

SİCİL

Haziran '10 • Yıl 5 • Sayı 18

MESS Adına Sahibi

Tuğrul KUDATGOBİLİK
MESS Yönetim Kurulu
Başkanı

Yazı İşleri Müdürü

Av. İsmet SİPAHİ
MESS Genel Sekreteri

Yayın Yönetmeni

Av. Mesut ULUSOY

Yayın Kurulu

Av. Ahmet BÖLÜKBAŞI
Av. Erten CILGA
Av. İlhan DOĞAN
Av. Ender KIZILRAY
Av. Şeyda AKTEKİN
Av. Nağme HOZAR
Av. Vahap ÜNLÜ
Av. Selçuk KOCABIYIK
Av. Uygur BOSTANCI
Av. Murat BATUR

Baskı

Hanlar Matbaacılık San.
ve Tic. Ltd. Şti.

Yeşilce Mah. Aytekin Sok.
No. 16 Kağıthane İstanbul

Yayın Türü

Yerel süreli yayın. MESS'in
üç aylık yayın organıdır.

ISSN 1306-6153

Baskı Tarihi

28 Haziran 2010

M E S S

Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası

Abidei Hürriyet Cad.
Mecidiyeköy Yolu No. 268,
MESS, 34381 Şişli İstanbul

Tel: 212 232 01 04

Faks: 212 241 76 19

e-posta: mess@mess.org.tr

www.mess.org.tr

Görüşler yazarlara aittir.

Kaynak gösterilerek alıntı
yapılabilir.

BİREYSEL İŞ HUKUKU

<i>Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerine Rastlayan Haftalarda Fazla Çalışma</i>	5
Doç. Dr. Murat ŞEN	
<i>Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?</i>	20
Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR	
<i>İş Sağlığı ve Güvenliğinde Danışmanlık Hizmetinin Hukuksal Sonuçları</i>	33
Doç. Dr. Levent AKIN	
<i>Yıllık Ücretli İznin Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not</i>	40
Yrd. Doç. Dr. K. Ahmet SEVİMLİ	
<i>İşverenin Yeniden İşçi Alma Gereği Halinde Toplu İşten Çıkarılanları Tercihen İşe Alma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışının Yaptırımı</i>	48
Yrd. Doç. Dr. İştahar (URHANOĞLU) CENGİZ	
<i>Avrupa Sosyal Şartı ve Yargıtay Kararları</i>	56
Şahin ÇİL	
<i>İş Yargılamasının Gösterdiği Özellikler</i>	70
Dr. Halil YILMAZ	
<i>İkale (Sözleşmeyi Sona Erdirme) Sözleşmesi</i>	86
Av. Ergun İNCE	

KARAR İNCELEMELERİ

<i>Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartlarının Hukuki Niteliği</i>	97
Prof. Dr. Nizamettin AKTAY	
<i>İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik</i>	
<i>Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı</i>	104
Doç. Dr. Nürşen CANIKLIOĞLU	
<i>Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin İşyeri Bölümünün Devriyle Bağlantısı-Asıl İşveren</i>	
<i>Alt İşveren İlişkisi Kurulurken İş Sözleşmelerinin Feshi</i>	114
Doç. Dr. Kadriye BAKIRCI	
<i>Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklileri İş Sözleşmesinin Feshi</i>	129
Yrd. Doç. Dr. N. Binnur TULUKCU	
<i>İşe İade Davalarında Kararın Kesinleşmesi ve Tebliğ</i>	143
Av. Kâzım Yücel DÖNMEZ	

TOPLU İŞ HUKUKU

<i>Anayasanın İş Hukukuna İlişkin Bazı Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi</i>	151
Prof. Dr. A. Can TUNCAY	
<i>Sendikanın Başka Bir Sendikaya Katılması veya Sendikaların Birleşmesi</i>	159
Doç. Dr. Serkan ODAMAN	

KARAR İNCELEMESİ

Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi-Kazanılmış Hakların Korunması 165
Doç. Dr. Kübra DOĞAN YENİSEY

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

5510 Sayılı Kanun'da Primlerin Karşılıklı Olma Özelliği ve Çırakların ve Mesleki Eğitim Gören Öğrencilerin Sosyal Güvenliği 175
Prof. Dr. Yusuf ALPER

Ücret Garanti Fonundan Yararlanmak İmkânsızlaşıyor Mu? 184
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK

Sosyal Güvenlik Mevzuatında İşveren Yükümlülükleri 193
Mustafa KESKİN

KARAR İNCELEMESİ

İşyeri Dışında Meydana Gelen İş Kazası Nedeniyle Sorumluluk-İşverenin Önlem Alma Yükümlülüğü-Uygun İlliyet Bağı 202
Doç. Dr. Coşkun SARAÇ

MALİ HUKUK

İşyeri Devrinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi 215
Yrd. Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması ve İş Hukuku Bakımından Sonuçları 232
Prof. Dr. Ufuk AYDIN

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Portekiz'de Güvenceli Esneklik 244
Madalena GONÇALVEZ

KARAR İNCELEMESİ

İşe Alımda Cinsiyet Ayrımcılığı 247
Av. Vahap ÜNLÜ



“Biz, bu filmi görmüştük” demek istemiyoruz!

Endüstri ilişkilerinde sürekli değişen gündemi paylaşıyoruz. Bu gündemin ilk sırasında, çalışma hayatımızla ilgili son derece olumsuz hükümler içeren Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun yer alıyor. Söz konusu değişiklikler, sonuçları ve etkileri düşünülmemiş yanlışlar içermektedir. Şöyle ki; yürürlükten kaldırılmak istenilen düzenlemelerden birisi Anayasa’da yer alan “Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz.” hükmü. Bugüne kadar uygulamada herhangi bir soruna neden olmayan söz konusu hüküm, sendikaya üyelikte belli bir disiplin sağlanmasında son derece önemli bir işlev üstlenmektedir. Diğer taraftan bu hükmün yürürlükten kaldırılması, işçi sendikaları arasında sıklıkla karşılaşılan yetki sorunlarının daha da karmaşık hale gelmesine sebep olacak ve toplu sözleşme sürecinde işçi ve sendikası arasında var olan karşılıklı güvenin sarsılmasına yol açacaktır. Bunların yanı sıra, Anayasa’da yapılmak istenilen değişiklikle, aynı işyerinde, aynı dönem için, birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılması ve uygulanmasına imkan tanınması da sözleşme hükümleri arasında çatışmanın doğmasına, sözleşme düzeninin bozulmasına sebebiyet verecektir. Ayrıca, grev hakkının sınırlarının kalkması ile de grev, toplu iş sözleşmesine ulaşmak için kullanılan bir araç iken siyasi taleplerin ve illegal örgütlerin bir aracı haline gelebilecektir. Tüm bunların sonucunda ülke barışı ve toplumsal düzen zarar görecektir. Her ne kadar, mevcut Anayasa’nın bazı maddelerinin değiştirilmesindeki amacın, gerek uluslararası sözleşmeler gerekse de AB kriterlerine paralel düzenlemeler getirerek günün şartlarına ve gereksinimlerine uyum sağlamak (!) olduğu belirtilse de (ki durum hiç de böyle değildir), geçmişte yaşanan tatsız olayların yinelenmesinin bu noktada kaçınılmaz olacağını söylemek yanlış olmayacaktır çünkü bugünkü düzenlemelerin tümü, geçmişte yaşanan kötü deneyimler nedeniyle getirilmiştir. Bilindiği üzere, söz konusu

Kanun’un şekil yönünden tümünün iptali ile yürütmesinin durdurulması amacıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuştur. Herhangi bir iptal söz konusu olmazsa, Kanun değişikliği Yüksek Seçim Kurulu’nca belirlenen 12 Eylül 2010 tarihinde balkoyuna sunularak tümüyle oylanacaktır.

