¹ TAŞKENT, Ücretsiz İzin, 27.

⁴⁷² ENGİN, Ücretsiz İzin, 542.

⁴⁷³ ENGİN, Ücretsiz İzin, 542.

Yukarıda bahsettiğimiz gibi ücretsiz izin sırasında taraflar işçiye bir miktar ücret ödeneceği hususunda anlaşabilirler. Bu halde işçinin başka işte çalışıp çalışamayacağı da üzerinde durulması gereken bir başka husustur. Kanaatimizce bu sürede geçim sıkıntısına düşülmemesi için işçiye ödenen bu ücret, işçinin askıdaki iş sözleşmesinin çalışma saatlerini içeren dönemde bir başka işte çalışmasını engelleyecektir. Ancak ücretsiz izin süresinde işçiye bir miktar ücret ödeniyor olmasının, işçinin çalışma saatlerinin dışındaki sürelerde bir işte çalışmasına engel olmayacağı kabul edilmelidir. Zira kanımızca işçi, normal şartlarda fiilen çalışıyor olsa da çalışma saatleri dışında başka işler yapabilecektir.

C. Kanuni Grev ve Lokavt Süresinde

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 58’de grev, şu şekilde tanımlanmıştır: *“İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir./Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir./Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan greve kanun dışı grev denir.”*

Hükmün ikinci fıkrasından anlaşıldığı üzere; grev, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla yapılabilir⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 1062; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 2016, 448; EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: **Toplu İş Hukuku Dersleri**, 6. Bası, 2024, 357; ARICI, Kadir, **Türk İş Hukuku - II Toplu İş İlişkileri Hukuku**, Ankara 2022, 228; AKYİĞİT, Ercan: **Toplu İş Hukuku**, Ankara 2022, Güncellenmiş 4. Baskı, 588; Aktay/Özdemir’in ifadesiyle de, grev kararı, sendika üyelerinin mesleki ihtiyaçları sebebiyle alınabilir, AKTAY, Nizamettin/ÖZDEMİR ERTÜRK, Olgu: **Toplu İş Hukuku**, Ankara 2022, Yenilenmiş 3. Baskı, 272; BULUT, Mehmet, **Türkiye'nin Grev Erteleme Serüveni**, İstanbul 2020, 6-7.

Bu genel tanımdan grevin unsurlarının; amaç, bir işçi sendikasının kararı, işin bırakılması ve kanuna uygun olması olduğunu çıkarmaktayız⁴⁷⁵.

İşin bırakılması, işin durdurularak işçilerin işyerinden ayrılmasını ifade etmektedir. Kanuni bir grev işyerinden ayrılmayı zorunlu kıldığından (m. 64/1), işçilerin işyeri dışında iş saatleri haricinde yaptıkları eylemler ile çalışmadan işyerinde kalmak, “oturma grevi” yapmak halleri kanuni grev sayılmaz⁴⁷⁶. İşçilerin çalışma saatlerinde işi durdurmaları gerekmektedir.

İşyerinde çalışan işçiler grev kararı alan sendikanın üyesi olsun ya da olmasın greve katılıp katılmamakta serbesttir. Ancak greve katılan veya lokavta maruz kalan işçiler işyerinden ayrılmak zorundadır (m. 64/1). İşçilerin kural olarak işyerini terk etmeleri gerekmele beraber, sadece işyerinden ayrılmayışları söz konusu grevi yasadışı hale getirmez⁴⁷⁷. Bu halde işçilere m. 78/I, h gereği idari para cezası verilir.

Kanunda yer alan “işin bırakılması” ifadesinden işçinin çalışması gereken işin anlaşılması gerekir. Bu itibarla işçilerin rapor almaları ya da yıllık izinlerini kullanmaları, dinlenme saatlerinde çalışmamaları ya da yazılı onayları olmaksızın fazla çalışma yapmaktan kaçınmaları grev olarak nitelendirilemez. Bunun gibi, imkansızlık yüzünden işi yapmaktan kaçınmaları, İşK. m. 34 kapsamında ücret ödenmemesi sebebiyle iş görmekten kaçınmaları da grev olarak nitelendirilemez⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ Grevin unsurları hakkında geniş kapsamlı bilgi için bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 1062 vd.; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 2016, 457 vd.; EKMEKÇİ/YİĞİT, Toplu İş Hukuku Dersleri, 638 vd.

⁴⁷⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 1063; EKMEKÇİ/YİĞİT, Toplu İş Hukuku Dersleri, 639.

⁴⁷⁷ TUNÇOMAĞ/CENTEL, 451. Yazarlara göre işçilerin iş saatlerinde çalışmayıp işyerini de terk etmemeleri ile gerçekleştirdikleri oturma grevi ile işveren üzerinde daha güçlü bir baskı yaratılır, aynı yer.

⁴⁷⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 1063; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 449; EKMEKÇİ/YİĞİT, Toplu İş Hukuku Dersleri, 651 vd.

6356 sayılı Kanununda lokavt ise 59. maddede şöyle tanımlanmıştır: “İşyerinde faaliyetin tamamen durmasına sebep olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi kararıyla veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasına lokavt denir./Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması ve işçi sendikası tarafından grev kararı alınması halinde bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan lokavta kanuni lokavt denir./Kanuni lokavt için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan lokavt kanun dışıdır.” Bu düzenlemeden çıkarılacak olan unsurlar da: amaç, işveren veya işveren vekili ya da işveren sendikası kararı, işçilerin işten uzaklaştırılmaları, kanuna uygunluk şeklinde sayılabilir.

Kanuni greve katılan, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçip de grev nedeniyle çalıştırılmayanların yanı sıra kanuni lokavta maruz kalan işçilerin iş sözleşmeleri grev ve lokavt süresince askıda kalır (m. 67/1). Yani her askı durumunda olduğu gibi burada da işçi iş görme borcunu, işverense ücret ödeme borcunu yerine getirmemektedir. Burada işçinin greve katılması sebebiyle işini yerine getirmemesi işveren bakımından feshe bir gerekçe olamaz. Sözleşmeyi bu sebeple fesheden işveren haksız bir fesih yapmış olur⁴⁷⁹. Madde 66’da sözü edilen fesih yasağı, işçinin greve katılmasının fesih sebebi yapılamayacağına ilişkindir. Yoksa işveren haklı bir sebebin varlığı halinde iş sözleşmesini feshedebilecektir⁴⁸⁰. Öğretide bir görüşe göre işveren grev sırasında ihbar süresi vererek iş sözleşmesini feshedemez; bu durum feshin grev sebebiyle yapıldığına işaret eder⁴⁸¹. Grev başlamadan önce verilen ihbar süreleri ise grev süresince

⁴⁷⁹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, 464; EKMEKÇİ’ye göre grev sebebiyle yapılan bir fesih hakkında STİSK m. 25 (Sendikal özgürlüğün güvencesi) hükümlerine göre bir yaptırım belirlenmelidir, EKMEKÇİ/YİĞİT, Toplu İş Hukuku Dersleri, 711.

⁴⁸⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 1083; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 465; EKMEKÇİ/YİĞİT, Toplu İş Hukuku Dersleri, 708.

⁴⁸¹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, 465.

işlemez; ancak grevden sonra devam eder⁴⁸². Tarafların anlaşarak bu süre içerisinde iş sözleşmesini sona erdirmeleri de mümkündür⁴⁸³.

Kanuni grev veya lokavt nedeniyle iş sözleşmeleri askıda kalan işçiler, grev veya lokavt süresince başka bir işverenin yanında çalışamaz. Aksi hâlde işçinin iş sözleşmesi işverence haklı nedenle feshedilebilir. Ancak kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler, kanuni haftalık çalışma süresini tamamlayacak süreyi aşmamak üzere başka bir işverenin işyerinde çalışabilir (m. 68/3).

İş sözleşmelerinin askıya alınması halinde işçi iş sözleşmesinden doğan temel yükümlülüğü olan iş görme edimini yerine getirmekten, işveren de ücret ödeme borcundan kurtulur. Kanunda da, grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımların ödenemez ve bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamaz (m. 67/3) denilmek suretiyle bu husus ifade edilmiştir. Kanundaki düzenlemenin aksine bir anlaşma yapılarak, grev sırasında işçilere ücret ödeneceğinin kararlaştırılması da aynı hüküm gereği mümkün değildir. Ancak grev ve lokavt sırasında işçiler 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre sosyal sigortalardan sağlanan yardımlardan yararlanmaya devam ederler (m. 66/3).

İş sözleşmesinden kaynaklanan işçinin sadakat ve işverenin işçiyi gözetme borcu ise devam eder. Zira bu borçlar doğrudan iş ilişkisinin varlığından kaynaklanır⁴⁸⁴. Bu kapsamda işçi, grev veya lokavt süresince işverene veya işyerine zarar verici davranışlarda bulunamaz, işverenin mesleki sırlarını açıklayamaz, işverenle rekabet oluşturacak faaliyetlere girişemez⁴⁸⁵.

⁴⁸² TUNÇOMAĞ/CENTEL, 465; Aynı yönde EKMEKÇİ/YİĞİT, Toplu İş Hukuku Dersleri, 709.

⁴⁸³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 1083; EKMEKÇİ/YİĞİT, Toplu İş Hukuku Dersleri, 707.

⁴⁸⁴ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 1084-1085; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 466.

⁴⁸⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 1084-1085; EKMEKÇİ/YİĞİT, Toplu İş Hukuku Dersleri, 701.

Hukukumuzda grev ve lokavt iş sözleşmelerini sona erdirmemekte, yukarıda bahsettiğimiz şekilde sadece iş sözleşmeleri grev veya lokavt süresince askıda kalmaktadır. Kanunda açıkça ifade edilmesinden dolayı, grev ve lokavt sırasında, greve katılmış ya da lokavta maruz kalmış işçilerin, bu sürede başka bir işte çalışmaları mümkün değildir. Aksi durumda işveren, haklı sebeple iş sözleşmesini feshedebilir ve bu işçinin yerine yeni bir işçi alabilir.

İşçinin kısmi süreli olarak çalışan bir işçi olması halinde ise azami çalışma süresini tamamlayacak şekilde başka bir işte çalışması mümkündür. Kısmi süreli çalışmalara ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızda ve yan işe ilişkin tartışmalı bölümlerde belirttiğimiz görüşümüz gereği, buradaki sürenin yasal azami çalışma süresini bir miktar aşmasında sakınca bulunmamaktadır⁴⁸⁶. Zira işçinin bir işveren yanında yasal azami çalışma sürelerini aşması, fazla çalışma hükümleri gereği, mümkündür. Bu sebeple birden fazla çalışmadaki sürelerinin de yasal azami süreleri aşabileceği kanaatindeyiz. Her ne kadar bu hususta kanun ifadesi, emredici nitelikte görünse de işçinin somut olayın koşullarına göre yasal azami çalışma sürelerini bir miktar aşabileceği yönünde yeniden bir düzenleme yapılması gerektiği düşüncesindeyiz⁴⁸⁷.

Öğretide katıldığımız bir görüşe göre, kanunda tam süreli işçilerin grev sırasında “başka bir işverenin yanında” çalışamayacakları belirtildiğine göre bu işçilerin iş ilişkisi dışında başka herhangi bir gelir getirici faaliyette bulunmalarına engel bulunmamaktadır⁴⁸⁸. Bu bakımdan örneğin işçinin grev veya lokavt sırasında taksicilik yapması, bakkal dükkanı işletmesi, ücret karşılığı resim yapması gibi çalışmalarda bulunması yasak kapsamında olmayacaktır.

İş ilişkisinin askıya alınmasını gerektiren grev ve lokavtın sona ermesiyle birlikte tarafların askıya alınan borçları da canlanır. İşçinin iş görme işverenine ücret ödeme

⁴⁸⁶ Bkz. Bölüm 2, IV, H.

⁴⁸⁷ Yasal düzenlemenin isabetli olduğu yönünde bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 1085.

⁴⁸⁸ TUNÇOMAĞ/CENTEL, 466; EKMEKÇİ/YİĞİT, Toplu İş Hukuku Dersleri, 770.

borçları artık yürürlüktedir. Bu sürenin sonunda işveren işçiyi işe başlatmazsa işveren temerrüdüne düşmüş olur⁴⁸⁹.

Grevin sona ermesi halinde işçinin asıl işine geri dönmesi gerektiğinden dolayı, işçinin grev sırasında yürüteceği yan işin asıl çalışma sürelerinin dışındaki sürelerde yürütülmesi işçinin daha lehine olacaktır kanaatindeyiz. Zira grev ve lokavt sona erdiğinde işçinin işine geri dönmesi gerekmektedir. Dolayısıyla grev sırasında başlanan işte geçirilen sürelerin asıl işteki sürelerle ile çakışması mümkün olmayacaktır. İşçi, yürüttüğü ikincil faaliyetteki çalışma sürelerini asıl işine göre ayarlayamaması halinde ya asıl işini ya da yan işini aksatmış olacaktır ve bunun sonuçlarına kendisinin katlanması gerekecektir.

D. Profesyonel İşçi Kuruluşu Yöneticiliği Süresinde

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun uygulanmasında sendikaların ve konfederasyonların ve bunların şubelerinin yönetim kurulu üyeleri, yönetici sıfatını taşımaktadırlar (m. 2/1, i)⁴⁹⁰. Zira Kanunun 2. maddesinin (i) bendinde açıkça yönetici deyiminin, kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyelerini ifade edeceği hükme bağlanmıştır.

İşçi kuruluşunda yönetici seçilen kişinin bu görevini çalıştığı işyerindeki işinden ayrılmaksızın sürdürmesi halinde “amatör yöneticilik”, çalıştığı işyerinden ayrılarak yöneticilik görevini yerine getirmesi halinde ise “profesyonel yöneticilik” söz konusu

⁴⁸⁹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, 468.

⁴⁹⁰ Bu konuda açıklamalar için bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 846; AKYİĞİT, Ercan: Yeni Kanunda Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. 9, S. 36, 2012, 18-19; ŞAHLANAN, Fevzi: Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 15, Özel S., 2013, 331; ÖZKARACA, Ercüment: 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, **Çalışma ve Toplum**, 2013/3, S. 38, 178. ÖZKARACA, Ercüment: Sendika Yöneticileri ile İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi ve Uygulama Sorunları, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar** 4, 22 Şubat 2014, 169; CENTEL, Tankut: Sendika Yöneticisinin Güvencesi, **Prof. Dr. Turhan Esener 2. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, 28-30 Nisan 2016, Birinci Basım: Ekim 2017 Ankara, 167;

olacaktır⁴⁹¹. Profesyonel sendika yöneticiliğinin güvencesi hakkında STSK m. 23 uygulanacakken, amatör sendika yöneticiliğinin güvencesinde STSK m. 24/son uyarınca işyeri sendika temsilcilerine ilişkin m. 24 uygulama alanı bulacaktır. Bu iki hüküm arasında konumuz olan askı ve yan iş bakımından bir fark bulunmaktadır. Amatör sendika yöneticileri aynı zamanda işyerinde çalışmaya devam ettiklerinden, yan iş bakımından normal işçilerden farklı bir uygulama gerektirmemektedir⁴⁹². Ancak profesyonel sendika yöneticileri görev süreleri boyunca çalışmadıklarından iş sözleşmesini fesih hak ve yetkisini kullanmamışsa bu sürede sözleşmeleri kanun gereği askıdadır ve askı sürecinde yan iş tutmaları, incelenmesi gereken bir konudur.

Kanunun 23. maddesi “işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi” başlığını taşımaktadır. Maddenin birinci fıkrasında “*İşçi kuruluşunda yönetici* olduğu için”, ikinci fıkrasında “*sendikanın* tüzel kişiliğinin sona ermesi”, üçüncü fıkrasında ise, “Yukarıda sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren *sendika* yöneticisi” ifadeleri yer almaktadır. Burada güvenceden yararlanması kastedilen kişiler, -tanım maddesinden de yola çıkılarak- işçi sendikaları, *şubeleri* ve işçi *konfederasyonlarının* yönetim kurulu üyeleridir⁴⁹³.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 23. maddesine göre, “işçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalır” (STİSK m. 23/1). Bu dönemde sözleşme hukuken varlığını sürdürecektir ancak işçi iş görme edimini yerine getirmeyecek, işveren de işçiye bir ücret ödemeyecektir. Ancak tarafların temel borçlar dışındaki borçları örneğin işverenin işçiyi gözetme ve işçinin

⁴⁹¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 846; AKYİĞİT, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, 18; ŞAHLANAN, Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, 331; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, 38; ÖZKARACA, Sendika Yöneticileri, 169; CENTEL, Sendika Yöneticisinin Güvencesi, 167; ÖZKARACA, Ercüment: 6356 Sayılı Kanun m. 24 Anlamında Amatör Yönetici Kavramı, **Prof. Dr. Savaş TAŞKENT’e Armağan**, İstanbul 2019, 757-761.

⁴⁹² Amatör sendika yöneticileri hakkında bilgi için bkz. CENTEL, Sendika Yöneticisi, 168 vd.; ÖZKARACA, Amatör Yönetici, 753 vd.; AKYİĞİT, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, 20 vd.

⁴⁹³ ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, 178-179; CENTEL, Sendika Yöneticisi, 166.

sadakat borçları, bu kapsamda olmak üzere sır saklama ve rekabet etmeme borçları bu dönemde de devam edecektir⁴⁹⁴.

“İş sözleşmesi askıya alınan yönetici; sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevinin sona ermesi halinde, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabilir. İşveren, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu kişileri o andaki şartlarda eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılır.” (STİSK m. 23/2).

Askıda olan bir iş sözleşmesi askı süresince haklı nedenlere dayanılarak hem işçi hem de işveren tarafından süresiz fesih bildirimi ile feshedilebildiğinden, aynı esas sendika yöneticisinin askıda olan iş sözleşmesi açısından da geçerli olacaktır. Askı döneminde iş sözleşmesinin süreli fesih bildirimi ile sona erdirilmesi de mümkündür. Ancak askıda kalma hali devam ettiği sürece fesih bildirimi süreleri işlemez. Zira, Türk Borçlar Kanununa göre, “Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim süreleri işlemez.” (m. 432/5).

İşçi kuruluşunda profesyonel yöneticilik görevinde bulunan işçiler görev süreleri boyunca istedikleri zaman iş sözleşmelerini feshederek kıdem tazminatı alabilirler. Yönetici oldukları ilk anda, görevleri süresince işverenden kıdem tazminatlarını isteyerek iş sözleşmelerini sona erdirebilirler (STİSK m. 23/1 c. 2). Eğer yöneticilik görevi kanunda sayılan haller dışında bir sebeple sona ererse bu halde dahi işçi kıdem tazminatına hak kazanabilmektedir (STİSK m. 23/3 c. 1). Ancak böyle bir ihtimalde yöneticinin işe tekrar dönme güvencesi olmayacaktır. Çünkü Kanunda açıkça yöneticilik güvencesi dört sona

⁴⁹⁴ SÜZEK, İş Hukuku 2018, 503-506; AKYİĞİT, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, 18; ŞAHLANAN, Sendika Yöneticileri, 333; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, 181; CENTEL, Sendika Yöneticisi, 170.

erme hali sınırlı şekilde sayılmış ve sadece bu hallerde yöneticinin işine geri dönebileceği belirtilmiştir.

Kanunda 23. maddesinin 2. fıkrasında sayılan nedenlerle yöneticilik görevi sona eren işçilerin işe dönme hakları düzenlenmiş olmakla birlikte bu kimselerin işe geri dönmek istemeyip kıdem tazminatı isteme haklarının olup olmadığı düzenlenmemiştir. Katıldığımız görüşe göre, Kanunda sayılan nedenlerle yöneticilik görevi sona eren işçi işe iade yerine kıdem tazminatı da isteyebilir⁴⁹⁵. Çünkü sayılı nedenler dışında bir sona erme halinde dahi kıdem tazminatı ödeneceğinin öngörülmesi, bu görüşe varmayı kolaylaştırmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki bir sendika yöneticisinin kıdem tazminatına ilişkin bu düzenlemelerden yararlanıp yararlanamayacağı belirsizdir. Katıldığımız görüşe göre, profesyonel sendika yöneticisinin askıda olan iş sözleşmesi, kıdem tazminatı hakkını tanıyan bir iş kanununun kapsamında olmalıdır ki kıdem tazminatından yararlanabilsin. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki profesyonel sendika yöneticilerinin bu hükümden yararlanmalarına imkan yoktur⁴⁹⁶.

Yöneticinin askı süresi boyunca başka bir işte çalışmasını engelleyen yasal düzenleme bulunmamaktadır. Yöneticilerin görev süreleri boyunca sözleşmelerinin askıda kalmasının sebebi, yöneticilik işini profesyonel olarak yapacak olmalarıdır. Askı hali kanunun yöneticiye vermiş olduğu bir haktır ve işverenin askı süresinde yöneticinin gerçekten yöneticilik yapıp yapmadığını denetleme veya yöneticilik yapmaması halinde bir yaptırım uygulama hak ve yetkisi bulunmamaktadır.

Profesyonel yöneticilik sırasında temel borçlar dışındaki borçlar devam ettiğinden kanımızca askı süresince yöneticinin sadakat borcuna aykırılık teşkil etmeyecek işler yürütmesi mümkündür. Bu sürede işçi ile işveren arasında yapılabilecek bir sözleşmeye

⁴⁹⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 849; EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku Dersleri, 215.

⁴⁹⁶ AKYİĞİT, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, 32; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, 183; CENTEL, Sendika Yöneticisi, 177.

eklenen başka işte çalışılamayacağına ilişkin genel, yüzeysel yasak hükümleri geçersiz olacaktır.

Askı süresince işçinin yeni bir göreve -yöneticilik görevine- başlamış olduğu fikrinden hareketle akla; işçinin, sendikaya karşı olan yükümlülüklerini aksatıp aksatmadığı sorusu gelebilir. Sendika ile profesyonel yönetici arasında vekalet ilişkisi bulunduğundan⁴⁹⁷ bu ihtimal inceleme konumuz kapsamına girmemektedir. Böyle bir ihtimalin inceleme konumuzu oluşturabilmesi için askı süresinde başlanan diğer işin bir “iş sözleşmesi” olması ve bu sözleşme kapsamındaki çalışmanın “asıl iş” niteliğinde olması gerekir. Sendika yöneticiliği, bu sürede başlanan iş sözleşmesine göre baskın nitelik taşımıyorsa, bu çerçevede söz gelimi daha düşük bir kazanç sağlıyorsa ya da işçinin vaktini/enerjisini diğer işe göre daha az alıyorsa “yan faaliyet” olarak nitelendirilebilir. Sendika yöneticiliği bir yan iş olarak kabul edilirse “asıl işi” nasıl etkileyecektir sorusu akla gelecektir. Ancak kanımızca sendika yöneticiliği gibi bir görev, önemine binaen, askı süresinde başlanan diğer işin şartları ne olursa olsun asıl iş niteliğinde olmalıdır. Bu halde de asıl işin bir iş sözleşmesi olmaması, bu nitelikteki bir örneği inceleme kapsamımızın dışına taşımaktadır.

Kural olarak askı süresini doğuran sebep ortadan kalktığında askı sona erer ve tarafların askıya alınan asli borçları -bu kapsamda işçinin iş görme ve işverenin ücret ödeme borçları- kendiliğinden devam eder. İşveren işçinin işi görmesine müsaade etmezse duruma göre işveren temerrüdü veya iş sözleşmesinin haksız feshi söz konusu olur ve buna ilişkin hukuki sonuçlar uygulanır⁴⁹⁸. Ancak sendika yöneticilerinin iş sözleşmelerinin askıya alınmasına ilişkin yasa başka türlü bir prosedür öngörmüştür. Buna göre; yöneticilik görevi kanunda sayılı, “*sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevinin*

⁴⁹⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 911; EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku Dersleri, 206; Y9HD, 17.06.2021, E. 2021/4384, K. 2021/10450. Çalışma ve Toplum, S. 71, 2021/4, 3297. Y22HD, 07.03.2019, E. 2017/19790, K. 2019/5382, (www.kazanci.com); Y22HD, 14.01.2020, E. 2019/8504, K. 2020/260, (www.kazanci.com).

