

İŞÇİNİN SADAKAT BORCU VE UYGULAMASI

Prof. Dr. Fevzi DEMİR

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Gönenç DEMİR

Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi

I- GİRİŞ

Güven günümüz hayatında insan ilişkilerinin temelini oluşturur. İşçi işveren ilişkileri bu temel üzerine kurulmuş özel edimleri barındırır. İşçi ve işveren günün büyük bir kısmını birlikte geçirmektedir. Günümüz koşulları bireyleri rekabetçi bir ortamda yoğun bir çalış temposunun içine itmiştir. İşte gerek işverenler arası gerekse de işçiler arası rekabetin yoğun olduğu koşullarda bireylerin verdikleri hizmetler büyük bir önem arz etmektedir. Emek gücüne sahip olan işçi, işverenin tüm teknolojik gelişmelere rağmen ihtiyaç duyduğu bir üretim unsurudur. Bu noktada işçinin edimini sadakatle (bağlılıkla) ifa etmesi hizmet borcunun ayrılmaz bir unsurudur¹. Bu incelemenin konusu işçinin bu sadakat (bağlılık) borcunun tanımı ve hukuki dayanağı ile borcun kapsamı içinde işveren ile aralarındaki güven bağının korunması amacıyla işçinin yükümlülüklerini içermektedir.

II- SADAKAT BORCUNUN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE DAYANAĞI

A) TANIMI

İş sözleşmesinin temel iki unsuru hizmet ve ücrettir². İş ilişkisinin temelini düzenleyen iş sözleşmesi, bu iki ana edim yanında pek çok yan edimleri de içermektedir. Bu edimlerin kaynağı, iş ilişkisinin diğer özel borç ilişkisini düzenleyen sözleşmelerden farklı

¹ SUR, Melda; "Tebliğ: Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, s.31

² DEMİR, Fevzi; Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Ve Uygulaması, 5. bası, İzmir 2005, s.68

olarak bir sosyal yönünün olması ve kendi şahsına ilişkin belli başlı özelliklere sahip olmasından kaynaklanmaktadır³. Çalışma hayatı boyunca işçi, hizmet borcu yanında sadakat borcu, özen borcu, itaat borcu, iyi niyet ve dürüstlük borcu gibi yan edimleri yerine getirmek durumundadır. Günümüzde işçinin işverene karşı yükümlülükleri hukuki ve teknolojik gelişmeler karşısında giderek azalmaktadır⁴. Uygulamada Yargıtay içtihatlarında işçinin yan edimlerinin kapsamını belirlememize olanak sağlayacağı pek çok kararı mevcuttur. Tüm bunlar ışığında, doktrinde genel olarak kabul görmüş işçinin “olumlu veya olumsuz davranışlarda bulunması ile ortaya çıkan sadakat borcu⁵” ayrımına sadık kalarak bizde konuyu bu şekilde incelemeyi ve Yargıtay kararlarını örnek olarak sunmayı uygun bulduk. İşçinin sadakat borcu, “doğruluk ve dürüstlük ilkesi temeli üzerine kurulu olup, işverenin korunmaya değer haklı çıkarlarını en iyi şekilde korumak ve söz konusu çıkarlara zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmak yükümlülüğünü ifade eder”⁶. Günümüzde işçinin sadakat borcu sadece işveren ile değil aynı zamanda işyeri ile de ilgilidir.

B) HUKUKİ NİTELİĞİ VE DAYANAĞI

İşçinin sadakat borcu ücret ve hizmet gibi iş sözleşmesinin ana edimlerinden olmadığı gibi karşılıklı edimlerinden de değildir. Sadakat borcu bir çok yan edimler içeren, işçiyi sadece işyerinde değil, işyeri dışında da takip eden bir borçtur. Bu nedenle işverenin, “işçiyi gözetme yükümlülüğü” işçinin sadakat borcunun karşılığı değildir. Söz konusu yan edimler⁷, çeşitli davranışlar olup, kaynağı kanun ve özellikle de MK. m. 2 de düzenlenmiş olan “iyiniyet ve dürüstlük” kuralıdır. Ancak, işçinin iş sözleşmesinden doğan yan edimlerinin asıl borç olan hizmet

³ TURAN, Kamil: Ferdi İş Hukuku, Ankara 1993, s.73; GÜVEN, Ercan/ AYDIN, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2004 s.75;

⁴ ERTAŞ, Kudret: Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, s.3; PANSIER, Frederic-Jerome; Droit Du Travail, Paris 1998, s.67

⁵ DEMİR, s.68; ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 17. bası, İstanbul 2004, s.124

⁶ TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 3.bası, İstanbul 2003,s.98; TUNCAY, A. Can: “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2001, s.1043; DEMİR, s.68; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim:Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004,s.96; ÇELİK, s.124; TURAN, s.73; SÜZÜK, Sarper: İş Hukuku, 1.bası, İstanbul 2002, s.290 yazar “sözleşmenin tarafları arasında karşılıklı sadakatın varlığını gerekli kılar” şeklinde belirtmiştir. NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri 1, 3. bası, İzmir 1998,s. 205; ERTAŞ, s 20;

⁷ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler , C.1, İstanbul 1998, s.35 “ asıl borçlar yanında, asıl borçların ifasını sağlamaya yarayan , taraflar arasında kurulan güveni korumaya yönelik bir dizi yan borçlar..”; TUNCAY, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, s.1046 “yan edimlerden anlaşılması gereken şey işçinin, iş görme asıl edimi dışında kalan doğruluk dürüstlük kuralı çerçevesinde işverenin çıkarlarını korumaya ve ona zara verici davranışlardan kaçınmaya yönelik bazı davranış yükümlülükleridir”.

borcundan ayrı olarak ifası istenemez. Buna karşılık, yan edimlerin ihlal edilmesi işverene tazminat ve sınırlı hallerde sözleşmeyi haklı sebeple fesih imkanı tanımaktadır.

Türk Hukukunda işçinin sadakat borcu İş Kanunu başta olmak üzere hiçbir kanunda genel bir başlık altında düzenlenmemiştir. Ancak işçinin sadakat borcunu doğuracak yan edimleri muhtelif kanunlarda yer almıştır. Buradan dolayı olarak işçinin kanundan doğan yan yükümlülükleri şu şekilde sıralanabilir :

a) BK. m. 321 de “işçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur”

b) İşK. m.25/II de “işverene haklı nedenle fesih hakkı tanıyan, işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hal ve benzerleri”

c) BK. m.445 “ tüccar yardımcılarını hizmet akdi devam ederken ne kendi ne de başkası adına işveren ile rekabet edici bir faaliyette bulunamazlar”

d) MK. m.2 de “doğruluk ve dürüstlük” kuralından doğan “işçinin iş görme borcunu yerine getirirken sadakat ile çalışması gerektiği”

III-İŞÇİNİN SADAKAT BORCUNUN KAPSAMI

İşçinin sadakat (bağlılık) borcunun bir temel borç niteliğine bürünmesi, çağdaş İş Hukuku anlayışının bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim, işçiyle işveren arasındaki ilişkinin sadece maddi değeri olan, emeğin meta olarak görüldüğü dönemlerde böyle bir borcun varlığından söz edilmiyordu. Ne vakit ki çağdaş iş hukuku işçinin kişiliğini tanıyıp işveren ile arasında kişisel ilişkiler de olabileceğini kabul etti, o zaman sadakat borcundan bahsedilmeye başlandı⁸.

İşçinin sadakat borcunun konusunu oluşturan edimler, iş ilişkisinin niteliğine göre farklılık göstermektedir. Çünkü her iş kendine has özelliklere sahiptir. O işin niteliklerinden doğan, işçi ile işveren arasındaki mevcut güven ilişkisinin derecesi ile doğru orantılı olarak işçinin sadakat borcu üzerinde bir oynama olacaktır⁹. Bu nedenle sadakat borcu, işçinin işverene karşı bazı olumlu davranışlarda bulunması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, bazı olumsuz davranışlardan kaçınması şeklinde de ortaya çıkabilir. Ancak, bu olumlu

⁸ DEMİRCİOĞLU-CENTEL, s.88; N.ÇELİK, s.106; ERTAŞ, s.8

⁹ TUNCAY, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, s.1049

davranışların da olumsuz davranışların da sınırını çizmek hiç de kolay olmamaktadır. Biz bu çalışmamızda İş Kanunu ile Borçlar Kanunu ve TİSGLK'da yer alan başlıca “sadakat borcu” konularını ele alarak uygulamadaki sonuçlarıyla birlikte incelemeye çalıştık.

A. OLUMLU DAVRANIŞLARDA BULUNMA BORCU

İşçinin sadakat yükümlülüğünün konusunu oluşturan “yapma borcu niteliğindeki” olumlu davranışlarda bulunma borcu, öncelikle işverenin ve işyerinin çıkarlarının korunması biçiminde ortaya çıkar. İşçi, öyle bir davranış sergileyecektir ki, kendisi işveren veya işveren vekili olsaydı nasıl davranacak idiyse öyle yapacaktır. Buna göre, işçi işin yolunda gitmesi, işverenin şöhret ve itibarının korunması için yapılması gereken her şeyi yerine getirecek; başta yangın tehlikesinin bildirilmesi olmak üzere, işverene zarar verebilecek her türlü tehlikenin önlenmesi için gerekli tedbirleri almaktan kaçınmayacaktır. Bunun için işçi, işin yapılması sırasında makinelerde, malzemede, araç ve gereçte gördüğü her türlü arıza ve eksiklik ile işyerinde karşılaştığı her türlü hırsızlık ve yolsuzluğu işverene zamanında bildirmek ve duyurmak zorundadır¹⁰. Bu nedenle, işçinin olumlu davranışlarda bulunma borcunun kesin bir ayrıma tabi tutulması mümkün değildir¹¹. Çünkü işçinin sadakat borcu hem işine karşı hem de işyerine karşı davranışlarının özel niteliğinden doğmaktadır. Bunun sonucu, işçinin sadakat borcunun olumlu yönü “yapma borcu” içinde, işçinin işine öncelikle “düzenli devam etme”, işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak “iş görme borcunu ifa etme” ve özellikle “işini özenle yapma borcu” vardır. Sadakat borcunun doğal sonucu olan bu borçlardan işçinin özen borcu, hem işini özenle ifa etme borcunu hem de işyerine ait bina, eşya, araç ve gereçleri özenle kullanma ve koruma borcunu ihtiva eder. Bunun yanında işçinin kural olarak “fazla mesai yapma borcu” ile “işini usulüne uygun olarak bırakma borcu” da sadakat borcunun bir gereği ve uzantısı olarak doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları çerçevesinde inceleme konusu yapılacaktır.

1- İşçinin İşine Düzenli Devam Etme Borcu

İşçi iş sözleşmesi ile işyerine çalışmak üzere girer. Üretim akışını önemli ölçüde etkileyen işçinin işine düzenli bir şekilde devam etmesi

¹⁰ N.ÇELİK,s.106;DEMİRCİOĞLU-CENTEL,s.88;ERTAŞ,s.20 vd.;ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, ÇANKAYA,O.G./ GÜNAY,C.İ./GÖKTAŞ, S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s.75

¹¹ AKYİĞİT, Ercan; İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi,1. bası, Ankara 2001, s.779 yazar sadakat borcuna aykırılık teşkil edecek hallerin tespitinin de hakime büyük görev düştüğünü vurgulamıştır.

bu bakımdan çok önemlidir. Bu nedenle, “işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardi ardına iki gün veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü veya bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi” (İş K.md.25/II,g), iş sözleşmesinin “haklı sebeple” feshi sonucunu doğurur. Ancak, buradaki devamsızlığın “işverenden izin alınmadan” veya “haklı bir sebebe dayanmadan” gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Hangi hallerde işe devamsızlığın haklı sayılacağına ise her olayın özelliğine göre karar vermek gerekir.

Ekleyelim ki haklı nedene dayanarak devamsızlıkta bulunan işçi bunu iyiniyet kuralları içinde “işverene bildirmek” zorunda olduğu gibi; işveren de “haklı sebeple” önelsiz (derhal) fesih hakkını iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanmak zorundadır. Aksi halde, işçinin iyiniyet kuralları içinde devamsızlık nedenini işverene bildirmemesi işverenin derhal feshini haklı kılar¹². Buna karşılık, işverenin de derhal fesih hakkını iyiniyet kurallarına uygun kullanmaması, işçinin devamsızlığını haklı kılabılır. Özellikle hastalığa (rahatsızlığa) dayanan devamsızlıklarda önemli olan işçinin o tarihlerde gerçekten rahatsız olup olmadığıdır.

Uygulamada Yargıtay, resmi bir hekimden veya sağlık ocağından alınan raporu geçerli saydığı gibi¹³, özel bir doktordan veya özel bir sağlık kuruluşundan alınan raporu da geçerli saymıştır¹⁴. Hatta, rapor alınmamış olsa bile, işçinin gerçekten rahatsız olması, devamsızlığını haklı kılar¹⁵. Bunun gibi, “doğum iznini kullanan kadın işçinin doğum sonrası altı haftalık izninin bitimini müteakip iki gün üst üste işe gelmemesi nedeniyle işten çıkarılmasını”¹⁶, “işçilik hakları ödenmeyen işçinin devamsızlık nedeniyle işten çıkarılmasını”¹⁷ ve “işyerinde can güvenliği olmadığı için devamsızlık yapan ve korkudan bunu işverene bildiremeyen işçinin hizmet sözleşmesinin derhal feshini”¹⁸ Yargıtay’ımız “iyiniyet” ve “hakkaniyet” kurallarına uygun bulmamış; işçinin devamsızlığının haklı nedene dayandığını kabul etmiştir.

¹² HGK, 22.05.1963, E.4/101, K.53 ve 9.HD, 12.02.1963, 1722/1835, N.ÇELİK, s.195; Aksi görüş, E.AKYİĞİT, Şerh, s.825; Krş. KAPLAN, E.T: İşverenin Fesih hakkı, Ankara, 1987 s.152; SÜMER, Yargıtay Kararlarının İşığı Altında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi, Prof.Dr.M.KUTAL’a Armağan, Ankara, 1998, s.213

¹³ 9.HD, 15.05.1986, 4232/5162 ve 9.HD, 25.12.1996, 17129/24192, E.AKYİĞİT, Şerh, s.825

¹⁴ 9.HD,24.01.1996,24815/689 ve 9.HD,06.03.1997,21176/4438, E.AKYİĞİT,Şerh,s.825

¹⁵ 9.HD, 09.12.1982, Tekstil İşv.D.Eylül 1983, s.17; E.AKYİĞİT, Şerh, s.825

¹⁶ 9.HD, 05.03.1981, 645/3076, S.TAŞKENT İncelemesi, İHU, İş K.md.17, No:14; 9.HD, 04.11.2004, 9327/24902, T.Harb İş D., Şubat 2005, s.74

¹⁷ 9.HD, 31.03.1986, 2492/3576, D.ULUCAN İncelemesi, İHU, İş K.md.17, No:20; E.AKYİĞİT, Şerh, s.824

¹⁸ HGK, 26.10.1983, E.1981/9-344, K.1983/1017, YKD, Nisan 1984, s.531

Gerçekten Yüksek Mahkeme, bu gibi hallerde işverenin fesih yetkisini “iyi niyetle ve dürüstlük kuralına” (MK.md.2) uygun olarak kullanıp kullanmadığını araştırmaktadır: Buna göre, uzun bir süredir işyerinde çalışan ve doğum yaptığı bilinen işçinin “iş sözleşmesinin doğum sonrası altı haftalık dinlenme süresinin bitimini izleyen iki gün üst üste gelmemiş olması nedeniyle feshedilmesi doğruluk kuralına aykırı” bulunmuştur¹⁹. Bunun gibi, “16 yıllık işçinin son bir ayda üç işgünü işe devam etmediği gerekçesiyle devamsızlık sebepleri araştırılmadan işine tazminatsız son verilmesi”²⁰, “15 yıl hizmeti olan işçinin daha önce devamsızlığı bulunmadığı halde raporlu geçen süre ile birlikte tedavi sürecindeki devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesinin feshi” haklı ve hakkaniyete uygun bulunmamıştır²¹. Aynı şekilde işçinin “karısının doğum yapması”²², “karısının hastaneye yatması”²³, “çocuğunun hastalanması” veya “hastalanan çocuğu için memleketine gidip onu hastaneye yatırması”²⁴, “birkaç gün annesinin tedavisiyle ilgilenmesi”²⁵, “felçli babasıyla ilgilenmesi”²⁶, “nişanlanması”²⁷ işçinin devamsızlığına haklı nedenler olarak gösterildiğinden işverenin feshi “haksız” sayılmıştır.