Gündemi meşgul eden bir diğer konu ise İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin kimi maddelerinin Danıştay tarafından yürütmesinin durdurulması kararının verilmesidir. Bu kararlar nedeniyle daha önce açılan eğitimleri bitiren yaklaşık 1700 katılımcının akıbeti belirsizdir. İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının eğitimi ve sertifikalandırılmasına ilişkin düzenlemeler, Danıştay’ın yürütmeyi durdurma kararları çerçevesinde çıkmaza girmiş olup para, zaman ve emeğin boşa gitmemesi için konunun öncelikle açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Şirket birleşmelerinde işletme gerekleri ile iş sözleşmesinin feshi, iş yargılamasının gösterdiği özellikler, Avrupa Sosyal Şartı ve Yargıtay Kararları, Ulusal Bayram ve genel tatil günlerine rastlayan haftalarda fazla çalışma, yıllık ücretli iznin kullandırılmamasının hukuki sonuçları, işçinin sürücü belgesine el konulmasının iş hukuku bakımından sonuçları, mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisi ile 5510 sayılı Kanunda primlerin karşılık olma özelliği ve çırakların ve mesleki eğitim gören öğrencilerin sosyal güvenliği dergimizin 18. sayısında değerlendirilen konu başlıklarından bazıları. Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemelerinin yer aldığı dergimizi siz değerli okuyucularımız bilgilerine sunarız.

Saygılarımla,
Av. İsmet Sipahi

444 EVİM'i arayın, işyerinden ev alın!

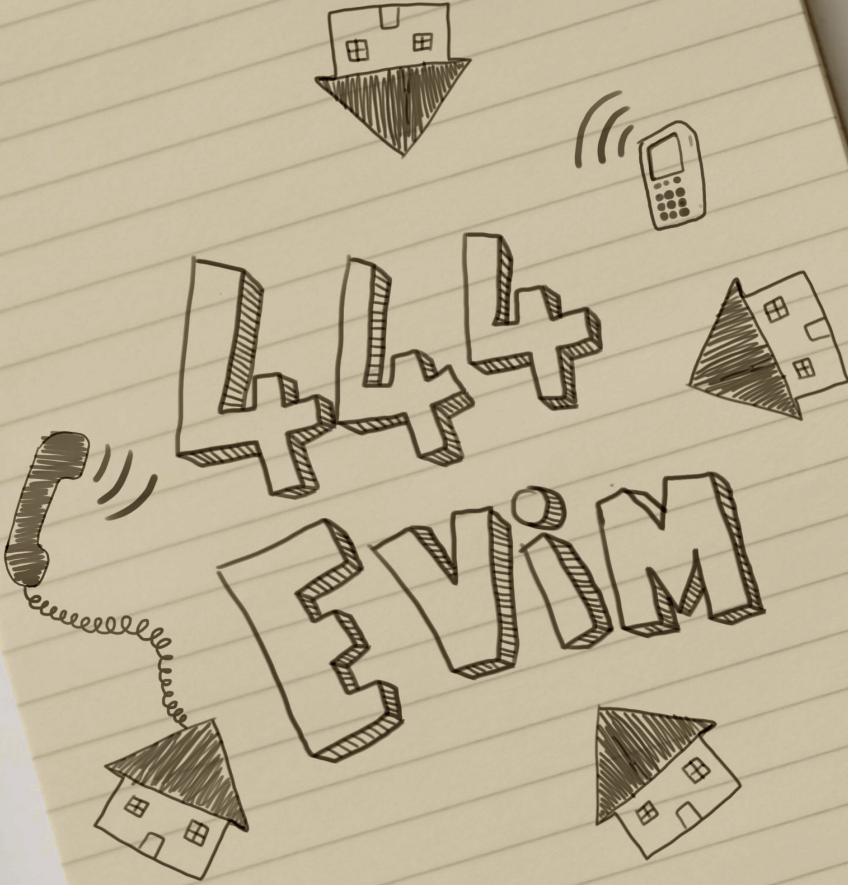
Nerede olursanız olun, ister işyerinde ister sahilde
444 3846'yı arayın, Mortgage Uzmanı Garanti'ye
bağlanın. Hayalinizdeki evi en uygun şartlarda alın.

Başka bir arzunuz?



MORTGAGE
UZMANI
Garanti

444 EVİM
444 3846



Doç. Dr. Murat ŞEN

Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerine Rastlayan Haftalarda Fazla Çalışma

1. GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu “Fazla çalışma ücreti” kenar başlığı altındaki 41. maddesinde fazla çalışma kavramını tanımlamış, şartlarını, sınırlarını ve yasaklarını belirlemiş ve 1475 sayılı İş Kanunu’nda yer almayan fazla sürelerle çalışma kavramı ile serbest zaman kullanılmasını da düzenlemiştir. “Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar”ı fazla çalışma olarak kabul eden 41. madde hükmü karşısında, hafta günlerinden bir veya birkaç günün ulusal bayram veya genel tatil gününe rastlaması halinde fazla çalışma süresinin nasıl hesaplanacağı uygulamada bir sorun olarak ortaya çıkmıştır.

Bilindiği üzere, Anayasanın “Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı” kenar başlıklı 50. maddesinde, dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu belirtildikten sonra, ücretli hafta ve bayram tatili ile yıllık ücretli izin hakları ve şartlarının Kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. 2429 sayılı “Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında

Kanun”¹ ile ulusal bayram ve genel tatil günleri tespit edilmiş, İş Kanunu’nun “Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma” kenar başlıklı 44. maddesinde de ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışılması halinde ortaya çıkabilecek sorunlara yönelik hükümler getirilmiştir. Diğer taraftan bir diğer dinlenme zamanı olan hafta tatiline yönelik olarak da gerek İş Kanunu’nun “Hafta tatili ücreti” kenar başlıklı 46. maddesi ve gerekse 394 sayılı “Hafta Tatili Hakkında Kanun”² ile hafta tatili ve hafta tatili ücreti konuları düzenlenmiştir.

Geçtiğimiz son iki üç aylık dönemde, genel tatil günleri olan 23 Nisan 2010 tarihinin Cuma gününe, 1 Mayıs 2010 tarihinin Cumartesi gününe ve 19 Mayıs 2010 tarihinin de Çarşamba gününe rastlaması nedeniyle işverenlerin, işçilerini bu günlerde çalıştırmaları veya çalıştırmayıp sair günlerde çalıştırmaları halinde fazla çalışma yapıp yapılmadığı ve ödenecek ücretler konusunda bir takım sorunlarla karşı karşıya kaldığı görülmüştür.

Bu çalışmada, sırasıyla, ulusal bayram, genel

tatil ve hafta tatili günlerinde çalışılması halinde nasıl bir ücret ödenmesi gerektiği ile o haftalarda fazla çalışmanın nasıl belirleneceği ve ücretin nasıl hesaplanacağı gibi hususlar değişik ihtimaller dikkate alınarak açıklığa kavuşturulacaktır.

II. ULUSAL BAYRAM, GENEL TATİL VE HAFTA TATİLİ GÜNLERİNDE ÇALIŞMA

A. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre, 29 Ekim günü Ulusal Bayramdır ve bayram 28 Ekim günü saat 13.00'ten itibaren başlar. Her ne kadar Kanun'da "29 Ekim günü özel işyerlerinin kapanması zorunludur." (2/D-son) denilmiş ise de bu durum ulusal bayram tatilinin sadece 29 Ekim'e özgülediğini ortaya koyan bir hüküm değildir ve bayram tatili süresini bir güne indirmez; bu hüküm sadece çalışma yasağına yönelik bir hükümdür ve 28 Ekim gününde bir çalışma yasağının bulunmadığını ortaya koymaktadır³. Şu halde, ulusal bayram tatili süresi her halükarda 28 Ekim saat 13.00'den itibaren başlayan ve 29 Ekim gününü de kapsayan bir buçuk günlük süredir.