⁴⁹⁸ SÜZEK, İş Hukuku, 507; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, 183-184.

sona ermesi” hallerinde işçi işverene bir ay içinde başvurarak ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere başvurabilir⁴⁹⁹. İşveren, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu kişileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılır⁵⁰⁰. Başlatıldıklarında ise askı hali sona erer ve iş sözleşmesi kaldığı yerden kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam eder.

Uygulamada profesyonel yöneticiler çeşitli sebeplerle, yöneticilikleri sona ermeksizin işe geri dönmek isteyebilmektedirler. Yani profesyonel sendika yöneticiliğinden amatör sendika yöneticiliğine geçiş yapmak isteyebilirler. Öğretide, bu konuda kanunda boşluk bulunduğundan madde 23’ün kıyasen bu kişiler için de uygulama alanı bulacağı ileri sürülmüştür⁵⁰¹.

Askı süresince bir başka işte çalışmakta olan yönetici, askı süresinin bitimiyle asıl işine geri dönmek için başvurabilecektir. İşçinin işe başlatılması ve sürdürdüğü yan işi de bırakmak istememesi halinde çalışma süreleri ile ilgili bir ayarlama yapması; azami çalışma sürelerinin aşırıya kaçmaması, çakışan çalışma sürelerini ayrıştırması, fiziksel olarak yorulmasıyla beraber işindeki performansı düşürecek bir düzenden kaçınması

⁴⁹⁹ Bu sebepler dışında sona erme hallerinde işçinin işe başlatılmak için işverene başvurma hakkı bulunmamaktadır, ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, 184. ÖZKARACA, Sendika Yöneticileri, 181; Yazara göre yasanın yürürlüğü öncesi yöneticilik sebebiyle iş sözleşmesini feshedenler sadece kıdem tazminatı talep hakkına sahip olup, işe dönmeyi talep hakları yoktur, ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, 189; Aynı yönde, CENTEL, Sendika Yöneticisi, 174; Şahlanan’a göre sendika yönetim kurulundaki görevin maddede yazılı bu dört hâl ile sona ermesi koşulunun sıkı sıkıya aranması bazı hallerde haksız sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilir. Örneğin şubenin feshi halinde mevcut yöneticilerin bu güvenceden yararlanacağını kabul etmek gerekir, ŞAHLANAN, Sendika Yöneticileri, 336; Yasa yürürlüğe girmeden önce yöneticiliğe başlamış olan kişiler bakımından krş. AKYİĞİT, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, 34-35.

⁵⁰⁰ Bu fesih karinesi sonrasında işçi işe iade davası açabilecektir, ŞAHLANAN, Sendika Yöneticileri, 339, Yazara göre işe başlatılmayan yöneticinin açtığı işe iade davasında, feshin sendikal nedenle yapıldığı karine olarak kabul edilebilir, aynı yer; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, 185.

⁵⁰¹ ŞAHLANAN, Sendika Yöneticileri, 337.

gerekmektedir. Bahsettiğimiz gibi yönetici isterse kıdem tazminatını alarak işine dönmekten vazgeçebilir. Bu halde çalışmanın yaratacağı sorunlardan kaçınmasına da gerek kalmayacaktır.

E. Analık Haline Özgü İzinlerde

1. Doğum Öncesi ve Sonrası Analık Hali İzinleri Süresinde

Kadın işçilerin fiziksel özellikleri bakımından erkek işçilere göre daha güçsüz yapıda olmalarından dolayı ve ayrıca analık hali ile bağlantılı olarak özel olarak korunmaları gerekmektedir⁵⁰². Bu nedenle mevzuatımızda kadınları koruyucu nitelikte kimi düzenlemeler getirilmiştir.

Kanuna göre kadın işçilerin doğumdan önceki sekiz ve doğumdan sonraki sekiz haftalık olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir (m.74/1). Kanunda bu süre analık izni olarak ifade edilse de esasında çalıştırmanın yasak olduğu bir süre söz konusudur⁵⁰³. Nitekim İş Kanunu m. 18’de, “74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmeme”sinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebep olamayacağı belirtilmiştir.

Kadın işçinin doğuma sekiz hafta kala işe gelmeyi bıraktığında bu durumun işveren için bir geçerli fesih sebebi olmayacağı belirtildiğine göre, işverenin bu sebeple iş sözleşmesini feshetmesi halinde işçi işe iade imkanına sahip olacaktır.

⁵⁰² SÜZEK, İş Hukuku, 843; NAZLI’ya göre kadının fizyolojik ve biyolojik farklılıkları dikkate alınarak düzenlenmiş ve tıbbi açıdan gerekliliği kanıtlanmış, kadınların ve neslin sağlığını koruyucu nitelikteki ve iş güvenliğini sağlayan yasal düzenlemelerin kadınların çalışma yaşamında fırsat eşitliğini engelleyen ve mağdur edici nitelikte düzenlemeler olduğu söylenemez, NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 184.

⁵⁰³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 268; Detaylı bilgi için bkz. CANİKLİOĞLU, 4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları, **Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu 7 Mart 2019**, Yeni Yüzyıl Üniversitesi, 1 Mart 2020, 38 vd.

4857 sayılı İş Kanunu 74. madde 1. fıkranın devamına göre ise, “...sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir. (Ek cümle: 13/2/2011-6111/76 md.) Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılır. (Ek cümleler: 29/1/2016-6663/22 md.) Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullanılır. Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullanılır”. Kadının çalıştırılmasının yasak olduğu süreler nispi emredici nitelikteki en az sürelerdir. Dolayısıyla bu süreler sözleşmelerle azaltılamayacaktır ancak işçi lehine artırılabilir niteliktedir⁵⁰⁴. Kanunda ifade edildiği üzere kadın işçi sağlığı elveriyorsa doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışabilecektir. Bu halde şartları uygun olan kadın işçinin talebi halinde işverenin işçiyi doğuma üç hafta kalana kadar çalıştırması gerekir, bu talebe olumsuz cevap verme imkanı yoktur⁵⁰⁵.

Erken doğum halinde kısalan doğum öncesi sürenin doğumdan sonraki süreye eklenebilmesi, 2011 yılında Kanuna yapılan eklemeye mümkün olmuştur⁵⁰⁶. Kanuna 2016 yılında eklenen cümleye göre ise evlat edinen işçiler de doğum sonrası sekiz haftalık izinden yararlanabilirler. Ayrıca doğumdan farklı olarak bu hakkı sadece kadın işçi değil, üç yaşından küçük bir ya da daha fazla çocuğu evlat edinen erkek işçi de kullanabilecektir⁵⁰⁷.

Maddenin üçüncü fıkrasında belirtildiği üzere, analık haline özgü çalışmanın yasak olduğu süreler hekim raporu ile gebelikteki riskler ya da işyerinde işçinin yaptığı işin gerektirmesi gibi sebeplerle artırılabilir (m. 74/3).

⁵⁰⁴ CANİKLİOĞLU, Kadınların Hakları, 39.

⁵⁰⁵ SÜZEK, İş Hukuku, 845.

⁵⁰⁶ Bu ek cümleyi isabetli bulan, CANİKLİOĞLU, Kadınların Hakları, 39.

⁵⁰⁷ CANİKLİOĞLU, Kadınların Hakları, 41; CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş, 140.

Çalışmanın ve çalıştırmanın yasak olduğu bu sürelerde işçinin asıl işinde çalışmayıp başka bir işte çalışmasının mümkün olup olmadığı tartışmaya değer görünmektedir. Öncelikle bu sürede çalışmanın yasak olduğuna ilişkin kanun hükmüne aykırılığın yaptırımı üzerinde durmak gerekmektedir. İşin düzenlenmesine ilişkin yasa hükümlerine aykırılık halinde verilecek idari para cezalarına ilişkin Kanunun 104. maddesine göre “74 üncü maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen... işveren veya işveren vekiline binikiyüz Türk Lirası idari para cezası verilir.”⁵⁰⁸. Bu halde işveren çalışması yasak sürelerdeki kadın işçiyi çalıştırdığı takdirde belirtilen miktardaki idari para cezasını ve 5510 sayılı Kanunda öngörülmüş olan diğer masraf kalemlerini ödeyerek kurtulabilecektir⁵⁰⁹. Bu bilgiler göz önüne alındığında işçinin yasak sürede işyerinde çalıştırılmadığı sürede başka bir iş yürütmesi de teorik olarak mümkün görünmektedir. Çalışmadığı sürede bir yan işte başka bir işverene bağlı olarak çalışıldığında bahsi geçen yaptırımlar gündeme gelecektir. Kanımızca çalıştırılmanın yasak olduğu bu sürelerdeki yaptırımların hem işçi hem de işveren bakımından daha

⁵⁰⁸ 2024 yılı için söz konusu ceza miktarı 14.739 TL olarak güncellenmiştir. <https://www.csgeb.gov.tr/para-cezalari/idari-para-cezalari/>

⁵⁰⁹ İdari para cezasına ek olarak hastalığın nüksetmesi ya da hastalanması halinde SGK sigortalıya ödediği hem geçici işgöremezlik ödeneğini hem de yaptığı sağlık masrafları isteyebilir. Bu kapsamda 5510 sayılı Kanunun m. 21/3’e göre “Çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde, böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girmeden önce var olduğu tespit edilen veya bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı nedeniyle, Kurumca sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği işverene ödettirilir.” m. 76/3’ göre ise “İlgili kanunları gereğince sağlık raporu alınması gerektiği halde sağlık raporuna dayanmaksızın veya alınan raporlarda söz konusu işte çalışması tıbbî yönden elverişli olmadığı belirtildiği halde genel sağlık sigortalısını çalıştıran işverenlere, bu nedenle Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderleri tazmin ettirilir. Sağlık kurulu raporu ile belli bir işte çalışamayacağı belgelenen 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki kişiler bu işte çalıştırılmaz. Bu kişileri çalıştıran işverenler, genel sağlık sigortalısının aynı hastalık sebebiyle Kurumca yapılan masraflarını ödemekle yükümlüdür. Tedavinin sona erdiğine ve çalışılabilir durumda olduğuna dair Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından belge almaksızın başka işte çalışan genel sağlık sigortalısının aynı hastalığı sebebiyle yapılan tedavi masrafları ise kendisinden alınır.”

caydırıcı olması gerekmektedir. Nitekim söz konusu yasaklar, işçinin ve bebeğinin sağlığı için gerekli olan istirahat süreleridir.

Analık halinde kanuna göre işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işçiye ücret ödenip ödenmeyeceği hususunda net bir hüküm bulunmamaktadır. İşK. m. 25 sağlık sebepleriyle işverenin fesih imkanı düzenlenirken gebelik halindeki askı sürelerinde ücretin işlemeyeceği belirtilmiştir. Bunun aksi taraflarca kararlaştırılarak işçiye çalışmasının yasak olduğu bu dönemler için ücret ödenebilir⁵¹⁰. Hatta öğretide bir görüşe göre, maktu ücret ödeniyorsa bunun analık sebebiyle çalışamama halinde de ödenmeye devam etmesi gerekir⁵¹¹.

İşverenin bu süre için işçiye ücret ödediği durumlarda işçinin yan işte çalışması yukarıdaki olasılıktan biraz daha tartışmalıdır. Zira işveren işçinin çalışmadığını ve gelire ihtiyacı olduğunu düşünerek iyi niyetle işçiye ödeme yapmaktadır. İşveren çalışmadığı bu sürede işçiye gönüllü olarak ücret ödüyorsa kanımızca işçi çalışmadığı bu sürede yan iş de tutamayacaktır⁵¹². Çünkü işveren işçinin gebeliği ve doğumu sebebiyle onun ve bebeğinin sağlığını düşünerek işçi lehine bir uygulamaya gitmektedir. Bu sürede işçinin bir yan işte çalışması kanımızca doğrudan sadakat borcuna aykırılık oluşturacak ve işverene iş sözleşmesini haklı sebeple derhal fesih imkanı verecektir.

5510 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca kadın işçiye bu süreler için geçici iş göremezlik ödeneği ödenmektedir (SSGSSK m. 18/c-d). Söz konusu hükme göre *“sigortalı kadının analığı halinde, doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla, doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki*

⁵¹⁰ CANİKLİOĞLU, Kadınların Hakları, 41.

⁵¹¹ CANİKLİOĞLU, Kadınların Hakları, 42.

⁵¹² Yıllık ücretli izin süresince de işçiye bir çalışma karşılığı olmaksızın ücreti ödenmektedir. Ancak yıllık izinde, buradaki durumdan farklı olarak, yasa gereği ücret ödenmesi hususunda bir zorunluluk bulunmaktadır. Yıllık izindeki yan işte çalışmanın yaptırımı ödenen ücretin geri alınmasıdır, ancak analık izni sırasında bir zorunluluk olmadığı halde iyi niyetle işverence yapılan ödeme, kanımızca yan işte çalışma işverenin güvenini kötüye kullanmak anlamını taşır.

haftalık süre ilâve edilerek çalışmadığı her gün için, ... sigortalı kadının, erken doğum yapması halinde doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler ile isteği ve hekimin onayıyla doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalışması halinde, doğum sonrası istirahat süresine eklenen süreler için geçici iş göremezlik ödeneği verilir.” Ayrıca Kanun hükmüne göre tedavi gördüğü hekimden, tedavinin sona erdiğine ve çalışabilir olduğuna dair belge almaksızın çalışan sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği ödenmez, ödenmiş olanlar da 5510 sayılı Kanunun 96. maddede düzenlenen yersiz ödemelerin geri alınması hükümlerine göre geri alınır (SSİY. m. 44/1, ç). Bahsettiğimiz hükümlerden anlaşıldığı üzere hekimden çalışabileceğine yönelik rapor almadan çalışmaya başlarsa kadın işçiye geçici iş göremezlik ödeneği ödenmeyecek ve ödenmiş ise geri alınacaktır.

Kadın işçinin ödenek alabilmesi için raporlu olduğu sürelerde çalışmaması gerekmektedir. Öğretide haklı olarak işçinin istirahatli olduğu ve geçici iş göremezlik ödeneği aldığı dönemlerde çalışması halinde yaptığı yan işin geçersiz olmadığı ancak yasa gereği işçiye ödenmiş olan ödeneğin geri alınacağı ifade edilerek, istirahatli olunan sürede başka bir iş yapılabileceği adeta kabul edildiği ifade edilmektedir⁵¹³. Bu sürelerde işçinin çalışması halinde 5510 s. K. m. 21/3 ve m. 76/3 gereğince işçinin çalışabileceğine ilişkin raporu olmadan çalışması ya da çalışması sebebiyle sağlık durumunun ağırlaşmasına bağlı olarak başka bazı yaptırımlar da söz konusu olmaktadır. Böylece denilebilir ki; analık halinde çalışması yasak olan kadın işçi, söz konusu sürelerde, ancak bahsedilen yaptırımlara maruz kalmayı göze alarak başka bir işte çalışabilecektir.

2. Doğum Sonrası Yarım Çalışma İzinleri Süresinde

a. Doğum sonrası yarım çalışma izni

İş Kanununun doğum sonrası kullanılan analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda

⁵¹³ CİVAN, Yan Yükümlülükler, 359-361.

ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilecektir. Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. (m. 74/2)⁵¹⁴.

Öğretide ifade edildiği üzere bu talebin işverene otuz gün önceden iletilmiş olması işyerinde gerekli ayarlamaların yapılması bakımından uygun olacaktır⁵¹⁵. Yasa ifadesinden anlaşıldığı üzere bu iznin verilmesi işverenin takdirine bırakılmamış, işçinin talebi yeterli görülmüştür⁵¹⁶.

Katıldığımız görüşe göre yarım çalışma sürelerinin birleştirilerek kullanılması isabetli görülmemiştir⁵¹⁷. Örnek vermek gerekirse; işçi yüz seksen günlük sürenin ilk doksan gününü izinli, sonraki doksan gününü de çalışarak geçiremez. Ancak işçi, haftanın üç günü çalışmamak ya da her gün sadece yarım gün çalışmak biçiminde bu izni değerlendirebilir.

Yarım çalışma izni sırasında işçi çalışma süresinin yarısında çalışacağından ücreti de buna göre orantılanacaktır. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunum Ek m. 5 uyarınca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince işçiye “yarım çalışma ödeneği” verilir. Kanunda bu ödeneye hak kazanmak için kimi şartlar da öngörülmüştür. 4447 sayılı Kanuna göre, “*işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması,*

⁵¹⁴ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 799 vd.; SÜZEK, 848; CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli İstihdama Geçiş, 141 vd.; TAŞDEMİR, Yasemin: **Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği**, İstanbul 2019, 251 vd.; OCAK, Saim: Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması, **İş ve Hayat Dergisi**, Y. 2017, C. 3, S. 5, 175 vd.

⁵¹⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 800.

⁵¹⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 801; CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli İstihdama Geçiş, 144; CANİKLİOĞLU, Kadınların Hakları, 74; OCAK, Saim: Doğum/Evlat Edinme Sebebiyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Temmuz 2017, 202; EKONOMİ Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, 41 vd.; TAŞDEMİR, 265.

⁵¹⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 802; CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli İstihdama Geçiş, 144; CANİKLİOĞLU, Kadınların Hakları, 74-75.

4857 sayılı kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve edinme sonrası analık izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekir. Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülerek ödeme yapılır.” (Ek m. 5).

Yukarıda sözü edilen doğum sonrası yarım çalışma izni sırasında işçiye/sigortalıya şartları sağlaması halinde İş-Kur tarafından yarım çalışma ödeneği verileceğinden işçinin bu sürede gelirden mahrum kaldığı söylenemeyecektir. Bu sürede yan işte çalışılması halinde bunun yaptırımı ancak ödeneğin iadesi olabilir. Yoksa çalışılmayan sürede bir yan iş tutulmasının işverene haklı fesih imkanı vermeyeceği kanaatindeyiz. Yarım çalışma izni sırasında çalışmanın olsa olsa işçinin davranışlarından kaynaklanan bir geçerli sebep teşkil edeceği düşünülebilir. Bu davranışlar haklı neden ağırlığına varmaz kanaatindeyiz.

b. Bazı ebeveynlerin kısmi süreli iş sözleşmesine geçiş hakkı

İş Kanunu 74. maddede öngörülen izinlerin bitiminden sonra çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilecek⁵¹⁸, bu talep işveren tarafından karşılanacak ve geçerli fesih nedeni sayılamayacaktır (m. 13/5).

İş Kanunu madde 13'te getirilen imkana, sanki başvuru süresi olarak belirtilen “zorunlu ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar” ifadesi ile anlatılmak istenen aslında bu imkandan en fazla “zorunlu ilköğretim çağının başladığı

⁵¹⁸ 6663 sayılı Kanun ile getirilen bu hak öncesinde Türk hukukunda bu yönde bir düzenleme olmamasına ilişkin eleştiri ve karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde konunun incelenmesine hakkında detaylı bilgi için bkz. TAŞDEMİR, Ebeveyn İzni, 83 vd.

tarihi takip eden ay başına kadar” faydalanılabileceğidir. Kanun metninin ifadesi hatalı olmanın yanında yanlış anlaşılmaya da müsaittir⁵¹⁹.

İş Kanunu madde 74 ile öngörülen haklardan yararlanma olanağı sadece İş Kanunu kapsamındaki işçilere değil aynı zamanda Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilere de tanınmıştır⁵²⁰ (m. 74/son). İkinci fıkradaki altmış, yüz yirmi ve yüz seksen günlük yarım çalışma izinlerinin kullanılabilmesi için çocuğun sağ olması şarttır⁵²¹. Zira kanunda sağ olma koşulu açıkça belirtilmesinin yanında kanunun ifadesiyle çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla yarım çalışma izninin verildiği anlaşılmaktadır. Çocuğun çeşitli sebeplerle Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından koruma altına alınmış olması ya da velayetinin başka kişilere verilmiş olması halinde “çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacı” ortaya çıkmayacağından söz konusu izinler de gündeme gelmeyecektir⁵²².

Doğum ile söz konusu yarım çalışma izni ancak kadın işçiye tanınmış bir haktır; oysa evlat edinme halinde kadın ya da erkek işçi bu haktan faydalanabilecektir⁵²³.

⁵¹⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 207, 210; CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli İstihdama Geçiş, 126; OCAK, Doğum/Evlat Edinme, 63-64.

⁵²⁰ Düzenlemenin sadece 4857 sayılı Kanuna tabi olan işçilere değil iş sözleşmesi ile çalışan tüm işçilere uygulanması isabetli olmakla birlikte düzenlemenin sistematik açısından eleştirilmesi mümkündür, CANBOLAT/ÖZKAN, 118, dn. 20; Konuya ilişkin bkz. OCAK, Ücretsiz İzin, 177; TAŞDEMİR, Ebeveyn İzni, 252.

⁵²¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 800; OCAK, Ücretsiz İzin, 180.

⁵²² OCAK, Ücretsiz İzin, 181; OCAK, Kısmi Süreli, 71.

⁵²³ CANBOLAT/ÖZKAN, 119; OCAK, Ücretsiz İzin, 178. Evlat edinilen çocuk üç yaşını doldurana kadar söz konusu haktan faydalanmak için işverene başvurabilirler, izin sırasında çocuk üç yaşını tamamlasa dahi izin kullanılmaya devam edilir, ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 800; CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli İstihdama Geçiş 144; Ekonomi’ye göre “*Kanunda (İşK.m.74/5) çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçiler ,denilmesi evlilik ilişkisinde birlikte evlat edinilmesi halinde eşlerden birinin ücretsiz izin hakkından yararlanmasına olanak tanınmadığı şeklinde yorumlanabilir. Böyle bir görüşe katılmamız mümkün değildir.*”, EKONOMİ, Doğum ve Evlat Edinme, Legal 2017, 28.

Kanun, iki çalışan ebeveynden sadece birine çocukları ilkokula başlayana kadar kısmi süreli çalışmaya geçmeyi talep imkanı vermiştir. Zira bu haktan yararlanabilecek için eşin çalışmıyor olması gerekmektedir. Talep halinde ise, daha önce de belirtildiği gibi bu talebin işverence kabulü zorunludur; işverenin izin verip vermemek hususunda takdir hakkı bulunmamaktadır⁵²⁴. İşverenin bu talebi kabul etmemesi halinde işçinin haklı sebeple fesih imkanına sahip olduğu söylenebilir⁵²⁵.

Ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçiş imkanının veriliş amacı ise, yukarıda da belirtildiği üzere doğan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinin sağlanmasıdır⁵²⁶. Bu sebeple doğum sonrası yarım çalışma izni kullanan bir işçinin asıl işinde çalışmadığı süreler bakımından bir yan işte çalışmaya başlaması halinde bu durum doğrudan doğruya sadakat borcuna aykırılık oluşturacaktır⁵²⁷. Bu zamanın çocuğu yetiştirmek amacı dışında (bir yan iş yapılarak) geçirilmesi hükmün amacına ve sadakat borcuna aykırıdır⁵²⁸. Bu nedenle burada asıl iş sözleşmesi tarafı olan işverenin haklı sebeple derhal fesih imkanı olduğu söylenmektedir⁵²⁹.

Kanımızca bu sürede yan işte çalışmak haklı sebep ağırlığına varacak nitelikte değildir. İşçi asıl işindeki işlerini aksatmadığı sürece bu sürede sadakat borcuna aykırılık oluşturmayacak türdeki bir yan iş tutmasının, haklı değil ancak geçerli bir fesih sebebi olabileceği kanaatindeyiz. Ancak yine de somut olayın koşullarının feshi gerektirmediği durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin işçi öğleden sonra işten ayrılarak evinde

⁵²⁴ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 207; CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli İstihdama Geçiş 129; OCAK, Ücretsiz İzin, 182; OCAK, Kısmi Süreli, 72; GÜNAY, Arkın: 4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Kısmi Süreli Çalışma ve Bu Çalışmanın Özel Biçimleri, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran 2019, C. 9, S. 1, 173; TAŞDEMİR, Ebeveyn İzni, 193.