Buna karşılık, “af kanunu dolayısıyla tahliye edilen tutuklu işçinin uzun süre işe gelmemesi”²⁸, “karısını ve çocuklarını aramak için otuz-kırk gün işe gitmemesi”²⁹, “rapor tarihinin bitiminden itibaren haklı bir neden olmaksızın üst üste iki gün devamsızlıkta bulunması”³⁰, “vizite kağıdı aldığı halde doktora gitmemesi ve işyerine de gelmemesi”³¹, “işini aksattığı için uyarılan işçinin işi terk etmesi ve davet edildiği halde işe gelmeyip devamsızlıkta bulunması”³², “daha fazla

¹⁹ 9.HD, 05.03.1981, 645/3076, İHU, İş K. md.17 (No:14)-S.TAŞKENT İncelemesi

²⁰ 9.HD, 11.02.1991,10223/1478-Tekstil İşv. D. Ekim 1991,s.19

²¹ 9.HD, 12.06.2001, 53237/9957, Belediye-İş D., Ocak-Şubat 2002,s.26. “İşçinin hastalanması” ile ilgili aynı yönde bkz. 9.HD, 25.11.1994, 12175/16615, YKD, Haziran 1995, s.898; 9 HD, 27.02.2003, 15430/2576, Kamu-İş, Haziran -Temmuz 2003, s.6

²² 9.HD, 19.09.1989, 4180/7036, TÜHİS, Kasım 1989, s.20

²³ 9.HD,10.06.2003, 291/10513, Madenci, Ocak 2004, s.31; Belediye-İş D.,Ocak-Şubat 2004,s.23

²⁴ 9.HD, 25.02.1976, 5493/6895 ve 9.HD, 14.09.1987, 6643/7817, Tekstil İşv.D., Ocak 1988,s.17-18;9.HD,15.01.1997,17807/437,Tekstil İşv.D., Mayıs 1997, s.18; N.ÇELİK, s.194

²⁵ 9.HD, 20.03.1997, 22598/5558, Tekstil İşv.D., Haziran 1997, s.15

²⁶ 9.HD, 14.05.1982, 4239/4843, E.AKYİĞİT, Şerh, s.842

²⁷ 9.HD, 15.05.1989, 1334/4373, Tekstil İşv.D., Eylül 1989, s.16; 9.HD, 01.06.1989, 2381/5676, EGEMEN- TEMİZ, s.275

²⁸ 9.HD, 04.02.1976, 30776/4025, C.TUNCAY İncelemesi, İHU, 1976, İş K.md.17, No:3

²⁹ 9.HD, 23.05.1989, 2998/4726, YKD, Kasım 1989, s.1576

³⁰ 9.HD, 19.12.1995, 30176/35836, T.Maden-İş, s.53; aynı yolda 9.HD, 25.03.1997, 22670/ 5940, Tekstil İşv.D., Haziran 1997, A.E.ÖZKAN'ın İncelemesi, MESS Almanacağı 1997, s.381

³¹ 9.HD, 30.05.1994, 3480/7986, Tekstil İşv.D., Eylül-Ekim 1994, Kararlar Eki

³² 9.HD, 05.03.1997, 20865/4261, Tekstil İşv.D., Mayıs 1997 ve C.TUNCAY İncelemesi, MESS Almanacağı,s.197

ücret zammına ilişkin tartışma sonunda işi bırakıp giden işçinin bir daha işyerine gelmemesi³³, “üç gün işyerini terk ederek devamsızlık yaptıktan ve hakkında fesih tutanağı tutulduktan sonra yetkisiz bir kişiye telefon açarak evlenme izni isteyen işçinin mazereti³⁴, “sözleşmesi altı haftalık ihbar öneli bildirim ile feshedilen işçinin bildirim süresi (ihbar öneli) içinde izinsiz ve mazeretsiz üç gün işine gelmemesi³⁵, “işçinin izinsiz ve mazeretsiz iki gün üst üste işyerine gelmemesi³⁶, “kanunsuz iş bırakma eylemine katılan davacının hakkında açılan kamu davasında beraat etmesine rağmen iki gün süreyle çalışmaması³⁷, haklı nedenle devamsızlık sayılmamış, işverenin önelsiz ve tazminatsız feshi kabul görmüştür.

Nihayet, Yargıtay devamsızlığın “ispat yükünün” işverene ait olduğunu kararlaştırdığı gibi³⁸; işverenin tutanak, tanık ve işyeri kayıtları ile kanıtladığı devamsızlığın, sadece işçi tanıklarının beyanlarıyla yok sayılamayacağına hükmetmiştir³⁹.

2- İş Görme Borcunu Yerine Getirme (İfa) Yükümlülüğü

İşçi, düzenli olarak devam ettiği işyerinde yasada ve iş sözleşmesinde kararlaştırılan işini işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak “iyi niyetle” ve “dürüstlük” kurallarına uygun olarak (MK. md. 2) yerine getirmekle yükümlüdür. Aksi halde, “işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” (İş K. md. 25/II,h), işverene iş sözleşmesini “haklı sebeple” fesih hakkını verir.

Kanundaki “hatırlatma” sözcüğü “ihtar” (uyarı) anlamında kullanılmıştır. Bu nedenle işçinin iş görme borcu çerçevesinde işi yapmaması üzerine önce görevi kendisine ihtar edilir (uyarı verilir). Ancak, “işverenin hatırlatmasının ardından sadece bir kez görevi yapmama yeterli sayılmamalıdır. İşçinin görevi yapmama eylemi hatırlatmanın ardından da devamlılık arzetmelidir. İşçinin görev tanımının bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde açıkça öngörülmüş olması, işverenin hatırlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu

³³ 9.HD, 01.02.1999, 19602/1206, Çimento İşv.D., Mart 1999, s.30; 9.HD, 13.05.1998, 7407/8804, E.AKYIĞIT, Şerh, s.824

³⁴ 9.HD, 16.02.1999, 712/2343, YKD, Ağustos 1999, 1070

³⁵ 9.HD, 01.12.1994, 12046/17044, T.Maden-İş, s.54

³⁶ 9.HD,09.07.1997, 10853/14329, T.Maden-İş, s. 50; 9.HD, 27.12.2004, 28786/29697, ÇANKAYA/GÜNAY/ GÖKTAŞ, s.511

³⁷ 9.HD, 28.09.2004, 8546/20828,LEGAL-İHSGHD 2005/6, s.781

³⁸ 9.HD, 02.04.1992, 15678/3882, T.Maden-İş, s.58

³⁹ 9.HD, 06.05.1992, 96/5041, Tekstil İşv.D., Eylül-Ekim 1992, s.41; 9.HD, 02.12.1994, 12325/17134, Çimento İşv.D.,Ocak 1995, s.45

nedenle işçiye yapılacak hatırlatmada, işçiden yapması istenen görev açık biçimde bildirilmeli ve işin tamamlanmasına yetecek bir süre öngörülmalıdır.

Uygulamada Yargıtay, işlerine son verilen arkadaşları işe alınmaya kadar danışma müdürlüğü önünde toplanarak eylemlerini sürdüren işçilerin “noter” ve “mahkeme tespit tutanakları” ile ispat edilen davranışları; “yapmakla ödevli buldukları görevleri kendilerine hatırlatıldığı halde yapmama” olarak kararlaştırılmıştır⁴⁰. Bunun gibi, “işçiye ücretinin eksik ödenmesi iş görme borcunu yerine getirmesine engel olmayıp, isterse sözleşmeyi haklı olarak feshedebilir, isterse eksik ödenen ücreti dava yoluyla talep edebilir. Fakat bu durumda işçinin görevi hatırlatıldığı halde yapmaması, sözleşmenin işverence derhal feshini haklı kılar”⁴¹. Aynı şekilde, işe birçok kez “geç gelen” işçinin “son bir ay içinde 5 kez her sabah yarım saat geç gelmesi”, aynı nedenle işçiye görevini hatırlatan işverene önelsiz ve tazminatsız fesih hakkını vermiştir⁴².

Ekleyelim ki, bildirimde görevin hatırlatılması yeterli olup, sözleşmenin feshedileceği hususunun ayrıca bildirilmesi gerekmez”⁴³. Yapılan bildirim ve uyarılara (ihtara) rağmen, işçinin işini yapmaktan ısrar etmesi veya direnmesi üzerine işine önelsiz ve tazminatsız olarak haklı sebeple son verilir⁴⁴. İşçiye yapılan uyarıların “sözlü” ya da “yazılı” yapılması mümkündür. Ancak, bu konuda ispat yükü işverende olduğu için, çıkacak bir uyuşmazlıkta ispat kolaylığı sağlaması bakımından uyarının “yazılı” yapılması önemlidir. Yazılı “tutanak” yanında, “açık ve seçik tanık beyanlarıyla” da “işçinin yapmakla ödevli bulunduğu işleri uyarılara rağmen yapmadığı ve işleri aksattığı” ispatlanabilir⁴⁵.

Buna karşılık, işyerinde çok önceki bir tarihte yayınlanan genel mahiyetteki “tamim” Yargıtay’ca “hatırlatma” olarak kabul edilmiştir⁴⁶. Bunun gibi, işyerinde beş yıldır çalışan ve bu süre içinde verilen işi yapmamak veya aksatmak gibi bir davranışı tespit edilmemiş işçinin

⁴⁰ 9.HD, 21.01.1997, 21517/740, Çimento İşv.D., Mart 1997, s.34, E.KIZILRAY İncelemesi, MESS Almancağı 1997, s.413; Aynı yönde, 9.HD, 16.02.2000, 2154/1674, TÜHİS, Kasım 2000 – Şubat 2001, s.57

⁴¹ 9.HD, 19.01.1998, 57/149, Tekstil İşv.D., Mart-Nisan 1998, s.16

⁴² 9.HD, 08.03.2000, 109/2876, TÜHİS, Kasım 2000 – Şubat 2001, s.59

⁴³ 9.HD, 22.04.2008, 16412/9973, Toprak İşv. Eylül 2008, S.79, s.22

⁴⁴ Buna karşılık, “uyarı yapılırken hakaret edilerek işçinin işyerinden kovulması olayında iş akdinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğinin kabulü gerekir”: Aynı karar, Toprak İşv. Eylül 2008, s.22

⁴⁵ 9.HD, 30.04.1993, 11655/7375, Tekstil İşv.D., Mart-Nisan 1994, s.18

⁴⁶ 9.HD, 04.11.1999, 13788/16728, GÜNAY, Şerhli İş Kanunu, C.I-II, Ankara, 1998 s.1860

kendisine “ek olarak verilen işi bazı kayıtlar öne sürerek yapmaması”, yapmakla görevli bulunduğu işi yapmamak olarak yorumlanmamıştır⁴⁷.

3- İşçinin İşini Özenle Yapma ve İşyeri Araç-Gerecini Koruma Borcu

Borçlar kanununa göre, “işçi taahhüt ettiği işi ihtimam ile ifaya mecburdur” (BK md.321/1). Öyleyse işçinin işini yaparken göstermesi gereken dikkat ve özen (ihtimam) borcu, iş görme borcunun önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Gerçi bu özenin derecesi iş sözleşmesiyle de belirlenebilir. Ancak bu konuda sözleşmede bir hüküm yoksa, işçinin o iş için gerekli olan işverenin bilgisi dahilindeki eğitim ve bilgi derecesi, mesleki vukufu (kavrayışı, anlayışı), deneyimi, kabiliyeti, istidat (eğilim) ve evsafı (nitelikleri) göz önüne alınarak değerlendirilir (BK md.321/2). Bu nedenle, iş sözleşmesinden doğan işçinin özen borcunun belirlenmesinde, işverence bilinen veya bilinmesi gereken işçinin mesleki bilgisi, ehliyeti ve nitelikleri etkili olmaktadır. Sözleşme yapılırken işveren, işçinin işe uygun olup olmadığını, belirlediği özelliklere işçinin uyup uymadığını, baştan dikkate almak zorundadır. İşçi de işini belirlenen niteliklerine uygun olarak ifa etmek zorundadır; aksi halde, işçi özen borcuna aykırı davranmış olur. Öyle ki, işçi kendisi “işveren” olsaydı o işi nasıl yapacak idiyse, işine o derece özen göstermek zorundadır. Bu nedenle uygulamada bir Yargıtay kararında, “güvenlik görevlisi” işçinin günlük saat kurmalarını yaptıktan sonra bir sonraki saat kurmaya kadar bekçi kulübesinde bulunmayıp “personel odasında televizyon seyretmesi” ve böylece kısa süreli de olsa görev yerinden ayrılması nedeniyle iş sözleşmesinin tazminatsız feshi, “haklı sebeple fesih” sayılmıştır⁴⁸.

Bundan başka, işçi iş sözleşmesinden doğan edimleri ifa sırasında işverene ve işyerine de zarar verici davranışlardan sakınmalı; işverene ait bina, eşya, araç ve gereçleri, işin yürütümü amacıyla kendisine bırakılan malzemeyi özenle kullanmalı ve bunları her hangi tehlikeye karşı koruma amacıyla her türlü önlemi almalıdır⁴⁹. Bu mallar sadece işverene ait olan mallar olmak zorunda değildir. Aynı zamanda işverenin ilişki içinde olduğu mülkiyeti 3. kişilere ait (zilyedi altındaki) mallara karşı da aynı özen borcunu göstermelidir. Bu

⁴⁷ 9.HD, 17.02.1982, 167/1713, P.SOYER İncelemesi, İHU, İş K.md.17, No:17

⁴⁸ 9.HD, 08.12.2003, 19608/20354-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.84, dn.129; Aynı yönde görüş için bkz: GUERY, Gabriel; Pratique du Droit du Travail, 11. bası, Paris 2003, s.140. Benzer husus Fransız yazarca “occuper l’emploi prévu a la date convenue” şeklinde belirtilmiştir. Bu ifade aynı zamanda işçinin kararlaştırılmış tarihte işe başlamakla yükümlü olduğunu da belirtmektedir.

⁴⁹ SÜZEK, s.291; DEMİR, s.68; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim:,s.96;

korumaya işçinin çalışırken gereksiz masraflardan ve israftan kaçınması da dahildir. Üstelik, kendi işi ile ilgili olmasa bile, her işçi işini ifa ederken çalışma çevresinde öğrendiği veya gördüğü zarar verici muhtemel tehlike ve arızaları da işverene bildirmekle yükümlüdür⁵⁰. Duyduğu veya gördüğü bir elektrik kontağı kıvılcımı veya devamlı su sızdıran bir tesisat işçinin kendi işiyle ilgili olmasa bile işverene bildirilmek zorundadır. İşçinin, bu yükümlülüğü işinin niteliği ile orantılı olarak artabilir veya azalabilir. Örneğin bu bildirim yükü, mevcut tehlike ve arızaları emniyet veya itfaiye gibi ilgili kurumlara bildirme yükümlülüğünü de kapsar. İşçinin işe gelmediği durumlarda da bu yükümlülüğü devam eder. Çünkü burada amaç iş ilişkisinin devamı süresince, işverenin tehlike, arıza durumları karşısında gerekli önlemleri almasının sağlanmasıdır. Bu nedenle, işçi sadece işveren tarafından sorulduğu zaman değil, aynı zamanda işçi tarafından bilinen veya bilinmesi gereken haller ile işyerinde çalışan diğer işçiler için önem arz eden durumlarda da işverene bildirim yükümlülüğü altındadır.