Diğer taraftan söz konusu Kanunla 29 Ekim günü özel işyerlerinin kapatılması zorunluluğu getirilmiş, ancak bu zorunluluğa uymayanlara bir ceza yaptırımı öngörülmemiştir. Bu nedenle, çalışma yaptıran işverene yönelik açılan bir davada, Yargıtay tarafından kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinden hareketle, sanık işverenlerin beraatine karar verilmiştir: "Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkındaki 2429 sayılı Kanun'un 2. maddesinin son fıkrası, 29 Ekim günü özel işyerlerinin kapatılması zorunluluğunu getirmekte ise de, bu zorunluğa uymayanlar hakkında bir müeyyide koymadığı gibi, takibat yapılacağına dair bir hüküm de ihtiva etmediği cihetle, kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibinden hareket edilerek sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken, olayda uygulama yeri olmayan yazılı madde ile mahkumiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir."⁴

2429 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre, res-

mi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü ve 1 Mayıs günü genel tatil günleridir. Resmi bayram günleri 23 Nisan, 19 Mayıs, 30 Ağustos günleridir. Dini bayramlar ise Ramazan Bayramı; arefe günü saat 13.00'ten itibaren 3,5 gün, Kurban Bayramı da arefe günü saat 13.00'ten itibaren 4,5 gündür. 1 Ocak günü yılbaşı tatili, 1 Mayıs günü Emek ve Dayanışma Günü tatilidir⁵. Ulusal, resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü ve 1 Mayıs günü resmi daire ve kuruluşlar tatil edilir. Burada belirtilmesi gereken bir husus da, sözü edilen bu genel tatil günlerindeki çalışılan yarım günlerin, işçinin işe devamsızlığında tam gün olarak kabul edilmeyeceğidir. Yargıtay da "...arife günü yarım gün tatildir. Böyle olunca davacının üst üste iki iş günü devamsızlık şartı gerçekleşmemiştir."⁶ demek suretiyle aynı kanaatte olduğunu açıklamaktadır.

2429 sayılı Kanunda belirtilen ulusal bayram ve genel tatil günleri; Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip Cumartesi gününün tamamı tatil yapılır (2429 sayılı Kanun m. 2/D, 2)⁷. Örneğin resmi bayram günü olan 23 Nisan 2010 tarihi Cuma gününe rastlamış bir genel tatil günü olduğundan yasa gereği 24 Nisan 2010 Cumartesi günü de genel tatil günü olarak kabul edilmiş olmaktadır. Ancak Yargıtay, bu gibi durumlarda Cumartesi gününün genel tatil günü değil, normal bir gün olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir⁸. Yargıtay'a göre, "Davacı dava dilekçesinde Genel Tatil gününün son gününün Cuma gününe rastladığını, ertesi gün olan Cumartesi gününde de çalıştırılması nedeniyle kendisine Toplu İş Sözleşmesinin 36/11. maddesine göre tatil günü ücreti ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme genel tatil gününü takip eden cumartesi gününün de Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkındaki Kanun uyarınca genel tatil günü olarak kabul edilmesi gerektiği görüşüyle davacı isteklerini kabul etmiş olup karar davalı tarafca temyiz edilmiştir.

Davacının dayanak yaptığı 1.3.2001-28.2.2003 dönemini kapsayan toplu iş sözleşmesinin 36. maddesinin "Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri Ücretleri" başlıklı II. bendinde; "...ulusal bayram ve genel tatil günleri ilgili kanunlarda belli edilen günler olup bu güne ait ücretleri çalıştırılmadıkları takdirde bir iş karşılığı olmaksız-

zın tam yevmiye, tatil yapmayarak çalıştırıldıkları takdirde ise bir misli fazlası ödenir. Ayrıca, bu iki misli ücretin % 50'si tutan tazminat olarak ödenir..." hükmü yer almaktadır.

Yine aynı sözleşmenin 36. maddesinde... "haftalık iş süresi 5 gün ve kırk beş saat olarak uygulanan işçilerden haftalık iş süresine uygun olarak çalışmış olup cumartesi günü dinlenmesi gereken işçilerin bu gün çalıştırılmaları halinde çalıştıkları süreye ait ücretleri % 75 zamlı ödenir.." denilmektedir.

Davacı genel tatil günü olan cuma gününden sonraki cumartesi gününün de genel tatil günü olarak değerlendirilmesini talep etmektedir. Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 2/D maddesinde; "Bu Kanunda belirtilen Ulusal Bayram ve genel tatil günleri cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip cumartesi gününün tamamı tatil yapılır.." hükmü yer almaktadır. Kanunun bu maddesinin düzenleniş amacı, Kanunun yayımlandığı tarihte Cumartesi günleri saat 13'e kadar çalışma yapılmasıdır. Yasa belirtilen maddesiyle bu süreyi de tatil gününün kapsamı içine almış olup cumartesi gününün genel tatil günü olarak kabulü mümkün değildir. Bugünün de normal cumartesi günü olarak değerlendirilmesi gerekir.

Ayrıca yukarıda belirtilen yasada genel tatil günlerinin kaç gün olduğu da belirtilmiştir. İlgili toplu iş sözleşmesinde cumartesi günleri çalışma yapılması halinde ödenecek ücrette açıkça belirtilmiştir. Yine 1475 sayılı İş Kanunu'nun 38. maddesinde de cumartesi günü ücreti düzenlendiği gibi aynı Yasanın 42. maddesinde de genel tatil günü ücretinin hangi günler için ödeneceği belirtilmektedir. Bütün bu yasal düzenlemeler karşısında son günü cumaya gelen genel tatil gününü takip eden cumartesi gününün de genel tatil günü olarak kabul edilmesi mümkün olamayacağından, usul ve yasaya aykırı olarak verilmiş olan Mahkeme kararının bozulması gerekmiştir."⁹

B. Hafta Tatili Günü

2429 sayılı Kanun'un 3/A maddesine göre, Hafta tatili Pazar günüdür¹⁰ ve bu tatil 35 saatten az olmamak üzere Cumartesi günü en geç saat 13.00'ten itibaren başlar. 394 sayılı Hafta

Tatili Kanunu¹¹, 4857 sayılı İş Kanunu ve diğer kanunlardaki hafta tatili ile ilgili hükümler saklıdır (2429 sayılı K. m. 3/B).

İş Kanunu'nun "Hafta tatili ücreti" kenar başlığını taşıyan 46. maddesine göre "Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verilir."¹² Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesindeki "Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde haftanın tatilden önceki 6 işgününde bu Kanunun günlük iş sürelerine uygun olarak çalışmış olan işçilere çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın bir gündelik tutarında ücret ödenir..." şeklindeki hüküm gereği aranan hafta tatili ücretine hak kazanmak için zorunlu olan 6 işgünü çalışma şartı, 4857 sayılı İş Kanunu ile kaldırılmış bulunmaktadır.

Hafta Tatili Kanunu'na göre, Pazar günü tatil yapmama imkanı tanınan hastane, eczane, vapur, elektrik, gaz, telefon şirketleri, matbaa, tiyatro, sinema, eğlence yerleri, otel, lokanta gibi işyerlerinde Pazar günü çalışan işçilere hafta içinde bir gün tatil verilmesi zorunludur (394 sayılı HTK m. 4). Bunun gibi, Pazar günü tatil edilen işyerlerinde bekçilik ve kapıcılık gibi zorunlu hizmetleri yapan işçilere de haftanın diğer bir gününde tatil verilir (HTK. m. 6). Aynı şekilde, Pazar günü vardiyasında çalışan işçilere "Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"¹³ m. 11 hükmü gereğince "Postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerde, işçilere, haftanın bir gününde 24 saatten az olmamak üzere ve nöbetleşme yolu ile hafta tatili verilmesi zorunludur."