⁵²⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 207; CANİKLİOĞLU, Kısmi Süreli İstihdama Geçiş, 129; TAŞDEMİR, Ebeveyn İzni, 193; Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. OCAK, Kısmi Süreli, 74-78.

⁵²⁶ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 48.

⁵²⁷ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 48.

⁵²⁸ EKONOMİ, Doğum ve Evlat Edinme, 55; SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 48.

⁵²⁹ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, 48.

çocuğuyla ilgilendiği sırada komşusunun çocuğuyla da aynı şekilde ilgilenererek bir ek gelir elde ediyorsa, bir geçerli fesih sebebi dahi olmadığı savunulabilir. Dürüstlük kuralı gereği mesela işçinin asıl işinin uzaktan çalışmaya elverişli olmaması halinde uzaktan yapılabilecek ve bebeğin bakımını aksatmaya yol açmayacak sınırlı süreli işlerde çalışması kabul edilebilir.

3. Doğum Sonrası 6 Aylık Ücretsiz İzin Süresinde

İş Kanununun 74. maddesinde on altı (ya da çoğul gebelik halinde on sekiz) haftalık analık hali izinlerinden sonra işçiye isterse altı aya kadar ücretsiz izin verileceği düzenlenmiştir (m. 74/2). Düzenlemenin ifadesinden bu iznin işçinin talebi halinde işverence verilmek zorunda olduğu anlaşılmaktadır⁵³⁰.

Yüksek Mahkeme de “İş Kanunu'nun 74. maddesinde, ... ücretli doğum izninin ardından, istekleri halinde kadın işçilere 6 aya kadar ücretsiz doğum izin verileceği belirtilmiş ve kanun koyucu, yorum kurallarına başvurulmasına gerek kalmaksızın, bu hakkı işverenin taktirine bırakmayacak şekilde açık ve net olarak düzenlemiştir. Buna karşın, İş Kanunu sistematigi açısından, ilgili hususu, yaptırım ile güvence altına alan açık bir düzenleme yapılmamakla birlikte, tamamen korumasız bırakıldığı da düşünülemez. Bir başka anlatımla, doğum yapan kadın işçinin, ücretsiz doğum iznini kullanmak istemesi ve işveren tarafından buna izin verilmemesi halinde, kadın işçi tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak, ücretsiz doğum iznine ayrılabilir.” diyerek bu konuda bir tereddüt bulunmadığı yönündeki görüşünü ortaya koymuştur⁵³¹. Başka bir kararında Yargıtay, ücretsiz izin hakkı verilmemesi halinde kadın işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini belirtmiştir⁵³².

⁵³⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 802; SÜZEK, İş Hukuku, 845; OCAK, Ücretsiz İzin, 182; CİVAN, Orhan Ersun: İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2017, S. 4, 216, dn. 33; CANBOLAT/ÖZKAN, 113-114.

⁵³¹ Y9HD, 13.07.2009, E. 2008/36349 K. 2009/20734, (www.kazanci.com).

⁵³² Y22HD, 16.01.2017, E. 2017/14643, K. 2017/125, Y9HD, 26.09.2008, E. 2007/27521, K. 2008/25157, (www.kazanci.com).

Kanunda altı aylık ücretsiz izin hakkının da, çocuğun bakımı amacıyla 60, 120, 180 günlük yarım çalışma izinlerinin de 16 haftalık analık izninin bitiminden itibaren başlatılacağı ifade edilmiştir. Bu itibarla işçi, bu iki haktan birini tercih etmek durumundadır⁵³³. Aksi yöndeki görüşe göre ise işçi önce yarım çalışma iznini kullanır ise bu izinden sonra, analık izninden itibaren hesaplanacak altı aylık süreden geriye kalan sürenin bulunması durumunda, kalan süre boyunca altı aya kadar ücretsiz izin hakkını kullanabilecektir⁵³⁴. İsaletli bulduğumuz bu görüş gereğı; yasada iki iznin de açıkça analık izninden sonra başlayacağı belirtildiğinden işçi tercih edeceği izni kullanabilecektir. Ücretsiz iznin de yarım çalışma izninin de başlangıç zamanı, analık izninin bitimi ile olacaktır. Tercih ettiğı iznin bitimi ile birlikte diğler iznin süresi henüz dolmamış ise işçinin diğler izni kalan süre ile sınırlı olarak kullanmaya devam etmesi mümkündür.

Ücretsiz izin süresince işçi hayatını devam ettirecek bir dayanaktan yoksun kalmaktadır. Öğretide öne sürülen bir öneriye göre; İngiltere'deki yasal düzenlemelerde olduğu gibi iş sözleşmesinin analık hali nedeniyle askıya alınmasına özgü olarak ücretin işveren tarafından ödenmeye devam edeceği öngörölmek suretiyle askıya alınacağıının İş Kanunumuzda düzenlenmesi düşünölebilir⁵³⁵.

Askı sürelerinde genel itibarıyla olduğu gibi sürenin sona ermesiyle iş sözleşmesinden doğan borçlar tekrar aktif hale gelir; işçi iş görme işverense ücret ödeme borçlarını ifaya devam eder⁵³⁶. Yani analık hali nedeniyle iş sözleşmesinin İş Kanunu 74. maddede öngörölen sürelerle askıya alınmasını gerektiren durumun sona ermesi halinde

⁵³³ EKONOMİ, Doğum ve Evlat Edinme, 29; Aynı yönde CANBOLAT/ÖZKAN, 120-121.

⁵³⁴ TAŞDEMİR, 283; Ocak'a göre işçi ücretsiz izin kullanırken henüz kanuni süreler dolmamışsa 60, 120, 180 günlük yarım çalışmaya geçebilir, aynı şekilde yarım çalışma yaparken bu süre tamamlandığında ücretsiz izin hakkına geçebilir. Ancak iki iznin süresi de 16 haftalık analık izinlerinin bitimiyle başlar, birbirine eklenemez, OCAK, Ücretsiz İzin, 192-193;

⁵³⁵ CİVAN, Özel Politika Gerektiren Gruplar, 220.

⁵³⁶ SÜZEK, İş Hukuku, 507-508; SÜZEK, Askı, 129; CİVAN, Özel Politika Gerektiren Gruplar, 220-221.

de iş sözleşmesi kaldığı yerden aynı koşullarla devam edecektir. Analık haline özgü izinlerin bitimiyle kadın işçinin aynı işine, ya da mümkün olan en yakın şartlarla bir başka işe başlatılması gerekir⁵³⁷.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, doktor olarak çalışan davacının doğum sebebiyle ayrıldığı ücretsiz izin sırasında SGK kayıtlarına göre başka bir ildeki hastanede kayıtlı görünmesi halinde fiili çalışma olmaması sebebiyle yerel mahkemece işçinin iş iadesine karar verilmiştir. Yargıtaya göre “...davacının doğum nedeniyle ücretsiz izin aldığı ve bu ücretsiz izinde iken başka bir ilde başka bir işveren tarafından çalışması nedeniyle kuruma bu çalışmalarının bildirildiği sabittir. Mahkeme bozma sonrası bu çalışmaları bildirilse bile fiilen çalışmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak bu yeterli değildir. Anılan işverenden davacının idari görevde çalışıp çalışmadığı, kendisine çalışması gösterilen dönem için ücret ödenip ödenmediği, varsa yapılan sözleşme ve ödemelere ilişkin kayıtlar getirtilmeli, incelenmeli ve sonucuna göre iş sözleşmesinin geçerli veya haklı nedene dayanıp dayanmadığı saptanmalıdır...”⁵³⁸. Karardan anlaşıldığı üzere fiili çalışmanın Yargıtay’ın araştırılmasını istediği hususlar araştırılarak ortaya konması halinde yapılan fesih haklı/geçerli olarak nitelendirilebilecektir. Buradan çıkan sonuca göre Yargıtayın doğum sebebiyle alınan ücretsiz izin sırasında başka bir işte çalışmanın mümkün olmadığı kanaatinde olduğu anlaşılmaktadır.

Yasal düzenlemeler, konu ile ilgili öğretideki görüşler ve Yargıtayın bahsedilen bakış açısı birlikte değerlendirildiğinde altı aylık ücretsiz izin sırasında işçinin bir yan işte çalışmasının nasıl değerlendirileceği üzerinde durulmalıdır. Kural olarak Kanunda öngörülen altı aylık söz konusu ücretsiz izin süresi, çocuğun bakımı ve ebeveynin çocukla

⁵³⁷ CİVAN, Özel Politika Gerektiren Gruplar, 221. Yazara göre bu tarz bir düzenlemenin yasa ile getirilmesi daha isabetli olacaktır, aynı yer.

⁵³⁸ Y9HD, 27.01.2014, E, 2013/13971, K. 2014/1827; Karar hakkında bkz. DOĞAN YENİSEY, Yan İşte Çalışma, 381-382. Yazara göre işçinin işverenden çocuğuna bakmak amacıyla izin aldığı dönem içinde bir başka işte çalışması sadakat borcuyla bağdaşmayacak bir davranıştır. Bu konuda ayrıca sözleşmesinde bir yasak hükmü bulunmasına gerek yoktur.

ilgilenmesi amacıyla düzenlenmiştir. Ancak işçinin bu sürede gelirinden mahrum kaldığı da bir gerçektir.

Söz konusu sürelerde çalışıp çalışmamak işçinin takdirindedir. İşçi dilerse ücretsiz izne başvurmayıp çalışmaya devam edebilir, ya da yukarıda bahsettiğimiz gibi kaçınıcı doğumu olduğuna göre yarım çalışma izni kullanabilir. Bu sebeplerle kanımızca kullanılan bu iznin amacına uygun şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sürede çalışan işçi, işverenin güvenini zedelemiş olacaktır. Yapılan yan iş işverenle rekabet teşkil ediyorsa bunun bir haklı fesih sebebi sayılacağına kuşku yoktur. Sadakat borcuna aykırılık oluşturmeyen diğer durumlarda ise işverenin işçiyle çalışmaya devam etmesinin beklenemeyeceği kanaatindeyiz. Böyle bir çalışma, işverene sözleşmeyi geçerli nedenle feshetme imkanı verebilir⁵³⁹. Bununla birlikte analık halinden kaynaklı durumlarda yan iş söz konusu olduğunda sorunun çözümüne keskin, kategorik sınırlarla yaklaşmak her zaman doğru sonuçlar vermeyebilir. Örneğin kadın işçinin izinli olduğu dönemlerde evden sosyal medya üzerinden gelir kazanması halinde, söz konusu çalışmanın işçiyi yordduğu, iznin amacına aykırılık oluşturduğu söylenemeyecektir. Bu halde bir fesih hakkından da bahsedilemez kanaatindeyiz.

F. Raporlu Olunan Sürede

İşçilerin iş göremez duruma gelmeleri halinde bu durum bir hekim raporu ile belgelendiği takdirde işçi belirli bir süre çalışmaz ve sözleşme bu sürede ayakta olmakla birlikte askıda kabul edilir⁵⁴⁰. Daha önce de ifade edildiği gibi⁵⁴¹, askı süresinde iş sözleşmesi taraflarının karşılıklı temel borçları olan işçinin iş görme, işverenin de ücret

⁵³⁹ AKYİĞİT'e göre doktor raporu aranmaksızın sadece işçinin talebi üzerine verilen bu tür ücretsiz izinlerde işçinin daha yüksek ücretli bir iş bulup çalışması mümkün olabilecektir. Ancak doktor raporu ile bu sürede çalışmanın sakıncalı olduğu tespit edildiği halde bu sürede yapılan çalışma geçersizlikle sonuçlanabilir, AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 57.

⁵⁴⁰ SÜZEK, 503.

⁵⁴¹ Bölüm 3, V.

ödeme borcu askıda kabul edilir⁵⁴². İşçi işini görmez, işveren de kural olarak⁵⁴³ işçiye ücret ödemez. Bu sürede kişinin istirahat etmesi ve işini yapabilecek hale gelmesi beklenir. Tarafların karşılıklı temel borçları askıda olmakla birlikte işçinin işverene karşı sadakat borcu devam eder. Bu borç, fiilen çalışılan süre ile sınırlı olmayan, sözleşmenin başlangıcı ile sona erme anı arasındaki tüm süreyi kapsayan bir borçtur.

Öğretide ifade edilen bir görüşe göre işçinin raporlu/istirahatli olduğu sürede yaptığı işin niteliği de önem taşır; her iş göremezlik hali tümünden yan işte çalışmanın her türlüünü dışlamış kabul edilemez. Öyle ki hamile bir kadının bedenen yorulmasına sebep olmayan evinde-bahçesinde roman yazmasını ya da çeviri yapmasını içeren yan işler yapılabilir görülebilir⁵⁴⁴.

Askı süresinde kişinin başka bir işte çalışması, bir Hukuk Genel Kurulu Kararında doğruluk ve bağlılığa uymayan hallerden biri olarak görülmüş ve m. 25/II kapsamında bir fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Karara göre “*davacının, raporlu olduğu günlerde başka bir işverenin işyerinde fiilen çalışarak asıl mesleği kaportacılığı sürdürdüğü, kesin olarak saptanmış durumdadır. İşçinin genel olarak dürüstlüğü uymayan, bu davranışının bağlilık sadakat ve doğruluk kurallarıyla bağdaştırılması mümkün değildir. O itibarla işverenin iş akdinin feshinde haklı olduğunun kabulü*” gerekir⁵⁴⁵. Bu ve benzeri durumlarda işçiye dinlenmesi ve sağlığını tekrar kazanması amacıyla verilen sürenin çalışılarak geçirilmesi raporun amacıyla bağdaşmayacağından dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecektir⁵⁴⁶.

⁵⁴² SÜZEK, 503.

⁵⁴³ Maktu ücret alan bir işçi somut olayın koşullarına göre raporlu olduğu sürelerde ücretini kesinti olmadan almaya devam edebilir.

⁵⁴⁴ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 59.

⁵⁴⁵ YHGK, 29.05.1991, E. 1991/9-223, K. 1991/315, 29.05.1991. Aynı yönde; Y9HD, 16.12.2010, E, 200842769, K, 2010/38188 (Çalışma ve Toplum Dergisi) KAYIRGAN kararları isabetli olarak değerlendirmiştir, KAYIRGAN, Sadakat Borcu, 464.

⁵⁴⁶ DOĞAN YENİSEY, Yan İş Yasağı, 381.

Sağlık sebepleriyle çalışılmayan bu ve buna benzer durumlar öğretide de sadakat borcuna aykırı görülmüştür⁵⁴⁷. *Akyiğit*'e göre istirahatli olunan sürede asıl işinde çalışmayarak başka bir işte çalışmakla asıl işin haksız bir şekilde ifa edilmediği söylenebilecektir⁵⁴⁸. Öğretide işçinin başka işte çalışmasının niteliğinin önem taşıdığı ifade edilmektedir. Buna göre işçinin başka işte çalışmasına ilişkin haftalık süre, işin niteliği, evden çalışma yapılıp yapılmadığı gibi durumların değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁴⁹.

Başka bir olayda davacı işçi, istirahatli olduğu sürede bir lokantanın işletme müdürlüğünü yapmış ve bu durum basına yansımıştır. Yerel mahkeme, başka bir işte çalışma olgusunun basında çıkan haber dışında başka bir vasıta ile ispatlanamadığını değerlendirilerek davacının işe iadesine karar vermiş, bu karar Yargıtay'ca bozulmuştur. Yargıtay'a göre işçinin raporlu olduğu süre ile başka işte çalışma iddiasının aynı döneme denk geldiği, davacının çıkan haberleri yalanlamadığı, işverenin davacıya tebliğ ettiği başka işte çalışmayı yasaklayan etik kuralların varlığı göz önüne alındığında fesih haklı sebebe dayanmaktadır⁵⁵⁰.

Kanaatimizce başka işte çalışma olgusunun tarafsız vasıtalarla ispatlanması gerekmektedir. İşverenin iddialarına dayanılarak kanaat oluşturulması hatalı olacaktır. Daha da önemlisi davacı işçinin hakkında çıkan haberleri yalanlamayarak "susması", Yargıtayca iddiaların "kabulü" anlamında yorumlanmıştır. Bilindiği üzere hukukta susma, -istisnalar haricinde- kabul anlamına gelmemektedir⁵⁵¹. Belirtilen nedenlerle Yüksek Mahkemenin bu kararına katılmadığımızı ifade etmeliyiz.

İşçiye tebliğ edilen etik kurallar ile başka işte çalışmanın yasaklanması da tek başına feshi haklı kılacak bir neden oluşturmamaktadır. Unutulmamalıdır ki somut olayda

⁵⁴⁷ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 58; DOĞAN YENİSEY, Yan İş Yasağı, 381.

⁵⁴⁸ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 58.

⁵⁴⁹ GÜRKAN, 383-384.

⁵⁵⁰ Y9HD, 29.06.2016, E. 2015/33924, K. 2016/15541, (www.kazanci.com).

⁵⁵¹ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 135-136; OĞUZMAN/ÖZ, 67-68; ANTALYA, 95; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 146.

işçinin raporlu olduğu sürede başka işte çalıştığı iddia edilmektedir. Bu sürede çalışma olgusu kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya konulduktan sonra ayrıca bir yasak düzenlemesi olup olmadığına bakılmaksızın fesih sebebinin oluştuğu kabul edilmelidir. Çünkü raporlu olunan süre istirahati gerektirir ve bu sürede çalışmak sadakat borcuna aykırılık oluşturarak haklı fesih sebebi teşkil edecektir⁵⁵².

G. Mevsimlik İş Sözleşmelerinde

1. Genel Olarak

Çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler mevsimlik iş olarak tanımlanabilir⁵⁵³. Söz konusu dönemler işin niteliğine göre uzun veya kısa olabilir. Her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları ve fakat yılın diğer dönemlerinde iş sözleşmelerinin, ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar ara vermeyi gerektirdiği işler mevsimlik iş olarak değerlendirilir. Mevsimlik iş sözleşmeleri 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesindeki hükümlere uygun olarak, belirli süreli olarak yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilir⁵⁵⁴. Tek

⁵⁵² Aynı yönde, BeckOK ArbR/JOUSSEN BGB § 611a Rn. 455. Yazar, işçinin hastalık izni sırasında başka işte çalışan işçinin iyileşmesinin gecikmesi durumunda, yan işin yasak olması gerektiğini belirtmektedir.

⁵⁵³ SÜZEK, İş Hukuku, 256; DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, İstanbul Ekim 2015, 137; TAŞKENT, Savaş: Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Karar İncelemesi, **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, İstanbul 2010, 750; YARDIMCIOĞLU, Didem: **Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş Sözleşmeleri**, İstanbul 2020, 109.

⁵⁵⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 183, TAŞKENT, Mevsimlik, 760; ULUCAN (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN), 73.

bir mevsim için yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile kendiliğinden sona erer⁵⁵⁵ ve bu durumda işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz⁵⁵⁶.

Buna karşılık, işçi ile işveren arasında mevsimlik bir işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış ve izleyen yıllarda da zincirleme mevsimlik iş sözleşmeleriyle çalışılmışsa, değinilen maddenin son fıkrası uyarınca iş sözleşmesi belirsiz süreli nitelik kazanacaktır⁵⁵⁷. Mevsimlik iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı anlaşmasıyla belirli süreli yapılmışsa sürenin sona ermesi, işçinin ölümü ya da süresinin sona ermesinden önce haklı nedene dayanan fesih ihbarıyla sona erer⁵⁵⁸. Haklı neden yokken yapılan fesihlerde ise işçi bakiye süre ücretini tazminat olarak isteyebilir (TBK m. 438/1)⁵⁵⁹.

Belirsiz süreli sözleşme ile işe alınan ve mevsimin sona ermesi sebebiyle işyerinden ayrılan bu işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden sona ermez, fakat ertesi yılın iş sezonunun başına kadar askıda kalır. Mevsim bitimi ile askıya alınan iş sözleşmesi,

⁵⁵⁵ Y9HD, 28.12.2009, E. 2008/13374 K. 2009/38104, (www.lexpera.com).

⁵⁵⁶ TAŞKENT, Mevsimlik, 765; YARDIMCIOĞLU, 146. Y9HD, 28.12.2009, E. 2008/13374 K. 2009/38104, (www.kazanci.com).

⁵⁵⁷ YARDIMCIOĞLU, 146; Y9HD, 19.04.2009, E. 2007/36309 K. 2009/10880, (www.lexpera.com). Yargıtay'ın benzer yönde birçok kararı bulunmakta, art arda yapılan mevsimlik iş sözleşmelerinin baştan itibaren belirsiz süreli mevsimlik iş sözleşmesi olarak kabul edileceği belirtilmektedir, bkz., YHGK, 18.10.2018, E. 2018/7-827 K. 2018/1461, (www.kazanci.com), Y22HD, 09.12.2019, E. 2017/25992 K. 2019/22676, (www.kazanci.com), Y9HD, 05.06.2018, E. 2017/8205 K. 2018/12612, (www.kazanci.com).

⁵⁵⁸ YARDIMCIOĞLU, 315.

⁵⁵⁹ YARDIMCIOĞLU, 316; Genel anlamıyla belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshine ilişkin bakiye süre ücretine hak kazanılacağına yönelik bkz. SOYER, Polat: Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2011, 17; CANİKLİOĞLU, Nurşen: Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, **10. Yılında İş Kanunu Semineri**, TİSK, Ankara, 2014, 74 vd.; SENYEN-KAPLAN, Emine Tuncay: Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 36, 2016, 17 vd.; GÜLVER, Ender: Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 31, 2011, 999 vd.

tarafların fesih iradesi yok ise feshedilmiş olmaz. Ertesi yıl mevsim başında işe alınmayan işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılır. Fakat davet edildiği halde işbaşı yapmayan işçinin iş sözleşmesi devamsızlık sebebiyle işveren tarafından haklı sebeple feshedilmiş veya işçi tarafından haklı bir sebep yokken feshedilmiş sayılır⁵⁶⁰.

2. Mevsimlik İş Sözleşmesinde Çalışılan Sürede

Mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin asıl işini yapmaksızın geçirdiği zamanlarda yan işte çalışıp çalışamayacağı üzerinde durmak gerekmektedir.

Sadakat borcunun bir parçası olarak, iş sözleşmesi devam ederken, işçinin işvereniyle rekabet etmeme borcu da bulunmaktadır. Bunun açıkça kararlaştırılmış olması gerekmez. Zira iş sözleşmelerinin tümünde genel olarak sadakat borcu açıkça kararlaştırılmış olmasa da TBK m. 396 gereği mevcuttur⁵⁶¹. Dolayısıyla işçi, mevsimlik iş sözleşmesi devam ederken sadakat borcu kapsamında işvereniyle rekabet etmeme yükümü altındadır.

Öğretide bir görüşe göre, mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin yan işte çalışması, bu kapsamda haftada 45 saatlik azami çalışma süresini aşmamak kaydıyla başka bir mevsimlik işte ya da kısmi süreli normal bir işte çalışması -sadakat borcuna aykırılık oluşturmadığı müddetçe- mümkündür⁵⁶². Kanaatimizce, daha önce de belirttiğimiz gibi⁵⁶³, tam süreli bir işte çalışmak bir yan iş tutmaya doğrudan engel oluşturmaz. Bu nedenle mevsimlik iş sözleşmesi ile tam süreli olarak çalışan bir işçi, çalışma saatleri dışında başka işlerde çalışmakta, yan faaliyetler yürütmekte serbesttir. Zira haftalık azami çalışma süresinin aşılarak fazla çalışma yapılması halinde, bunun karşılığı zamlı ücret ödenmesi iken, ikinci bir işte çalışılamayacağını söylemenin

⁵⁶⁰ Y9HD, 19.04.2009, E. 2007/36309 K. 2009/10880, (www.lexpera.com).