İşte, işçinin sadakat borcundan kaynaklanan bütün bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi, kanuni deyimiyle “işçinin kendi isteği (kastı) veya savsaması (ihmalî, kusuru) yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri ve tesisatı (araç ve gereci) veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba (zarara) uğratması” halinde (İş K.md.25/II,i), işveren işçinin iş sözleşmesini derhal ve herhangi bir tazminata gerek olmaksızın feshedebilir (1475 s. İş K. md. 14). Üstelik, genel hükümlere göre işveren, uğradığı zararı da işçiye tazmin ettirebilir (BK md.45-46-321/2).

Uygulamada Yargıtay kararları da bu yoldadır. Nitekim bir Yargıtay kararında, “deneyimli bir işçinin ürettiği malda dikkatsizlik eseri yol açtığı zarar malın iadesi sonucunu doğurmuşsa”, işverenin sözleşmeyi “haklı nedenle” derhal ve tazminatsız feshedebileceği kararaştırılmıştır⁵¹. Bunun gibi “önüne gelen malların hiçbirini denetimden geçirmeden boyahaneye sevk eden işçinin”, verdiği zarar nedeniyle işten tazminatsız çıkarılmasında işveren haklı görülmüştür⁵². İşverenin güvenini kötüye kullanmak suretiyle büyük ölçüde zarara uğratmak da “haklı fesih sebebi” sayılmıştır⁵³. Ancak “doğan zararın on (şimdi otuz) günlük ücret tutarı ile ödenemeyeceğinin ispat yükümlülüğü” işverene

⁵⁰ TUNCAY, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, s.1053; NARMANLIOĞLU, s. 206 ÇELİK, s.124 ; DEMİR, ,s.68

⁵¹ 9.HD, 10.05.1993, 13356/7960, Tekstil İşv.D., Ekim 1993

⁵² 9.HD, 27.01.1997, 17797/1212, İ.GÜNAY, İş Kanunu 1, md.14, s.731-732; Aynı yolda, 9.HD, 15.09.1999,11388/13234, TÜHİS, Kasım 1999-Şubat 2000, s.70

⁵³ 9.HD, 17.06.2004, 15084/15145-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ,s.84-85,dn.130

düşer⁵⁴. Bunun için, öncelikle somut olayda işçinin sorumlu tutulup tutulamayacağı, daha sonra “sorumlu” ise olaydaki “kusur oranı” ile “meydana gelen zararın on (şimdi otuz) günlük ücret tutarından fazla olup olmadığı”⁵⁵, otuz günlük zararın miktarı gerekirse “mahallinde uzman bilirkişi marifetiyle keşif yapılarak” araştırılmalıdır⁵⁶. Bu nedenle, zarar miktarının hesabında “tanık” sözleriyle değil, “uzman bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılıp rapor alındıktan ve değerlendirme yapıldıktan sonra sonuca göre karar verilmelidir”⁵⁷. Ayrıca taraflar, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile zarar miktarını “35-40 günlük daha yüksek bir ücret miktarına çıkarabilecekleri” gibi; “işçinin bunu ödemeyi taahhüt etmesi ve sendikanın buna kefil olması” halinde, “işçinin ağır ihmal ve bağışlanmaz kusurunun bulunmaması” şartıyla, işverenin derhal fesih hakkını da kaldırabilirler⁵⁸.

Buna karşılık işçi işini yaparken her türlü özeni göstermesine rağmen, meydana gelen zarar işçinin ihmalkar davranışından veya dikkatsizliğinden kaynaklanmış olmayabilir. İşveren, işçinin “mesleki bilgi derecesi” ile “istidat” ve “evsafını” bildiği halde onu hiç anlamadığı yeni bir işe vermiş olabilir. Bunun sonucu, meydana gelen zarar “acemilikten” kaynaklanmış ise işveren “haklı sebeple” fesih hakkını kullanamaz. Üstelik, işçinin işini savsakladığı (ihmal ettiği) yolundaki iddianın da “ispat yükü” işverene aittir.

Nitekim, uygulamada Yargıtay bir kararında, “işçinin mağaza içinde kendisinin baktığı reyonda teybin kaybolması” nedeniyle, “açıkça görevini savsakladığını ispat edemediğinden” işverenin ihbarsız ve tazminatsız sözleşme feshini haksız bulmuştur⁵⁹. Bunun gibi Yargıtay, işçinin kendisine verilen “işte ehil olmamasından doğan zarardan sorumlu tutularak hizmet (iş) sözleşmesinin tazminatsız feshi yoluna gidilmesinin” isabetli olamayacağına karar vermiştir⁶⁰. Aynı şekilde, “görevi olmadığı halde arızayı giderirken zarara sebep olan işçinin hizmet akdinin derhal feshinde ihmalin büyük bir bölümünün işverende olması nedeniyle” isabetli bulunmamış; işverenin tazminatsız

⁵⁴ 9.HD, 22.12.1986, 10336/11452, Çimento İşv.D., Mart-Nisan 1998, s.16; 9.HD, 25.01.1999, 18896/248, GÜNAY, İş Kanunu II, s.1907

⁵⁵ 9.HD, 02.12.1999, 16138/18295 ve 9.HD, 26.01.2000, 18378/382, GÜNAY, İş Kanunu II, s.1895-1899

⁵⁶ 9.HD,30.12.2004, 20194/30074-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ,s.526

⁵⁷ 9.HD, 07.07.1997, 10289/13491; 9.HD, 26.01.1988, 20368/528; 9.HD, 26.01.1998, 20372/532; 9.HD,30.12.1999,18058/20472, GÜNAY, İş Kanunu II, s.1898, 1899, 1913-1915

⁵⁸ 9.HD, 11.09.1991, 6724/11946, Tekstil İşv.D., Kasım 1991, s.15-16; N.ÇELİK, s.200

⁵⁹ 9.HD, 27.05.1987, 4904/5324, YKD, Mayıs 1988, 647-648; Aynı görüşte 9.HD, 17.01.1996, 24526/186, Tekstil İşv.D., Mayıs 1996, s.14-15

⁶⁰ 9.HD, 11.11.1986, 8794/10063, Çimento İşv.D., Ocak 1987, s.33; 9.HD, 06.10.1992, 3068/10904, Tekstil İşv.D., Ocak-Şubat 1993, s.42; N.ÇELİK, s.201

feshi haksız sayılmıştır⁶¹. Üstelik “25 yıl bankaya sadakatle hizmet eden işçinin belli bir oranın üstünde provizyonsuz olarak kural dışı yaptığı ödemededen sonra, paranın tahsili için gösterdiği çaba göz önünde tutularak” işverenin tazminatsız feshi kabul edilmemiştir⁶².

4- Fazla Mesai Yapma Yükümlülüğü

Zorunlu ve acil durumlarda işveren işçisinden işyerini zararlardan korumak , kurtarmak , zararı savuşturmak yada azaltmak maksadıyla yüklendiği iş dışında başka işler yapması, Bir aşka deyişle “fazla çalışma” yapması beklenebilir⁶³. Bu durum İşK. m.42 de “gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde, yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir” şeklinde yer almış bu düzenleme karşısında, işçinin bu isteği geri çevirme hakkı olmamalıdır. Bununla birlikte işçiden dürüstlük kuralına aykırı şekilde hayatını tehlikeye atması da beklenemez. 4857 sayılı yeni İş Kanunu 42. maddesinde 1475 sayılı eski İş Kanununun 36. maddesine ek olarak, bu “zorunlu sebeplerle” fazla çalışmaya ilişkin düzenlemede çalışma süresinin sınırsız olmaması için işçiye uygun bir dinlenme süresi verilmesini de gerektirmektedir. Ayrıca ve İşK. m.41 de düzenlenmiş fazla süreli ve fazla çalışma bakımından ücret ödenmesi kabul edilmiştir.

Bunun gibi, “olağanüstü” hallerde yapılan fazla çalışmalar da “halı bir sebep” olmadan işçinin reddedemeyeceği çalışmalar arasındadır. Bu çalışmalar, “seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde” (md.43), “3780 sayılı Milli Korunma Kanununun 19.maddesine dayanılarak” ve “Olağanüstü Hal Kanununun 8.ve 10.maddelerine göre” ancak Bakanlar Kurulu kararıyla yaptırılacak fazla çalışmalardır⁶⁴. Gerçi, Kanunda fazla çalıştırma yetkisi “yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerleriyle” sınırlı tutulmuştur. Ancak bunu, sadece “savunma sanayi ile ilgili mal ve hizmet üreten işyerleri” olarak anlamamak; mevcut şartlara göre, yurt savunmasının ihtiyaç hissettirdiği mal ve hizmet üreten “kamu” veya “özel” tüm işyerleri olarak değerlendirmek gerekir⁶⁵. Ancak, burada da çalışma süresinin sınırsız olmaması, işçiye

⁶¹ 9.HD, 19.09.1989, 4230/7045, Tekstil İşv.D., Mart 1990, s.16; N.ÇELİK, s.201

⁶² 9.HD, 29.05.1985, 3450/5968, Tekstil İşv.D., Mart 1986, s.16-17; Benzer olayda aksi yönde bir karar için Bkz.:9.HD,05.12.1994,13192/17177,Çimento İşv.D,Ocak 1995,s.45

⁶³ TUNCAY, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, s.1052, NARMANLIOĞLU, s.206 ÇELİK, s.124 ; DEMİR, ,s.68

⁶⁴ Krş.:N.ÇELİK, s.259

⁶⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 2. B.,Ankara, 2005, s.702

uygun bir dinlenme süresinin verilmesi ve ayrıca İşK. m.41 de düzenlenmiş fazla süreli ve fazla çalışma bakımından ücret ödenmesi gerekmektedir.

Buna karşılık, "ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle" yapılan "olağan" fazla çalışmalar (md.41/1) farklı bir nitelik arz etmektedir. Genel olarak işyerlerinde siparişleri zamanında yetiştirmek için yapılan fazla çalışmalar bunun örneğidir. Ancak, bu tür bir fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma yapması istenen işçiden "yazılı onayının" alınması şarttır (İş K.md.41/7). Bireysel veya toplu iş sözleşmesine konulacak bir hükümle "önceden alınması" mümkün olan bu onay, "her yıl başında yazılı olarak" yenilenmek ve "işçinin özlük dosyasında saklanmak" zorunludur(Yön.md. md.5)⁶⁶. İşçiden "önceden alınan" bu onay, fazla çalışmanın "para olarak ödenmesi" veya "serbest zaman olarak kullanılması" (İş K. md.41/4) yolundaki "işçi isteğini" de içerebileceği gibi, "yoğunlaştırılmış" ve "denkleştirilmiş" iş haftalarında aranan " tarafların anlaşmasını" (İş K. md. 63/2) da içerebilir. Öyleyse işçinin "onayı" olmadıkça işverenin işçisine fazla çalışma yaptırması mümkün olmadığı gibi, "işçinin isteğine aykırı" olarak fazla çalışmayı "serbest zaman" olarak kullandırması da mümkün değildir.

Uygulamada Yargıtay kararlarına göre, fazla çalışmaya "onay" vermediği ve çalışmadığı veya fazla çalışmayı serbest zaman olarak kullanmadığı için işten çıkarılan işçi, "geçerli sebeple" işten çıkarılmış sayılmaz ve işveren bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalır⁶⁷. Üstelik, "1475 sayılı yasa zamanında bir kez alınma ile yeterli görülen fazla çalışmaya muvafakat onayı, 4857 sayılı yasa ile ilgili Yönetmelik gereği her yıl alınması öngörüldüğünden artık geçerli değildir"⁶⁸. Buna karşılık, "fazla çalışma" konusunda işçiye tanınan "onay" hakkının "objektif iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılması" (MK.md.2); işçinin "haklı bir nedeni" olmadan fazla çalışmaya kalmama hakkını kullanmasının "işvereni zarara uğratmaması" gerekir. Aksi halde, işçinin işe girmeden önce veya sonra onay verdiği halde "haklı bir sebebe" dayanmadan "fazla çalışmaya" kalmaması veya fazla

⁶⁶ İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği, RG. 06.04.2004-25425; 9. HD, 23.12.2004, 17276/29157 ve 02.03.2005, 27418/6716-ÇANKAYA/ GÜNAY/ GÖKTAŞ,s.521,522

⁶⁷ Krş.9.HD, 05.06.1980, 6852/6755, M.EKONOMİ İncelemesi, İHU, İş K.md.17, No:12. Ayrıca, "fazla mesai ücretleri ödenmeyen işçinin yapılacak olan fazla mesaiye kalma zorunluluğu bulunmadığından", iş sözleşmesinin feshi "geçersiz" sayılmıştır. 9.HD, 10.11.2003, 18858/19033-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 435

⁶⁸ 9.HD, 23.12.2004, 17276/29157-AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR,Uygulamada İş Güvencesi, LEGAL, İstanbul, 2005, s.81-83.Aynı yönde 9.HD, 02.03.2005, 27418/6716-ÇANKAYA/GÜNAY/ GÖKTAŞ, s.521

çalışma karşılığını karşılıklı anlaşıldığı halde “serbest zaman” olarak kullanmaması, “işverenin uğradığı zarara” (örneğin işçinin 30 günlük ücretini aşmayan veya aşan zarara) paralel olarak iş sözleşmesinin “geçerli sebeple” tazminatlı veya “haklı sebeple” tazminatsız feshine neden olabilir⁶⁹. Nitekim, Yargıtay’a göre “1475 sayılı yasa döneminde alınan fazla çalışma muvafakati gereği 4857 sayılı yasaya göre her yıl alınması gereken muvafakat onayını vermeyen ve fazla çalışma yapmayan işçinin iş sözleşmesi geçerli sebeple feshedilebilir”⁷⁰.

5- İşini Usulüne Uygun Bırakma Borcu

İş sözleşmesinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, işçi öncelikle iş dolayısıyla kendisine verilmiş işyerine ait eşyayı işverene iade etmek zorundadır. Bu anlamda işçinin, işe başlarken kendisine verilmiş işverene ait malzeme, araç ve gereçleri, iş elbiselerini, belgeleri, kartları, evrakları, vs. yi işverene teslim etmesi gerekmektedir. Üstelik, işverene ait bu eşya ve malzemelerin işçinin üzerine zimmetli olması şartı da yoktur. İşçi, zilyetliğinde bulunan işverene ait her türlü eşya ve malzemeyi geri vermek zorundadır. Ancak işin görülmesi sırasında tüketilmiş olan hammadde doğal olarak bu kapsamın dışındadır.

Günümüzde zaman zaman karşılaşılan ve doktrinde “işçi ayartmaları” şeklinde karşılaşılan⁷¹ işçi davranışları da sadakat borcuna aykırılığın diğer bir türünü teşkil eder. Buna göre işçi, işini kanuna aykırı bir şekilde bırakmakta ve yeni bir işveren yanında çalışmaya başlamaktadır. Halbuki, belirli süreli iş sözleşmelerinde işçi, sözleşmede belirlenen sürenin sonuna kadar çalışmak zorundadır. Belirsiz süreli sözleşmede ise, işverene bildirilen feshi ihbar öneleri süresinin sonuna kadar çalışmak zorundadır⁷². İşte, sadakat borcuna aykırı olarak belirli süreli iş sözleşmelerinde sürenin bitiminden önce, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ise feshi ihbar önelerine uymaksızın işini terk ederek başka bir işveren yanında çalışmaya başlayan işçi, eski işverenin bu yüzden uğradığı zararlardan yeni işvereni ile “birlikte sorumlu” tutulmuştur⁷³.