Bu gibi durumlarda Pazar günü çalışan işçinin hafta arasında tatil yapması gereken gün, o işçi açısından "hafta tatili" niteliğindedir ve bu husustaki hükümlere tabidir¹⁴. Yargıtay'a göre de, "...nöbet esasına göre çalışan davacı haftanın her hangi bir günü 24 saat çalışması halinde hafta tatilini kullanmış olacaktır. Nöbet çizelgeleri ve takip fişleri ile kendi ibraz ettiği mahkeme kararından iki gün çalıştıktan sonra 24 saat dinlenerek hafta tatilinde çalış-

madığı anlaşıldığından anılan isteğin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.”¹⁵ Yine Yargıtay’a göre, hafta tatilini hafta içindeki bir günde kullanan işçilerin fazla çalışma hesabında hafta tatilinde çalışmadığı dikkate alınarak hesaplamaların yapılması gerekir¹⁶.

Şu halde 4857 sayılı İş Kanunu’nun 46. maddesine göre işçinin, tatil gününden önce aynı yasanın 63. maddesine göre belirlenmiş olan iş günlerinde çalışmış olması koşuluyla yedi günlük zaman dilimi içinde 24 saat dinlenme hakkı bulunmakta olup bu sürenin kesintisiz kullanılması gerekir. Şayet bu sürenin altında bir süre verilmesi durumunda, usulüne uygun şekilde hafta tatili izni kullandığından söz edilemez. Ayrıca, hafta tatili bölünerek kullanılamaz ve hafta tatili 24 saatten az olarak kullanılmamış ise hafta tatili hiç kullanılmamış sayılır¹⁷.

C. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Gününde Çalışma

4857 sayılı İş Kanunu’nun “Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma” kenar başlığını taşıyan 44. maddesine göre “Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır. Sözleşmelerde hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gereklidir.

Bu günlere ait ücretler 47 nci maddeye göre ödenir.”

Şu halde ulusal bayram ve genel tatil günlerinde aslanan işçilerin çalışmaması olup işçinin çalışması her halükarda onayla mümkündür. Bu onay, sözleşmeye konulan bir hükümle alınabileceği gibi sonradan da gerçekleştirilebilir¹⁸.

İşçinin onay vermemesi halinde söz konusu günlerde çalıştırılması mümkün değildir¹⁹. Yargıtay konu ile ilgili bir uyuşmazlıkta, “Davalı savunmasında davacının dini bayramın birinci günü hariç diğer günlerinde ardarda iki gün işine devam etmediğini, TİS hükmü uyarınca anılan günlerde işyerinde çalışma yapılacağına bir hafta öncesi işyerinde ilan yapılarak duyuruda bulunulduğunu, buna rağmen davacının işbaşı yapmaması nedeniyle iş akdinin 1475 sayılı İş Kanunu’nun 17. maddesinin 2. bendinin (f) fıkrası gereğince feshedildiğini ileri sürmüştür.

TİS’nin 22. maddesinde ulusal bayram ve genel tatillerin yasada gösterilen gün ve zamanlar olduğu belirtildikten sonra, ulusal bayram ve genel tatillerinde çalışmanın işçilere 48 saat önceden duyurulacağı, ancak dini bayramların birinci günü işyerinde çalışılmayacağı öngörülmüştür.

Gerçekten davacının duyuruya rağmen sözü edilen günlerde işe gelmediği ve çalışmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Genel tatillerde çalışılmayacağı, TİS’de öngörülmemesine göre, davacının sözleşme hükmüne uyarak davet üzerine çalışmaya gelmesi gerekirdi. Buna riayet etmediğine göre, işverenin İş Kanunu’nun 17. maddesinin 2. bendinin (f) fıkrası hükmüne göre fesih hakkı doğmuştur. Böyle olunca davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmayacağından bu isteklerin reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde ve olaya yanlış anlam verilerek davacının çalışmış olduğundan bahisle isteklerin kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”²⁰ diyerek işçilerin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde kural olarak çalışmayacaklarını, ama sözleşme ile çalışacaklarının kararlaştırılabileceğini, bu takdirde de işçilerin buna uygun hareket etmeleri gerektiğini karara bağlamıştır.

Bu husus İş Kanunu’nun “Saklı haklar” kenar başlıklı 45. maddesinde “Toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerine hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerde işçilere tanınan haklara, ücretli izinlere ve yüzde usulü ile çalışan işçilerin bu Kanunla tanınan haklarına aykırı hükümler konulamaz.

Bu hususlarda işçilere daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya gelenekten doğan kazanılmış haklar saklıdır.” denilerek bu hükmün nisbi emredici bir hüküm olduğu ve işçiye daha elverişli haklar sağlayan hükümlerin sözleşmelerle veya işyeri uygulamaları ve gelenekler ile getirilebileceği belirtilmiştir²¹.

İş Kanunu’nun “Genel tatil ücreti” kenar başlığı ile düzenlenen 47. maddesine göre “Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere, kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca

çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir.

Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde işçilerin ulusal bayram ve genel tatil ücretleri işverence işçiye ödenir.”

Şu halde, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işçi, çalışmaksızın o günün ücretine kanun gereği hak kazanmaktadır²². Burada sözü edilen bir günlük ücret, ulusal bayram veya genel tatil gününün gerçekleştiği dönemdeki temel (çıplak) ücrettir (İş K. m. 50)²³. Şayet işçi, ulusal bayram ve genel tatil gününde çalışırsa, o gün çalışmadan yasa gereği hak kazandığı ücretine ek olarak ayrıca o günkü çalışmasının karşılığı olan ücrete de hak kazanır²⁴. Maktu aylıklı işçilere ayrıca tatil ücreti adı altında bir ödeme yapılmaz. Zira bunların belirlenen aylığının otuzda biri işçilerin bir günlük ücreti olup maktu aylığın içinde o güne ait ücreti zaten vardır²⁵. Ancak ulusal bayram ve genel tatil gününde çalışmışlarsa, ayrıca çalıştıkları her bir gün için bir günlük ücret ayrıca ödenir²⁶.

Önemle belirtelim ki, ulusal bayram ve genel tatil günlerindeki çalışma kuralı olarak fazla çalışma sayılmaz²⁷. Bugün için işçiye ödenen ücret fazla çalışma ücreti değildir, işçinin normal çalışmasının karşılığı olarak ödenen ücrettir. Örneğin, 23 Nisan 2010 Cuma günü, 1 Mayıs 2010 Cumartesi günü veya 19 Mayıs 2010 Çarşamba günü gibi genel tatillerde çalışmayan bir işçiye, günlük ücreti 50 TL ise, 50 TL ödeme yapılacaktır; şayet çalışırlarsa çalışılan gün için ayrıca o günün ücreti de ödenecektir. Dolayısıyla, 50 TL çalışmadan alacağı ücrete ilave olarak 50 TL de çalışması karşılığı olmak üzere toplamda 100 TL ücret ödenmiş olacaktır.

Kanunda çalışılan günün ücretinin ayrıca ödeneceği ve bunun üstünde haklar sağlayan hükümlerin de saklı olduğu belirtildiğine göre, nisbi emredici nitelikli bu hüküm gereği, işçiye ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışması halinde yüzde elli, yüzde yüz veya daha farklı oranlarda artırılmış zamlı ücretin ödenmesi mümkündür²⁸. Bu gibi durumlarda sözü edilen düzenleme gereği ödeme yapılır. Bu bağlamda örneğin, bir işyerinde ulusal bayram ve genel tatillerde çalışacak işçilere yüzde yüz zamlı ücret ödeneceği kararlaştırılmış ise, 23 Nisan 2010 Cuma günü, 1 Mayıs 2010 Cumartesi günü veya

19 Mayıs 2010 Çarşamba günlerinden birinde çalışan işçiye, günlük ücreti 50 TL ise, çalışmadan hak kazanacağı 50 TL yanında ayrıca çalışması nedeniyle sahip olacağı yüzde yüz zamlı ücret yani 100 TL de ödenecektir. Dolayısıyla işçi, sözü edilen her bir genel tatil günü için çalışmazsa 50 TL'ye, çalışırsa 150 TL'ye hak kazanmış olacaktır.