⁵⁶¹ Öğretide Arslan Ertürk tarafından ifade edildiği üzere, iş sözleşmelerinin unsurlarından bağımlılık unsuru, sadakat borcunun nedenini oluşturmaktadır, ARSLAN ERTÜRK, Sadakat Borcu, 89.

⁵⁶² SENYEN-KAPLAN, Bireysel İş Hukuku, 166; TUNÇOMAĞ/CENTEL, 103; YARDIMCIOĞLU, 223.

⁵⁶³ Bölüm 2, IV, H, b.

mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Azami sürelerin aşılması sebebiyle işçinin performansında bir düşüklük olduğu gözleniyorsa, ancak gerekli ölçümlerin yapılması ile bu durumun ortaya konulmasıyla birlikte bu durum işverene (hem asıl işverene hem de yan iş ilişkisi ile bağlı olunan işverene) iş sözleşmesini geçerli sebeple feshetme imkanı verebilir.

Mevsimlik işçinin sadece yan iş olarak başka bir işveren yanında sadakat borcuna aykırılık oluşturacak nitelikteki çalışması değil, bağımsız bir şekilde asıl işverenin iştigal sahasına giren bir iş kurarak işveren ile rekabet eder nitelikte çalışması da mümkün değildir⁵⁶⁴. Bu hal de tabii ki sadakat borcuna açık bir aykırılık teşkil edeceğinden, asıl iş sözleşmesi ile bağlı olunan işverene, sözleşmeyi haklı sebeple derhal fesih imkanı verecektir.

3. Mevsimlik İş Sözleşmesi Askıdayken

Mevsimlik iş sözleşmeleri yılın belirli zamanlarında çalışmayı gerektirdiğinden yılın geri kalan döneminde işçiler pek tabii başka işler yaparak geçimlerini devam ettirmek isteyeceklerdir. Burada düşünülmesi gereken; sanki mevsimlik iş sözleşmesi devam ediyormuş gibi işverene sadakat borcunun da devam edip etmediği, rekabet oluşturacak faaliyetlerden kaçınmak gerekip gerekmediğidir.

Askı süresi içinde mevsimlik iş sözleşmesi ortadan kalkmadığı için temel borçlar dışındaki diğer borçlar varlıklarını sürdürürler. Bu kapsamda işçinin sadakat borcu, işverenin de işçiyi koruma ve gözetme borcu ile eşit davranma borçları yürürlükte kalmaya devam eder⁵⁶⁵.

Bu bilgilere dayanarak işçinin askı döneminde sadakat borcuna aykırılık teşkil etmeyen başka bir iş bularak çalışmasının mümkün olduğu sonucuna varılabilir⁵⁶⁶. Mevsimlik iş sözleşmesi söz konusu olan bir olayda Yargıtay, mevsimlik çalışmanın sona

⁵⁶⁴ YARDIMCIOĞLU, 223.

⁵⁶⁵ SÜZEK, 493; YARDIMCIOĞLU, 249.

⁵⁶⁶ OCAK, Uğur: İşçilik Alacakları, 1. Cilt, Ankara 2013, 381.

ermesi sebebiyle işçinin işyerinden ayrılmak zorunda olduğu ancak “iş sözleşmesinin bozulmamış olduğu” durumlarda; ertesi mevsim başına kadar iş görme ve ücret ödeme gibi temel borçlar askıda olsa da işçinin sadakat ve kısmen işyerindeki kurallara uyma borcu, işverenin de gözetme ve eşit işlem borçlarının devam etmekte olduğunu ifade ettikten sonra iş sözleşmesinin askıda olmasının işçinin askı süresi içinde başka bir işverenin emrinde çalışmasına engel olmayacağını belirtmiştir⁵⁶⁷.

H. İşe İade Davası Sürecinde

1. Genel Olarak

İşçinin kural olarak iş görme edimi sonucu elde ettiği ücret geliri ile geçimini temin ettiği kabul edilir. Bu nedenle işçi için iş bulamamak, bulduğu işi herhangi bir sebep yokken kaybetmek geçim kaynağından mahrum olmak anlamına gelir. Bu nedenle çağdaş hukuk sistemlerinde işçilerin yaşamlarını devam ettirebilmelerini sağlamak ve geçerli bir sebep yokken işten çıkarılmalarını önlemek amacıyla iş güvencesi öngörülmüştür.

Hukukumuzda da önce 2002 tarih ve 4773 sayılı Kanunla 1475 sayılı Kanuna eklenen bazı hükümlerle, ardından 2003 yılında 1475 sayılı İş Kanunu yürürlükten kaldırılarak yerine çıkarılan 4857 sayılı İş Kanunu ile Anayasal çalışma haklarının da temini için iş güvencesi hükümleri düzenlenmiştir⁵⁶⁸. Buna göre, iş güvencesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmeleri ancak kanunen öngörülen geçerli bir sebebin varlığı halinde feshedilebilir. Gerçekten İşK. m. 18’e göre otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ancak işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin

⁵⁶⁷ Y22HD, 01.06.2015, E. 2014/34492, K. 2015/19063, (www.kazanci.com). Aynı yönde, Y9HD, 10.10.2008, E. 2007/27145, K. 2008/26149, (www.kazanci.com).

⁵⁶⁸ ÇELİK, Nuri: **İş Güvencesi**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2003/3, 9-12; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 485-486; ELBİR, 140; MANAV, Eda: Uygulamada Geçerli Fesih ve Sonuçları, **Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları II. Sempozyum**, 2010, Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu, 43; NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 159 vd.; SUBAŞI, İşe İade Davaları, 595 vd.

gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanarak feshedilebilecektir⁵⁶⁹. Ayrıca işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri bu güvenceden yararlanamazlar. İş güvencesi kapsamına giren bir işçi, iş sözleşmesi feshedildiğinde geçerli bir sebebin olmadığı iddiasıyla işe iade davası açabilecek ve mahkemece yapılan yargılama sonucunda feshin geçerli bir sebebe dayanmadığı ya da feshin usulüne uyulmadığı veyahut feshin son çare olması ilkesine uyulmadığının tespiti halinde işçinin işe iadesine karar verilecektir. Belirtmek gerekir ki sadece 4857 sayılı İş Kanunu ve Basın İş Kanunu⁵⁷⁰ kapsamındaki işçiler, iş güvencesi hükümlerinin koruması kapsamında olup, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler bu korumadan yararlanamayacaklardır. Tabii bu durum onların bireysel ya da toplu iş sözleşmelerine hüküm eklenerek koruma kapsamına alınmalarına engel oluşturmamaktadır.

Kanuna göre işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtmek zorundadır (m. 19/1). Ayrıca işveren işletmesel sebeple fesih dışındaki fesihlerde fesihden önce işçinin savunmasını almak zorundadır. Konuya ilişkin düzenlemeye göre, *“Hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak işverenin 25. maddenin II. bendinde gösterilen sebeplerle fesih hakkı saklıdır”* (m. 19/2).

İş Kanunu madde 25/II’ye göre fesih söz konusu olduğunda işverenin savunma almasına ihtiyaç yoktur. Madde 25/II’deki sebepler incelendiğinde görülecektir ki bu haller söz konusu olduğunda işverenden savunma alması beklenemez; işveren bu

⁵⁶⁹ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 489; SÜZEK, İş Hukuku, 554 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 962; CENTEL, Tankut: **İş Güvencesi**, İstanbul 2020, 2. Baskı.

⁵⁷⁰ Basın İş Kanunu m. 6/son uyarınca, İş Kanunu’nun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri kıyas yoluyla Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler hakkında da uygulanır. Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda ise bu yönde hüküm bulunmamaktadır.

durumlarda hiç vakit kaybetmeden fesih yolunu seçecek, savunma alarak süreci uzatmak istemeyecektir. Bununla birlikte Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Kanunda açıkça 25/II kapsamında yapılan fesihlerde savunma alınma zorunluluğu olmadığını belirttiğinden, diğer bentlere göre yapılan fesihlerde savunma alınması gerektiği sonucuna ulaşmaktaydı⁵⁷¹. Buna karşılık bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre; kanunda açıkça 25/II bakımından savunma alma zorunluluğunun olmadığını söylenmesinin sebebi, diğer bentlere göre yapılan fesihlerde savunma alma gerekliliğinin zaten olmamasıydı⁵⁷². Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de savunma alınması zorunlu olmayan sebepleri sadece m. 25/II ile sınırlı kabul etmemekte, 25. maddede düzenlenen diğer sebeplerle yapılan fesihlerde, bu bağlamda m. 25/I'e dayanan fesihlerde savunma alma zorunluluğunun olmadığını kabul etmekteydi⁵⁷³. Yargıtayın iki iş dairesinin kararları arasında madde 25/II dışındaki sebeplerde savunma alma gerekliliğine ilişkin farklılık oluşması üzerine konu İçtihadı Birleştirme Kuruluna götürülmüş ve İçtihadı Birleştirme kararıyla sonuca bağlanmıştır. Buna göre sağlık sebepleriyle bir haklı fesih söz konusu olduğunda işçiden savunma alınması gerekmemektedir⁵⁷⁴.

İş Kanunu madde 25/II gereği yapılan fesihlerde işçiden savunma almak gerekmemesine ilişkin hüküm öğretide eleştirilmiş, daha hafif sebeplerle (m. 18 vd.)

⁵⁷¹ Y9HD, 24.05.2017, E. 2016/13617, K. 2017/8796, (www.kazanci.com). 22. Hukuk Dairesi ise 25/II bendi dışındaki sebeplerle fesihlerde de savunma alma zorunluluğu olmadığını belirtmekteydi.

⁵⁷² ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 549; Sağlık sebepleriyle fesihte savunma almak gerekmediği yönünde bkz. SÜZEK, İş Hukuku, 729; ERGİN, Hediye: İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 2017, 38, 62; İşçinin savunmasının alınması hususunda bkz. DUMAN, Barış: 4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11(1), 2020, 1-17.

⁵⁷³ Y22HD, 08.11.2018, E. E. 2018/8363, K. 2018/23924, (www.kazanci.com.tr).

⁵⁷⁴ YİBGK. 19.10.2018, E. 2017/9 K. 2018/10, RG 09.05.2019, 30769.

yapılan fesihlerde savunma alınırken haklı sebep ağırlığındaki fesihler için savunma alınmaması doğru bulunmamıştır⁵⁷⁵.

Bahsedilen kapsam çerçevesinde işe iade talebinde bulunan işçiler yargı uygulamasına bakıldığında çoğunlukla uzun bir sürecin ardından işe iade edilmektedirler. Uygulamada işe iade davaları oldukça uzun sürmekte, hatta bazen adil yargılanma hakkı bağlamında hak ihlali kararları çıkmaktadır. Oysa Kanunda 7036 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce davanın ilk derece mahkemesince iki ay, temyiz aşamasında da Yargıtayca bir ay içinde sonuçlandırılacağı belirtilmekteydi. Çalışma konumuzu ilgilendirdiği kadarıyla işçilerin bu süreçte gelirden mahrum olarak işe iade edilmeyi beklmeleri gerekip gerekmediği üzerinde durulacak, başka bir işte çalışmaları halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği hem dava süreci hem de dava sonrası için analiz edilmeye çalışılacaktır.

2. İşe İade Davası Sürecinde Başka İşte Çalışılması

İş güvencesi hükümleri düzenlenirken güdülen amaç yargılamanın hızlıca sonuçlandırılarak işçinin işine bir an evvel kavuşmasının sağlanmasıydı. Nitekim maddenin ilk hali düşünülecek olursa, ilk derece mahkemesinin bir ayda, Yargıtayın ise iki ayda davayı sonuçlandırması öngörülmekteydi. Buna rağmen davalar çok uzun sürebilmektedir⁵⁷⁶. Bu sebeple işçinin işe iade beklentisi içinde tüm yargılama süresince hiçbir geliri ve güvencesi olmadan beklemesini ummak hayatın olağan akışına aykırıdır. Yeni bir iş bulup çalışan işçi hiçbir kuralı ihlal etmiş de değildir. Zira iş sözleşmesinin

⁵⁷⁵ ÇELİK, İş Güvencesi, 39; Yazara göre uygulama bakımından bu durum eksiklik olarak görülmemelidir; zira büyük firmalar m. 25/II kapsamında yapacakları fesihler ile alakalı olarak öncelikle işçiden savunmasını istemektedirler. Bu savunmayı almak işverenin haklılığını kanıtlama açısından ona yarar sağlamaktadır. SÜZEK, İş Hukuku, 728; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku, 1031; MANAV, Geçerli Fesih, 83; Savuna alınması hakkında bkz. NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 170.

⁵⁷⁶ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 561; UŞAN, Fatih: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları, **Kamu-İş**, C. 10, S. 1, 2008, 19; SUBAŞI, İşe İade Davaları, 622 vd.

geleceğinin belirsiz olduğu, ayrıca çekişmeli haldeki işvereni ile yeniden iş ilişkisine devam etmesi zor görünen böylesi bir durumda işçinin yeni bir iş bularak hayatına devam etmesi gereklidir ve son derece doğaldır⁵⁷⁷.

İşe iade davası sırasında işçinin başka bir iş bularak/kurarak çalışması tek başına, sadakat borcu ya da rekabet yasağı gibi kurallara aykırılık teşkil etmez. Tabii kurulan/başlanan işin, işverenin iştiğal alanı ile doğrudan ilgili olması halinde ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır.

Öğretide, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dört aylık sürede başka işte çalışan işçinin de işe iade davasını kazanması halinde hükmedilen en fazla dört aylık boşta geçen süre ücretine eksiksiz şekilde hak kazanacağı ifade edilmektedir⁵⁷⁸. Nitekim hem Yargıtay 9. Hukuk Dairesi⁵⁷⁹ hem de kapatılan 22. Hukuk Dairesi⁵⁸⁰ bu yönde karar vermiştir. Bununla birlikte, kapatılan 7. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda işçinin bu sürede başka yerde çalışması halinde orada elde ettiği kazancın boşta geçen süre alacağından mahsup edilmesi gerektiğini kabul etmişti⁵⁸¹. Öğretide de söz konusu dört aylık sürede kazanılan gelirlerin ödenecek boşta geçen süre ücretinden mahsup edilmesi

⁵⁷⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, 1070-1071; ÖZKARACA, Ercüment: İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış, GSÜ ve İstanbul Barosu, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları**, 127; BİLGİLİ, Abbas: Fesihden Sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki Dört Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmeyeceği Sorunu, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 12, 2006, 1422.

⁵⁷⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 578; SÜZEK, İş Hukuku, 669; TAŞKENT (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN), 220; TUNCAY, karar incelemesi, Çimento İşv. D, Mart 2004, 61; Yarg. 9. HD., 6.2.2006, E. 2006/942 K. 2006/2409, Çalışma ve Toplum, 2006/2, 166-168; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2014, 1070.

⁵⁷⁹ Y9HD, 26.05.2005, E. 2005/12952, K. 2005/19362; Karar ve incelemesi için bkz. BİLGİLİ, İşe İade, 1420 vd.; Y9HD, 17.12.2019, E. 2016/11408 K. 2019/22589, Çalışma ve Toplum, 2020/3; Y9HD, 22.1.2007, E. 2006/27673 K. 2007/117, (www.kazanci.com).

⁵⁸⁰ Y22HD, 07.11.2019, E. 2017/25582, K. 2019/20636, Çalışma ve Toplum, 2020/3.

⁵⁸¹ Y7HD, 30.05.2013, E. 2013/1937 K. 2013/10151, (www.kazanci.com).

gerektiği savunulmaktadır⁵⁸². Boşta geçen sürede işçiye ödenen işsizlik ödeneği ile ilgili olarak da 4447 sayılı Kanunun 50. maddesine 2014 yılında yapılan eklemeye göre “22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesi gereği işe iade davası nedeniyle yatırılan primlerin son günü esas alınarak işsizlik ödeneği hak sahipliği belirlenir ve işsiz geçen dönem için ödeme yapılır.”. Mahsup görüşünün karşısında yer alan görüşe göre ise boşta geçen süre ücreti tüm süreye ilişkin değil sadece en fazla dört aya kadarlık süre için ödendiğinden böyle sınırlı bir alacak hakkından bir de indirim yapılması gerektiğine ilişkin bir yorum, adalete ve işçinin korunması ilkesine uygun düşmez⁵⁸³.

Kanaatimizce dava sürecinde iş sözleşmesinin devam edip etmeyeceği belirsizdir ve her iki tarafın da umudu (çoğunlukla) iş sözleşmesinin fiilen devam etmesi yönünde değildir. Öğretide ifade edilen bir görüşe göre işe iade kararına kadar geçen sürede iş sözleşmesi askıdadır⁵⁸⁴, bu halde işçinin iş görme borcu dışındaki borçlarının devam ettiği

⁵⁸² SOYER, Feshe Karşı Koruma, 63; ŞAKAR, 222; EKMEKÇİ, Ömer: 4473 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Sorunları Üzerine, **MESS Mercek Dergisi**, Özel Sayı, Ekim 2002, 108; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, Mercek, Temmuz 2003, 135-136; ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, **III. Yılında İş Yasası Semineri**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum 2005, 247-248; SARIBAY, 158; EKMEKÇİ, İşe İade, 179, dn. 16; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 63; ERTÜRK, Süreli Fesih, 280; ŞAHLANAN, Tekstil İşv. D, Ekim 2006 eki, 2-4; EKMEKÇİ/YİĞİT, 635.

⁵⁸³ SÜZEK, İş Hukuku, 641; Aynı yönde ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 578; TAŞKENT (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN), 220; Y9HD, 06.06.2006, E. 2006/942 K. 2006/2409, (www.kazanci.com). Karara göre “...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....”

⁵⁸⁴ DEMİR, Fevzi: **İş Hukuku ve Uygulaması**, İzmir 2005, 242; AKTAY, Nizamettin: İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, **Sicil İHD**, S. 3, Eylül 2006, 106, Yazara göre “mahkemenin geçersizliğe karar vermesi ile ... “işçinin her an iş görmeye hazır bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi

kabul edilir. Her ne kadar işçiyi işten çıkarmış ya da onu feshe zorlamış bir işverene karşı işçinin sadakat borcunun devam ettiğini söylemek zor olsa da yasal düzlemin zorlaması neticesinde işçinin bu süre için sadakat borcuna uyması gerekmektedir. Bu nedenle işçi ancak sadakat borcuna aykırılık teşkil etmeyecek, husumet içerisinde olduğu işverenin iştiğal sahasına girmeyen işlerde çalışabilecektir.

3. İşe İade Davasının Kazanılması Halinde Durum

İşe iade davalarında yargılama süreci çok uzun süre devam edebilmekte⁵⁸⁵, işçinin bu süre boyunca eski işine geri dönebilmek umuduyla başka bir kazanç elde etmekten kaçınması ondan beklenemeyecek hale gelmektedir. Yargılama süreci çok uzun sürebildiğinden ve işçi bu sürede geçimini sağlamak için mecburen başka işlerde çalışacağından işe iade edilmesi halinde nasıl bir yöntem izleneceği de belirsiz hale gelmektedir.

bekleyerek boş geçirdiği bu süre içinde “işverenin iş vermekte temerrüde düştüğü” (B.K. md.324, 325) kabul edilmelidir”. Y9HD, 14.07.2008, E. 2007/42753, K. 2008/20175, (www.kazanci.com). Yargıtay 22. HD’ye göre de, işe iade davası sırasında *iş akdi askıda olduğu için* kıdem ve ihbar tazminatı istemine dair dava açılmaz. Dava tarihi itibarıyla dava şartları oluşmadığından kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin usulden reddi gerekir, Y22HD, 9.10.2017, E. 2017/8603 K. 2017/21170, (www.kazanci.com). Aksi yönde, CANBOLAT, Talat: İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı, **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semineri**, 29 Mayıs 2010, İstanbul 2010, 106. Yazara göre, işe iade davası sonucunda davanın kabulü, reddi, işçinin başvurusu, işverenin daveti ve işçinin işe başlayıp başlamaması sonuca etkili olacaktır ve sözleşmenin devam edip etmeyeceğine göre dava sürecindeki durum değişiklik gösterecektir. İşçi ve işveren dava sürecinde dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisinin devamını etkileyecek tutum ve davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Burada teknik anlamda bir sözleşmenin askıya alınması yoktur, aynı yer.

⁵⁸⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 561; İşe iade davalarında arabuluculuğa başvuru zorunlu hale getirilmeden önce, üç yılı geçen işe iade davaları görülebilmekte ve Anayasa Mahkemesince adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmekteydi. Bu değişiklikte birlikte kimi uyuşmazlıklar arabuluculuk aşamasında çözümlenmiştir. Aynı zamanda işe iade talepli uyuşmazlıkların istinaf aşamasında kesinleşeceği düzenlemesi de getirilerek bu uyuşmazlıkların daha fazla uzamasının da önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

İşçinin kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunması gerekmektedir (İşK. m. 21/6). İşçiler başka bir iş bulmuş olsalar dahi eski işverenlerinden işe iadenin parasal sonuçlarını talep edebilmek için -nasıl olsa işe başlatılmayacakları beklentisiyle- on iş günlük süre içerisinde işe başlatılmak üzere başvurumaktadırlar. Kanun, işçilere işe iade yerine tazminat talep etme hakkı da vermiş değildir. İşveren ise işe iade kararı sonrası işçiyi işe başlatmak ya da 4-8 aya kadar ücret tutarındaki işe başlatmama tazminatını işçiye vererek onu işe başlatmamak seçeneklerine sahiptir⁵⁸⁶. İşe iade davası açarak kazanan işçi işverene bu başvuruyu yapmak zorunda bırakılmıştır. Zira işverene başvurmaması halinde işverence yapılan fesih geçerli bir fesih olur ve işverenin sadece bunun hukuki sonuçlarına katlanması gerekir (İşK. m. 21/6).

İşçilerin işverene başvurularındaki yukarıda bahsedilen samimiyetsizlik sebebiyle uygulamada işçilerin gerçekten işe başlamak amacıyla mı işverene başvurdukları irdelenmektedir. Yargıtay işçinin işe başvurusunda ve işverenin işe davetinde samimi olmalarını bir şart olarak aramaktadır⁵⁸⁷. İşe iade davası sürecinde başka bir işe başlamış olmak ve buna rağmen dava sonucunda işverene başvuruda bulunmak bir samimiyetsizlik olarak görülmemelidir⁵⁸⁸. İşçi dava sürecinde yeni bir işe başlamış ve bu işinden memnun olabilir. Bu halde işçi eski işverene işe dönmek üzere başvurmayabilecek ve böylece işverence yapılan başlangıçtaki fesih geçerli hale gelecektir. Bunun sonucunda da işçi boşta geçen süre ücret alacağına ve işe başlatmama tazminatına hak kazanamayacaktır⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 568; SÜZEK, İş Hukuku, 621; ÖZKARACA, Eleştirel Bakış, 104, 111, 120, 121; EKMEKÇİ, İş Güvencesi 107-108; EKMEKÇİ, Uygulama Sorunları, 135; ALPAGUT, Gülsevil: İş Güvencesi, 246; NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 38.

⁵⁸⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 566; Elbir, NAZLI: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Kararı Sonrası İşçinin Başvurusu ve İşverenin Davetinde “Samimiyet” Olgusu, **İnönü Üniversitesi HFD**, 11(1), Y. 2020, 145 vd.

⁵⁸⁸ ELBİR, 147; Aynı yöndeki Hukuk Genel Kurulu Kararı, YHGK, 16.05.2018, E. 2015/7-1828, K. 2018/1093, (www.kazanci.com).

⁵⁸⁹ MANAV, Geçerli Fesih, 110.

Böyle bir kabul, işçinin dava ne kadar sürerse sürsün başka bir işe başlamamasını ya da başlamışsa dahi eski işine dönmesi ile birlikte yeni işini (belki de usulüne aykırı şekilde) sonlandırmasını gerektirecektir.