Ancak, yeni işverenin “birlikte sorumluluğa” dahil edilebilmesi için⁷⁴; “1) işçinin bu davranışına, yeni işine girdiği işverenin sebep

⁶⁹ Krş. N.ÇELİK, s.259; M.EKONOMİ, I, s.305; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.169

⁷⁰ İzmir 3. İş Mahkemesinin 14.07.2004 g. ve 319/641 s. kararını onayan 9.HD, 29.12.2004, 24975/29833-AKI/ ALTINTAŞ/ BAĞÇIVANCILAR, s.86

⁷¹ SAYMEN, F.H: Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954,s.466; ÇELİK, s.212; NARMANLIOĞLU, I, s.398

⁷² GUERY, Gabriel; Pratique du Droit du Travail, 11. bası, Paris 2003, s.140

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz: ODAMAN,S.-TUTUCU,A.: İş Kanununun 15. Maddesi Uyarınca İşyerini Terk Eden İşçiyi Çalıştıran Yeni İşverenin Sorumluluğunun Koşulları ve Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Armağan, Cilt 2, İstanbul 2001,s.1385-1414

⁷⁴ ÇELİK, s.252; DEMİR, ,s.68

olması; 2) yeni işverenin, işçinin bu davranışını bile bile onu işe alması; 3) yeni işverenin, işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam etmesi” gerekmektedir (İş K.md.23). Bu koşullar gerçekleşmemiş ise, doğan zararlardan sadece işçi sorumlu tutulacaktır. Bu koşulların gerçekleşmesi halinde ise, işçinin eski işverene karşı zararlardan doğan sorumluluğu, yeni işvereni ile “birlikte (müteselsil) sorumluluğa” dönüşmektedir⁷⁵.

Uygulamada da eski işverenin işçi ile yeni işverenden sadece birine başvurarak “ihbar tazminatı” ile bunu aşan miktardaki “maddi” ve “manevi” zararı tazmin ettirebileceği kabul edildiği gibi, bunların her ikisine birden başvurarak da zararın giderilmesini isteyebileceği kabul edilmiştir⁷⁶. Öyleyse herhangi bir zarar görmese bile eski işveren kanunî “ihbar tazminatı” hakkını “birlikte sorumluluk” ilkesi gereği hem işçiden hem de yeni işverenden talep edebilecektir. “Maddi” ve “manevi” tazminat talebi için ise zararın “ihbar tazminatı” miktarını aşması gerekmektedir. Gerçi, Kanunda daha önce öngörülen “zarar” sözcüğü kaldırılmıştır. Ancak, “maddi” ve manevi” tazminat için “ihbar tazminatını” aşan bir zararın mevcudiyeti koşulu devam etmektedir(BK. Md. 46.47). Bu nedenle, Kanunun öngördüğü “birlikte sorumluluk” ilkesi, sadece “ihbar tazminatı” hakkını değil, hukuki niteliği itibarıyla “gerçekleşen zararların tümünün tazmini” hakkını ifade eder. Yeter ki “maddi” veya “manevi” anlamda gerçekleşmesi şart olan eski işverenin uğradığı “ihbar tazminatını” aşan zararlar, kendisi tarafından “ispat edilmiş” olsun⁷⁷...

Buna karşılık, işçi ile işverenin karşılıklı anlaşarak veya işçinin önceden bildirdiği feshi ihbar önellerine uygun olarak (İş K. md.17/2) iş sözleşmesini feshetmesi halinde, işçinin ve yeni işverenin herhangi bir sorumluluk altına girmeyeceği açıktır. Bunun gibi, işçi veya işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple derhal feshettiği haller (İş K.md.24,25), işverenin “geçerli sebeple” feshi ihbar önelli veya ihbar önellerine tekabül eden ücreti (ihbar tazminatını) peşin ödeyerek feshettiği hallerde de (İş K. md.17/2,5;18) işçinin ve yeni işverenin böyle bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

B. OLUMSUZ DAVRANIŞLARDAN KAÇINMA BORCU

Bu davranışlar, işçinin işvereni veya işletmeyi zarara uğratabilecek edimlerden kaçınmasına yönelik “yapmama borcu niteliğindeki”

⁷⁵ TUNCAY, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, s.1056

⁷⁶ 9.HD, 08.20.1992, 3428/10990, T.Maden-İş, s.39

⁷⁷ 9.HD, 30.07.1969, 4969/8082, N.ÇELİK, s.213; 9.HD, 18.12.1997, 17290/21811, GÜNAY, İş Kanunu 1, m.15, s.956

davranışlarıdır. Bu olumsuz davranışlar, yasada belirtildiği gibi, iş sözleşmelerinde de yer alabilir.

Aşağıda kanunlarda ve uygulamaya yansıyan Yargıtay kararlarında sıkça karşılaşılan işçinin yapmama borcunun konusunu oluşturan olumsuz davranışlara yer verilmiştir.

1- İş Düzenini Bozmama Yükümlülüğü

Olumsuz davranışlardan kaçınma borcunun ilki, iş düzenini boz-mama yükümlülüğü şeklinde kendini gösterir. İşyerinde, iş görme edimini yerine getiren işçi, işin yürütümünü aksatacak işyerinde düzeni ve huzuru bozacak davranışlardan kaçınmalıdır⁷⁸. Bu yükümlülük, sadece iş süreleri içinde değil, iş süreleri dışında da işçiyi takip eder. İşçi, iş süreleri içinde de iş süreleri dışında da yine işverene ve işyerine zarar verici davranışlardan kaçınmak zorundadır. Özellikle İş Kanununda sayılan “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” (İş K.md.25/II), sadakat borcuna ve iş düzenine uymayan işçilerin derhal (önelsiz) ve tazminatsız işten çıkarılmaları için yeterli olumsuz davranışları arasında belirtilmiştir: “İşçinin, işverenin veya bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması” veya onlara ya da işverenin “başka işçisine satması”, “sövmesi”, “kavga etmesi”, “cinsel tacizde bulunması”, “işverenin güvenini kötüye kullanması, gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması”, hep bu türlü davranışlar arasında sayılmıştır. Doktrinde buna “işçinin işyerinde çalışan diğer işçileri haksız kışkırtması”⁷⁹ ile “işveren veya işveren vekilleri aleyhine yalancı şahitlik yapmak” ve “asılsız mazeretler ileri sürerek izin almak”⁸⁰, “işverenin itibar ve kredisini düşürücü hareketlerde bulunmak” ve “ işi bırakıp gazete okumak”, “rüşvet ya da normal aşan hediye veya bahşiş almak” gibi davranışlar da ilave edilmektedir⁸¹. Ayrıca Yargı kararlarında da sıkça karşılaştığımız “işçinin iş saatlerinden sonra işyerinde uygunsuz yakalanması” ve “iş saatleri sonrasında işyerinde işçinin alem yapması” gibi davranışlar da buna örnek gösterilebilir.

Uygulamada Yargıtay kararları, olumsuz davranışlardan kaçınmayarak işverene karşı sadakat borcunu ihlal eden işçilerin bol miktarda örnekleriyle doludur. Bunlardan “işçinin, işverenin veya bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf

⁷⁸ GUERY, Gabriel; Pratique du Droit du Travail, 11. bası, Paris 2003s. 140

⁷⁹ DEMİRCİOĞLU-CENTEL, s.88

⁸⁰ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ,s.75

⁸¹ N.ÇELİK, s.105-107

etmesi yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması” ile ilgili olanlara örnek olarak şunlar sayılabilir: “İşçinin bakanlığa şikayet mektubu göndererek işyerinde “yolsuzluk” ve “suistimaller” yapıldığı iddiasıyla işvereni küçük düşürücü, asılsız, kanıtlanamaz isnatlarda bulunması⁸², çalıştığı “işyeri müdürü” ile “nöbetçi amiri” hakkında gerçeğe aykırı şekilde “gazeteye beyanat vermesi”⁸³, işçinin “personel müdürüne veya bölüm şefine hakaret etmesi”⁸⁴, amirine hitaben telefonda “iki yüzlü”, “yalancı” ve “şerefsiz” gibi sözler sarfetmesi⁸⁵, işçinin işveren belediyeyi suçlayarak “işçi haklarının gasp edildiğini” iddia etmesi⁸⁶, işverene haklı sebeple hizmet sözleşmesini derhal (tazminatsız) fesih hakkını vermiştir⁸⁷.

İşverenin güvenini kötüye kullanarak doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan sadakat borcunu ihlal edici davranışlar arasında ise şu kararlara rastlanmaktadır: “İşyerine ait parayı yapılan tebligata rağmen işverene ödememek”⁸⁸; “askeri işyerinde içeriye yabancı olarak tesisin güvenliğini bozmak”⁸⁹; “düzenlediği makbuzda tahrifat yapmak”⁹⁰; “gerçeğe aykırı fatura kesmek”⁹¹; “iş yeri hekimince bir başka işçinin sağlık karnesine ilaç yazmak”⁹², “işverenin izni olmadan işyerine ait kalıp tahtalarını eve götürmek”⁹³ “imza taklidi ile vizite kağıdı düzenlemek”⁹⁴; “işyerinde uyumak”⁹⁵; “bekçinin görev yerinden bir saat

⁸² 9.HD, 08.04.1988, 2513/3945, YKD, Aralık 1988, s.1661

⁸³ 9.HD, 02.05.1989, 2074/4174, YKD, Mart 1990, s.377

⁸⁴ 9.HD, 15.12.1994, 13783/17960, TÜHİS, Şubat 1995, s.67; 9.HD, 04.03.1999, 1866/4119, Tekstil İşv.D., Mayıs 1999, s.19

⁸⁵ 9.HD,26.10.2004,1537/24181-AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR,s.103;LEGAL-İHSGHD 005/6, s.765

⁸⁶ 9.HD, 31.03.1998, 3213/6233, YKD, Nisan 1999, s.485

⁸⁷ Bununla birlikte, SSK’na yaptığı müracaat sonucu bazı yıllara ait prim ödeme gün sayısının eksik gözükmeye üzerine yaptığı şikayet sonrası iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçinin “şikayeti asılsız” kabul edilmemiş; üstelik şikayet sonrası yapılan denetimde prim ödeme gün sayısının tam olarak bildirilmiş olduğunun tespiti sonuca etkili sayılmamıştır: 9.HD, 16.11.1999, 14573/17495, GÜNAY, İş Kanunu I, s.1614

⁸⁸ 9.HD, 28.02.1974, 5871/4298, N.ÇELİK, 3s.106

⁸⁹ 9.HD, 26.03.1974, 8772/5966, N.ÇELİK, s.107

⁹⁰ 9.HD, 27.11.1972, 14317/31230, N.ÇELİK, s.107

⁹¹ 9.HD, 06.05.1993, 13032/7883, YKD, Eylül 1993, s.1351

⁹² 9HD,12.02.2002,17326/2672, Tekstil İşv. Kasım 2002,s.36

⁹³ 9HD, 23.01.2002, 16403/636, Tekstil İşv. Kasım 2002, s.39

⁹⁴ 9.HD, 08.05.1996, 35937/9834, Tekstil İşv.D., Ağustos 1996, s.16-17

⁹⁵ 9.HD, 24.04.1992, 17320/4704, Gıda İşv.D., Ocak-Şubat 1993, s.11; S.SÜZEK, Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s.56; “uyumanın” işin güvenliğini tehlikeye düşürmesini arayan HGK, 01.03.1989, E.1989/9-908, K.1989/109, Tekstil İşv.D., Mart 1990, s.21; “gece vardiyasında diğer arkadaşı ile birlikte kanepede uyurken yakalanan davacının iş sözleşmesinin feshinin, geçerli sebebe dayandığı ” yolunda bkz: 9.HD, 02.03.2005, 2209/6706-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.492

kadar ayrılması sırasında levhaların çalınması”⁹⁶, “bankada müşterinin hesabından virman yoluyla kendi hesabına para geçirip üç gün bu parayı kullanmak”⁹⁷; “zarar doğmamış olsa bile usul ve yetki dışı işlemler ile bankayı riske sokmak”⁹⁸; “kendi ürettiği aygıtları işyerinde üretilmiş aygıtlar olarak gösterip pazarlamak”⁹⁹; “işverenin bilgisi dışında aynı işkolunda faaliyette bulunan başka bir firmanın klima tesislerinin montaj işini yapmak”¹⁰⁰; “raporlu olduğu sürede başka bir işyerinde çalışmak”¹⁰¹; “mesai saatleri dışında da olsa işverenin izni olmadan kendi nam ve hesabına iş yapmak”¹⁰²; “bankada çalıştığı halde banka ile iş ilişkisi bulunan kişi ile birlikte ticari iş yapmak”¹⁰³, “sigorta şirketinde teknik servis şefi olarak çalışırken kendi aracında ve annesinin aracında gerçeğe aykırı hasarsızlık indirimi yapmak”¹⁰⁴, “TEDAŞ’ta sayaç okuma-endeks işçisi olarak çalışırken kendisinin ve babasının kullandığı elektrik sayaçlarına yerleştirdiği film şeridi parçacıkları ile kaçak elektrik kullanmak”¹⁰⁵ sadakat borcunun ihlaline örnek kararlardan bazılarıdır¹⁰⁶.

Ekleyelim ki, işçi kendisine gelen hediyeleri rüşvet¹⁰⁷ kapsamına girmemesi şartıyla işverene iade etmeyebilir. Buna karşılık işçi, bu kapsamı aşan hediyeler ve üçüncü kişilerden, müşterilerden aldığı eşya, araç-gereç belge, para ve üretilen malları işverene iade etmekle yükümlüdür. Nitekim, Yargıtay “işverene verilmek üzere aldığı hediye paketini arkadaşlarıyla paylaşan” işçinin bu davranışını sadakat borcunun ihlali olara değerlendirilmiş ve sözleşmenin “haklı sebeple” feshedilmesini kararlaştırmıştır¹⁰⁸.

Nihayet, işverenin “başka işçisine sataşması”, “sövmesi”, “kavga etmesi”, “cinsel tacizde bulunması” ile ilgili Yargıtay kararları arasında

⁹⁶ 9.HD, 15.03.2004, 16002/5072, Tekstil İşv. Haziran 2004, s.37

⁹⁷ 9.HD, 17.10.1995, 21148/31699, YKD, Ocak 1996, s.33-34

⁹⁸ 9.HD, 15.02.1988, 12134/1179, YKD, Kasım 1988, s.1523

⁹⁹ 9.HD, 18.04.1989, 419/3569, YKD, Ekim 1989, s.1420

¹⁰⁰ 9.HD, 11.09.1990, 10229/10393, TÜHİS, Şubat 1991, s.8

¹⁰¹ 9.HD, 29.04.1991, 14468/7693, İşv.D., Kasım 1991, s.20; 9.HD, 13.05.1991, 5888/6405, Tekstil İşv.D., Temmuz 1991, s.20; HGK, 29.05.1991, E.1991/9-223, K. 1991/315, İşv.D., Temmuz 1992, s.17

¹⁰² 9.HD, 23.05.1995, 17362/5886, Tekstil İşv.D., Eylül 1995, Karar Eki; Aynı görüş, HGK, 18.10.1995, E.1995/9-670, K.1995/813, Tekstil İşv.D., Ocak 1996, s.15

¹⁰³ 9.HD, 26.05.1997, 4847/9797, YKD, Şubat 1998, s.213

¹⁰⁴ 9.HD, 10.05.2001, 4092/8218, İşveren D., Ağustos 2001, s.18

¹⁰⁵ 9.HD, 30.12.2004, 24989/30011-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.574

¹⁰⁶ N.ÇELİK, s.107-108

¹⁰⁷ SÜZEK, s.291; 9.HD., 1.12.1994, E.1994/16908, K.1994/17076 (Corpus Mevzuat Programı); DEMİR, s.68

¹⁰⁸ 9.HD, 15.05.1996, 3186/10548, Çimento İşv.D., Kasım 1996, s.27

ise şunlar bulunmaktadır: İşçinin çalışma saatleri içinde diğer işçilere “bıçak atması”¹⁰⁹, başka bir işçiyi “dövmesi”¹¹⁰ veya “yaralaması”¹¹¹, “kavga çıkarması”¹¹², “makinede çalışmak istemeyen işçinin yönetim aleyhindeki sözleri karşısında kendisini uyararak başka bir işçinin üzerine yürümesi ve onu tehdit etmesi”¹¹³, “aşçı yardımcısının aşçıbaşını itham ederek yemeğin kötü çıktığını yayması”¹¹⁴ haklı sebeple derhal ve tazminatsız fesih sebepleri arasında sayılmıştır. Bu sebeplere “küfür”, “hakaret”, ve “sarkıntılık” hallerini de ilave etmek yerinde olur.