Tekrara girmeden belirtelim ki, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışılma halinde o günün ücretinin ödeneceğine ilişkin hüküm nisbi emredici bir hüküm olup taraflarca işçi yararına olarak aksi kararlaştırılabilir (artırılabilir).

D. Hafta Tatilinde Çalışma

İş Kanunu'nun “Hafta tatili ücreti” kenar başlığını taşıyan 46. maddesinin ikinci fıkrasına göre “Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir.” Aynı şekilde “Ücret şekillerine göre tatil ücreti” başlıklı 49. maddeye göre de, “İşçinin tatil günü ücreti çalıştığı günlere göre bir güne düşen ücretidir.

Parça başına, akort, götürü veya yüzde usulü ile çalışan işçilerin tatil günü ücreti, ödeme döneminde kazandığı ücretin aynı süre içinde çalıştığı günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır.

Saat ücreti ile çalışan işçilerin tatil günü ücreti saat ücretinin yedi buçuk katıdır.

Hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık ücretli işçilere 46, 47 ve 48 inci maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanmaz. Ancak bunlardan ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışanlara ayrıca çalıştığı her gün için bir günlük ücreti ödenir”. Yargıtay'a göre de “... haftanın tatilden önceki kanuni iş süresinde çalışma olmamışsa, işçi sadece hafta tatili gününde çalışmış olmasından dolayı çalışma parası isteyemeyecektir. İsteyebileceği ücret ancak normal yevmiyesidir...”²⁹

Hafta tatili ücreti işçinin temel (çıplak) ücreti olup ek ödemeler hesaba katılmaz³⁰. Zira İş Kanunu'nun “Tatil ücretine girmeyen kısımlar” başlıklı 50. maddesine göre, “Fazla çalışma karşılığı olarak alınan ücretler, primler, işyerinin temelli işçisi olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde

çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler ve sosyal yardımlar, ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretlerin tespitinde hesaba katılmaz.”

İşçinin hafta tatilinde çalıştırılmayıp dinlenmesinin sağlanması Anayasanın 50. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluk olmakla birlikte işçilerin hafta tatilinde de çalıştırıldıkları görülmekte, pek çok toplu iş sözleşmesine de hafta tatilinde çalışma halinde işçilere iki ile dört yevmiye (günderlik) tutarına varan zamlı ücret ödeneceğine ilişkin hükümler konulmaktadır³¹. Bu bağlamda Yargıtay, hafta tatilinde çalışan işçilere yüzde 150 zamlı ödeme yapılması kararlaştırılmış ise, hafta içinde bir gün izin yapılırsa bile yüzde 150 zamlı ücretin ödenmesi gerekeceğine de vurgu yapmış bulunmaktadır³².

Hafta tatilinde çalışma halinde alınacak ücretin sözleşmelerle belirlenmediği durumlarda işçinin alacağı ücretin nasıl belirleneceği önem taşımaktadır. Yargıtay “Davacı aylık ücretle çalışmaktadır. Aylık maktu ücrete, çalışılmayan genel ve hafta tatili ücretleri de dahildir. Hafta ve genel tatilde çalışma sabit görüldüğü takdirde İş Yasasının 42. maddesi uyarınca hafta ve genel tatil ücretinin bir kat fazlasıyla ancak tatilden önceki 6 işgününde Kanunda öngörülen sürelerle çalışan kimsenin hafta tatilinde çalışması fazla çalışma niteliğine bürüneceğinden bu günlere has olmak üzere 1 kat fazlanın % 50 zammıyla ödetilmesi gerekir. Mahkemenin bu oranları aşarak hüküm vermesi de hatalıdır.”³³ demek suretiyle, tatilden önceki günlerde yasada öngörülen süre kadar çalışmış olan işçinin hafta tatilinde çalıştırılması halinde, bunun fazla çalışma olarak değerlendirilmesi gerekeceğine hükmetmektedir.

Bu durumda, işçinin hafta tatilinden önceki çalışmalarının toplamı kırk beş saati buluyorsa, hafta tatili günü için çalışmadan yasa gereği almaya hak kazandığı bir gündelik tutarındaki ücretine, hafta tatilinde fiilen çalışması nedeniyle fazla çalışmaya giren yüzde elli zamlı ücret yani işçinin 1,5 gündeliği daha eklenecek ve hafta tatilinde çalışan işçiye o gün için toplam 2,5 gündelik ücret ödenmesi gerekecektir³⁴. Buna karşılık işçinin haftalık çalışma süresi sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlenmişse, çalışmadan hak ettiği bir günlük ücrete ek olarak, hafta tatili günündeki çalışmasının kırk beş saate kadar olan bölümü fazla sürelerle çalışma sayılarak %25, kırk beş saati aşan bölümü için ise %50 zamlı ücrete hak kazanacaktır³⁵. İşçinin fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma niteliğindeki bu çalışmalarını karşılığı olarak ücret yerine serbest zaman da kullanabilmesi mümkündür (İş K. m. 41/IV)³⁶.

Ayrıca belirtelim ki hafta tatili gününde çalıştığını iddia eden işçi norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda yer alan hafta tatili ücreti ödemesinin yapıldığı varsayılır. Bordroda ilgili bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşınamaması halinde işçi, hafta tatilinde çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir³⁷.

E. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Gününün Hafta Tatiline (Pazar Gününe) Rastlaması

Ulusal bayram ve genel tatil günlerinden birinin hafta tatili gününe rastlaması halinde, işçiye, bir günlük ücretin mi yoksa hem hafta tatili ücretinin hem de genel tatil günü ücretinin mi ödemesi gerekeceği konusunda Kanunumuzda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu gibi durumlarda kanun koyucunun amacının tatil kabul edilen günlerde işçinin ücret kaybına uğramaksızın dinlenmesini sağlamak olduğu bilindiğine göre o günün ücreti de kendisine ödendiğine göre ayrıca bir ücret ödenmesine gerek bulunmadığı kabul edilir³⁸. Öğreti ve Yargıtay uygulamasına göre, bu durum bir rastlantıdan ibaret olup her ikisinde de çalışılmama ortak yönü bulunduğundan ve işçi de bir kayba uğramadığından işçiye sadece bir günlük ücret ödenir³⁹.

F. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Gününün Çalışılmayan Cumartesi Gününe Rastlaması

Haftalık çalışma süresi olan kırk beş saatin haftanın beş gününe bölündüğü ve Cumartesi günü de çalışılmayan işyerlerinde, Cumartesi gününün Ulusal Bayram veya bir genel tatil gününe rastlaması halinde, Cumartesi çalışılmaz ise (örneğin sözü edilen tarzda bir çalışma disiplini geliştiren işyerinde 1 Mayıs 2010 Cumartesi günü

çalışılmazsa), Cumartesi gününün genel tatil gününe rastlamasının tamamen bir takvim rastlantısı olduğu kabul edilerek (işçinin kazancında da bir azalma olmadığı için) bugün için işçiye ayrıca bir tatil ücreti ödenmez⁴⁰. Yargıtay da, bu yönde verilen ve Cumartesi gününün bayrama rastlamasının tamamen bir takvim rastlantısı olduğunu ve bunun için ayrıca ücret ödenmesine gerek bulunmadığını karara bağlayan bir yerel mahkeme kararını onamış olup⁴¹, bu yöndeki içtihadını da sürdürmektedir⁴². Dolayısıyla, haftalık kırk beş saatlik çalışma süresini haftanın ilk beş gününde tamamlayan bir işçinin genel tatil gününe rastlayan Cumartesi günü için ayrıca bir genel tatil günü ücreti alabilmesi mümkün değildir. Yine, Cumartesi günü yapması gereken çalışmaya ilişkin sürenin diğer günlere paylaşılması nedeniyle paylaşılacak saatler için de genel tatil ücreti ödenmesine gerek yoktur.