Çalışma sürelerinin toplamının azami çalışma sürelerini aşacağı ya da daha muhtemel olarak birbiriyle çakışabileceği düşünüldüğünde nasıl bir uygulamaya gidilmesi gerektiği büyük önem arz etmektedir.

İşe iade davalarının hedeflenen sürede sonuçlanmaması ve işçi ile işverenin tekrar birlikte çalışmak istemeyebilecekleri göz önünde bulundurulduğunda en uygun çözüm, geçersiz sebeple yapılan fesih neticesinde işçiye tazminat ile işe iade arasında bir seçim hakkı tanınması olacaktır⁵⁹⁰. Kanunda 21. maddenin son fıkrasında 1. 2. ve 3. fıkraların değiştirilemeyeceği ve bu hükümler aksine yapılan sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı düzenlemesi karşısında işçi ile işverenin aralarında alternatif bir çözüm getirmelerinin de önüne geçilmiştir.

Mevcut düzenlemeler ışığında işçinin eski işine geri dönmemesi, yani işverenin usulüne uygun yaptığı çağrı neticesinde işbaşı yapmaması halinde geçersiz fesih cezasız kalmakta⁵⁹¹, işçinin davayı kazanmasının bir yararı olmamaktadır. Hatta işçi boşta geçen süre ücretine dahi hak kazanamamaktadır.

Açıklanan sebeplerle işçinin, iki işteki çalışma saatleri elverdiği ölçüde ve sadakat borcuna aykırı olmamak kaydıyla iki işi birlikte sürdürebileceği kanaatindeyiz. Toplam çalışma sürelerinin azami çalışma sürelerini aşması hususuna, ilgili başlıkta değinmiştik⁵⁹².

⁵⁹⁰ ÖZKARACA, Eleştirel Bakış, 135, Yazara göre işçiye daha başlangıçta işe iade ya da tazminat yönünde bir seçim hakkının tanınması, uygulama bakımından işe iade konusuna ilişkin birçok soruna çözüm sağlayabilecektir.

⁵⁹¹ ÖZKARACA, Eleştirel Bakış, 123.

⁵⁹² Bölüm 2, IV, G, b.

Bir öneri olarak; işçinin yeni işvereni ile işe iade davası sürecine ilişkin bir anlaşma yaparak davayı kazanması halinde eski işine dönmeyi kararlaştırmasının en uygun çözüm yolu olabileceği kanaatindeyiz. Yeni işverenin böyle bir anlaşmayı kabul etme mecburiyeti olmadığını da belirtmek gerekir.

Yeni işverenle bir anlaşma söz konusu değilse ve iki işin birlikte sürdürülmesi de mümkün olmuyorsa işçi, işe iade davasının sonuçlarından yararlanabilmek için yeni işini kanuna uygun bir şekilde, gerektiği halde bildirim sürelerine uyarak sona erdirmelidir. Bu halde kanaatimizce eski işverenin, yeni iş ilişkisi ile alakalı bildirim süresine katlanması ve işçinin yeni iş sözleşmesini kanuna uygun şekilde sonlandırmasını beklemesi gerekecektir.

I. İşverenin (İşi Kabulde) Temerrüdü Halinde

1. Genel Olarak

İş sözleşmesi devam ederken iş görme borcunun geçici olarak yerine getirilmediği hallerden biri de işverenin işi kabulde temerrüde düşmesi halidir. İşçinin sözleşme ile üstlendiği işi yerine getiremediği bu dönemde bir başka iş yapıp yapamayacağı önem taşıyan tartışma konularındandır. Nitekim TBK m. 408’de işverenin temerrüdü halinde işçinin başka işlerden kaçınmaktan kasten kaçındığı yararlar, asıl işverence verilmesi gereken ücretten mahsup edilecektir. Bu nedenle işçinin başka bir iş imkanı olup olmadığı, varsa temerrüt sona erdiğinde asıl iş ile birlikte yürütümünün mümkün olup olmayacağı çözülmesi gerekli hususlardır.

İşçinin iş ilişkisinden doğan en temel borcu bilindiği üzere iş görme borcudur. İş ilişkisi devam ettiği müddetçe işçinin bu borcu ödemesi ancak fiilen çalışması ile gerçekleşecektir. İş hukukunda istisnalar söz konusu olmakla birlikte, temel bir ilke

olarak kabul edilmektedir ki; çalışma yoksa ücret de yoktur⁵⁹³. Bu ilke ile birlikte düşünülmesi gereken ise, işçinin çalışabilmesi için ona bir işin de sunulmuş olması gerekliliğidir. Alacaklı, kendisine gereği gibi sunulan bir ifayı kabulden veya tam ve doğru bir ifanın gerçekleştirilebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan haksız olarak kaçınır, bunları yerine getirmezse borçlu ifada bulunamaz⁵⁹⁴.

İşçinin görebileceği bir iş için gerekli hazırlık hareketleri işverence yerine getirilmiyor ve işçi bunun sonucunda iş görme edimini yerine getiremiyorsa bunun iş ilişkisi açısından sonucunun ne olacağının incelenmesi gerekir. İşveren, haklı bir gerekçe olmaksızın, çalışmaya hazır olan işçiye iş sağlayamıyorsa bu durumda işverenin işi kabulde temerrüde düştüğü söylenebilecektir⁵⁹⁵. Somut örnekler vermek gerekirse; işçiye işyerine sokmayan, çalışması için gerekli iş araçlarını ya da hammaddeyi, malzemeyi temin etmeyen, iş için gerekli talimatları vermeyen işveren işi kabulden haklı bir neden olmaksızın kaçınmaktadır ve alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılır⁵⁹⁶. Yargıtay bir kararında işçinin ücretinin ödenmemesinin ve buna rağmen işçinin iş görmeye amade şekilde beklemesi örneğini alacaklı temerrüdü olarak kabul etmiştir⁵⁹⁷.

⁵⁹³ REHBİNDER'E göre bu bir ilke değil istisna niteliğindedir. BernK Art.324 N.29; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 144; Başka bir deyişle ücret, iş görme borcunun karşılığı olarak ödenir, ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 348; SÜZEK, İş Hukuku, 362; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 234-235.

⁵⁹⁴ EREN, 1010; OĞUZMAN/ÖZ, 352; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 696; SÜZEK, 411; YILMAZ TEKİN, 467; İŞÇİ, Bülent Ferat: **Ücrete Bağlı Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**, Doktora Tezi, Ankara 2022, 48.

⁵⁹⁵ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 144. ENGİN, Ücretsiz İzin, 540; YILMAZ TEKİN, 467-468;

⁵⁹⁶ EREN, 1010; Benzer örnekler için bkz. YILMAZ TEKİN, 468.

⁵⁹⁷ “B.K. 325 maddesine göre iş sahibi işi kabulde temerrüt ederse işçi, taahhüt ettiği işçi yapmağa mecbur kalmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Ancak, işçi işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasten ferağat ettiği şeyi ücretinden mahsup ettirmeğe mecburdur. Bu hüküm, emredici nitelikte olup re'sen nazara alınması gerekir. Olayda davalı işveren, davacının ücretini 1.7.1986 tarihinden itibaren ödemediğini ve aralarındaki protokol gereği davacı, emre amade durumda olduğuna göre bu tarihten itibaren işi kabulde temerrüt etmiş olur. Esasen mahkemenin

İşverenin işi kabulde temerrüdü halinin gerçekleşme şartlarını, bu temerrüde bağlanacak sonuçları ve özellikle temerrüt süresince işçinin başka bir işte çalışması hususlarını bu başlık altında ele alacağız.

2. İşverenin İş Kabulde Temerrüdünün Şartları

İşveren işçinin sunduğu; yer, zaman ve niteliği itibarıyla kabule uygun edimini haklı bir gerekçesi olmaksızın reddederse yahut kabul etmezse işverenin işi kabulde temerrüde düştüğü kabul edilebilecektir.

TBK'nın "İşverenin temerrüdü halinde" başlıklı 408. maddesine göre; "*İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.*"⁵⁹⁸ Madde metninden anlaşılabacağı üzere işverenin sunulan edimi kabulden kaçınmasının gerçek bir temerrüt olup olmadığı yahut bu durum bir çeşit temerrüt niteliğinde ise alacaklı mı yoksa borçlu temerrüdü mü olduğu hususları tartışmaya açıktır⁵⁹⁹.

Kimi yazarlara⁶⁰⁰ göre işçinin işgörme edimini belirli bir zamanda yapması gerektiğinden kesin vadeli bir borç söz konusudur. Bu zamanda iş görülemediğinden,

kabulü de bu anlamdadır. B.K.325. maddesi hükmünce davacının da 1.7.1986 tarihinden sonrası için tasarruf ettiği yahut diğer bir işle kazandığı ve kazanmaktan kasden feragat ettiği şeyi ücretlerinden mahsub ettirmesi icabeder." Y9HD, 25.04.1989, E. 1989/1930, K. 1989/3924, (www.kazanci.com).

⁵⁹⁸ İsviçre ve Alman hukukundaki işveren temerrüdüne ilişkin düzenlemelerin tercümeleri yakın/benzer anlamlara gelmektedir.

⁵⁹⁹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 145 vd.

⁶⁰⁰ REHBİNDER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Bd.IV Bern 1985. Art. 324 N. 6 vd. ve orada yapılan atıflar; SEROZAN, Borçlar Hukuku, C. 3, 216; AKDENİZ, İş Hukukunda İmkansızlık, 54; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'na göre sürekli edimli sözleşmelerde edim ve zaman sıkı bir bağ içinde olduğundan yerine getirilmeyen bir borcun sonradan telafi edilmesi de mümkün değildir, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 144. Ancak zaten 408. madde gereğince işçi iş görmemesine rağmen

boşta geçen bu zaman geri getirilemeyeceğinden kısmi imkansızlıktan söz edilecektir. Bu görüşe göre temerrütten bahsedilebilmesi için ifanın sonradan gerçekleşmesi mümkün olmalıdır. Oysa işçinin çalışmadığı *o zamanın* geri getirilmesi mümkün değildir⁶⁰¹. Örnek vermek gerekirse; işçi öğlene kadar çalıştırılarak öğleden sonra işçiye yaptırılacak bir iş verilememesi halinde çalışılmayan bu süre için işçiye mesai bitiminden sonra çalışarak öğleden sonraki çalışmasını tamamlaması istenebilir mi? Geçen zaman geri getirilemeyeceğinden öğleden sonraki süre zarfında yapılmış olması gereken işlerin işçiden mesai bitiminden sonra istenmesi kabul edilemez. Burada bir imkansızlık söz konusudur. Çünkü temerrüt halinde ifanın sonradan kabul edilebilir olması gerekir.

Hukukumuzda “telafi çalışması” ile daha önce kimi sebeplerle yerine getirilemeyen iş görme ediminin daha sonraki bir zamanda yerine getirilmesi mümkün kılınmıştır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki telafi çalışması iş görme ediminin kabul edilemediği her durumda değil, Kanunun öngördüğü kimi hallerde mümkündür. Bu nedenle işverenin işi kabulde temerrüde düştüğü her halde telafi çalışması yaptırılabilirliği söylenemez. Gerçekten Kanuna göre *“Zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren dört ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir.”* (İşK. m. 64, f. 1)

Telafi çalışmasında her ne kadar zamanında yerine getirilmemiş edimler sonradan ifa edilse de bu, temerrüt halinde gerçekleştirilen sonradan yapılan ifa niteliğinde değildir.

ücrete hak kazanacağından burada imkansızlık mı temerrüt mü olduğu tartışmasına girilmesi gerekmemektedir, iki durum da aynı sonuca bağlanmıştır, YILMAZ TEKİN, 469; Benzer yönde, AKDENİZ, İş Hukukunda İmkansızlık, 54.

⁶⁰¹ ZÖLLNER/LORİTZ, 213; Benzer nitelikteki bir savunma öğretimizde OĞUZMAN tarafından (işverenin haksız feshi konusu işlenirken) öne sürülmüştür. Buna göre işveren zamanında kabul etmediği/edemediği edimi daha sonra cebren talep edebilme hakkına sahip değildir. OĞUZMAN, M. Kemal: 24.06.1959 tarihli E. 31, K. 26 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 25, S. 1-4, 425-438.

Zira işçinin işini gerektiği zamanda yerine getirmesi mümkün olmamıştır ve geçmiş bir zaman diliminin fiilen geri getirilmesi de mümkün değildir. Telif çalışmasının kanuni şartlarına uygun bir durumdan söz edecek olursak; daha sonra yerine getirilen iş görme borcu temerrüt halindeki ifa mıdır yoksa iş görme ediminin tarafların anlaşmasıyla ifa zamanının değiştirilmesi midir? Daha sonra işçinin borcunu ifası halinde 408. maddeye göre işçinin çalışmaksızın alacağı ücretin daha sonra yapacağı çalışmanın karşılığı olarak yapıldığını kabul etmek mi gerekir? Tüm bunlar cevaplanması gereken sorulardır. Ancak bize göre, 408. Maddede zamanında ifa edilmeyen edimin daha sonra ifasının talep edilemeyeceğinin düzenlenmesiyle burada edimin ifa zamanının taraflarca anlaşarak değiştirilmesi değil temerrüt halindeki ifadır. Ayrıca kanunda bu sürede işçi bazı masraflardan kurtulmuş ve/veya başka işten kazanç elde etmiş ise yahut başka kazançlar elde etmekten kasten kaçındı ise bu miktarların ücretten mahsup edileceği hükmü (TBK m. 408) de işçinin borcunu daha sonra ifa etmesi ihtimalinde dikkate alınmaması gerekecektir⁶⁰².

Belirli süreli iş sözleşmeleri söz konusu olduğunda işçinin ifası işverence belirli bir süre kabul edil(e)mediği takdirde boşta geçen süre kural olarak sözleşmenin süresini uzatmayacak örneğin dokuz aylık bir iş sözleşmesinin ilk üç ayı işçi çalışmadı/çalıştırılmadı ise sözleşmenin süresi üç ay uzamayacak, belirlenen tarihte sona erecek; işçiden yapılmayan işlerin ifası beklenemeyecektir⁶⁰³. Madde 408'e göre de işçi işverenin kabulde temerrüde düştüğü edimi daha sonra ifa mecburiyetinde değildir.

Madde metni dikkate alındığında işverenin işi kabulde temerrüdü için gerekli şartlar şu şekildedir:

- Geçerli ve ifası mümkün bir iş sözleşmesi olmalı,
- İşin ifası işverene teklif edilmeli,

⁶⁰² AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 149.

⁶⁰³ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 148-149.

- İşverenin ifayı reddini gerektiren haklı bir sebebi yokken ifayı kabulden kaçınması gerekir.

İşçi tarafından borç ilişkisine uygun olmayan ifa teklifleri (örneğin tam gün süreli işçinin 2-3 saatlik ifa teklifi işverence kabul edilmek zorunda değildir), edimin gereği gibi ifası koşuluna uymadığından, işvereni temerrüde düşürmüş olmayacaktır⁶⁰⁴.

İşçi tarafından üzerine düşen tüm yükümlülükler yerine getirilmiş olmalı, dolayısıyla ifa için yalnızca işverenin kabulünün yeterli olması gerekir. Aksi halde geçerli bir ifa teklifinden bahsedilemeyecektir⁶⁰⁵. Ancak işverenin ifayı kabulden kaçınacağı önceden kesin olarak biliniyorsa ifa teklifinin sözle yapılması öğretide yeterli görülmektedir⁶⁰⁶.

3. İşverenin İşi Kabulde Temerrüdünün Sonuçları

Temerrüdün şartlarının gerçekleşmesi halinde işçi, işgörme borcunu zamanında yerine getirmemesine rağmen eksiksiz olarak o sürenin ücretine hak kazanacaktır. Burada ödenecek şeyin “ücret” olarak ifade edilmesi işçi lehinedir. Zira bir tazminattan bahsedilirse işçinin zararını ispat zorunluluğu doğabilirdi. Ayrıca bu şekilde işçiye ödenecek bu meblağ, “ücret”e sağlanan tüm korumalardan da yararlanacaktır⁶⁰⁷.

Ücrete hak kazanma dışında; işçi iş görme borcunu yerine getirmediği zamanlarda başka bir kazanç sağlamışsa ya da kazanç sağlamaktan kasten imtina etmişse veyahut bu süre zarfında işçi kimi masrafları yapmaktan kurtulmuşsa bu miktarların işçiye ödenecek ücretten indirilmesi gerekmektedir.

⁶⁰⁴ EREN, 1013-1014; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 151.

⁶⁰⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 143; EREN, 1036; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 152.

⁶⁰⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 143; EREN, 1036-1037; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 664-664; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 151.

⁶⁰⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 2022, 666; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 157-159.

İşçinin işini ifası gerçekleşseydi yapacağı kimi masraflar söz konusu olabilir. İşin görülmemesi ile birlikte işçi bu kalemleri harcamaktan tasarruf etmiş olacaktır⁶⁰⁸. Bu sebeple bu masraf kalemleri, bu süre için işçiye yapılacak olan ödemeden indirilecektir. Örnek vermek gerekirse; işçinin işyerine geliş gidişi sırasında ulaşım için yaptığı masraflar ile yemek masrafları bu tür giderlerdendir. Uygulamada kimi zaman işçinin işyerine geliş-gidiş masrafları ya da yemek giderleri işverence karşılanabilmektedir. Hatta bazen işveren bu hizmetleri işçilerine doğrudan sağlayabilmektedir⁶⁰⁹. Bu sebeple eğer bu masraflar işverence karşılanmaktaysa işverenin temerrüdü halinde işçi bu faydalardan da mahrum kalacaktır. Ancak bu tür faydalar sadece fiilen çalışma ile elde edilebildiğinden çalışmasa da işçiye ödenecek olan ücretin içine bu kalemlerin dahil edilmemesi gerektiği görüşüne katılıyoruz⁶¹⁰. Bu masraflar ancak işçi tarafından bizzat karşılanıyorsa yapılacak ödemeden indirilebilir. Bu halde dahi eğer işçi işyerine geliş-gidişi sırasında gerçekten masraf yapmıyorsa (örneğin evi çok yakında ise veya bir yakını tarafından ücret karşılığı olmadan işyerine getirilip götürülüyorsa) bu masrafların da mahsuba konu olmaması gerekir. Yemek ücreti konusunda ise; işçi çalışsın yahut çalışmasın yemek yeme ihtiyacı her daim söz konusu olacağından ancak çalışması halinde ekstradan bir masraf yapacağı kabul edilebiliyorsa mahsuba konu edilmesi gerekir. Aksi halde iki durum arasında mali bakımdan fark yoksa mahsup söz konusu olmamalıdır.

İşveren temerrüdü söz konusu olduğunda işçiye bu süre için çalışmasa dahi yapılacak olan ödemeden başka bir iş yaparak elde ettiği kazançlar mahsup edilecektir. Bu iş kural olarak işçinin yaşam tarzına, statüsüne, bilgi ve yeteneklerine uygun

⁶⁰⁸ Y9HD, 24.11.2005, E. 2005/9819, K. 2005/37165, (www.kazanci.com). “*Borçlar Kanunun 325. maddesi gereğince; hüküm altına alınan bakiye süre ücret alacağından, davacının bir iş yapmamak sureti ile yaptığı tasarruflar nedeniyle bir indirim yapılmaması da hatalı olup ayrı bir bozma nedenidir.*”

⁶⁰⁹ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 160 vd.

⁶¹⁰ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 160; YILMAZ TEKİN, 472.

olmalıdır⁶¹¹. Ancak işçi bu standartların dışında bir işi kabul edip çalışmış olsa dahi bu hususu öne sürerek mahsuptan kaçınamayacaktır.

İşçinin yapacağı iş, hizmet sözleşmesine tabii bir iş ilişkisi olabileceği gibi serbest bir faaliyet de olabilir⁶¹².

Öğretide ortaya konulan bir yoruma göre işçi kanuna uygun olarak yürüttüğü bir yan iş mevcut iken işvereni işi kabulde temerrüde düşerse, işçinin devam eden yan işinde kazandığı gelirlerin yapılacak olan ödemeden mahsubu gerekmez⁶¹³. Anılan görüş sahibince buradan hareketle bir adım daha ileriye gidilmekte ve temerrüt hali mevcut olmasaydı geçerli olabilecek bir yan iş ilişkisi sırasında mahsup söz konusu olmayacağına göre, sadece temerrüt varlığı sebebiyle mahsup yoluna gitmenin de uygun olmayacağı belirtilmektedir⁶¹⁴.

Kazanmaktan kasten kaçınılan gelirlerin kapsamı çizilmeye çalışıldığında ortaya sadakat borcu kapsamında incelenmesi gereken sorunlar çıkmaktadır. Öyle ki işverenin işi kabulde temerrüdü halinde iş sözleşmesi devam etmekte olduğundan işçinin sadakat borcunun da devam etmekte olduğunu kabul etmek gerekir. Bu halde işçinin başka bir işi kabul ederken işvereni ile rekabet oluşturacak bir işi (kazanmaktan kasten kaçınılan bir gelir olmasını engellemek için) kabul zorunluluğu bulunmakta mıdır? Sadakat borcunun devam ettiği kabul edildiğine göre bu tür bir işin işçi tarafından kabul mecburiyeti bulunmamaktadır. Böyle bir halde dahi işçinin kazanmaktan kasten kaçındığı bir gelirden

⁶¹¹ TUNÇOMAĞ, Kenan: **Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma**, 101; EYRENCİ, Öner: İHU, İŞK. 9 (NO. 2), MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 667; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 162; SÜZEK, 2022, 411; YILMAZ TEKİN, 473.

⁶¹² AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 162; YILMAZ TEKİN, 473, yazara göre işçi kendisi bir işletme kurmuş ise ödenecek olan ücretten indirilecek meblağ, işçinin iş gücünün karşılığı olan değerdir.

⁶¹³ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 162.

⁶¹⁴ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 162-163.

söz edilmemeli ve bu kazanç (kayıbı) işçiye yapılacak ödemeden mahsup edilememelidir⁶¹⁵.

İşverenin işi kabulde temerrüdü halinde işçinin başka bir kazanç sağladığı ya da kazanç elde etmekten kasten kaçındığı işlerin asıl işi ile benzer nitelikte olma zorunluluğu yoktur ancak kabul etmek gerekir ki bu işin temerrüt oluşan asıl işle benzer nitelikte bir iş olması da mümkündür⁶¹⁶.

Mahsup konusunda akla gelen bir diğer konu mahsubun ne zaman yapılacağıdır. İşveren her zaman temerrüt halinde ödemeyi yapacağı sırada kazanılan diğer gelirlerden, kaçınılan gelirlerden ya da tasarruf edilen giderlerden haberdar olmayabilir. Zamanında haberi olması halinde, ödeme sırasında mahsup yapılması mümkündür ancak daha sonra bu tür bilgilere vakıf olan işverenin, işçiye fazladan yapmış olduğu ödemeyi geri istemesi gerekecektir.

Mahsuba konu vakıaların kim tarafından ispat edilmesi gerektiği de üzerinde durulması gereken bir diğer husustur. Bu konuda açık bir düzenleme olmadığına göre genel ispat kuralları gereği iddiada bulunanın bu konuyu ispat yükümü altında da olduğunu kabul etmek gerekir. Zira TMK m. 6'ya göre kural olarak taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Benzer şekilde HMK m. 190/1'e göre de iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf ispat yükümü altındadır. Bu nedenle, işçinin temerrüt sürecinde başka bir kazanç sağladığını, kazanç sağlamaktan kasten kaçındığını ya da bu süreçte bazı harcamalardan tasarruf ettiğini iddia eden işveren bu olguların gerçekleştiğini de ispat etmelidir⁶¹⁷.

İşveren temerrüdü süresince işçinin işverenden ücret alacağını devam edeceği düzenlenmiştir (TBK m. 408). Bununla beraber temerrüt süresince işçinin başka bir yerde çalışarak kazanç elde etmesi mümkündür. Bu durumda kanun koyucu dışarıda kazanılan

⁶¹⁵ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 163.