Cinsel taciz konusunda verilen Yargıtay kararları ise, birbiriyle çelişkili görünmektedir. Gerçekten, “aynı işyerinde” çalışan iki işçinin “işyeri dışında” işledikleri “zina suçunun” işyerini etkileyeceği düşünülmesiyle, sözleşmelerinin işveren tarafından tazminatsız feshini “haklı” bulan Yargıtay¹¹⁵, “gece bekçisinin alkollü bir şekilde işyerini terk edip evinde oğlu ile birlikte yaşayan reşit olmayan nikahsız eşine tecavüz etmesini ve cinsel ilişkiye girmesi sonucu tutuklanmasını” da iş sözleşmesinin tazminatsız feshi için “haklı” bulmuştur¹¹⁶. Buna karşılık Yüksek Mahkeme, “evli olan davacı işçinin işyerinden evli bir bayanla kaçması ve birlikte olması” ile “işçinin işverenin başka bir işçisiyle işyerinde sevişmesi” olayını tazminatsız “haklı sebeple” değil, ihbarlı ve tazminatlı “geçerli sebeple” fesih sayılmıştır¹¹⁷.

2- Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Sadakat borcu kapsamında yer alan rekabet etmeme yükümlülüğü, işçinin iş görme, itaat ve diğer sadakat borçları gibi iş sözleşmesinden doğrudan kaynaklanan bir borç değildir. İş görme, itaat ve sadakat borçları, iş sözleşmesinde ayrıca kararlaştırılmasa bile zaten varolan borçlarıdır. Buna karşılık “rekabet etmeme borcu”, bir iş sözleşmesinde veya bir “rekabet yasağı sözleşmesinde” tarafların ayrıca kararlaştırmaları halinde söz konusu olur.

¹⁰⁹ HGK, 04.06.1975, E.1975/9-62, K.724, İHU, 1976, İş K.md.16, No:5; 9.HD, 21.02.1994, 13441/2600, Tekstil İşv.D., Temmuz-Ağustos 1994, Kararlar Eki

¹¹⁰ 9.HD, 15.03.2004, 16574/5106, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.104

¹¹¹ 9.HD, 10.10.2003, 4302/16781, Tekstil İşv. D., Ocak 2004, s.40

¹¹² 9.HD, 16.06.1998, 8260/10375, Tekstil İşv.D., Kasım 1999, s.15; Ayrıca, “sataşmayı başlatanın davacı işçi değil diğer işçi olmasının”, sebebi “haklı” kılmayacağı; “ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandıracağı” hk. bkz: 9.HD, 15.03.2004, 16009/5077, Madenci, Temmuz-Ağustos 2004, s.32

¹¹³ 9.HD, 25.06.1995, 12819/22344, Tekstil İşv.D., Kasım 1995, Kararlar Eki

¹¹⁴ 9.HD, 26.02.1988, 226/1719, Tekstil İşv.D., Temmuz 1988, s.22

¹¹⁵ 9.HD, 07.07.1986, 611/7154-E.AKYİĞİT, Şerh, 2001, s.820; S.ODAMAN, s.152, dn.712

¹¹⁶ 9.HD, 05.07.2004, 12516/16973-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.88 dn.140 ve s. 477

¹¹⁷ 9.HD, 31.01.2005, 14165/2615 ; 9.HD, 24.01.2005, 22858/1293-ÇANKAYA/GÜNAY/ GÖKTAŞ, s.502

Bundan başka, iş görme, itaat ve sadakat borcu iş sözleşmesinin sadece yürürlük süresi içinde söz konusu olur. Buna karşılık rekabet etmeme borcu, genellikle iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yerine getirilmesi gereken bir borçtur. İş sözleşmesinin yürürlük süresi içindeki işçinin rekabet sayılacak davranışları, genellikle “doğruluk ve bağlılığa uymayan” sadakat borcuna aykırı davranışlar sayılır ve işveren için önelsiz ve tazminatsız fesih nedeni oluşturur(İş K.md.25/II,e).

a) İş Sözleşmesinin Yürürlük Süresi İçinde Rekabet Yasağı

Rekabet etmeme yükümlülüğü iş sözleşmesinin devamı süresince¹¹⁸, kaynağını MK. md. 2 deki dürüstlük kuralı ve BK md.455 deki tüccar yardımcılara ilişkin hükümden alır. Rekabet etmeme yükümlülüğü işçinin kendi veya üçüncü kişi adına, işvereni ile rekabet edici bir faaliyet yapmaması anlamına gelmektedir¹¹⁹. İşçi bu yükümlüğünün sonucunda rakip bir işletmede çalışamaz; rakip bir işletmeye ortak olamaz. MK. md. 2 deki dürüstlük kuralı temeline dayanan rekabet etmeme yükümlülüğü ise BK. md. 455 deki tüccar yardımcılarını dışında kalan işçiler bakımından geçerli olacaktır.

Kaynağını BK. md. 455 ve MK. md. 2 de bulan bu yükümlülük Bas. K. md. 13 de bir istisnayı içerir. Bas. K. md.13, basın işçilerinin işverenleri ile yaptıkları sözleşmelerde aksi kararlaştırılmadıkça basınla ilgili veya ilgili herhangi bir işte çalışabileceklerini düzenlemiştir. MK md. 2 deki düzenleme ise dürüstlük kuralı çerçevesinde, işçinin işvereni ile rekabet etmeksizin iş saatleri dışında herhangi bir işte çalışabileceğini düzenlemiştir. Kaldı ki bu hak Anayasa'nın 48-49. maddelerinde “çalışma ve sözleşme hürriyeti”, “çalışma hakkı ve ödevi” başlıkları altında düzenlenmiş ve işçiye dilediği alanda “çalışma ve sözleşme yapma hürriyeti” tanınmıştır. İşte bu hürriyete “işveren ile rekabet oluşturmayacak işler” ile bir sınırlandırma yapılması “işverene zarara vermememe” amacını taşımaktadır.

Öyleyse tüccar yardımcılarını dışındaki işçiler herhangi bir izin almaksızın işveren ile rekabet teşkil etmeyen başka bir işte çalışabileceklerdir. Fakat tüccar yardımcılarının işveren ile rekabet etmeyen başka bir iş için dahi izin alması gerekecektir. Kanun koyucunun İşK. m.58 de “ücretli izin sırasında” ve TİSGLK. m. 43/3 hükmünde “grev veya lokavt esnasında” işçinin başka işte çalışmasına ilişkin getirdiği yasaklar mevcuttur. İşçi iş ilişkisinin devamı süresince

¹¹⁸ SÜZEK, s.291, NARMANLIOĞLU, s.207, DEMİR, ,s.70 TURAN, s.80;

¹¹⁹ ÇELİK, s.126; DEMİR, ,s.70 TURAN, s.73; UŞAN, Fatih: İş Sırrının Korunması(Sır Saklama ve Rekabet Yasağı),1. bası, Ankara 2003, s.44;

kendisi adına yeni işi için hazırlıklar yapabilir. Örneğin yeni işyerine ait masa, sandalye vs. araçları alabilir. Bu konuda işverene zarar vermeyecek ölçüde kendi hesabına çalışacağını duyurması¹²⁰ da haksız rekabet teşkil etmez¹²¹. Ancak tüm bu hazırlıklar ve duyurular işverene zarar verici boyuta ulaşıyor ise haksız rekabet teşkil edecektir¹²².

b) İş İlişkisinin Sona Ermesinden Sonra Rekabet Yasağı

İş sözleşmesi belirli süreli ise sürenin sonunda, belirsiz süreli ise önellere uygun olarak sona erdiğinde, kural olarak işçinin rekabet etmeme yükümlülüğü de sona erecektir. Ancak, BK. md. 348-355 arasında düzenlenen rekabet yasağına ilişkin hükümlere göre, “sözleşmenin bitiminden sonra da taraflar, rekabet etmeme yükümlülüğünün devam etmesini istiyorlarsa bu durumu ayrıca ve açıkça kararlaştırmaları gerekir”¹²³ (BK.md.348/I). Maddenin devamında yer alan hükümler ise, işçinin fiillerinin haksız rekabet teşkil edebilmesini, işverene zarar verebilecek düzeyde olması şartına bağlamaktadır(BK. md. 348/II)¹²⁴.

Öyleyse rekabet yasağı sözleşmesinin ilk şartı BK. md. 348 de yer alan işverenin önemli zarara uğraması ihtimalinin varlığı durumudur. İkinci geçerlilik şartı ise BK. md.349 da belirtilmiş olup rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin iktisadi geleceğini haksız yere, hakkaniyete aykırı olarak güçleştirmemesidir¹²⁵. Bu anlamda bu sınırlandırmanın nasıl yapılması gerektiği yine aynı maddede zaman, yer ve işin türü bakımından dürüstlük kuralı çerçevesinde bir sınırlandırmaya tabi tutulmuştur. Rekabet yasağı sözleşmesinin son şartı ise BK. m. 350 de yer almış olan sözleşmenin yazılı yapılması şartıdır¹²⁶. Bu şartlardan birinin geçersiz olması halinde bu sözleşme geçersiz sayılır.

¹²⁰ UŞAN,s.149

¹²¹ UŞAN, s.147. Yazar “işçi, iş ilişkisi devam ederken işverene rekabet teşkil eden bir davranışta bulunamaz, fakat ilişki bittikten sonraya yönelik olarak hazırlık faaliyetlerine girişebilir, demektir

¹²² UŞAN,s.149. Bu konudaki kriterleri yazar şu şekilde örneklendirmiştir: “İş verenin kaynakları ile kendisi adına haksız bir avantaj takip etmesi, işçinin henüz iş ilişkisi devam ederken işletmesini faaliyete geçirmesi, çalıştığı yerdeki müşterilere kendi reklamını yaparak mevcut müşterileri ayartması, gazetelere ilan vermesi, iş yerinde çalışan işçileri işyerinden ayrılmaya ve yeni işyerine katılmaya teşvik etmesi”

¹²³ SÜZEK, s.292.NARMANLIOĞLU,s. 208; ÇELİK, s.127; DEMİR, ,s.70 TURAN, s.73; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim:,s.96;

¹²⁴ SOYER, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994,s.47 de “ ancak bu sözleşmenin yapılabilmesi daha doğrusu geçerli sayılabilmesi için işverenin korunmaya değer önemli bir çıkarının bulunması gerekir.” demektir. SÜZEK, s.292, NARMANLIOĞLU, 208; DEMİR, s.70; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim:,s.96;

¹²⁵ SÜZEK, s.292, NARMANLIOĞLU,s. 208 DEMİR, ,s.69

¹²⁶ SÜZEK, s.292, NARMANLIOĞLU,s. 208 DEMİR, ,s.69

Ekleyelim ki, sözleşmenin bitiminden sonra geçerli olmak üzere hüküm ifade edecek rekabet yasağı sözleşmesi, iş sözleşmesi yapılırken kararlaştırılabileceği gibi, iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde veya sona ermesinden sonra da kararlaştırılabilir. Bununla işveren, iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde kendi müşteri çevresini ve mesleki sırlarını öğrenen işçiyi, sözleşmenin bitiminden sonra “kendi adına bir iş yaparak” veya “rakip bir müessesede çalışarak” yahut “böyle bir müessese ile ortak sıfatıyla veya başka bir sıfatla ilgili olarak” kendisiyle rekabet etmesini yasaklar (BK md.348). Bu nedenle işçi tarafından iş sözleşmesinin ihbar önellerine uyularak veya uyulmaksızın “haklı bir sebep” olmadan iş sözleşmesinin feshedildiği her halde (İş K. md. 17), işçinin rekabet etmememe yükümlülüğü devam eder¹²⁷. Buna karşılık, sözleşmenin yürürlük süresi içinde işveren “haklı bir sebep” (İş K. md. 25/II) yok iken sözleşmeyi ihbar önellerine uyarak veya uymaksızın (İş K. md.17) feshetmesi halinde rekabet yasağının hükmü kalmaz. Bunun gibi, işçinin sözleşmeyi “haklı bir sebeple” (İş K. md.24/II) feshettiği hallerde de artık rekabet yasağının bir hükmü kalmaz. Ayrıca, rekabet etmeme borcunun işçi tarafından yerine getirilmesinde “işverenin gerçek bir yararı bulunmuyorsa”, bu borç ortadan kalkar (BK md.352). İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, işverenin iş kolunu değiştirerek başka bir iş yapmaya başlaması halinde de rekabet yasağı anlaşması kendiliğinden sona erer¹²⁸.

Nihayet, BK. md.351’de işçinin rekabet yasağına aykırı davranışlarının hükümleri yer almaktadır. Sözleşmenin bitiminden sonra rekabet yasağına aykırı davranan işçi, işverenin zararını ödemek zorundadır. Taraflar, sözleşmeye rekabet yasağının etkili uygulanmasını sağlamak üzere bir “cezai şart” da koyabilirler (BK md.158). BK.m.351/2’de sözleşmeye cezai şart konulması da de mümkün kılınmış ve gerçek zararın sözleşmede belirlenmiş cezai şarttan yüksek olması halinde gerçek zararın da işverene ödeneceği düzenlenmiştir¹²⁹. Buna karşılık, işverenin uğradığı zarar cezai şarttan düşük ise ayrıca zarar karşılığı tazminat isteyemez¹³⁰. Bununla birlikte, hakim “fahiş” olan cezai şartı indirebilir (BK.md.161).

Uygulamada da Yargıtay, “şarap dağıtımı, pazarlaması ve satışı konusunda iki yıllık bir süre için rekabet yasağı getiren bir hizmet (iş) akdini kendi isteği ile sona erdiren işçinin, başka bir şarapçılık

¹²⁷ SÜZEK, s.291, NARMANLIOĞLU ,s. 208 DEMİR, ,s.70 TURAN, s.73

¹²⁸ Geniş bilgi için bkz.: E.AKYİĞİT, İsviçre ve Türk Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasında Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, Ocak 1991; P.SOYER, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, İzmir 1996; F.UŞAN, İş Sırrının Korunması, Ankara, 2003; GUERY, s.103

¹²⁹ SÜZEK, s.292; ÇELİK, s.127; DEMİR, ,s.69

¹³⁰ EGEMEN-ÖZ, Borçlar Hukuku, İstanbul, s.880

şirketinde tanıtma ve pazarlama elemanı olarak çalışmasını rekabet yasağına aykırı bir davranış olarak görmekle birlikte”, sözleşmede öngörülen cezai şartı “fahiş” bulmuş ve “Borçlar Kanununun 161.maddesi uyarınca hakkaniyete uygun bir miktara hükmedilmesi (indirilmesi) gerektiği” sonucuna varmıştır¹³¹.

3- Sır Saklama ve İşverene Zarar Verici Açıklamalardan Kaçınma Yükümlülüğü

Sır saklama borcu, rekabet etmeme yükümlülüğünün bir alt kavramı ve sadakat borcunun gereğidir. İşçinin, iş sözleşmesinden doğan hizmet borcunun ifası sırasında öğrendiği; iş, işyeri, diğer işçiler ile ilgili bilgileri, ticari ve mesleki sırları üçüncü kişilere açıklamasıdır¹³².

Öğrenme şekli tesadüfen, ahlaka ve yasaya aykırı olabilir. Ancak bu hallerde dahi işçinin sır saklama yükümlülüğü devam etmektedir¹³³.

Ticari ve mesleki sırlar işyerinin kendine özgü ve başkalarının bilmediği olayları, üretime ilişkin ticari ve teknik usulleri veya personele ilişkin gerçekleri ifade eder¹³⁴. Ticari ve mesleki sırları, objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsuru içermektedir. Ticari sırrın objektif unsurunun kapsamına giren bilgileri üretim teknikleri, üretim usulleri, imalat resimleri, imalat projeleri, teknik bilgiler, know-how, imalat modelleri, araştırma ve deney sonuçları, ticari organizasyon, müşteri listeleri, ticari ve teknik sözleşmeler, marketing stratejileri, finansal durum ve personele ilişkin bilgiler şeklinde sıralamak mümkündür¹³⁵. Ticari ve mesleki sırların sübjektif unsuru ise işverenin açık veya örtülü iradesinde bu bilgilerin gizli tutulmasını istediğinin anlaşılmasıdır¹³⁶. Bu ticari ve mesleki sırlar suç teşkil ediyor ise korunamaz¹³⁷. Kaynağını MK. md.2 de bulan bu yükümlüğün kapsamı sözleşme ile genişletilip daraltılabilir¹³⁸.