Eğer bu gibi durumlarda Cumartesi günü çalışılırsa, işçi haftalık kırk beş saatlik çalışmasını haftanın ilk beş gününde tamamladığı için ulusal bayram ve genel tatil gününe rastlayan Cumartesi günü yaptığı çalışma fazla çalışma kabul edilir ve bunun hükümlerine tabi olur⁴³. Eğer bu gibi zamanlara özgü özel bir düzenleme getirilmiş ise o düzenlemeye göre hareket edilir. Şayet özel bir düzenleme yapılmamışsa, o gün yaptığı çalışmalar için, fazla çalışma ücreti olarak kararlaştırılan ücrete hak kazanır. Örneğin, bir saat için 10 TL ücretin kararlaştırılması halinde, fazla çalışma ücreti olarak her bir saat için (Kanun gereği en az %50 zamlı ödeneceğine göre), 15 TL ücret ödenmesi gerekecektir. Belirtelim ki, sözleşmelerle fazla çalışma ücreti oranının %50'nin üzerinde tespit edilebilmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda hem Cumartesi çalışılması ve hem de fazla çalışma hükümlerine tabi olması nedeniyle genellikle özel düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Özel düzenlemelerin bulunması halinde ona göre hareket edilmesi gerekir.

G. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Gününün Cuma Gününe Rastlaması

2429 sayılı Kanun'da belirtilen ulusal bayram ve genel tatil günleri, Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip Cumartesi gününün tamamı

tatil yapılır (m. 2/D, II). Örneğin resmi bayram günü olan 23 Nisan 2010 tarihi Cuma gününe rastlamış bir genel tatil günü olduğundan yasa gereği 24 Nisan 2010 Cumartesi günü de genel tatil günü olarak kabul edilmiş olmaktadır.

Haftalık çalışma süresi olan kırk beş saatin haftanın beş gününe bölünerek çalışma yapılmasının kararlaştırıldığı ve Cumartesi günü de çalışılmayan işyerlerinde, Cuma gününün ulusal bayram veya bir genel tatil gününe rastlaması halinde Kanun gereği Cumartesi gününün de tatil sayılması nedeniyle, Cuma ve Cumartesi veya bunlardan herhangi birinde yapılan çalışmanın ve ücretinin nasıl tespit edileceği de bir sorun olarak görülebilmekte ve çalışmanın bir genel tatil günü çalışması mı yoksa bir Cumartesi günü çalışması mı veya bir fazla çalışma mı olduğu konusunda uyuşmazlıklar çıkabilmektedir.

Haftalık çalışma süresi olan kırk beş saatin haftanın beş gününe bölündüğü ve Cumartesi günü de çalışılmayan işyerlerinde, 23 Nisan 2010 Cuma gününün resmi tatil (genel tatil günü) olması nedeniyle o gün çalışılmazsa dinlenerek bir günlük ücrete, çalışılır ise dinlenerek alması gereken ücrete ilave olarak çalıştığı sürenin ücretinin de ödenmesi gerekir. Bu gibi durumlarda genellikle farklı özel düzenlemeler kabul edilmekte ve "... çalışma halinde sözleşmeler ile %100 zamlı ücret ödenecektir." şeklinde hükümler getirilmektedir. Bu tür hükümler kararlaştırılmış ise bu hükümlere göre hareket edilir.

Bu gibi bir durumda Cumartesinin akdi tatil iken genel tatil günü olup olmadığı ve ücretin genel tatil günü kabul edilerek ödenip ödenmeyeceği tartışma konusu oluşturabilmektedir. Somut örnekteki işyeri açısından Cumartesi günü yani 24 Nisan 2010 tarihi akdi tatil günü niteliği taşıırken Kanunen genel tatil günü kabul edilmesine rağmen ayrı bir ücret ödenmesine gerek yoktur. Zira bu durum tamamen bir rastlantıdan ibaret olup işçinin de bir kaybı söz konusu değildir.

Şayet sözü edilen tarzdaki bir işyerinde Cuma çalışılmayıp Cumartesi çalışılır ise, Cumartesi gününün ücretinin nasıl ödeneceği tartışma konusu olabilmektedir. Yargıtay, bu gibi bir çalışma sistemine sahip işyerleri açısından

önüne gelen uyuşmazlıklarda, çalışılmayan ve genel tatil gününü takip eden Cumartesi gününün genel tatil günü kabul edilmeyip normal bir Cumartesi günü olarak değerlendirilmesini ve Cumartesi günlerinde çalışma yapılması halinde de sözleşme ile kararlaştırılan Cumartesi günü ücretinin ödenmesi gerektiğini karara bağlamaktadır. Yargıtay'a göre, "Davacı dava dilekçesinde Genel Tatil gününün son gününün Cuma gününe rastladığını, ertesi gün olan cumartesi gününde de çalıştırılması nedeniyle kendisine Toplu İş Sözleşmesinin 36/II. maddesine göre tatil günü ücreti ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme Genel Tatil gününü takip eden cumartesi gününün de Ulusal Bayram ve Genel Tatiller hakkındaki kanun uyarınca genel tatil günü olarak kabul edilmesi gerektiği görüşüyle davacı isteklerini kabul etmiş olup, karar davalı tarafça temyiz edilmiştir.

Davacının dayanak yaptığı 1.3.2001-28.2.2003 dönemini kapsayan toplu iş sözleşmesinin 36. maddesinin "Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri Ücretleri" başlıklı II. bendinde; "...ulusal bayram ve genel tatil günleri ilgili kanunlarda belli edilen günler olup, bu güne ait ücretleri çalıştırılmadıkları takdirde bir iş karşılığı olmaksızın tam yevmiye, tatil yapmayarak çalıştırılmadıkları takdirde ise bir misli fazlası ödenir. Ayrıca, bu iki misli ücretin % 50'si tutarı tazminat olarak ödenir..." hükmü yer almaktadır.

Yine aynı sözleşmenin 36. maddesinde "...haftalık iş süresi 5 gün ve kırk beş saat olarak uygulanan işçilerden haftalık iş süresine uygun olarak çalışmış olup, cumartesi günü dinlenmesi gereken işçilerin bu gün çalıştırılmaları halinde çalıştıkları süreye ait ücretleri % 75 zamlı ödenir..." denilmektedir.

Davacı genel tatil günü olan Cuma gününden sonraki cumartesi gününün de genel tatil günü olarak değerlendirilmesini talep etmektedir. Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunu'nun 2/D maddesinde; "Bu kanunda belirtilen Ulusal Bayram ve genel tatil günleri Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip Cumartesi gününün tamamı tatil yapılır..." hükmü yer almaktadır. Kanunun bu maddesinin düzenleniş amacı, Kanunun yayımlandığı tarihte cumartesi

günleri saat 13'e kadar çalışma yapılmasıdır. Yasa belirtilen maddesiyle bu süreyi de tatil gününün kapsamı içine almış olup, cumartesi gününün genel tatil günü olarak kabulü mümkün değildir. Bugünün de normal cumartesi günü olarak değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca yukarıda belirtilen yasada genel tatil günlerinin kaç gün olduğu da belirtilmiştir. İlgili toplu iş sözleşmesinde cumartesi günleri çalışma yapılması halinde ödenecek ücrette açıkça belirtilmiştir. Yine 1475 sayılı İş Kanunu'nun 38. maddesinde de cumartesi günü ücreti düzenlendiği gibi aynı yasanın 42. maddesinde de genel tatil günü ücretinin hangi günler için ödeneceği belirtilmektedir. Bütün bu yasal düzenlemeler karşısında son günü cumaya gelen genel tatil gününü takip eden Cumartesi gününün de genel tatil günü olarak kabul edilmesi mümkün olamayacağından, usul ve yasaya aykırı olarak verilmiş olan mahkeme kararının bozulması gerekmiştir."⁴⁴