⁶¹⁶ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 165-166.

⁶¹⁷ SENYEN KAPLAN, 2019, 188; AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 174; YILMAZ TEKİN, 473.

ücretin işverenin ücret borcundan mahsup edileceğini düzenlemiştir. Bu mahsuplaşmanın hangi usulle yapılacağı tartışılabilir. Acaba işçinin dışarıda çalıştığı süreyi esas alarak o sürenin karşılığı olarak işverenden olan alacağı mı mahsup edilmelidir? Yoksa işçinin dışarıda kazandığı ücret meblağı esas alınıp işverenin toplam ücret borcundan mı düşülmelidir?

Meblağı esas alan bir yöntemi benimsersek işçinin dışarıda iki ayda kazandığı ücret işverenin üç aylık ücret ödeme borcundan kurtulmasını sağlayabilir. Örneğin işçi normalde aylık 50.000 TL kazanırken 3 aylık bir temerrüt süresinin son bir ayında 60.000 TL ücretle yeni bir iş bulduğunda mahsup edilecek miktar 150.000-60.000 hesabı ile mi bulunacaktır, yoksa işveren sadece son ayın ücreti olan 50.000 TL'yi ödemekten mi kurtulacaktır? Buna cevap verilirken temerrüt durumuna işverenin yol açtığı unutulmamalı, işverenin işi kabulde temerrüde düşerek işçinin başka bir işte çalışmasına sebebiyet verdiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Yine işçinin dışarda daha az ücret kazanması da mümkündür. Bu durumda dışarda kazanılan ücretler toplamı işverenin bu süre için ödemesi gereken meblağdan indirilerek hesaplama yapılacaktır. Görüldüğü üzere meblağın esas alınması hakkaniyete aykırı durumlar oluşturabilmektedir. Bu sebeple meblağ yerine sürenin esas alınması daha uygun olacaktır. Meblağın esas alındığı durumda çalışma şartları arasındaki farkların tam olarak kıyaslanamıyor olması da hakkaniyete aykırı sonuçlara varmamıza sebep olabilir. İşçi dışarıda daha çok ücret kazanmasına rağmen bunu ancak daha ağır çalışma şartlarında sağlıyor olabilir. İşçinin katlanmak zorunda olduğu fedakarlığı işveren lehine kazanca dönüştürmek hakkaniyete aykırı olacaktır. Görüldüğü üzere mahsup işleminin uygulanmasında sürenin esas alınması kanaatimizce daha uygun olacaktır. Ancak bu görüşün de tamamlanması gereken eksik bir yanı vardır. Şöyle ki; işçinin dışarıda kazandığı ücretin düşük olduğu durumda, dışarıda çalışılan zamanın işveren nezdindeki ücret alacağından bire bir düşülmesi işçinin aleyhine olacaktır. İşçinin sebep olmadığı bu çeşit bir mağduriyeti engellemek için işverenin ödemekle yükümlü olduğu ücretin işçinin olağan ücret alacağından az olamayacağı şekilde bir mahsuplaşma yapılmalıdır. Somutlaştırmak gerekirse, işçinin işverenle iş sözleşmesi uyarınca alacağı aylık 50.000 TL fakat dışarda çalışarak kazandığı ücret aylık 40.000 TL ise, başka işveren yanında iki

aylık çalışma sonucunda işveren 100.000 TL değil 80.000 TL ücret borcundan kurtulacaktır. Kalan 20.000 TL ücret ödeme borcu devam edecektir. Daha önce belirtildiği üzere dışarda çalışılarak kazanılan ücretin daha fazla olması durumunda işçinin fazla olarak kazandığı miktarın tamamının işverenin borcundan kesilmesi hakkaniyete ve işçi lehine yorum kuralına aykırı olacaktır.

Öte yandan temerrüt sürecinin işçi tarafından kötüye kullanılması mümkündür. İşçi bu sürede keyfi olarak başka bir işte çalışmamayı tercih edebilir, çalıştığı halde çalışma durumunu gizleyebilir. Bu tarz kötüye kullanımın yani işçinin başka bir işten kazanç sağlamaktan kasten kaçındığının ya da çalışmasına rağmen bunu gizlediğinin ispatını daha önce bahsettiğimiz gibi işverene yüklemek gerekir. Bununla beraber bu durumun işçi tarafından kötüye kullanılması halinde işverenin yararlanabileceği bir takım hukuki imkanlar bulunmaktadır. Mahsuba konu olgunun varlığını ispat yükü doğal olarak bu tür iddiada bulunan işverene düşerse de işverenin bu arada işçinin başka bir işe girdiğine dair emarelerin varlığını ispatlaması halinde, bu kez işçinin mahsuba konu olgunun mevcut bulunmadığını ispatlaması gerekir⁶¹⁸.

Temerrüt süresinin uzun zamana yayılması halinde işçinin sahip olabileceği imkanlar ayrıca değerlendirilmelidir. Bu konuda belirli bir sürenin mevzuat ya da doktrinde ifade edilmediğini belirtmek gerekir. Ancak kanaatimizce, somut olayın özelliklerinin dikkate alındığı, işçi tarafından kullanılabilecek bir fesih imkanının olduğunu kabul etmek gerekir. Öğretide İş Kanunu m. 24/II gereği iyi niyet kurallarına ve ahlaka aykırılık sebebiyle işçinin haklı fesih hakkı olduğu savunulmaktadır⁶¹⁹. Bir görüşe göre ise işverenin temerrüdüne özgü hükümde böyle bir imkan düzenlenmediğinden işçinin fesih imkanının olduğu peşinen kabul edilmemelidir. Bu görüşe göre kanunen işçinin fesih imkanı olmasa da bu duruma istisnalar öngörülmesi düşünülebilir. Mesela işçi her ne kadar temerrüt sürecinde çalışmadığı halde ücretini almaya hak kazanacak, aynı zamanda diğer işçilik alacaklarından yararlanacak olsa da

⁶¹⁸ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 175.

⁶¹⁹ EYRENCİ, İHU, İşK. 9 (NO. 2)

bazen fiilen çalışması işçinin yeteneklerinin devamı ve mesleki gelişimi bakımından gerekli olabilir. Bu gibi hallerde işçinin derhal fesih hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekir⁶²⁰. Diğer bir görüş ise 24/II, f gereğince sadece ücret parça başına ya da iş tutarı üzerinden ödeniyorsa ve işveren işçinin yapabileceğinden az iş vermesine rağmen aradaki farkı ödememişse işçinin haklı nedenle fesih imkanı olacaktır⁶²¹. Zamana göre ücrette ise böyle bir imkan yoktur. Ayrıca işverenin işçinin ifasını kabulde temerrüt etmesinin, çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde olacağı ve işçiye haklı fesih imkanı vereceği savunulabilir.⁶²²

4. Temerrüt Halinde Yan İşin Durumu

Daha önceki açıklamalarımızda görüldüğü üzere işverenin işi kabulde temerrüdü halinde işçinin o iş ilişkisinden doğan iş görme borcu yerine getirilmemesine rağmen işçi ücretini almaya devam etmektedir. İşçi bu sürede başka bir işte çalışarak kazanç elde etme imkanına sahiptir. Hatta kazanmaktan kaçındığı gelirlerin mahsup edileceği düşünüldüğünde işçinin başka bir kazanç elde etme zorunluluğu oluşabilmektedir⁶²³.

Ancak işverenin temerrüdü sona erdiğinde işçinin de işe başlaması gerekecektir⁶²⁴. İşçinin yeni bir iş ilişkisi kurduğu durumlarda temerrüt halindeki işverenin işçiye işe başlamak üzere çağırması her zaman mümkündür. Bu halde girişilen ikinci işin durumunun ne olacağı üzerinde durulması gereken önemli hususlardandır.

⁶²⁰ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 176-177.

⁶²¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 668; REİSOĞLU, Seza, **Hizmet Akdi**, Ankara 1968, 175.

⁶²² AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 186.

⁶²³ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 181; GÜDER, 74.

⁶²⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 667; YILMAZ TEKİN, 473.

Öncelikle temerrüt sürecinde işçinin bulunduğu ve çalıştığı başlanan iş ile ilk işin toplam çalışma süresi düşünüldüğünde azami çalışma sürelerinin aşılması tehdidi gündeme gelmektedir. Ancak Türk Borçlar Kanunundaki işverenin işi kabulde temerrüdüne ilişkin hüküm incelendiğinde işçilerin temerrüt süresince başka işte çalışmayı yasaklayıcı değil aksine teşvik edip yükümlülük yükleyici bir ifade görüyoruz.

Kural olarak temerrüt döneminde çalışılan yeni iş işçi açısından ne iş sağlığı ve güvenliği noktasında ne de sosyal yaşama zaman kalmaması, insan takatini aşması gibi gerekçe ile geçersizliğin tartışılabilirliği bir durum yaratmaktadır. Bu nedenle de böyle bir durumda yeni iş ilişkisini sadece temerrüt sebebiyle geçersiz kılacak bir sebep bulunmamaktadır. İşçi önceki ilişkide fiilen çalışmadığından azami sürelerin aşılması da söz konusu olmayacaktır. Sorun ancak mütemerrit işverenin işçiyi çağırarak işi kabule hazır olduğunu bildirmesi halinde ortaya çıkacaktır. Eğer işçi bu dönemde bulunduğu ve çalışmaya başladığı işten ayrılmayıp her iki işi birden görmeye kalkışırsa işte bu durumda iş sağlığı ve güvenliği bakımından işçinin sağlığını tehlikeye atacak durumlarla karşılaşılabilir.

Bir ihtimalde işçi ikinci iş ilişkisini kurarken işvereni ile anlaşarak temerrüde düşen işverenin kendisini çağırması halinde ilişkinin sona ereceği hususunda yeni işvereni anlaşmış olabilir. Bu halde bir sorun yaşanmamalıdır.

Böyle bir imkan yoksa işçi, ikinci işini kanuna uygun olarak sonlandırmak isteyecek; belirsiz süreli iş sözleşmesi mevcut ise bildirim sürelerinin bitmesi beklenecek, belirli süreli iş akitlerinde ise sözleşmenin sona ermesi beklenecektir. Bu durumda temerrüt halindeki işveren işçisine ücret ödemeye devam edecek midir? Bir görüşe göre işçinin temerrüt süresinde uzun süreli bir işe girmesi halinde, temerrüt sona erip işvereni işe başlamasını istediğinde işe hemen başlayamayacağından işçi borçlu temerrüdüne düşeceğinden, bu tarz uzun süreli bir işi işçi reddetmelidir; bu halde kazanmaktan kasten kaçındığı bir gelirden söz edilemez⁶²⁵.

⁶²⁵ REİSOĞLU, 173.

Türk hukukunda geliştirilen bir görüşe göre yeni bulunan işten, temerrüde düşmüş işverenin bilgisi ve bu konuda onayı olup olmamasına göre ayrımlara gitmek gerekmektedir. İşverenin bilgisi ve onayı olduğu ihtimalde temerrüt sona erse bile yeni iş ilişkisi sona ermeden işçinin işbaşı yapması beklenemeyecektir. Ancak işverenin bilgisi veya onayı yoksa bu halde temerrüt sona erdiğinde işverenin işçiye ödeme yapmaya devam etmesi gerekmemektedir. Yine bu görüşe göre işverenin onayı olmasa dahi temerrüt sona erdiğinde işçi başka bir işte çalıştığından işverenin makul bir süre - en az yasal bildirim süreleri kadar - beklemesi gerekir⁶²⁶. Bu süre geçmesine rağmen işçi işbaşı yapmazsa işçinin ifa borcu bakımından temerrüde düştüğü söylenebilir. Bununla birlikte daha önce değindiğimiz gibi işçi temerrüt süresince işe çağırılmayı beklemeyip sözleşmeyi sona erdirmiş de olabilir. Bu nedenle somut olayın özellikleri dikkate alınarak sonuca gidilmesi yararlı olacaktır.

5. Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Bağlamında

İş Hukukunda işçinin ücretinin ödenmemesi (İşK. m. 34) ve iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması (İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13) hallerinde işçilere çalışmaktan kaçınma hakkı verilmiştir. Madde 34'e göre mücbir bir sebep olmaksızın ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde ödenmeyen işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Ücret ödememe sebebiyle iş görmekten kaçınmanın bir çeşit işveren temerrüdü olup olmadığı hususu öğretide tartışmalıdır. Öğretide katıldığımız bir görüşe göre işverenin önceki aya ait muaccel ücret borcunu ödemesi, işçinin bir sonraki ay için iş görebilmesi açısından bir hazırlık fiili olduğundan, bu borcun yerine getirilmemiş olması işçinin çalışmaktan kaçınmasını haklılaştırır ve işveren temerrüdü oluşur⁶²⁷. Bu

⁶²⁶ AKYİĞİT, Başka İşde Çalışma, 184.

⁶²⁷ AKYİĞİT, Ercan: Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2005, S. 5, 23-24; İşveren temerrüdünün kıyasen burada da uygulanacağı yönünde bkz. GÜZEL, Ücretin Ödenmemesi, 138; İş görme borcunun ifası mümkün olmakla birlikte işverenin işbirliği olmaksızın işçiden ifanın beklenemeyeceği hallerde, alacaklının hazırlık fiillerini yerine getirmemesinde olduğu gibi, işverenin alacaklı temerrüdüne düşeceği ve işçinin çalışmadığı halde ücret talep edebileceği yönünde bkz. SOYER, İHU İşK. 26 (No. 1), 5; SÜZEK, İş Hukuku, 315; aksi yönde

görüşün karşısında işverenin ücret ödememesi sebebiyle işçinin iş görmekten kaçınması, ödemezlik def'i olarak nitelendirilmiştir⁶²⁸. Ödemezlik def'i, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflara, karşı edim ifa edilinceye kadar, kendi borcunu ifadan kaçınma olanağı sağlamaktadır⁶²⁹. Böylece ödemezlik def'ini kullanan taraf, kendi ediminin karşılıksız olarak elden çıkmasını engellerken, karşı tarafı da ifaya zorlamaktadır. Ancak, işverenin ücret ödeme borcunun muaccel olması için işçi önce kendi borcunu ifa etmiş olmalı ve ücret için belirlenen vade dolmalıdır. İş görme borcunu yerine getirmeyen işçi karşısında, işverenin ücret ödeme borcu olmadığından, işveren için belirlenen vadesinin gelmesinin de bir etkisi olmayacaktır.

Ödemezlik def'i ve alacaklı temerrüdü görüşleri arasında sonuç bakımından önemli bir fark bulunmaktadır. Ücret ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınılması, ödemezlik def'i olarak nitelendiğinde, işçi çalışmaktan kaçındığı dönemin karşılığı olabilecek ücrete hak kazanamazken, alacaklı temerrüdü olarak değerlendirildiğinde m. 408 gereği işçi ücrete hak kazanabilecektir⁶³⁰. Bu sebeple, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin ödemezlik def'i olduğu, ancak çalışmaktan kaçınmanın sonucuna işverenin temerrüdü hükümlerinin de uygulanması gerektiğini belirtilmektedir⁶³¹.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle iş görmekten kaçınılması halinde, işverenin işçinin çalışmasını sağlamak için üzerine düşenleri yerine getirmemiş olması, çalışmama durumuna kendisinin yol açtığını düşündürmektedir. İşçilerin iş

MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 694, dn. 388; ERKANLI BAŞBÜYÜK, Betül: **İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**, Ankara 2020, 78-79, Yazara göre, ücreti ödenmeyen bir işçiden bir sonraki dönem için iş görme borcunu yerine getirmesi beklenemez, 78.

⁶²⁸ GÜZEL, Ücretin Ödenmemesi, 130-131; SÜZEK, İş Hukuku, 314 vd.; Geçmiş döneme ait ücret borcunu ödemeyen işverene karşı işçinin bir sonraki döneme ait iş görme borcu açısından “önce ifa” ile yükümlü olması gerektiği düşüncesinin TMK m. 2’ye uygun olmadığı görüşünde İŞÇİ, 67.

⁶²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, 259; EREN, 945-946; SEROZAN, 55-60.

⁶³⁰ İŞÇİ, 71.

⁶³¹ SÜZEK, Sarper: İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 56, S. 4, 2007, 214; GÜZEL, Ücretin Ödenmemesi, 142-143; ENGİN, 80; DULAY YANGIN, 225; ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, 1282-1283; TOPUZ, 476.

sağlığı güvenliği sebebiyle çalışmaktan kaçındığı durumlar öğretide işveren temerrüdü olarak nitelendirilmektedirler⁶³².

İş sağlığı ve güvenliği sebebiyle çalışmaktan kaçınılan dönemde ücret hakkının saklı olduğu Kanunda açıkça yer almasına rağmen; ücretin ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınıldığında böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna rağmen öğretide bu dönemde ücrete hak kazanılıp kazanılmadığı tartışmalara yol açmıştır. Öğretideki ağırlıklı görüşe göre, bu dönemde de işçi ücretini almaya devam etmelidir⁶³³. Aksi halde işçinin ücreti ödenmediği için verilen bir hakkın kullanımı sırasında işçiye ücretini ödememek kanunun amacıyla bağdaşmaz nitelikte olacaktır. Diğer görüş ise bu sürede fiili bir çalışma olmadığından ücretin de doğmayacağını savunmaktadır⁶³⁴. Yasa taslağı kanunlaşmadan önce böyle bir durumda ücrete hak kazanılacağını belirten cümlelerin hükümden çıkarılmasının yasa koyucunun bu dönemde ücret alınmaması iradesini gösterdiği öne sürülebilecekse de öğretideki baskın görüş bu sonucu doğru bulmamaktadır⁶³⁵. İşçilerin bu sürede ücrete hak kazanamayacaklarını kabul etmek, bu hükmü işverence işçileri ücretsiz izne zorlamanın bir yoluna dönüştürülebilir ve hüküm amacı bakımından anlamsızlaşır⁶³⁶.

⁶³² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 665; GÖKTAŞ, Seracettin: **Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**, Ankara 2008, 218 vd.

⁶³³ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 343; SÜZEK, İş Hukuku, 386; Yazara göre iş sağlığı güvenliği konusunda çalışmaktan kaçınıldığında ücrete hak kazanılıp ücret söz konusu olduğunda aynı yönde bir hak verilmeyişi bir tutarsızlık oluşturur. ULUCAN (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN), 156; AKYİĞİT, Çalışmaktan Kaçınma, 24; ÖZDEMİR, İş Sözleşmesinin İçeriği, 55; SOYER, Polat: Direniş Nedeniyle Çalışmayan Günlerde Ücret Ödenmemesi, **İHU, İşK. 26**, No. 1; EYRENCİ, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2004, 39.

⁶³⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 693.

⁶³⁵ Dn. 546'da belirtilen kaynaklar.

⁶³⁶ SÜZEK, İş Hukuku, 387; GÜZEL, Ücretin Ödenmemesi, 142-143; ULUCAN (TAŞKENT-EYRENCİ- ULUCAN), 121; NAZLI, Çalışma Hak ve Özgürlüğü, 155, Yazar bu konuda bir yasal değişiklik ile sorunun çözülmesi gerektiğini belirtmektedir.

Yargıtay, bu dönemde ücrete hak kazanılamayacağı yönünde kararlar vermektedir. “İşçinin ücretinin ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmemesi halinde işçi iş görme borcunun yerine getirmekten kaçınabilir. Bu süre içinde ücret ödemesi uygulaması yapılacağı yasa tasarısında düzenlendiği halde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki görüşmeler sırasında bu düzenleme yasa metninden çıkarılmış ve bu suretle Yasama organı boşa geçen bu sürede ücret istenemeyeceğine dair iradesini açık olarak ortaya koymuştur.”⁶³⁷

Daha önce bahsettiğimiz işveren temerrüdüne ilişkin TBK m. 408 hükmü burada da uygulama alanı bulacak, işçi çalışmamasına rağmen ücrete hak kazanacak ve işveren daha sonra bu süreye ilişkin olarak işin görülmesini talep edemeyecektir. Ücretin ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınmanın bir işveren temerrüdü olduğu sonucundan hareketle bu dönemde işçi bir başka işte çalıştığında elde ettiği gelirler ya da ettiği tasarruflar işverenin ödeyeceği ücretten indirilecektir.

İşçinin sadakat borcu ile işverenin işçiyi gözetme borcunun belli çerçevede varlığını sürdürdüğü söylenebilir. Bu bağlamda, anılan sürede işçinin veya işverenin söz konusu borca aykırı bir tutumu, diğer tarafa bu yüzden sözleşmeyi derhal feshetme hakkı verir⁶³⁸. Yani işçi işe iade süreci devam ederken başka bir işe başlayacağı zaman, uyumsuzluk içerisinde bulunduğu iş ilişkisini de düşünerek tercihte bulunmalı, mümkünse yeni işvereni konu hakkında bilgilendirmelidir. Çalışma süreleri esnek olan, önceki iş ilişkisindeki çalışma alanını doğrudan ilgilendirerek sadakat borcuna aykırılık teşkil etmeyecek işleri tercih etmesi, işçinin yararına olacaktır. Kanaatimizce işçinin bu tür

⁶³⁷ Y9HD, 10.02.2005, E. 2004/13259, K. 2005/3782, (www.kazanci.com). Kararın eleştirisi için bkz. GÜZEL, Ücretin Ödenmemesi, 129 vd.; Diğer bir eleştiri için bkz. TUNCAY, A. Can: Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları (İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı), **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2005, C. 2, S. 6. Yasa koyucunun ücrete ilişkin tasarıdaki cümleyi çıkarışının bilinçli olması bakımından Yargıtayla aynı görüşte, Soyer, Polat: İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Sonuçları, **Prof. Dr. Sarper SÜZEK, 'e Armağan**, C. 1, İstanbul 2011, 679.

⁶³⁸ AKYİĞİT, Çalışmaktan Kaçınma, 25.

tedbirleri alarak bir işe başlaması, işe iade davası sonucunda eski işine başlaması aşamasında onun samimiyetini işaret eder.

J. Pandemi Kapsamında İşverence Tek Taraflı Olarak Çıkarılan Ücretsiz İzinde

Bilindiği üzere Covid-19 Pandemisi sürecinde⁶³⁹ iş sözleşmelerinin devamlılığını sağlamak için işverenlere, iş sözleşmelerini fesih yasağı getirilmiş ve bunun mali sonuçlarını hafifletmek için de işçileri tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarma yetkisi verilmişti⁶⁴⁰. Artık işverenlerin böyle bir imkanı bulunmasa da ileride benzer durumlara yönelik çıkarılabilecek bu gibi düzenlemeler sebebiyle konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunulması isabetli olacaktır. Ayrıca Covid-19 sürecinde yapılan uygulamalara ilişkin uyuşmazlıklar sebebiyle konu bir süre daha güncelliğini koruyacaktır. Tüm bu nedenlerle bu süreçte yan işte çalışmanın mümkün olup olmadığı, bu sürede sözleşmenin durumu, çalışılması halinde işverence sözleşmenin feshedilip edilemeyeceği incelemeye değer hususlardır.

Fesih yasağını düzenleyen hükme göre *“Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği*

⁶³⁹ Pandemi sürecinde işçi ve işverenin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hak ve yükümlülükleri hakkında bkz. SUBAŞI, İbrahim: Küresel Covid19 Salgınının Türk İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukuna Etkisi, **Prof. Dr. Yasemin Işıktaç Armağanı**, İstanbul Aralık 2020, 775 vd.