Sır saklama borcu sözleşmenin kurulması ile başlayacaktır. Ancak sözleşmenin kurulması aşamasından önce de söz konusu

¹³¹ 9.HD, 29.05.1997, 6552/10506, İ.GÜNAY, İş Kanunu I, md.15, s.957-958; N.ÇELİK, s.108, dn.27c

¹³² NARMANLIOĞLU, §.206; SÜZEK, s.291 DEMİR, ,s.69

¹³³ NARMANLIOĞLU, s.206; DEMİR, ,s.69, TURAN, s.79

¹³⁴ NARMANLIOĞLU, s.206 DEMİR, ,s.69

¹³⁵ ERTAŞ, s 52 ;

¹³⁶ ERTAŞ, s 53TUNCAY, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağani, s. 1068,

¹³⁷ ERTAŞ, s 54;

¹³⁸ TUNCAY, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağani, s. 1069

olabilir. İşçinin sözleşme görüşmeleri sırasında öğrendiği ticari ve mesleki sırları, sonradan sözleşme kurulmasa dahi, başkalarına açıklaması sözleşmenin görüşülmesinde kusur (culpa in contrahendo) teorisi sebebiyle tazminat yükümlülüğünü doğurur. Sır saklama borcu sözleşmenin sonuna dek devam eder. İş sözleşmesinin bitiminde ise işçi kısmen bu borçtan kurtulur¹³⁹. İşçi, MK. md. 2 dürüstlük kuralı çerçevesinde işverenin haklı çıkarlarını korumaya devam edecektir. Örneğin işçi eski işvereni yanında edindiği bilgileri yeni işinde kullanabilecek ancak bu bilgileri üçüncü kişiler ile paylaşamayacaktır¹⁴⁰.

Kaldı ki, işçi “sır” niteliğinde olmasa bile, iş sözleşmesi süresince işverene ve işyerine zarar verici her türlü açıklamalardan da kaçınmalıdır¹⁴¹. Bu açıklamalar, işverenin kişiliğini ve işyerinin üçüncü kişiler nezdindeki saygınlığını küçük düşürücü nitelikte olabileceği gibi, iş düzenini ve işin akışını bozucu, işverenin korunmaya değer çıkarlarına zarar verici her türlü söz ve davranışlar da olabilir¹⁴². İşçinin yaptığı bu açıklamaların gerçeği yansıttığı olması da bu yükümlülüğü ortadan kaldırmaz. İşçi öncelikle bu hususu işvereni ile paylaşmalı ancak bundan bir sonuç çıkmaz ise üçüncü kişiler ile paylaşma yoluna gitmelidir. Bununla birlikte, işçinin işvereni aleyhine mahkemede tanıklık yapması veya işçinin kanunen yapılması gerekli ihbarlarda bulunması bu yükümlülüğün ihlali anlamına gelmez¹⁴³.

Bazı hallerde ise işçinin bu yükümlülükleri sözleşmenin süresinin sonunda tamamen ortadan kalkabilir. İşçi, işveren ile bu yönde bir sözleşme yaparak bu yükümlülüğünden kurtulabileceği gibi, borcun oluşmasını sağlayan iş sırrının veya yapılan açıklamanın niteliğini kaybedip herkesçe bilinen bir hal alması da aynı sonucu doğurur. Sır saklama yükümlülüğü, iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu hallerde sürenin sonunda, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ise fesih önelerine uygun olarak sona ereceği ana dek devam eder. İşçi kendi lehine bir hak yaratma amacıyla haksız bir fesih ile sözleşmenin sona ermesi anında kısmen dahi olsa sır saklama borcundan kurtulabileceği söylenemez.

¹³⁹ TURAN, s.7 yazar doktrin deki görüşlerin sözleşme ile böyle bir yükümlülüğün belirtilmesine gerek olmaksızın hizmet akdinin sona ermesinden itibaren işçinin sır saklama borcunun hizmet akdi süresini aşan bir mahiyet kazandığını ve bu bilgilerin sır olma niteliğini kaybedene dek işçinin bu yükümlülüğünün devam ettiğini vurgulamıştır.

¹⁴⁰ TUNCAY, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, s. 1069, NARMANLIOĞLU,s206 yazar işveren veya işyeri için gerçekten sır teşkil eden hususun herhangi bir kişiye sızdırılması, o kişinin bundan yararlanabilecek durumda olması yeterli görmüştür.

¹⁴¹ TUNCAY, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, s. 1071; NARMANLIOĞLU,s. 205, ÇELİK, s.124 ; DEMİR, ,s.68

¹⁴² TUNCAY, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, s. 1072

¹⁴³ 9.HD.,9.2.1999, E.19655, K.1789 (YKD. MART 1999, s. 378) . 9.HD., 3.4.2004, E.1034, K. 4713 (YKD EYLÜL 2000, s. 1372)

İşçinin haklı bir sebeple iş sözleşmesinin feshi halinde ise işçinin sır saklama borcu ortadan kalkacaktır. İşverenin, iş sözleşmesini haksız feshi de yine işçiyi sır saklama borcundan kurtaracaktır.

İşK. md.25/II-e hükmü “işçinin, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunmasını” işveren bakımından haklı sebeple derhal fesih hakkı doğuracağını düzenlemiştir. İşçi bunun yanı sıra sır saklama yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmediğinden dolayı işverenin uğradığı zararları tazmin eder. Ayrıca sır saklama borcunun gereği gibi ifa edilmemesi karşısında taraflar bir cezai şart belirlemişler ise yine işçi bu cezai şartı işverene öder¹⁴⁴.

4- Hırsızlık Yapmama, İşverenin Güvenini Kötüye Kullanmama

İşK. md.25/II-e hükmünde bu konu da açıkça düzenlenmiştir. Bu eylemler işverenin güvenini ciddi şekilde zedeleyen ve hatta ortadan kaldıran fiillerdir. Bu fiiller aynı zamanda Caza Kanunu bakımından da suç teşkil etmektedir. Hırsızlık¹⁴⁵, zimmet gibi suçlar bu konuya örnek verilebilecektir¹⁴⁶. Bu filer Ceza Yargılaması sonucunda Ceza Hukuku bakımından çeşitli sebeplerle suç teşkil etmeyeceği yönünde bir karar verilmiş olsa bile bu durum işçinin iş sözleşmesinin haklı sebeple derhal feshini engellemeyecektir¹⁴⁷.

Gerçekten, “sadakât borcuna” aykırı davranmanın en önemli olaylarından “hırsızlık” konusunda uygulamada verilen Yargıtay kararları değişiklik göstermektedir. Özellikle “hırsızlık” suçunun Türk Ceza Kanunu anlamında mahkemelerce kesinleşmesinin beklenmemesine ve hatta işçinin “beraat” etmesine rağmen işveren tarafından yapılan derhal (önelsiz) fesihlerin onaylanmasına ilişkin Yargıtay kararları olduğu gibi¹⁴⁸; “açılan ceza davasının sonucunun beklenmesine” hükmeden kararların varlığı¹⁴⁹ da unutulmamalıdır.

¹⁴⁴ SÜZEK, s.291

¹⁴⁵ NARMANLIOĞLU,s.206;

¹⁴⁶ ÇELİK, s.124 ;

¹⁴⁷ 9.HD., 2.7.1997, E.648, K.6556 (YKD. EKİM 1997, s.1556); DEMİR, ,s.70

¹⁴⁸ 9.HD, 07.10.1991, 7907/12890, T.Maden-İş, s.59; 9.HD, 24.09.1996, 8900/17744 ve 9.HD, 17.10.1996, 9798/ 19034, Tekstil İşv.D., Ocak 1997, s.17-29; 02.04.1997, 648/6556, İşveren D., Aralık 1997, s.17.“TEDAŞ'ta sayaç okuma-endeks işçisi olarak çalışan davacının ve babasının kullandığı elektrik sayaçlarında film şeridi parçacıklarının bulunduğu” ve böylece “kaçak elektrik kullandığı” anlaşılma, “bu nedenle tahakkuk eden cezayı” ödemiş olsa bile işverence işçinin iş sözleşmesinin feshi “haklı nedene” dayanmaktadır: 9.HD, 30.12.2004, 24989/30011- ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ,s.574

¹⁴⁹ 9.HD, 06.06.1994, 3809/8607, Tekstil İşv.D., Eylül-Ekim 1994, Kararlar Eki

Yargıtay'ımız, öncelikle "işyerinde başka bir işçinin parasını alan"¹⁵⁰ ve "işverene ait mağazadan kendisi için et ve meyve alıp parasını ödemediği ayrılırken yakalanan"¹⁵¹ işçilerin (hırsızlık yaparak) sadakat borcunu ihlal ettiklerinden dolayı sözleşmelerinin tazminatsız olarak derhal feshedilmesini onaylamıştır. Üstelik, "hırsızlıktan" tutuklanan ambar tesellüm memurunun "benzin makbuzlarındaki tahrifatı kimin yaptığının kesin olarak anlaşılabilmesi nedeniyle delil yetersizliğinden" beraat ettirilmesini¹⁵² ve "çikolatalar bozuk da çıksa, işverenin izni olmadan işyeri dışına çıkarılan çikolata kutuları" nedeniyle "hırsızlık" suçundan yargılanan işçinin beraat etmesini¹⁵³, Yargıtay iş sözleşmelerinin önelsiz ve tazminatsız feshine engel saymamıştır. Bunun gibi, Yargıtay işçinin o günkü hasılatı olarak çıkmasını¹⁵⁴, işyerinde işçinin ürettiği malları işyeri dışına çıkarmasını¹⁵⁵ işverenin güvenini kötüye kullanmak olduğunu belirtip daha sonra işçinin işyerinden aldığı para ve sair eşyayı geri getirmesini haklı sebeple feshe bir engel teşkil etmediğini belirtmiştir¹⁵⁶. Ayrıca, taşeronun güvenlik elemanı olarak çalışırken asıl işverenin işyerindeki rekreasyon alanında depo edilen odunları yüklerken yakalanan işçinin iş sözleşmesinin disiplin kurulu kararı ile feshini "geçerli" saymış ve "işe iade" talebini reddetmiştir¹⁵⁷.

Buna karşılık Yargıtay'ımız, ceza davasındaki "maddi olguların" hukuk hakimini bağlayacağı (BK.md.53) gerekçesiyle, "sahtekarlık yoluyla zimmetine para geçirdiği iddiasıyla yargılanan işçinin ceza davasının sonucunun kesinleşmesinin beklenmesine" de karar vermiştir¹⁵⁸. Bunun gibi, Yargıtay bir kararında¹⁵⁹ banka şube müdürü olan işçiyi, görevi sırasında "usulsüz kredi vermek, müşteri hesaplarını üçüncü kişilere kullandırma ve bankayı zarara uğratma dolayısıyla uğranılan zararın tazmini talebi istemi" dolayısıyla açılan davada; iş mahkemesi, ceza mahkemesinin sorumluluğu gerektiren suç oluşmadığı kararına dayanarak hukuki sorumluluk yönünde bir değerlendirme yapmamış ve iş yargılamasını ceza yargılaması kararını dayanak kabul edip şube müdürünü suçsuz bulmuştur. Kanımızca, işçinin

¹⁵⁰ HGK, 15.11.1985, E.984/9-4-411, K.1985/906, Tekstil İşv.D., Eylül 1987, s.18

¹⁵¹ 9.HD, 09.11.1987, 9505/9958, Tekstil İşv.D., Ağustos 1989, s.17

¹⁵² 9.HD, 12.09.1972, 195/24150; 9.HD, 27.11.1972, 14317/31230; Aynı yolda 07.10.1991, 7907/12890, İşv.D., Temmuz 1992, s.15; N.ÇELİK, s.190, dn.90f ve oradaki kararlar

¹⁵³ 9.HD, 24.09.1996, 8900/17744, Tekstil İşv.D., Ocak 1997, s.17; Aynı görüşte 9.HD, 17.10.1996, 9798/19034, aynı Dergi, s.19-20; 9.HD, 02.04.1997, 648/6556, İşv.D., Aralık 1997, s.17-18

¹⁵⁴ HGK, 2.7.1997, E.9-446, K.641 (Corpus Mevzuat Programı)

¹⁵⁵ 9.HD., 12.9.2000, E.7314, K. 11276 (Corpus Mevzuat Programı)

¹⁵⁶ 9.HD., 7.5.1997, E. 4185, K. 8292 (Corpus Mevzuat Programı)

¹⁵⁷ 9.HD, 03.03.2005,2319/6775- ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ,s.623

¹⁵⁸ 9.HD, 06.06.1994, 3809/8607, Tekstil İşv.D., Eylül-Ekim 1994, Kararlar Eki

¹⁵⁹ 9.HD., 21/10/1999, 12733/16168(YKD, MAYIS 2000, s.707)

vasıfları ve konumu itibarıyla özen borcunun değerlendirilmesi sonucu banka müdürünün gereken ihtimamı göstermediği sonucuna varılabilecekti¹⁶⁰. Bu konuda yukarıda sayıldığı gibi aksi yönde pek çok Yargıtay kararına rastlamak mümkündür.

5- Kanun Dışı Greve veya Direnişe Katılmama Yükümlülüğü

a) Kanuni ve Kanun Dışı Grev

Her şeyden önce, bir “kanuni grevin” varlığı “toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında çıkan uyuşmazlıklarda” söz konusu olabilir (Any.md.54/1; TİSGLK md.25/2). Bir başka deyişle, mevcut haklara ek olarak yeni bir hak elde etmek amacıyla bir toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında çıkan “toplu menfaat uyuşmazlıkları” nedeniyle grev yapılabilir. Yoksa, yürürlük süresi içinde bir toplu iş sözleşmesinin veya mevzuatın “uygulanması” veya “yorumu” dolayısıyla çıkan “toplu” veya “bireysel” nitelikli “hak uyuşmazlıkları” nedeniyle greve başvurma hakkı tanınmamıştır. Üstelik, sadece toplu menfaat uyuşmazlıklarının çözümünde tanınan mücadeleci yollardan biri olan grev hakkı, ancak yetkili sendikanın “çağrı”, “toplu görüşme” ve “resmi arabuluculuk” aşamalarından geçmesinden sonra kullanılabilen bir haktır. Aksi halde, bu aşamalardan geçmeden ve “kanuni şartlar gerçekleşmeden yapılan grev” kanuni bir grev olmayacaktır(TİSGLK md.25/2,3).

Sonra, bir grevin “kanuni” olması için aranan ikinci şart, grevin “işçilerin iktisadi ve sosyal durumlarını korumak veya düzeltmek” amacıyla yapılmasıdır. Bu amaç dışında, “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyete, milli egemenliğe ve milli güvenliğe” aykırı olarak yapılan her türlü “siyasi amaçlı grevler” ile “genel grev, dayanışma grevi, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme” ve “diğer direnişler” hakkında “kanun dışı grevin” yaptırımları uygulanacaktır (Any.md.54/7; TİSGLK md.25/3, 45/1 ve 72). Buradaki “diğer direnişlerden” maksat, “sempati”, “uyarı” veya “gösteri” grevleri gibi benzeri grevlerin de yasada belirtilen “iktisadi ve sosyal amaç” dışında kaldıkları sürece “kanun dışı” sayılmalarıdır¹⁶¹.