Şu halde, haftanın 5 gününde kırk beş saatlik çalışma sisteminde çalışan işçiler, örneğin 23 Nisan 2010 Cuma günü çalışır ise, o günün ücreti dışında bir de ulusal bayram ve genel tatil günü ücretine yani aksi kararlaştırılmadıkça Cuma günü için 2 gündelik ücrete hak kazanırlar; 24 Nisan 2010 tarihinde çalışmazsa, kanun gereği 24 Nisan 2010 Cumartesi gününün genel tatil günü sayılmasına rağmen, bu gün için ayrı bir genel tatil ücretine sahip olamaz. 24 Nisan 2010 tarihinde çalışır ise, Yargıtay'a göre sözleşmeyle kararlaştırılan ücretin ödenmesi gerekir. Dolayısıyla günlük ücreti 50 TL olan bir işçi, 23 Nisan 2010 Cuma günü çalışmaz ise, sadece 50 TL, çalışır ise 100 TL'ye (veya kararlaştırılmış zamlı ücrete) hak kazanacak; 24 Nisan 2010 Cumartesi günü çalışmaz ise ayrıca herhangi bir ücrete hak kazanamayacak; çalışır ise, kendisine ödenecek ücret 23 Nisan 2010 tarihinde çalışıp çalışmamasına göre tespit edilecektir. 23 Nisan 2010 tarihinde çalışmamış ise sözleşmeyle kararlaştırılan Cumartesi çalışma ücretinin ödenmesi; şayet 23 Nisan 2010 tarihinde de çalışmış ise, 24 Nisan 2010 tarihi için fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekecektir. Dolayısıyla, günlük ücreti 50 TL olan bir işçi, sözü edilen Cuma ve Cumartesi günleri çalışır ise, Cuma günü için 100 TL, Cumartesi günü

için ise en az 75 TL ve eğer zamlı ücret tespit edilmiş ise örneğin % 60 oranında bir fazla çalışma ücreti belirlenmiş ise bu durumda da 80 TL ücret alacaktır.

H. Cumartesi Gününün Akdi Tatil Yapıldığı Durumlarda Çalışma

Burada ulusal bayram ve genel tatil günlerinden ayrı olarak Cumartesi gününün akdi tatil yapıldığı durumlarda, Cumartesi günü çalışılması halinde nasıl bir ücret tespiti gerekeceğine de değinmek gerekir.

Haftanın 5 gününde kırk beş saatlik çalışmanın yapıldığı ve Cumartesi gününün akdi tatil kabul edildiği durumlarda, Cumartesi günleri çalışılması halinde işçinin ücreti, yapılan çalışma fazla çalışma kabul edilerek en az yüzde elli zamlı ücret hesaplanacaktır. Ancak bu çalışma için özel bir düzenleme getirilmişse, söz konusu düzenlemeye göre hareket edilmesi gerekir. Örneğin, Cumartesi çalışılması halinde işçiye yüzde altmış zamlı ücret ödeneceği kararlaştırılmış ise bu miktar üzerinden ödemenin yapılması gerekir.

Yargıtay da, somut olaydaki gibi durumlarda Cumartesi günleri çalışma halinde ödenecek ücretin, Cumartesi günündeki çalışmaya özel düzenlemeye göre hesaplanması gerektiği kanaatinde: "...Toplu iş sözleşmesinin 56'ncı maddesinin atıfta bulunduğu 55'inci maddesinde ulusal bayram, genel tatil ve hafta tatilinden söz edilmektedir. Cumartesi tatilleri bu maddede sayılan tatillerden değildir. Sözleşme ile tanınmış akdi tatildir. Bu itibarla Cumartesi günlerinde çalışılması halinde 56'ncı maddenin uygulanması düşünülemez. Cumartesi günleri için 57'nci maddenin sondan bir önceki fıkrasının uygulanması gerekir. Bu fıkra hükmüne göre, ise, Cumartesi günündeki çalışma için ücretin saat başına %60 zamlı olarak ödenmesi söz konusudur. Bu çalışmaları için 56'ncı maddede uyarınca iki yevmiye daha hesabı isabetli olamaz."⁴⁵

III. FAZLA ÇALIŞMA

A. Fazla Çalışma Kavramı

İş Kanunu'nun 41. maddesinde, ülkenin ge-

nel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabileceği belirtildikten sonra, "Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar" fazla çalışma olarak tanımlanmıştır.

Bu tanımın devamında, "63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırk beş saati aşıya dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz." denilerek hem denkleştirme süresi uygulamasına yer verilmiş hem de "haftalık iş süresi" kavramına değinilmiştir.

B. Haftalık İş (Çalışma) Süresi Kavramı

İş Kanunu'nun "çalışma süresi" kenar başlığını taşıyan 63. maddesinde bir tanım verilmemekle birlikte çalışma (iş) süresi kavramının unsurlarını tespit etmeye yarayan esaslara yer verilmiş ve haftalık çalışma süresinin miktarı "Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir." denilerek tespit edilmiştir. Kanunda öngörülen çalışma süresi esas itibarıyla fiili çalışma süresi olarak anlaşılmalıdır⁴⁶. 63. madde uyarınca çıkarılan "İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği"nin⁴⁷ 3. maddesinde çalışma süresi, "İşçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre" olarak tanımlanmış ve maddenin devamında "İş Kanunu'nun 66 ncı maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır." denilmiştir. Buna göre, çalışma süresi işçinin işinin başında geçirdiği süre ile sınırlı olmayıp işverenin otoritesi altında geçirilen süreler de çalışma süresi kavramına dahildir.

C. Fiili ve Farazi Çalışma Süreleri

Çalışma süresi kavramı, biri işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süreler (fiili çalışma süreleri) ve diğeri fiilen çalışılmayan ancak çalışılmış gibi kabul edilen (farazi çalışma süreleri) olmak üzere iki kavramı bünyesinde bulundurmaktadır⁴⁸. Günlük çalışma süresinin fiili çalışma yapılmayan kısmını ifade eden farazi çalışma sürelerinin de bazıları İş Kanunu'nun 66. maddesinde belirtilmiş (yasal farazi çalışma süreleri), bazıların da taraflarca kararlaştırılabilmesine imkan tanınmıştır (akdi farazi çalışma süreleri)⁴⁹.

Yasal farazi çalışma süreleri İş Kanunu'nun 66. maddesinde altı bent halinde sayılmıştır. Buna göre, işçinin günlük çalışma sürelerinden sayılan haller şunlardır:

“a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler.

b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler.

c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler.

d) İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler.

e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler⁵⁰.

f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler.”

Taraflarca kararlaştırılan akdi farazi çalışma süreleri ise, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların çalışma süresinden sayılmasını istediği sürelerdir. Örneğin sigara molası veya çay arası gibi süreler sözleşmeyle farazi çalışma süresi olarak kabul edilmiş ise, işçinin bu süreyi çalışarak geçirmesi durumunda çalıştığı bu sürenin karşılığı ayrıca ödenir. Başka bir anlatımla, işçinin çalışma süresi hesaplanırken çalışma süresinden sayılacağı kararlaştırılmış olan sigara molasına ait süre, sigara molasının çalışarak geçirilmesi halinde, bir farazi bir de fiili çalışma süresi olarak iki kez hesaba katılır⁵¹.

Çalışma süresi kural olarak fiili çalışmayı esas alan bir süre olup⁵², fazla çalışmanın tespitinde işçinin çalıştığı süreler hesaplanırken, fiilen çalıştığı süreler ile çalışmamış olmakla birlikte, kanun veya sözleşme ile çalışma süresinden sayılan süreler de birlikte değerlendirilir.