⁶⁴⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 602; CANİKLİOĞLU, Nurşen: Yeni Koronavirüs (Covid 19) Pandemi Sürecine Özgü Bir Düzenleme: İş Sözleşmelerini Fesih Yasağı ve Kapsamı, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ekim 2020, S. 202, 1-2; NAZLI, Seçkin: COVID-19 Salgınının Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanunun İş Hukukuna Yönelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi, **Medipol Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi**, S. 7(1), Bahar 2020, 254; ALTUNKAYA, Covid-19, 6; YÜREKLİ, Sabahattin: Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı**, Y. 19, S. 38, Yaz 2020/2 (Covid-19 Özel Ek), 35; CENTEL, Tankut: Covid-19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 43, Y. 2020, 20; ŞEKER, Melih: İş Kanunu’nda Geçici Madde 10 Düzenlemesi, **Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi**, C. 5, S. 1, Y. 2021, 97.

tarihten⁶⁴¹ itibaren üç ay süreyle 25inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler, belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi halleri dışında işveren tarafından feshedilemez” (geç. m. 10/1).

Maddenin ikinci fıkrası ile de iş gücüne bir süre ihtiyacı bulunmayan işverenlere, işçileri tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarma imkanı getirilmiştir. Buna göre “*Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez.*” Maddenin devamındaki düzenlemeler de yasağın ve ücretsiz izin uygulamasının ne kadar süre ile uygulanacağını düzenlemiştir. “*Bu madde hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesini fesheden işveren veya işveren vekiline, sözleşmesi feshedilen her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verilir./Cumhurbaşkanı birinci ve ikinci fıkrada yer alan üç aylık süreleri her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30/6/2021 tarihine kadar uzatmaya yetkilidir.*”(Geç. M. 10/3-4) Cumhurbaşkanı bu süreyi 30.06.2021 tarihine kadar uzatmış ve bu tarihten sonra bu madde kapsamındaki ücretsiz izin uygulaması sona ermiştir⁶⁴².

Fesih yasağı sadece 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki iş sözleşmelerini değil, tüm iş sözleşmelerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir⁶⁴³. Bu dönemde sadece m. 25/II

⁶⁴¹ Ülkemizde ilk salgın vakasının 10 Mart tarihinde görülmesi, fesih yasağının başlangıç tarihinin ise 17 Nisan oluşu sebebiyle bazı işçilerin mağduriyete uğrayacağı, bu nedenle yürürlük tarihinin geriye çekilebileceği yönünde bkz. YÜREKLİ, Covid-19, 40.

⁶⁴² 29.04.2021 tarih ve 3930 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı, (RG, 30.04.2021, 31470).

⁶⁴³ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 598; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 832; ALPAGUT, Ücretsiz İzin, Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden, 91; EKMEKÇİ, Ömer: Covid-19 Döneminde Fesih Yasağı, Kapsamı ve Yasağa Aykırılığın Sonuçları, **Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu**, Ed. Muhammet Özkes, İstanbul Haziran 2021, 1117-1118; CANIKLIOĞLU, Fesih Yasağı, 3; Yazarın da ifade ettiği şekilde, işverenin salgından etkilenmesi

kapsamında fesih mümkün olup herhangi başka bir sebeple fesih yapılamayacak⁶⁴⁴; örneğin işveren geçerli bir fesih sebebi olmasına rağmen sözleşmeyi feshedemeyecektir. Bu dönemde her ne kadar ücretsiz izne çıkarılmak, işçi için bir haklı fesih nedeni oluşturmaya da iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı bir sebeple ya da istifa yoluyla feshi, kural olarak, yasak kapsamında değildir. Bu kapsamda işçi sözleşmeyi haklı sebeple ya da istifa denen haklı bir nedene dayanmaksızın ve tabii kıdem ve ihbar tazminatlarından yararlanmadan feshetmesi mümkündür⁶⁴⁵.

Ücretsiz izin bakımından ise Kanunda herhangi bir koşul da öngörülmemiştir. Ancak her hak gibi bu hakkın da dürüstlük kuralına uygun bir biçimde kullanılması ve hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki davranışlardan kaçınılması gerekmektedir⁶⁴⁶.

gerekeceği gibi, iş sözleşmesinin türünün de bir önemi bulunmamaktadır; bununla birlikte belirli süreli iş sözleşmeleri her hal ve şartta süresinin sonunda kendiliğinden sona erecektir, aynı yer. ÖZKARACA, Ercüment/ÜNAL, Canan: Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgını Kapsamında Kısa Çalışma, Ücretsiz İzin ve Fesih Yasağının İşçinin Hizmet Süresine Etkisi, **Çimento İşveren Dergisi**, C. 34, S. 4, Temmuz 2020, 23; Göktaş, Seracettin: Covid-19 Salgınının İş Sözleşmesinin Feshine ve Diğer Sona Erme Nedenlerine Etkisi, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.43, Y. 2020, 286; CENTEL, Covid-19, 23; NAZLI, COVID-19, 253, Yazara göre 4857 sayılı kanun ile diğer iş kanunları arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi olmadığından bu nitelikteki bir düzenlemenin 4857 sayılı İş Kanununda bulunması isabetli olmamıştır, aynı yer. ŞEKER, Geçici Madde 10, 99-100; Düzenlemeyi isabetli bulan görüş için bkz. YÜREKLİ, Covid-19, 40.

⁶⁴⁴ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 598; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 833; ALPAGUT, Ücretsiz İzin, Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden, 91; CANİKLİOĞLU, Fesih Yasağı, 3; NAZLI, COVID-19, 254-255.

⁶⁴⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 599; CANİKLİOĞLU, Fesih Yasağı, 5; EKMEKÇİ, Covid-19 Döneminde Fesih Yasağı, 1122; Ücretsiz izin uygulamasının işçi bakımından bir haklı fesih gerekçesi olamayacağı hükmü, NAZLI'ya göre bu dönem için işçi bakımından mutlak bir fesih yasağına dönüşmektedir, NAZLI, COVID-19, 263; Covid döneminde işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı konusunda bkz. YÜREKLİ, Covid-19, 38-39.

⁶⁴⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 602; CENTEL, Covid-19, 22; NAZLI'ya göre işverenlere tek taraflı ücretsiz izne çıkarma yetkisi verilmesi, taraflar arasındaki dengeyi işveren lehine bozmaktadır, olması gereken; 24 ve 25. maddelere uyumlu olarak zorlayıcı sebepler kapsamında bir çözüm yolu üretilmesiydi, NAZLI, COVID-19, 263; Ücretsiz izin bildiriminin şekle bağlı olmadığından, e-posta ya da duyuru vb. yoluyla yapılabileceği yönünde bkz. CANİKLİOĞLU, Ücretsiz İzin, 5; Ücretsiz izin uygulaması normal şartlarda m. 22 kapsamındaki usul işletilerek yapılmalıdır. Ancak bu olağanüstü durum

Öğretideki bir görüş 7244 sayılı Kanun ile işverenlere getirilen fesih yasağını da göz önünde bulundurarak işverence tek taraflı ücretsiz izin uygulanması için işverenin salgın hastalıktan etkilenmiş olması, zorlayıcı nedenlerin varlığı gibi koşulların gerektiği yönünde bir sonuca ulaşmanın mümkün olmadığını ve düzenlemenin getiriliş amaçları arasında işverenlerin fesih yasağından olumsuz etkilenmesinin önlenmesinin de bulunduğunu belirtmektedir⁶⁴⁷.

Ücretsiz izin uygulamasının sadece 4857 sayılı Kanun kapsamındaki işçiler için mi yoksa fesih yasağında olduğu gibi tüm işçiler için mi uygulanacağı açıkça belirtilmemiştir. Ancak düzenlemenin bütünlüğü ve birbirini tamamlayıcı nitelikte olmalarından dolayı ücretsiz izin uygulamasının da tüm işçileri kapsadığı sonucuna varılmalıdır⁶⁴⁸.

İş Kanunu Geç. m. 10 ile bağlantılı olarak 4447 sayılı Kanuna bir geçici madde eklenmiş ve işçinin ücretsiz izinli olduğu dönem için kendisine nakdi ücret desteği ödenmesi öngörülmüştür⁶⁴⁹. Söz konusu ücret desteği cüz'i miktarlarda olup işçinin ve

sebebiyle işçilerin ücretsiz izne çıkarılabileceği düzenlenirken herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. En azından işverenin bu hakkı kötüye kullanmasını engellemek amacıyla ücretsiz izne çıkarma uygulamasını yazılı şekilde yapması gerektiği yönünde bir düzenleme olması gerektiği görüşü için bkz. ALTUNKAYA, Covid-19, 7.

⁶⁴⁷ CANİKLİOĞLU, Ücretsiz İzin, 3; Yazara göre işveren işçiyi kanunun amacına aykırı olarak ücretsiz izne çıkarmışsa işçi TBK m. 408 (işveren temerrüdü) gereği, işi ifa etmese de işverenden ücretinin tamamını isteyebilecek, ancak aldığı nakdi ücret desteği kadarlık kısmın indirilmesi gerekecektir, 9.

⁶⁴⁸ CANİKLİOĞLU, Ücretsiz İzin, 4; CENTEL, Covid-19, 21, Yazar kanun kapsamında olmayanların da kanun kapsamında düzenlenmelerini yasama tekniği bakımından eleştirmektedir. NAZLI, COVID-19, 257.

⁶⁴⁹ Geçici Madde 24 – (Ek:16/4/2020-7244/7 md.) “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte iş sözleşmesi bulunmakla birlikte 4857 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15/3/2020 tarihinden sonra 51 inci madde kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ve bu Kanunun diğer hükümlerine göre işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçilere, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almamak kaydıyla ve 4857 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesinde yer alan fesih yapılamayacak süreyi geçmemek üzere, bu süre içinde ücretsiz izinde bulundukları veya işsiz kaldıkları süre kadar, Fondan günlük 39,24

ailesinin geçimini sağlamaya yetecek miktarda olduğundan bahsedilemez. İşçinin işverence tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarılması ve bu süreçte geçimini nasıl sağlayacağı sorunu, işçinin -bulabilirse- başka bir işte çalışmasını adeta zorunlu kılmaktadır. Böyle bir durumda işçinin sözleşmesi bu sürede askıda olduğundan⁶⁵⁰ sadakat borcu devam etmektedir ve işçi sadakat borcuna aykırılık oluşturmeyen gelir getirici faaliyetlerde bulunabilir kanaatindeyiz⁶⁵¹. Bu sürede yan iş yapılması, işveren bakımından haklı ya da geçerli bir fesih nedeni oluşturmayacaktır. Zaten bahsedildiği üzere işverenin geçerli sebeple fesih imkanı da bu süre için ortadan kaldırılmıştır.

Nakdi ücret desteğinden yararlananların çalıştıklarının tespiti halinde Geç. m. 24'te yaptırım da düzenlenmiştir. Buna göre *“Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılarak nakdi ücret desteğinden yararlanan işçinin fiilen çalıştırıldığına tespiti halinde işverene, bu şekilde çalıştırılan her işçi ve çalıştırıldığı her ay için ayrı ayrı olmak üzere fiilin işlendiği tarihteki 4857 sayılı Kanunun 39 uncu maddesince belirlenen aylık brüt asgari ücret tutarında çalışma ve iş kurumu il müdürlüklerince idari para cezası uygulanır ve ödenen nakdi ücret desteği ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir.”*

Nakdi Ücret Desteği Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar m. 9'da işçileri bu süreçte çalıştıran işverenlere idari para cezası uygulanacağı belirtildikten sonra ikinci fıkrada *“Nakdi ücret desteğinden yararlanan dönemde, aynı veya başka bir işyerinde işe*

Türk lirası nakdi ücret desteği verilir. Yapılan ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılamaz.” (13/1/2021 tarihli ve 31363 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 3423 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile bu fıkra da belirtilen destek tutarlarının, 2021 yılı Ocak döneminden itibaren geçerli olmak üzere asgari ücret artış oranında (%21,56) artırılmasına karar verilmiştir.); Nakdi ücret desteğinin üç ayla sınırlandırılmayarak salgın devam ettiği müddetçe devam etmesi gerektiği yönünde düzenleme yapılması gerektiğini ifade eden görüş için bkz. YÜREKLİ, Covid-19, 38.

⁶⁵⁰ CANIKLIOĞLU, Ücretsiz İzin, 6; ÖZKARACA/ÜNAL, 24; ALTUNKAYA, Covid-19, 5; NAZLI, COVID-19, 262-263; MANAV ÖZDEMİR, Eda: Covid-19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmesine Etkisi, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 43, Y. 2020, 133; YÜREKLİ, Covid-19, 50; ŞEKER, Geçici Madde 10, 110-111, 113.

⁶⁵¹ Katıldığımız görüş, CANIKLIOĞLU, Ücretsiz İzin, 5.

başlanması ve/veya herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı alınmaya başlanması halinde nakdi ücret desteği”nin kesileceği düzenlenmiştir⁶⁵². Üçüncü fıkraya göre de “*Fazla ve yersiz ödemeye sebep işverenlerden, ödenen nakdi ücret desteği, ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte tahsil edilir.*”. Kanımızca bu düzenlemedeki ifadelerden sadece bir işverene bağlı olarak yapılan işlerin nakdi ücret desteğinin kesilmesine yol açması gerekmektedir. İş ilişkisi dışındaki diğer gelir getirici faaliyetlerin nakdi ücret desteğinin kesilmesine yol açacağı söylenemez.

Ücretsiz izinde geçen bu sürelerin ise kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin hakediş süresi gibi sürelerde çalışılmış gibi sayılan sürelere eklenip eklenmeyeceği de belirli değildir. Öğretide genel olarak bu sürelerin kıdem, ihbar tazminatına, yıllık ücretli izne hak kazanmaya esas süreler bakımından hesaba katılması yönünde bir eğilim vardır⁶⁵³. Kanımızca da en azından ücretsiz izinde geçen belli bir sürenin kıdemden sayılması yönünde bir hükmün yasa ile düzenlenmesi yerinde olurdu.

İstanbul BAM 28. HD işverence tek taraflı olarak uygulanana ücretsiz izin süresinin m. 25/1.b’de yer alan ihbar süresi artı 6 haftalık kısmının kıdemden sayılmasına ilişkin

⁶⁵² MANAV ÖZDEMİR, Covid-19, 151; ŞEKER, Geçici Madde 10, 113; Nakdi ücret desteğinin getiriliş amacıyla bu hükmü bağdaştıran görüş için bkz. CENTEL, Covid-19, 26-27.

⁶⁵³ Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. CANİKLİOĞLU, Ücretsiz İzin, 7; ÖZKARACA/ÜNAL, 24; İş Hukuku öğretisinde iş sözleşmesinin askıya alındığı tüm sürelerin işçinin kıdeminin hesabında göz önünde tutulması gerektiği savunulmaktadır, ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 666; Süzek, İş Hukuku, 745; EKONOMİ, Münir: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 55; CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, 647; OCAK, 579; YAMAKOĞLU/KARAÇÖP, 499-500. 4857 sayılı Kanunun 55’inci maddesinin (Yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller) "j" bendinde yer alan "işverenler tarafından verilen diğer izinler" ifadesinin pandemi ücretsiz izni de kapsayacağı ve bu nedenle pandemi ücretsiz izin sürelerinin yıllık izne hak kazanmak için gerekli kıdem hesabında dikkate alınacağı, konuya ilişkin açık yasal düzenleme gerektiği yönünde bkz. EVCİL, Cahit: **Kısa Çalışma ve Pandemi Ücretsiz İzninde Geçen Süreler İşçinin Kıdeminden Sayılır mı?**, <https://lebibyalkin.com.tr/makale/kisa-calisma-ve-pandemi-ucretsiz-izninde-gecen-sureler-iscinin-kideminden-sayilir-mi>

erişebildiğimiz karara göre "Pandemi nedeni ile yasa gereği uygulanan ücretsiz izin süresinin kıdeme esas sürenin hesabında dikkate alınıp alınamayacağı hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Konu hakkında İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 32. Hukuk Dairesinin 2022/1907 Esas, 2023/391 Karar sayılı kararında " COVID-19 Pandemi nedeni ile yasa gereği uygulanan ücretsiz izin süresinin kıdem ihbar tazminatının hesabına esas kıdem süresine dahil edilip edilmeyeceği konusunda niza bulunmaktadır....Gerek Covid-19 salgını gerekse raporlu olunan sürede, işçi-işveren iradesi dışındaki zorlayıcı nedene dayalı olarak işçi, iş görme borcunu ifa edememektedir. 25/I b alt bendinde işçi "bireysel sağlık sorununa bağlı olarak" iş görme edimini ifa edemezken, Geçici 10. Madde'de "genel sağlık sorunu" sebebi ile ifa edememektedir. İş görme edimini ifa edememenin özünde genel ya da bireysel olarak "ortak sağlık sorunu" engel olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki düzenlemede işverenin belirtilen sürede ücret ödeme borcu bulunmamaktadır. Yasanın 25/I b alt bendindeki hal süresince işçi geçici iş göremezlik ödeneği olarak İŞKUR'dan ödemesini alırken, Geçici 10. Madde kapsamında ücretsiz izin dönemi boyunca öngörülen ücretsiz izin ödemesini yine İŞKUR'dan almaktadır..." şeklindeki açıklamalar ile davacının fiili çalışma süresine, önel süresi + 6 haftalık sürenin ilavesi ile kıdeme esas hizmet süresinin belirlenmesi gerektiği açıklanmış olup Dairemizce çoğunluk tarafından aynı gerekçelerle bu görüş benimsenmiştir. "654.

Karar, işçinin elinde olmayan sebeplerle ücretsiz izne çıkarılmasını ve kıdem temelli haklardan mahrumiyetini bir dereceye kadar telafi etmesi bakımından kanımızca yerindedir. Ayrıca sürenin tamamının değil belirli bir süresinin kıdeme ekleneceği yönündeki tercih, işçi ile işveren arasındaki dengeyi korumakta ve her iki tarafın da ortak bir çözümde buluşmasını sağlamaktadır.

⁶⁵⁴ İstanbul BAM 28. HD, 07.12.2023, E. 2023/1174, K. 2023/2157.

Kararda kıdemden sayılan sürede, işçi başka bir işte daha çalışmaya başlamışsa azami çalışma süreleri bakımından bir sorun oluşmayacaksa da konunun en azından sadakat borcu bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ücretsiz izin süresinin kıdeme eklendiği ihtimalde, bu sürede yan işte çalışılmasıyla aynı süreler için iki işte çalışılmış gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Bunun ise işçilik hakları bakımından bir sorun oluşturduğu düşünülemez. Diğer bir deyişle bu süreler hizmet süresinden sayılsa da sayılmasa da işçinin başka bir işte daha çalışması, uygulama bakımından bir problem teşkil etmeyecektir.



SONUÇ

İşçinin işverene bağımlı olarak iş gördüğü ve karşılığında ücrete hak kazandığı hukukumuzda, işçinin işverene bağımlılık süresi ve kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. İş Hukukunun ortaya çıkışında işçinin işverenlerin emek sömürsüne karşı adeta köleliği andıran şartlardan korunması etkili olmuştur. Bu kapsamda işçinin sadece iş saatleri içindeki sürede işverenin emir ve talimatlarıyla bağlı olduğu, ancak çalışma saatleri dışında ise işverenin talimatlarından bağımsız şekilde özel hayatını yaşayabileceği bir düzene geçilmiştir.

İşçi emeğini sadece sözleşme ile üstlendiği sürelerde işverene sunmaktadır. Bunun dışında kalan süreleri dilediği gibi değerlendirmekte serbesttir. İşverenin emir ve talimatlarıyla bağlı değildir. Çalışma süreleri dışındaki sürelerde işçinin dinlenme zorunluluğu da bulunmamaktadır. İş gücünü işverene özgüleyen işçinin çalışma süreleri dışındaki zamanlar, işverence işçiye sağlanmış olan dinlenme süreleri değildir. Ayrıca işçi yaptığı yan işte asıl işin yorgunluğunu atarak dinleniyor da olabilir. Diğer bir ifadeyle işçinin dinleniyor olması için mutlaka çalışmıyor olması gerekmemektedir.

Hukukumuzda normal çalışma süreleri emredici şekilde sınırlandırılmıştır. Ancak fazla çalışma süresine ilişkin olarak üst sınırlar da öngörülerek esneklik sağlanmaya çalışılmıştır. İşçinin bir işveren yanında kural olarak haftalık 45 saatlik çalışmadan başka yıllık 270 saate kadar da fazla çalışma yapması mümkündür. Hukukumuzda 270 saatlik sınırın aşılmasında işverenlerin bu sınırları aşan fazla çalışmalar için dahi %50 zamlı ücret ödeyerek işçileri çalıştırmaya devam etmeleri mümkündür. Bu gibi sebeplerle işçinin ihtiyaç sebebiyle çalışma süreleri haricinde başka bir gelir elde etme girişiminin önüne geçmek hakkaniyete aykırılık oluşturmaktadır.

İşçinin yapacağı yan iş, bir iş sözleşmesine dayanabileceği gibi bağımsız bir faaliyet de olabilir. Bunlar haricinde işçinin fiziksel ya da zihinsel olarak çalışmasını gerektiren ancak bir gelir kazanmasını sağlamayan faaliyetleri de “yan faaliyet” olarak değerlendiriyoruz. Yan işin/faaliyetin asıl işteki verimi etkilemesi, işi gereği gibi yerine getirmesini engellemesi hallerinde işçinin öncelikle yan işi yapmaktan kaçınması gerekmektedir. İşveren, durumu öğrenmesinden sonra işçiyi uyararak onun yan işi

yapmaktan kaçınmasını talep etmesi beklenir. Bu sayede fesih yoluna gidilecekse, işverenin gerekli tüm önlemleri aldığı kabul edilebilir. İşverenin fesih öncesinde mümkün olan en hafif yaptırımını uygulaması gerekir. Zira aksi halde tüketmesi gereken önlemleri tüketmeyerek feshi tercih eden işveren, işe iade davasına muhatap olabilecek ve duruma göre geçersiz ya da haksız feshin sonuçlarına katlanmak zorunda kalabilecektir.

İş sözleşmesinde yan işe ilişkin sınırlandırıcı bir hüküm getirilmiş olabilir. Bu gibi hallerde sınırlayıcı hükme doğrudan geçerlilik tanınmaz. Çünkü iş hukukunda işçinin işveren karşısındaki zayıf, güçsüz konumu iş sözleşmesine işçi aleyhine eklenen hükümlere şüpheyle yaklaşılmasını gerekli kılar. Bazı hallerde işçinin söz konusu yasak/sınırlama hükmünden haberi dahi olmayabilir. Bu nedenle iş sözleşmesi hükmünün hakkaniyete uygun bir sınırlandırma olup olmadığı titizlikle incelenmeli, eğer işçinin başka işte çalışmasını tümünden engelleyici nitelikteyse ya da hakkaniyete aykırı sınırlandırmalar içeriyorsa geçersiz kabul edilmelidir. Örneğin yan işte çalışmaya kaç saate kadar izin verileceğine, objektif makul sınırlar içinde hangi işlerde çalışılıp çalışılmayacağına ilişkin hükümlere geçerlilik tanınmalıdır. Hakkaniyetli bu gibi sınırlamalara uymayarak ihlal eden işçi aleyhine bir cezai şart kararlaştırılabilir. Böylece işçinin sözleşme hükmüne aykırı davranması halinde işveren doğrudan cezai şartı talep edebilecektir.

İşçinin iş sözleşmesi devam ederken çalışmaya başladığı yan iş, sadakat borcuna aykırılık teşkil ediyor olabilir. Örneğin işçinin rakip bir firmada daha çalışmaya başlaması gibi. Bu gibi hallerde sözleşmesel bir yasağa dahi ihtiyaç olmadan iş sözleşmesi sadakat borcuna aykırılık sebebiyle işverence haklı nedenle derhal feshedilebilir. Zira sadakat borcu hem kanundan hem de iş sözleşmesinin doğasından kaynaklanır. İşçi ile işveren arasında güven ve sadakat ilişkisi sağlam bir şekilde mevcut olmalıdır. Bu iş sözleşmelerinin karakteristik özelliklerindendir. Ayrıca işçinin iş sözleşmesi devam ederken sadakat borcuna aykırı şekilde üçüncü kişiler hesabına ücret karşılığı çalışması TBK m. 396/3 gereği yasaklanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu m. 400/1 gereği işçi, işverene kusuru ile verdiği her türlü zararlardan sorumludur. Ayrıca işveren genel hükümlere göre de zarar gördüğünü ve

zararın miktarını ispatlayarak TBK m. 49-50 kapsamında haksız fiil çerçevesinde işçiden tazminat talep edebilir.