Bundan başka, kanuni bir grev için işçilerin kendi “aralarında anlaşarak” veya “bir kuruluşun topluca çalışmamaları amacıyla verdiği karara uyarak işi bırakmaları” gerekmektedir (TİSGLK md.25/1). Bu esas, toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin işçi tarafının bir işçi sendikası olabileceği ve bu nedenle greve bir işçi sendikasının karar verebileceği yolundaki kanuni hükümlere (TİSGLK md.27) uygundur. Bu nedenle

¹⁶⁰ SUR, Melda; Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, s.32

¹⁶¹ ÇELİK, s.526; SUR, Grev, s.59-60

“yetkili işçi sendikasının kararı” olmadan sadece işçilerin kendi “aralarında anlaşarak” doğrudan grev kararı almaları ve uygulamaları Kanuna aykırı olacağından, “kanun dışı grev” hükümlerine tabi olacaktır. Kanundaki “aralarında anlaşarak” hükmünü, işçi sendikasının grev kararı almadan önce kendi üyeleri arasında yapacağı “sondaj” veya “anket” çalışmaları veya grev kararı sonrası yapılan “grev oylaması” (TİSGLK md.35) sonucu olarak anlamak gerekir. Çünkü, işçi sendikasının kararına uyarak yapılan kanuni grevin, “işyerinde faaliyeti durdurmak” veya “işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak” amacıyla “toplucu işi bırakmak” suretiyle yapılması gerekir (TİSGLK md.25/1). Bu amacı sağlamanın işçiler arasında belirli bir ön “anlaşmayı” gerektirdiğine; grevin başarı şansının, mümkün olduğu ölçüde işçi kitlesinin işi topluca bırakmasına bağlı olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle, Kanunda “toplucu” sözcüğünden “birden çok işçiyi”; “iş bırakmaktan” da işyerinin terk edilmesini anlamak gerekir. Aksi halde, “apartman kapıcısı olan tek işçi için alınan grev kararı” Kanuna aykırı (kanun dışı grev) olacağı gibi¹⁶², işyerinden ayrılmayarak “oturma grevi” yapmak da “kanun dışı grev” sayılacaktır¹⁶³.

Uygulamada Yargıtay, amaç unsurundan hareketle “Türk-İş’in verdiği karara uyarak işyerlerinde uygulanan pasif direnişi”¹⁶⁴, işçilerin “Devlet Güvenlik Mahkemeleri yasa önerisini protesto etmek amacıyla giriştikleri toplu iş bırakma (siyasi grev) eylemini”¹⁶⁵, “daire şefinin yerinin değiştirilmesini kınamak amacı ile işçilerin işyerinde çalışmadan kısa süre masalarının başında oturmalarını”¹⁶⁶, salgın bir hastalık veya zehirlenme gibi bir olaya dayanmadığı sürece “işçilerin topluca viziteye çıkmalarını”¹⁶⁷, “ücretlerin zamanında ödenmemesi” veya “sosyal hakların ödenmemesi” gibi haklı nedenlere dayansa bile işçilerin haklı sebeple fesih haklarını (İş K.md.24) kullanmayıp “toplucu işi bırakmalarını”¹⁶⁸ veya “hakları ödenmediği için başka bir işçi ile

¹⁶² 9.HD, 31.05.1976, 10702/14402, İşveren D., Temmuz 1976, s.26

¹⁶³ ÇELİK, s.528

¹⁶⁴ 9.HD, 09.02.1976, 1358/4516, İHU, TSGK 17 (No:4) – C.TUNCAY İncelemesi

¹⁶⁵ CGK, 17.04.1978, 9189/140 – OĞUZMAN, M.K: Vak’a Metodu İle Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Olaylar-Kararlar, B.4, İstanbul,1984, s.17

¹⁶⁶ 9.HD, 19.12.1968, 14483/15638, İHU, TSGK 17 (No:1) – D.ULUCAN İncelemesi

¹⁶⁷ 9.HD, 08.12.1989, 10641/10707, Tekstil İşv.D., Şubat 1990, s.8; 9.HD, 19.12.1995, 34701/35842, Çimento İşv.D., Eylül 1997 – V.DENİZ İncelemesi; 9.HD, 22.01.2002, 20349/593, Tekstil İşv.D., Nisan 2002, s.36

¹⁶⁸ 9.HD, 07.10.1993, 3638/14256, İşveren D., Mart 1994, s.15; 9.HD, 11.04.1994, 5570/5318, Tekstil İşv.D., Aralık 1994, Kararlar Eki; 9.HD, 21.06.1994, 1728/9862, İşveren D., Kasım 1994, s.15. Aksi görüş: Kocaeli İş Mahkemesinin 30.04.1990, 53/6 s.kararını onayan 9.HD, 06.08.1990, 6424/7006 s.karar, Yargıtay’ın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi, C.TUNCAY, s.126; Gebze İş Mahkemesinin 540/525 s. kararını onayan 9.HD, 31.07.2000, 16507/14753 s.k.-Selüloz-İş, Aralık 2000,S.66,s.18

birlikte işi bırakan işçinin servis aracının önünü kesme eylemini”¹⁶⁹ veya “vardiyalarına katılarak çalışmak isteyen işçilerin işyerine girmelerini engellemelerini”¹⁷⁰, “bir işçinin işten çıkarılmasını protesto amacıyla bir kısım işçinin uyarıya rağmen işbaşı yapmamasını”¹⁷¹, “ücreti az buldukları için işçilerin protesto amacıyla topluca işbaşı yapmama eylemini”¹⁷² hep “kanun dışı” grev sayarak, işverenin işçilerinin hizmet sözleşmelerini “ihbarsız” ve “tazminatsız” haklı sebeple fesih edebileceğini(İş K.md.17/II,d ve TİSGLK md.45) kabul etmiştir¹⁷³.

Ekleyelim ki, bunun yanı sıra işçi hukuka uygun ancak TİSGLK md.47 düzenlenmiş olan şartlara aykırı olarak grevin kötüye kullanıldığı hallerde, iş mahkemesinin bu yöndeki tespitine rağmen grev faaliyetlerine devam ediyor ise bu şekilde devam olunan grev kanun dışı greve dönüşür ve kanun dışı grevin sonuçları uygulanır. Bu durumda kusurlu dahi olsa işveren bu grevden doğan zararlarını işçiden değil işçi sendikasıdan talep edecektir. Ancak bu durumda da işveren işçilerin iş sözleşmelerini “haklı sebeple” derhal fesih edebilecektir. Yargıtay’a göre de ister kanun dışı grev isterse direniş olsun bu durumlar işçinin sadakat borcuna aykırı düşecektir¹⁷⁴.

b) Kanun Dışı Greve Katılmama Yükümlülüğüne Uymamanın Yaptırımı

aa) İhbar Önelsiz ve Tazminatsız Fesih

Kanuna göre, bir “kanun dışı grev yapılması halinde, işveren böyle bir grevin yapılması kararına katılan, böyle bir grevin yapılmasını teşvik eden, böyle bir greve katılan veya böyle bir greve katılmaya veyahut devama teşvik eden işçilerin hizmet akitlerini, feshin ihbarına lüzum olmadan ve herhangi bir tazminat ödemeye mecbur bulunmaksızın feshedebilir” (TİSGLK md.45/1). Öyleyse, kanun dışı grev nedeniyle işveren, işçilerin hizmet sözleşmelerini “haklı sebeple” (tıpkı İş

¹⁶⁹ 9.HD, 15.09.1999, 10941/13721, Çimento İşv.D., Kasım 1999, s.21

¹⁷⁰ 9.HD,22.01.2002,20349/593,Tekstil İşv.D,Nisan 2002,s.36;Çimento İşv. Mart2002,s.60

¹⁷¹ 9.HD, 27.01.1998, 17598/606, YKD, Ağustos 1998, s.1166; 9.HD, 16.02.2000, 2154/1674, TÜHİS, Kasım 2000-Şubat 2001, s.57; 9.HD, 18.09.2001, 10898/13933, Çimento İşv. Kasım 2001, s.47; 9.HD, 14.03.2002,5209/4183, Tekstil İşv., Ocak 2003, s40- T. CENTEL İncelemesi; 9. HD, 28.09.2004, 8546/20828, LEGAL, İHSGHD, 2005/6, 781

¹⁷² 9.HD, 08.07.1998, 1133/12346, GÜNAY, TİSGLH, s.736

¹⁷³ Buna karşılık, işverenin avans ödemesi yapmaması nedeniyle işçilerin işyerini terk etmeden toplu olarak işi bırakmaları, Yargıtay’ın bir kararında istisnaen kanun dışı grev sayılmamıştır; 9.HD, 08.06.1990, 6424/7006, EGEMEN-TEMİZ, s.753; ÇELİK, s.527

¹⁷⁴ 9 HD., 27.11.1998. E. 17598 K. 606 (YKD. Ağustos 1998 ,s. 1166); 9.HD., 8.7.1998, E. 11133, K.12346, (Tekstil İşverenleri Dergisi, Aralık 1998 , s.20); 9.HD., 12.11.1991 , E.12613 , K. 14228 (Çimento İşverenleri Dergisi, Ocak 1992, s.23)

K.md.25/II gibi) herhangi bir ihbar öneli vermeksizin ve “ihbar” (veya kötüniyet) tazminatı(İş K.md.17; Sen.K.md.31/6) ile “kıdem” tazminatı (1475 s. İş K.md.14) ödemeksizin feshedebilecektir.

TİSGLK md.45/1'e göre “haklı sebeple” ihbar önelsiz ve kıdem tazminatsız iş sözleşmesini fesih hakkına sahip olan işveren, kural olarak bu hakkını olayın niteliğine ve özellikle işletmenin ihtiyaçlarına göre istediği gibi kullanabilecektir. Bununla birlikte, eşit işlem yükümlülüğü ilkesi gereği, keyfi olarak işçiler arasında haksız ayrımlar yapmak suretiyle bazı işçileri işten çıkarıp diğer bazılarını işte tutamaz¹⁷⁵. Bu nedenle, haklı sebeple fesih hakkını da işçiler arasında (dil, din, mezhep, ırk, cinsiyet, siyasi görüş, felsefi inanç, vb.) yasaklanmış herhangi bir ayırım yapmadan kullanmak zorundadır¹⁷⁶. Yargıtay kararlarında da “eşit davranma ilkesi”, yasa dışı grev ve direnişlerde iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde dikkate alınmak-tadır¹⁷⁷. Bununla birlikte, halin icabına göre olayın özelliği ve işçinin davranışları göz önünde tutularak da bir seçim yapılabileceği anlaşılmaktadır¹⁷⁸.

Bundan başka işveren, “haklı sebeple” tazminatsız fesih hakkını kullanabilmek için, İş K. md. 26/1'deki sürelere uygun davranması gerekmektedir. Bu konuda usulüne uygun bir fesih gerçekleştirilmediği takdirde; yani “haklı sebeple fesihler” için öngörülmüş bulunan “hak düşürücü” sürelere uyulmadığı takdirde, sebep “haklı” olsa bile fesih geçersiz olacaktır. Gerçekten, işveren haklı sebeple fesih hakkını kanun dışı fiili (grevi) “öğrendiği” tarihten itibaren “altı işgünü”; fiilin (kanun dışı grevin) “gerçekleştiği” tarihinden itibaren “bir yıl” geçtikten sonra kullanamaz. Yeter ki, olayda işçi maddi bir çıkar sağlamış olmasın... (İş K.md.26/1).

¹⁷⁵ M. SUR, Toplu İlişkiler, 2008, s.430; C. TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.215

¹⁷⁶ S. SÜZEK, İş Hukuku, 2005, s.366. İşverenin kural olarak haklı sebeple fesihte eşit davranma yükümlülüğü bulunmadığı, zira feshede gidilip gidilmeyeceğinin birçok faktöre bağlı olduğu yönünde bkz: TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s.137; ÇELİK, s.178-179; UŞAN, İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?, LEGAL,İHSGHD, 2005/8, s.1624 vd.; DOĞAN YENİSEY, İşverenin İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, SİCİL, 2006/2, s. 63

¹⁷⁷ Yargıtay'ın bir kararına göre, üç işçinin işten çıkarılmasını protesto etmek amacıyla eylem yapıp 50 dakika işi geç başlatan işçilerden sadece birkaç işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi, eşit davranma ilkesine ters düşer; ancak feshi geçerli hale getirmez. Zira bu işçiler TİSGLK md.25/III kapsamında yasa dışı grevin yaptırımlarına tabidir. Bu durumda fesih geçerli olmakla birlikte, sendikal bir ayırım da kanıtlanmadığına göre, İş K.md. 5'deki yaptırım (eşit davranma ilkesine bağlı tazminat) söz konusu olabilecektir: 9.HD, 10.04.2006, 7385/9027, LEGAL, Yargıtay Kararları İncelemesi, 2007/, s.293- Ş. ÇİL İncelemesi

¹⁷⁸ 9.HD, 18.09.2007, 28933/26947, LEGAL, Yargıtay Kararları İncelemesi, 2007/5, s.296. Çok sayıda işçinin katıldığı eylemlerde sadece bir kısım işçilerin işten çıkarılmasının kural olarak eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacağı yolunda bkz: Ş. ÇİL, Geçerli Nedene Dayanan Fesihte İşverenin Eşit Davranma Borcu, LEGAL, Yargıtay Kararları İncelemesi, 2007/5, s.293 vd, s.308

Uygulamada da kabul gören bu süreler, kanun dışı grevin devamı müddetince işlemeyeceğinden, “kanun dışı grevin devamı süresince işveren grevci işçinin işine her zaman son verebilir”¹⁷⁹. Fesih için “altı işgünlük” sürenin başlangıcı en geç kanun dışı grevin sona erdiği tarihtir. Bu durumda, “kanun dışı grevin sona erdiği tarihten itibaren altı işgünü içinde” işverenin “ihbarsız” ve “tazminatsız” fesih için bir karara varmasının şart olduğu; grevin bitmesine rağmen devam eden tespit davasının sonucunun işçilerin hizmet sözleşmelerinin fesih süresine etkili olmayacağı; bunun, mahkeme kararının “inşai” (kurucu) değil “izhari” (açıklayıcı) nitelikte olmasının bir sonucu olduğu söylenebilir

Bu bakımdan, fesih günü “işçinin işbaşı yapmak için işyerine geldiği gün” esas alınarak değil, “yetkinin kullanıldığı gün” esas alınarak hak düşürücü süre hesap edilmek gerekir¹⁸⁰. Üstelik, kanun dışı greve önce katılıp sonra vazgeçen işçinin hizmet sözleşmesi, şayet isteniyorsa kanun dışı grev sona ermeden, vazgeçtiği günden itibaren altı işgünü içinde feshedilmek zorundadır. Çünkü, böyle bir durumda altı işgünlük sürenin başlangıç tarihi, işçinin “kanun dışı grevden vazgeçtiğinin öğrenildiği tarihtir”; yoksa, grevin kanun dışı oluşunun “mahkeme kararıyla tespit tarihi” değil¹⁸¹... Zira, açılmış bulunan “tespit davasının” sonucuna bağlanmış bir “şartlı fesih” söz konusu olamaz. Yargıtay, “yargılama sonuna kadar fesih hakkını saklı tutarak işçiye ihtarda bulunan işverenin bu hakkının süresi içinde fiilen kullanılmasını gerekli” görmüş; “yasal olmayan greve işçinin son katılma gününden itibaren 6 günlük süre içinde işe son verilip verilmediğinin araştırılmasını” kararlaştırmıştır¹⁸².

bb) İşçinin Kusurlu Olması ve İspat Yükü

İşçilerin hizmet sözleşmelerinin haklı sebeple fesih edilmesinde işverenin sadece “eşit işlem borcuna” ve “hak düşürücü sürelerle” uyması yeterli görülmemekte; ayrıca “işçinin kusurlu olması”, yani katıldığı grevin kanun dışı olduğunu “bilmesi” veya “bilebilecek durumda olması” da aranmaktadır.