Genel işlem koşulları işçi ile işveren arasındaki güç dengesini sağlamak anlamında iyi bir enstrüman olmasına rağmen kanaatimizce yan iş yasağına muhatap olan işçiler bakımından yeterli korumayı sağlamaktan uzaktır. Kanımızca her ne kadar işçi ve işveren yan işte çalışmaya ilişkin sözleşme hükmü ile ilgili olarak anlaşmış da olsalar, işçinin işi kabul için çoğunlukla yasak hükmünü kabul etmekten başka çaresi olmayacaktır. Bu sebeple yasak hükümleri işçinin bilgisi dahilinde dahi olsa hakkaniyete aykırı sınırlamalar içermemeli, işçiye yan işte çalışabilmesi için aralık bırakılmalıdır. Aksi halde ilgili hüküm geçersiz ancak sözleşmenin geri kalanı geçerli olarak kabul edilir. Genel işlem koşullarının bağlayıcılığı için kanaatimizce basamaklı bir sistem kurgulanmalıdır. Buna göre işçinin işveren ile olan bağımlılık ilişkisinin seviyesine göre yan işe ilişkin yasaklara geçerlilik tanınabilir. İşçinin bağımlılığının en yüksek olduğu ihtimallerde yan iş yasağına tanınacak geçerlik kısıtlanacak, bağımlılık azaldıkça düzenlemeye geçerlilik tanınabilecektir. Örneğin bir CEO için yapılan sözleşmede başka işte çalışılmasının yasaklanması makul karşılanabilir.

İş sözleşmesi bazı hallerde kanunen bazı hallerde taraflarca iradi olarak askıya alınmış olabilir. Yahut bazı sebeplerle iş sözleşmesi geçici olarak ifa edilmiyor/edilemiyor olabilir. Bu gibi hallerde tarafların iş görme ve ücret ödeme borçları kural olarak devam etmez. Buna karşılık sadakat borcu, işçiyi koruma borcu gibi kimi borçların devam ettiği kabul edilir. Bu geçici sürelerin sona ermesi halinde iş sözleşmesi tüm hak ve borçlarıyla tekrar işlemeye başlar. İşçi tüm bu süreçte başka bir kazanç sağlayıcı işe başlayabilir. Bu işin asıl işverene karşı olan sadakat borcuna aykırılık oluşturmada yürütülmesi gerekmektedir. Bunun için işçinin bazı tedbirler alması, yeni işindeki çalışma saatlerini ya da işin ne kadar süre ile devam edeceğini asıl işe göre ayarlaması gerekir. Ancak işveren temerrüdü, süresiz olarak ücretsiz izinde olmak gibi hallerde asıl iş ilişkisinin ne zaman tekrar yürürlüğe gireceği belirsiz olduğu durumlarda, işçiden bir yan işe başlarken önlemler alarak tedbirli olması beklenemeyecektir. Bu gibi hallerde işçinin asıl işine zamanında başlayamamasının sonuçlarına asıl işveren katlanmalıdır. İşçinin yan işini istiyorsa usulüne uygun şekilde sonlandırması için ya da

iki işe birden devam edecekse yan işindeki çalışma şartlarına ilişkin gerekli ayarlamaları yapması için ihtiyaç duyduğu zamanı işveren işçiye vermeli, onu beklemelidir.

İşçinin kanunlarca sağlanan ve temelini Anayasadan alan dinlenme sürelerinde dinlenmeyerek bir yan işte çalışması halinde bu halin asıl işverene ne gibi haklar sağlayacağı değişkenlik göstermektedir. Kanaatimizce işçinin hafta tatili, ulusal bayram genel tatil gibi zamanlarda dinlenmesi bir zorunluluk değildir. Kaldı ki işçi gelir getirici faaliyette bulunmadan da (spor ya da gönüllü faaliyetler yaparak) dinlenmek için ayrılan bu süreleri aslında belki de daha fazla yorularak geçirebilir. Bunu hiçbir şekilde engellemek mümkün değildir. Bu sebeple işçinin gelir getirici faaliyetlerde bulunması da kanımızca engellenmemeli, işverene fesih hakkı vermemelidir.

İşçinin raporlu olduğu sürelerde çalışması ise diğer hallerden kanımızca ayıksı bir örnektir. Zira sağlık raporu istirahati gerektirir bir süreyi ifade etmektedir. İşçinin bu sürede istirahat etmeyip başka işte çalışması işverenin ona olan güvenini kötüye kullanmak anlamına gelir. Aralarındaki bağı zedeler. Bu ise işverene bir haklı fesih sebebi verir.

KAYNAKÇA

AKYİĞİT, Ercan: **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşde Çalışması**, Ankara 1995. (Başka İşde Çalışma).

AKYİĞİT, Ercan: **1475 sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Yıllık Ücretli İzin**, Ankara 2000. (Yıllık Ücretli İzin).

AKYİĞİT, Ercan: Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2005, S. 5, 15-26. (Çalışmaktan Kaçınma).

AKYİĞİT, Ercan: Yeni Kanunda Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. 9, S. 36, 2012, 3-36. (Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi).

ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, **III. Yılında İş Yasası Semineri**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum 2005, 250-251.

ALPAGUT, Gülsevil: İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2012, 23-32.

ALPAGUT, Gülsevil: Pandemi'nin İş Sözleşmesine Etkisi: Ücretsiz İzin, Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden, Gülsevil Alpagut (Ed.), **Pandemi Sürecinde İş Hukuku**, Temmuz 2020, 61-98.

ALTUNKAYA, Süleyman: Covid-19 Salgınının Türk İş Hukukuna Etkileri Kapsamında Ücretsiz İzin Uygulaması, **Ünye İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, Haziran 2020, 1-14.

ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat: **Medeni Hukuk**, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 2017.

ARSLAN ERTÜRK, Arzu: **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul 2010.

AYDOĞDU, Murat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 13, S. 2, 2011, 1-50.

BAECK, Ulrich/DEUTSCH, Markus/KRAMER, Nadine: **Arbeitszeitgesetz, Kommentar**, 3. Auflage, München 2014.

BALKAN, Hakan: **Bireysel İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri**, Doktora Tezi, İstanbul 2021.

BAYCIK, Gaye: İşverenin Tespitinde Birlikte İstihdam, Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 13(2), Y. 2022, 76-85.

BeckOK Arbeitsrecht/JOUSSEN, 72. Ed. 1.6.2024, BGB § 611a Rn. 454-458.

BEDÜK, Mehmet Nusret: **Deniz İş Sözleşmesi**, Bursa 2012.

BİLGİLİ, Abbas: Fesihden Sonra Başka Yerde Çalışmış Olan İşçinin İşe İade Davasındaki Dört Aylık Ücretinin Bu Çalışmadan Etkilenip Etkilenmeyeceği Sorunu, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 12, 2006, 1419-1428.

BİNGÖL, Serkan: **Yıllık Ücretli İzin**, Ankara 2012.

CANBOLAT, Talat: İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı, **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semineri**, 29 Mayıs 2010, İstanbul 2010, 81-135.

CANIKLIOĞLU, Nurşen: İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İznin Kullandırılmamasının Sonuçları, **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, İstanbul 2001, Cilt II, 1144-1174.

CANIKLIOĞLU, Nurşen, “4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri: 3. Yılında İş Yasası”, **“Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası”**, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, 149-200. (Çalışma Süreleri).

CANIKLIOĞLU, Nurşen, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi. **Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK Yayını**, Ankara 2012, 78-110.

CANIKLIOĞLU, Nurşen: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, 67-132 (İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebepler).

CANIKLIOĞLU, Nurşen: İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Kararların Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2017, İstanbul 2019. (2017 Yılı Kararları).

CANIKLIOĞLU, Nurşen: 4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları, **Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu 7 Mart 2019**, Yeni Yüzyıl Üniversitesi online erişime açık Bildiri Kitabı, 1 Mart 2020, 30-91. (Kadınların Hakları).

CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sözleşme ile Bayram ve Genel Tatil Günlerinde Çalışmayı Kabul Eden İşçinin Bu Günlerde Çalışmaması Devamsızlık Sayılır Mı?, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 2022, S. 48, 13-32.

CANIKLIOĞLU, Nurşen: Bölge Adliye Mahkemelerinin 2022 Yılında İş Güvencesine İlişkin Verdiği Kararlarının Değerlendirilmesi, **İş Hukuku Değerlendirme Sempozyumu 2023**, 229-238. (İş Güvencesi).

CANIKLIOĞLU, Nurşen: Yeni Koronavirüs (Covid 19) Pandemi Sürecine Özgü Bir Düzenleme: İş Sözleşmelerini Fesih Yasağı ve Kapsamı, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ekim 2020, S. 202, 1-7. (Fesih Yasağı).

CANIKLIOĞLU, Nurşen: 7244 Sayılı Kanunla İşverenlere Tanınan İşçiyi Tek Taraflı Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Uygulaması, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Aralık 2020, S. 204, 1-14. (Ücretsiz İzin).

CANIKLIOĞLU, Nurşen/ÖZKARACA, Ercüment: Ekonomik Kriz İçindeki İşverenin İş Hukuku Açısından Başvurabileceği Önlemler, **Kriz Yönetimi**, İstanbul 2009, 642-643.

CANIKLIOĞLU, Nurşen/YAMAKOĞLU, Efe, “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından Kısmi Süreli Çalışma”, **Çimento İşveren**, C. 27, S. 4, Temmuz 2013, 6-23.

CENTEL, Tankut, **Kısmi Çalışma**, İstanbul 1992.

CENTEL, Tankut, **İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, C. I**, İstanbul 1994.

CENTEL, Tankut: Sendika Yöneticisinin Güvencesi, **Prof. Dr. Turhan Esener 2. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, 28-30 Nisan 2016, Birinci Basım: Ekim 2017 Ankara, 165-180.

CENTEL, Tankut: Covid-19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 43, Y. 2020, 11-29. (Covid-19).

CİVAN, Orhan Ersun: **Genel İş Koşulları**, İstanbul 2015.

CİVAN, Orhan Ersun: **İşçinin Yan Yükümlülükleri**, İstanbul 2021. (Yan Yükümlülükler).

CİVAN, Orhan Ersun: İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar, **Ankara Barosu Dergisi**, S.4, Y. 2017, 203-290. (Özel Politika Gerektiren Gruplar).

ÇABRİ, Sezer: Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulmaması, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 3, S. 11, 2006, 913-928.

ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, ÖZKARACA, Ercüment: **İş Hukuku Dersleri**, 35. Baskı, İstanbul 2022.

ÇÖĞENLİ, Taner, **Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin**, İstanbul 1983, 155. (Yıllık Ücretli İzin).

DEMİR, Fevzi: Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan**, İstanbul 2019, 205-234.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Sözleşme ile Getirilen Yan İş Yasağı ve Geçerliliği Sorunu, **Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan**, İstanbul Kasım 2019, 365-387. (Yan İş Yasağı).

DOĞAN YENİSEY, Kübra: **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, İstanbul 2014. (Emredici Yapı).

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 9-149.

DUMAN, Barış: 4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11(1), 2020, 1-17.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: **Kişiler Hukuku**, Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul 2006.

DÜNDAR, Esra: **Uluslararası Düzenlemeler ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Deniz İş Hukukunda Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri**, Ankara, 2012.

EKMEKÇİ, Ömer: 4473 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Sorunları Üzerine, **MESS Merccek Dergisi**, Özel Sayı, Ekim 2002, 107-108.

EKMEKÇİ, Ömer: Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, **MESS Merccek Dergisi**, Temmuz 2003, 135.

EKMEKÇİ, Ömer: Covid-19 Döneminde Fesih Yasağı, Kapsamı ve Yasağa Aykırılığın Sonuçları, **Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu**, Ed. Muhammet Özkes, İstanbul Haziran 2021, 1111-1128.

EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: **Toplu İş Hukuku Dersleri**, 6. Bası, 2024.

EKONOMİ, Münir: İşyerinin Kapatılması, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara 2006, 409-457.

EKONOMİ, Münir: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi. 27-58.

ELBİR, Nazlı: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Kararı Sonrası İşçinin Başvurusu ve İşverenin Davetinde “Samimiyet” Olgusu, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11(1), 139-154.

ENGİN, Murat: İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. I, S. 2, 2004, s. 537-544.

ENGİN, Murat :Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2003, C. 5, S. 1, 77-94. (Kaçınma Hakkı)

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Ankara 2017.

ERGİN, Hediye: İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 2017, 54-64.

ERKANLI BAŞBÜYÜK, Betül: **İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı**, Ankara 2020.

ERTÜRK, Şükran: Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 15, Özel S., 2013, 81-118.

EYRENCİ, Öner: **Kısmi Süreli Çalışmalar, Uygulama ve İş Hukuku Açısından**, İstanbul 1989.

EYRENCİ, Öner: **İş Hukuku Uygulaması**, İşK. 9 (No:2).

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Ş. Esra: **İş Hukuku**, 10. Bası, İstanbul 2020.

GÖKÇEK KARACA, Nuray: Basın İş Kanununa Göre İş Süresi ve Fazla Çalışma, **Kamu-İş**; C: 7, S: 2/2003, 1-10.

GÖKÇEK KARACA, Nuray: **Basın İş Hukuku (Medya Çalışma İlişkileri)**, Ankara 2020.

GÖKTAŞ, Seracettin: Covid-19 Salgınının İş Sözleşmesinin Feshine ve Diğer Sona Erme Nedenlerine Etkisi, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.43, Y. 2020, 274-299. (Covid).

GÖZLER, Kemal: **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, Bursa Ekim 2018.

GRUNEWALD, Benno: Inhalt und Grenzen des arbeitsvertraglichen Nebentätigkeitsverbotes, **NZA 1994**, 971-973.

GÜDER, Cansu: **İşçinin Başka İş Yapma Yasağı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

GÜNAY, Arkın: 4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Kısmi Süreli Çalışma ve Bu Çalışmanın Özel Biçimleri, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran 2019, C. 9, S. 1, 157-194. (Kısmi Süreli).

GÜNAY, Cevdet İlhan: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Ankara 2015.

GÜZEL, Ali: İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Edimini Yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin Ücret Talep Edememesi, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Y. 2005, S. 2, 123-146. (Ücretin Ödenmemesi).

KAR, Bektaş: Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihle Yargısal Denetim, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 11, Eylül 2008, 34-42.

KARACA, Aybüke/ERENER, Ebru: **Genel İşlem Koşullarının İş Hukukuna Etkisi**, 7. Uluslararası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi, Bildiriler Kitabı, 25-30 Ağustos 2015, 665-675.

KAYIRGAN, Hasan: İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi**, İstanbul 2014, 459-478. (Sadakat Borcu).

KÖME AKPULAT, Ayşe: Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu'nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 10 (1), 2019, 224-236. (Basın İş Kanunu).

KUTAL, Metin: Asgari Ücret ve Bazı Meseleleri, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, S. 15, Y. 1965, 49-66.

KUTLUAY, Ezgi: Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1369-1422.

MAKAS, Recep: Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Y. 2012, S. 4, 149-180.

MANAV, Eda: Uygulamada Geçerli Fesih ve Sonuçları, **Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları II. Sempozyum**, 2010, Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu, 41-112. (Geçerli Fesih).

MANAV, Eda: İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 2, Y. 2, S. 4, 101-134. (Rekabet).

MANAV ÖZDEMİR, Eda: Covid-19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmesine Etkisi, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 43, Y. 2020, 126-157. (Covid-19).

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, Ankara 2014.

MUTLU, Emre: Kısmi Süreli Çalışmanın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi, **Sosyal Güvence Dergisi**, S. 4, 2013, 29-49.

NARMANLIOĞLU, Ünal: **İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2014.

NAZLI, Seçkin: **Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri**, İstanbul 2015. (Çalışma Hak ve Özgürlüğü).

NAZLI, Seçkin: COVID-19 Salgınının Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanunun İş Hukukuna Yönelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi, **Medipol Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi**, S. 7(1), Bahar 2020, 251-271.

OCAK, Saim: Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması, **İş ve Hayat Dergisi**, Y. 2017, C. 3, S. 5, 174-227. (Ücretsiz İzin).

OCAK, Saim: Doğum/Evlat Edinme Sebebiyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Temmuz 2017, 52-101. (Kısmi Süreli).

OCAK, Uğur: **İşçilik Alacakları**, 1. Cilt, Ankara 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 16. Bası, İstanbul 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal: Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 32, S. 2-4, 1967, 858-883. (Gazeteciler).

ÖZDEMİR, M. Erdem: İş Hukukunda Cezai Şart, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 3-4, 403-416. (Cezai Şart).

ÖZDEMİR, M. Erdem: İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret, **T. Toprak, Seramik ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası'nca düzenlenen "III. Yılında İş Yasası" semineri yayımı**, İstanbul 2005, ...

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: **Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK. M. 21/II**, Cevdet Yavuz’a Armağan, 2349-2360.

ÖZKARACA, Ercüment: 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, **Çalışma ve Toplum**, 2013/3, S. 38, 173-215. (Sendikal Güvenceler).

ÖZKARACA, Ercüment: Sendika Yöneticileri ile İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi ve Uygulama Sorunları, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar 4, 22 Şubat 2014**, 167-199. (Sendika Yöneticileri).

ÖZKARACA, Ercüment: 6356 Sayılı Kanun m. 24 Anlamında Amatör Yönetici Kavramı, **Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan**, İstanbul 2019, 757-761. (Amatör Yönetici).

ÖZKARACA, Ercüment/ÜNAL, Canan: Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgını Kapsamında Kısa Çalışma, Ücretsiz İzin ve Fesih Yasağının İşçinin Hizmet Süresine Etkisi, **Çimento İşveren Dergisi**, C. 34, S. 4, Temmuz 2020, 20-37.

PARK, Kwi-Cheon: **Nebenpflichten des Arbeitnehmers während der Dauer des Arbeitsverhältnisses**, Frankfurt am Main 2013.

PREİS, Ulrich: **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 23. Aufl. 2023, Bürgerlichen Gezetzbuch § 611a.

SCHÜRER, Hans Ueli/WANNER, Marianne: **Arbeit und Recht**, 2017.

SOYER, Polat: Basın İş Kanununun Kapsamı ve Yargıtay Uygulaması, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2016, C. 13, S. 50, 609-629. (Basın İş Kanunu).

SOYER, Polat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin “Bazı” Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi, Kadir Has Üniversitesi tarafından 25 Mayıs 2012’de düzenlenen ve aynı yıl yayınlanan “**İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2)**” konulu seminere sunulan tebliğ 4-51 (Genel Hizmet Sözleşmesi).

SPINNER, Günter: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gezetzbuch**, 9. Auflage 2023, BGB § 611a.

SUBAŞI, İbrahim: İşe İade Davaları ile İlgili Bazı Uygulama Sorunları, Ender Demir, Beste Gemici Filiz (Ed.), **Prof. Dr. Turhan Esener, II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara Ekim 2017, 591-636. (İşe İade Davaları).

SUBAŞI, İbrahim: Küresel Covid19 Salgınının Türk İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukuna Etkisi, **Prof. Dr. Yasemin Işıktaç Armağanı**, İstanbul Aralık 2020, 775-849.

SUBAŞI, İbrahim/KORKMAZ, Adem: Türk Hukukunda Asgari Ücret, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, C. 15, S. 1, Ankara Ocak 2016.

SÜMER, Haluk Hadi: **Bireysel Basın İş Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul 2020.

SÜZEK, Sarper: **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Ankara 1989. (Askıya Alınmasının Genel Teorisi).

SÜZEK, Sarper: **İş Hukuku**, Ankara 2022.

SÜZEK, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 115-133. (Askı).

SÜZEK, Sarper: Türk İş Hukukunda İşveren, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 17, Y. 2010, 17-26. (İşveren).

SÜZEK, Sarper: İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum, **Sicil İHD**, Y. 2015, S. 34, 9-25.

ŞAHİN, Musa Furkan: Ceza Koşulunun Aşırılığının Tespit Edilmesi Konusunda Yargı Kararlarında Kullanılan Kıstaslar, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 2, 2023, 895-937.

ŞAHLANAN, Fevzi: Geçici İşçi-İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Fesih, Karar İncelemesi; **Tekstil İşveren**, Hukuk 2, Haziran 2006.

ŞAHLANAN, Fevzi: Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013**, s.331-339. (Yöneticilerin Güvencesi).

ŞEKER, Melih: İş Kanunu'nda Geçici Madde 10 Düzenlemesi, **Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi**, C. 5, S. 1, Y. 2021, 94-130.

ŞUĞLE, Mehmet Ali: 30 Soruda Basın İş Kanununda Gazeteci, **Mülkiye Dergisi**, Y. 2014, C. 27, S. 230, 413-429. (30 Soruda).

ŞUĞLE, Mehmet Ali: Basın İş Kanunu'na Göre Gazetecinin Başka İşte Çalışması, **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, I, İstanbul 2011, 187-202. (Basın İş Kanunu).

TALAS, Cahit: Çalışma Hakkı ve Türkiye'deki Durum, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 407-421.

TAŞKENT, Savaş: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2006, Y. 1, S. 3, 20-28. (Ücretsiz İzin).

TAŞKENT, Savaş: Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Karar İncelemesi, **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, İstanbul 2010, 745-768. (Mevsimlik).

TULUKÇU, Binnur: **İş Hukukunda Dinlenme Hakkı**, Ankara 2012.

TUNCAY, A. Can: Karar İncelemesi, **Çimento İşveren Dergisi**, Mart 2004.

TUNCAY, A. Can: Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları (İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı), **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2005, C. 2, S. 6.

TUNCAY, A. Can: İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C. 2, İstanbul 2001, 1043-1086.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma, **Sosyal Siyaset Konferansları, XIX. Kitap**, İstanbul 1968, 93-114.

UŞAN, Fatih: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları, **Kamu-İş Dergisi**, C. 10, S. 1, 2008, 1-47.

ÜNAL ADINIR, Canan: **İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler**, İstanbul 2023.

ÜNAL ADINIR, Canan: İş Yargısında Çalışma Süresinin Düzenlenmesi ve Fazla Çalışma, **MÜHF-HAD**, C. 29, S. 2, Özel Sayı, Aralık 2023, 1292-1319.

YABA, Tuğçe: Genel İş Koşullarının Denetimi, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 1, Nisan 2021, 135.

YAMAKOĞLU, Efe: **Türk Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma**, İstanbul 2011.

KARAÇÖP, Eda/YAMAKOĞLU, Efe: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 10(38), 2013, 96.

YARDIMCIOĞLU, Didem: **Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş Sözleşmesi**, İstanbul Aralık 2020.

YILDIZ, Gaye Burcu: **İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar**, Ankara 2014.

YILMAZ TEKİN, İmge Hazal: Türk Borçlar Kanunu'na Göre İşverenin İş Kabulden Kaçınması, **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Temmuz 2023(2), 466-476.

YOLVERMEZ, Bahar: Türkiye'de Asgari Ücret Sorunlarına İlişkin bir Değerlendirme, **Çalışma ve Toplum**, Y. 2020, S. 4, 2441-2462.

YÜREKLİ, Sabahattin: Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı**, Y. 19, S. 38, Yaz 2020/2 (Covid-19 Özel Ek), 34-61.

Elektronik Kaynaklar:

<https://acikders.ankara.edu.tr>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://kazanci.com.tr/>

<https://legal.com.tr/>

<https://legalbank.net/arama>

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://www.ilo.org/>

<https://www.lexpera.com.tr/literatur>

<https://www.linkedin.com/>

<https://www.memurlar.net/>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1967-29-nrm.pdf>