Uygulamada Yargıtay, kanunsuz greve katılan işçinin iş sözleşmesinin ihbarsız ve tazminatsız bozulabilmesi için, işçinin iştiraki

¹⁷⁹ 9.HD, 21.09.1978, 10532/11350, İHU, TSGLK 29, No:4; 9.HD, 25.02.1982, 581/2089, İHU, TSGLK 29, No:7 – NARMANLIOĞLU İncelemesi; 9.HD, 11.05.1982, 3349/4704, TÜTİS, Temmuz 1982, s.20

¹⁸⁰ 9.HD, 21.01.1983, ,9637/144, Tekstil İşv.D., Temmuz 1983, s.19

¹⁸¹ HGK, 02.02.1983, E.982/9-947, K.983/79, Ajans TUBA, İİÇB, 28 Kasım 1983 – NARMANLIOĞLU, II, s.719, dn.675

¹⁸² HGK, 26.05.1982, E.981/9-448, K.982/514, Ajans TUBA, İİÇB, 7 Kasım 1983

yanında “kusurlu (kanun dışı grevi bilmesi veya bilebilecek durumda) olup olmadığının araştırılması gerektiğini”¹⁸³; grevin yasadışı olduğunu bilebilecek durumda olmayan işçinin, “grevin yasadışı olduğunu öğrendiği anda işe başlamak istemesi nedeniyle kusurunun bulunmadığını, bu durumdaki işçinin iş sözleşmesinin feshinin haksız, usulsüz ve kanuna aykırı olduğunu” kararlaştırmıştır¹⁸⁴. Bunun gibi, kanun dışı grevin başlaması üzerine “işini bırakmak ve işyerini terk etmek zorunda” kalan¹⁸⁵, “grev yapan işçilerin tehdidi” dolayısıyla işe gelemeyen¹⁸⁶ ve açılan dava sonucu “kanun dışı olmadığı” tespit edilen greve katılan işçiler hep “kusursuz” sayılmış ve kendilerine “kanuni tazminatlarının” ödenmesi kararlaştırılmıştır. Buna karşılık, katıldığı grevin “kanun dışı” olduğunu sonradan verilen “mahkeme tespit kararı (ilamı)” ile öğrendiği (bilebildiği) yolundaki savunmasına dayanarak, iş sözleşmesi zamanında (süresinde) feshedilen işçinin “kusursuz” sayılmayacağı, bu nedenle ihbar ve kıdem tazminatı isteyemeyeceği kararlaştırılmıştır¹⁸⁷.

Bundan başka, işçinin “bilerek” veya “bilebilecek durumda” kanun dışı greve katıldığı için “kusurlu” olduğunun “ispat yükü” işverene düşmektedir. Tıpkı “haklı sebeple fesih” hakkının kullanılması (İş K.md.25/II) sırasında, sözleşmenin “ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyen bir nedenle bozulduğunu ispat yükü” işverene düştüğü gibi...¹⁸⁸. Bir başka deyişle, grevin kanun dışı olması ve bunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi yetmemekte; işçinin kanun dışı grevle “ilgisi” de işveren tarafından ispat edilmek zorundadır.

Bu nedenle “işverenin sendika ve işçileri yazılı olarak uyardığını”; özellikle uygulamada görüldüğü gibi, “bir tespit davası sonunda kanunsuzluğun belirlenmesi halinde bunu duyurduğunu” ispatlaması gerekir¹⁸⁹. Aksi halde işveren, işçinin “grevle ilgisinin bulunmadığının sonradan anlaşılması” halinde yaptığı “geçersiz” veya “haksız” feshin sonuçlarına (işe iade veya kanuni tazminatlara)

¹⁸³ 10.HD, 11.05.1976, 2146/3437, İHU, Sen.K. 2, No:3 – N.ÇELİK İncelemesi; 9.HD, 29.06.1978, 6458/3736, Yasa Dergisi, Ekim 1978, s.1765 ve İHU TSGLK 29, No:3, D.ULUCAN İncelemesi; 9.HD, 20.11.1990, 11449/ 12316, Tekstil İşv.D.Şubat 1991, s.15

¹⁸⁴ HGK, 24.10.1984, E.982/9-865, K.984/841, Yargıtay HGK’nun On Yıllık Emsal Kararları, 1975-1984, s.1005; HGK, 27.09.1985, E.985/9-502, K.985/764, İlimi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Nisan 1986, s.4037 -NARMANLIOĞLU, II, s.714, dn.655,656

¹⁸⁵ 9.HD, 27.10.1972, 25943/7986, İş ve Hukuk, Ağustos 1972, s.32

¹⁸⁶ 9.HD, 02.06.1980, 6060/6446, YKD, Şubat 1981, s.189

¹⁸⁷ HGK, 26.05.1982, E.981/9-448; K.981/514 – NARMANLIOĞLU, II, s.711, dn.643

¹⁸⁸ 9.HD, 15.11.1965, 8267/9196, Türk-İş D., Nisan 1966, s.1; 9.HD, 27.11.1989, 6459/9590, Kamu-İş, Ocak 1990, s.8; 9.HD, 14.03.1991, 12308/5865 ve 9.HD, 08.04.1991, 14037/7293, Tekstil İşv.D., Ocak-Şubat-Mart 1992, s.6 ve 8

¹⁸⁹ 9.HD, 29.06.1978, 6458/3736, Yasa Dergisi, Ekim 1978, s.1765

katlanacağı gibi¹⁹⁰; açtığı tespit davaları sonunda grevin “kanun dışı olmadığına” karar verilmesi halinde de aynı sonuçlara katlanacaktır¹⁹¹.

Buna karşılık, “grevin yasa dışı olduğunun ve işçinin de bu greve katıldığına kanıtlanması yükümlülüğü işverene ait” olmakla birlikte; işçinin “greve katılmak istemediğini, işbaşı yapma arzusunda olmasına rağmen buna olanak bulamadığını ispat yükü işçiye düşer”¹⁹²...Tıpkı, kanun dışı grevin başlaması üzerine “işini bırakmak ve işyerini terk etmek zorunda kalan”¹⁹³ ve “grevci işçilerin tehdidi dolaşısıyla işe gelemediğini”¹⁹⁴ savunan işçilere ispat yükünün düştüğü gibi...

cc) İşçinin Uğradığı Zararın Sendikaca Tazmini

Kanuni grevde olduğu gibi (TİSGLK md.42/5), kanun dışı grevde geçen süre için herhangi bir “ücret ve sosyal yardım” ödemesi yapılmaz. Ayrıca, bu süre, “kıdem tazminatı” hesabında da dikkate alınmaz. Üstelik işveren, grevden önce ödediği ücretin, hafta tatili ücretinin ve sosyal sigorta priminin işveren hissesinin kanun dışı grev süresine tekabül eden kısmını geri isteyebilir (BK.md.61). Grevden sonra yaptığı ödemeleri ise “hataen kendini borçlu zannederek verdiğini ispat ederek” (BK md.62) veya “ihtirazi kayıtla ödediğini ispat ederek”¹⁹⁵ geriye alabilir¹⁹⁶. Bununla birlikte, kanun dışı greve çıkılmış olması, grev öncesi işçinin hak edip de ödenmeyen “ücret”, “ikramiye”, “fazla mesai”, “hafta tatili”, “yıllık izin”, “ulusal bayram ve genel tatil” ücretlerini talep etmesine engel olmaz.

Uygulamada, işçinin katıldığı grevin sendikanın hatalı işlemi sonucu “kanun dışı” sayılması halinde, işçinin hizmet sözleşmesinin tazminatsız feshi nedeniyle uğradığı zararın sendika tarafından genel hükümlere göre ödenmesi kararlaştırılmıştır; ancak, ödenecek tazminattan işçinin müterafik (birlikte) kusuru oranında indirim yapılır: “Akdin feshi sonucu sendikanın ödeyeceği, işçinin uğradığı

¹⁹⁰ 9.HD, 30.06.1971, 9453/13343, İş ve Hukuk, Ekim 1971, s.35

¹⁹¹ HGK, 26.05.1982, E. 981/9-448, K. 982/514 ve 9.HD, 16.03.1984, 2264/2857, NARMANLIOĞLU, II, s.711, dn.643 ve 646

¹⁹² HGK, 17.03.1965, E.1964/659-9, K.1965/120-OĞUZMAN, Toplu İlişkiler, s.255 vd.; ÇELİK, s.655; GÜNAY, İş Hukuku, s.1134

¹⁹³ 9.HD, 11.05.1981, 3715/6757, İşveren D., Kasım 1981, s.17; İHU, TSGLK 29, No:6 – D.ULUCAN İncelemesi

¹⁹⁴ 9.HD, 27.10.1972, 25943/7986, İş ve Hukuk, Ağustos 1972, s.32

¹⁹⁵ 9.HD, 02.06.1980, 6060/6446, YKD, Şubat 1981, s.189

¹⁹⁶ NARMANLIOĞLU, II, s.761

¹⁹⁷ 9.HD, 08.11.1977, 14799/16121, İHU, TSGLK 29, No:1 – C.TUNCAY İncelemesi; 9.HD, 08.11.1977, 14802/16124, YKD, Mayıs 1978, s.734

somut zarar “ihbar ve kıdem tazminatı karşılığı” hesap edilirken; BK’nun 43.maddesi uygulanarak zararın dengelenmesi (karşılanması) icap ettiği gibi, ayrıca olayın özelliği itibariyle davacının (işçinin) de müterafik kusuru ve BK 44.maddenin uygulanma olanağı üzerinde de durulmalıdır”¹⁹⁷.

Ekleyelim ki sendikaya karşı tazminat talebinde bulunan işçinin sendika üyesi olması şart değildir; sendika üyesi olmayan işçi de tazminat talebinde bulunabilir.

SONUÇ

İşçinin sadakat borcunun kaynağı güvendir. Sadece iş ilişkilerinde değil tüm insanların kurdukları her iletişimde güven önemli bir yere sahiptir. İşverenin ticari faaliyetlerini sürdürürken ilişkinin karşı tarafı olan işçiye güvenme ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaç işçiye bazı sorumluluklar yüklemiştir. İşçinin bu yükümlülüğü bazen “ticari sırlar gibi ekonomik bir değer arz eden değerleri korumak” bazen de “işverenine, ailesine şeref ve haysiyetine dokunacak sözler sarf etmemek gibi işverenin manevi değerlerine saygı gösterici” yükümlülükler şeklinde belirlenebilir. Bu yükümlülüklerin kapsamını belirlemek çok güçtür. Bu durum uygulamada hakimlerin yerinde tespitleri ile çözümlenebilecektir. Bu çalışmada işçinin sadakat borcu, kaynağını genel olarak MK. md. 2’de ve yer yer Borçlar Kanununun rekabet ve tüccar yardımcılara ilişkin hükümlerinde ve en nihayet temel kanunumuz olan İş Kanunda bulmaktadır. İş Kanununun sınırlı olarak açıkça belirttiği haller dışında, işçinin “işverenin görevini kötüye kullanmak” (İş k. md. 25/II,e) ifadesi ile aslında ana kaynağa, MK . m. 2’ye geri döndüğü ve konuyu hakimin vicdani kanaatine bıraktığı anlaşılmaktadır.

İşçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan hallerin yaptırımı, yukarıda inceleme konusu yapılan bölümlerde ayrı ayrı gösterilmiştir. Görüldüğü gibi, İş Kanunumuzun 23. ve 25. maddeleri dışında sadakat borcuna aykırılığın yaptırımı belirtilmemiştir. İş K. md. 23 de belirtilen tazminat yaptırımı yukarıda açıklandığı üzere belli bazı şartların mevcudiyeti halinde eski işverene karşı işçi ve yeni işverenin müteselsil sorumluluğunu düzenlemektedir. İş kanunu bu hüküm dışında bir tazminat ödeme yükümlülüğüyle işçiyi İş K. md. 26/2 de sorumlu kılmıştır¹⁹⁸. İş kanununda hüküm bulunmamasına rağmen, işçinin

¹⁹⁷ 9.HD, 05.11.1985, 7135/10165, İşveren D., Kasım 1985, s.19; Tekstil İşv.D., Şubat 1986, s.21

¹⁹⁸ ÇELİK, s.126;

tazminat ödeme yükümlülüğü BK. md.345 den doğmaktadır: “Bir tarafın sözleşmeye uymaması, sözleşmenin bozulması için önemli bir neden olarak kabul edilmişse, o taraf, öteki tarafa, sözleşmeyle hak kazanmış iken yoksun kaldığı ek yararları da göz önüne alınmak üzere, tam bir ödence vermekle yükümlüdür”. Bu durumda işçinin, sadakat borcuna aykırı fiilleri sonucunda işverenin haklı sebeple işçiyi çıkarması halinde, sözleşmenin bozulması dolayısıyla, işverenin yoksun kaldığı ferî çıkarları da içine alan tam bir tazminatı ödemek zorunda olduğu açıktır.

İş K. md. 25 hükmünde belirtilmiş ve yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz hallerde ise işveren İş K. md.26 hükmü uyarınca işçinin sadakat borcuna aykırı fiilini öğrenmesinden başlayarak 6 işgünü ve herhalde fiilin vukuundan itibaren bir yıl içinde kullanması gerekmektedir. Tıpkı, 2822 sayılı yasanın 45. maddesinin uygulanmasında olduğu gibi...

Ekleyelim ki, bunların yanı sıra işveren, işçiyi işten çıkarma veya tazminat talep etme hakları dışında işçiye fiillerinin derecesine göre bir disiplin cezası, kınama ve ücret kesme gibi çeşitli yaptırımlara da başvurabileceğini hatırlatmadan geçmeyelim.

Hiç kuşku yok ki kalkınmanın, büyümenin, gelişmenin temeli çalışmadır. Çalışma hayatını düzenleyen İş Kanunu ve konuya ilişkin diğer hükümlerin, sadece insan ilişkilerinin temelini oluşturan “güven sorununu” çözmesi beklenemez. Kanuni düzenlemelerde kural olarak tarafların karşılıklı çıkarları gözetilmiş, zararların engellenmesi öngörülmüştür. Esas olan tarafların karşılıklı güven ve iyi niyete dayanan sözleşmeleridir. Ümidimiz, eğitimli bir işçi sınıfı ile işçisini gözetilen bir işveren sınıfının, hayatlarının büyük çoğunluğunu birlikte geçirdikleri üretim ve para kazanma savaşında, amaçlarının örtüştüğünü görerek birbirlerini aynı cephede hasım değil ortak saymalarındır. İşte bu halde, kanımızca, işçi istese de istemese de kendini işyerinin gerçek sahibi görecektir ve gerçek sadakati kendiliğinden ortaya çıkacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKI;E/ ALTINTAŞ,O/ BAHCIVANCILAR,İ: Uygulamada İş Güvencesi, LEGAL, İstanbul, 2005
- AKYİĞİT, Ercan; İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi ,1. bası, Ankara 2001
- ÇANKAYA,O.G./ GÜNAY,C.İ./GÖKTAŞ, S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 17. bası, İstanbul 2004
- DOĞAN YENİSEY, İşverenin İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, SİCİL, 2006/2, s. 63
- DEMİR, Fevzi: Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Ve Uygulaması,3. bası, İzmir 2003
- EGEMEN/ TEMİZ: İş Hukuku Mevzuatı İle İlgili Örnek Kararlar, İstanbul, 1991
- EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler , C.1, İstanbul 1998
- ERTAŞ, Kudret: Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim:Bireysel İş Hukuku,İstanbul 2004
- GUERY, Gabriel; Pratique du Droit du Travail, 11. bası, Paris 2003
- GÜNAY, C.İ: Şerhli İş Kanunu, C.I-II, Ankara, 1998
- GÜVEN, Ercan/ AYDIN, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2004
- KAPLAN, E.T: İşverenin Fesih hakkı, Ankara, 1987
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri 1, 3. bası, İzmir 1998
- ODAMAN,S.-TUTUCU,A.: İş Kanununun 15. Maddesi Uyarınca İşyerini Terk Eden İşçiyi Çalıştıran Yeni İşverenin Sorumluluğunun Koşulları ve Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan, Cilt 2, İstanbul 2001,s.1385-1414
- OĞUZMAN, M.K: Vak'a Metodu İle Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Olaylar-Kararlar, B.4, İstanbul,1984, s.17
- PANSİER, Frederic-Jerome; Droit Du Travail,Paris 1998

SAYMEN,F.H: Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954

SOYER, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994

SUR, Melda; “Tebliğ: Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” , Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi,İstanbul 2001, s.11-39

SÜMER,H.H.Yargıtay Kararlarının İşığı Altında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi, Prof.Dr.M.KUTAL’a Armağan, Ankara, 1998

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 1.bası, İstanbul 2002

UŞAN, Fatih: İş Sırrının Korunması(Sır Saklama ve Rekabet Yasağı),1. bası, Ankara 2003

TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut : İş Hukukunun Esasları, 3.bası, İstanbul 2003

TURAN, Kamil: Ferdi İş Hukuku, Ankara 1993