D. Çalışma Süresinden Sayılmayan Haller

İş Kanunu bir taraftan çalışma sürelerinden sayılan halleri belirtmiş (m. 66), diğer taraftan çalışma sürelerinden sayılmayan halleri açıklığa kavuşturmuştur (m. 68). Kural olarak çalışma süresinden sayılmayan haller, ara dinlenmesi, sosyal yardım amaçlı olarak sağlanan araçta geçen süreler, hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için verilen ücretli izinler ile hafta tatili ücretine hak kazanma açısından çalışılmış gibi sayılan sürelerdir.

1. Ara Dinlenmesi

Çalışma sürelerinden sayılmayan hallerin ilki “ara dinlenmesi”dir. Ara dinlenmesi, işçinin yemek, içmek gibi tabii ihtiyaçlarını karşılayabilmesi ve sağlığını koruyabilmesi için günlük çalışma süresi içinde verilmesi zorunlu olan dinlenme süreleridir. İş K.m. 68’de işin gerekleri ve işyerinin gelenekleri göz önünde bulundurularak çalışma sürelerinin uzunluğuna göre işçiye verilmesi gereken ara dinlenmelerinin asgari miktarı belirtilmiş ve ara dinlenmelerinin çalışma süresinden sayılmayacağı hükme bağlanmıştır. Kanunda belirtilen asgari sınırlarda ara dinlenmesi vermek zorunlu olduğundan işçinin bu sürelerde çalışmaya zorlanması mümkün değildir⁵³.

Ara dinlenmelerine ilişkin bu hüküm nisbi emredici olduğu için işçinin aleyhine olarak değiştirilemez ama yararına olarak değiştirilmesi mümkündür. Dolayısıyla söz konusu süreler artırılabilir gibi bu sürelerin işçinin yararına olarak çalışma sürelerinden sayılabileceği de kararlaştırılabilir⁵⁴. Ancak ara dinlenmesi süresi içinde işyerinin terk edilip edilmemesi ayrı bir konudur. Yargıtay’a göre, ara dinlenmelerinde işçilerin işyerini terk edemeyeceklerine dair kayıtlar, ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılmasını gerektirmez⁵⁵.

Ara dinlenmesi çalışma süresinden sayılmadığı için, çalışma yoksa ücret de yoktur prensibi çerçevesinde işçiye bu süre için bir ücret ödenmesi gerekmez. Ancak ara dinlenmesi süresinde işçi çalıştırılırsa yaptığı çalışmaların karşılığı, normal ücret üzerinden ödenir. Şayet yaptığı bu çalışmalar, yasal çalışma süresi sınır-

ları olan günde on bir saati ve gece çalışmalarında 7,5 saati aşarsa haftalık kırk beş saati aşmasa bile fazla çalışmadır⁵⁶. Diğer taraftan ara dinlenme süreleri ile çalışma süresi haftalık kırk beş saati aşarsa fazla çalışma söz konusu olur ve aşan kısım için zamlı ücretin ödenmesi gerekir⁵⁷. Nitekim İş Kanunu'nun 63. maddesi ile İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin⁵⁸ 4. maddesi hükmü bu sonucu ortaya çıkarmaktadır. Zira söz konusu yönetmeliğin 4. maddesine göre, "Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir. ...Günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz. Bir işçinin bu sınırları aşan sürelerle çalıştırılmasında; a) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41, 42 ve 43 üncü maddeleri, ... hükümleri uygulanır."

2. Sosyal Yardım Amaçlı Olarak Sağlanan Araçta Geçen Süreler

İş Kanunu'nun 66. maddesinin son fıkrasına göre "İşin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz." Dolayısıyla sosyal yardım amaçlı olan ve işin niteliğinden doğmayan işe getirilip götürülmeler esnasında yolda (araçta) geçen süreler çalışma süresinden sayılmaz⁵⁹. Bu hüküm de nisbi emredici nitelikte bir hüküm olduğu için, araçta geçen bu sürelerin de tarafların anlaşmasıyla çalışma sürelerinden sayılması mümkündür⁶⁰.

3. Hamilelik Süresince Kadın İşçiye Periyodik Kontroller İçin Verilen Ücretli İzinler

İş Kanunu "Analık halinde çalışma ve süt izni" kenar başlıklı 74. maddesinin 3. fıkrasında "Hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir." denilmekte ise de, düzenlemenin amacı işçinin ücret açısından korunması olup çalışma süresinden sayılması değildir. Başka bir anlatımla, bu sürelerin fiili çalışmayı içermemesi ve kanunla özel olarak çalışma süresinden sayılacağı belirtilmemesi nedenleriyle çalışma sürelerinden sayılmaması daha isabetli görünmektedir. Böylelikle bu sürelerde meydana gelebilecek bir kazanın iş

kazası sayılıp sayılmaması tartışması da önlenmiş olacaktır⁶¹. Kaldı ki, maddenin gerekçesinde de Avrupa Birliği'nin 19 Ekim 1992 tarih ve 92/85 sayılı Direktifi'ne uygun olarak, hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için izin verileceği; ayrıca, hekim raporu ile kanıtlandığı takdirde hamile kadın işçinin hamilelik süresince, ücretinden bir indirim yapılmaksızın, sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılması yükümlülüğünün getirildiği ifade edilmiş, maddenin kadın işçiye ücret açısından koruyan düzenleme getirdiğini vurgulamıştır.

4. Hafta Tatili Ücretine Hak Kazanma Açısından Çalışılmış Gibi Sayılan Süreler

Hafta tatili ücretine hak kazanma açısından İş Kanunu'nun 46. maddesindeki bazı sürelerin çalışılmış gibi sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Kenar başlığı "Hafta tatili ücreti" olan 46. maddeye göre,

"a) Çalışmadığı halde kanunen çalışma süresinden sayılan zamanlar ile günlük ücret ödenen veya ödenmeyen kanundan veya sözleşmeden doğan tatil günleri,

b) Evlenmelerde üç güne kadar, ana veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri,

c) Bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerle hekim raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinleri, çalışılmış günler gibi hesaba katılır.

Zorlayıcı ve ekonomik bir sebep olmadan işyerindeki çalışmanın haftanın bir veya birkaç gününde işveren tarafından tatil edilmesi halinde haftanın çalışılmayan günleri ücretli hafta tatiline hak kazanmak için çalışılmış sayılır.

Bir işyerinde işin bir haftadan fazla bir süre ile tatil edilmesini gerektiren zorlayıcı sebepler ortaya çıktığı zaman, 24 ve 25 inci maddelerin (III) numaralı bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebeplerden ötürü çalışılmayan günler için işçilere ödenen yarım ücret hafta tatili günü için de ödenir.

Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde hafta tatili ücreti işverence işçiye ödenir."

Görüldüğü üzere bu düzenlemede, hafta tatili ücretine hak kazanma açısından çalışılmış sayılan süreler belirtilmiştir. Başka bir anlatım-

la, 46. maddede sayılan bu haller işçinin sadece hafta tatili ücretine hak kazanması için hesaba katılması gereken süreler olup 66. madde anlamında farazi çalışma süresi sayılmazlar. Şu halde bu düzenlemenin amacı, hafta tatili ücretine hak kazanma açısından işçinin izinli sayıldığı bazı sürelerin çalışılmış gibi sayılarak onun hafta tatilinden mahrum kalmasını engellemektir⁶². Sözü edilen süreler, işçinin fazla çalışmalarının hesaplanmasında göz önüne alınmaz.

E. Günde On Bir, Gece Yedibuçuk ve Haftada Kırk Beş Saatlik Çalışma Sürelerinin Aşılması

İşçi tarafından yapılan çalışmalar, yasal çalışma süresi sınırları olan günde on bir saati ve gece çalışmalarında 7,5 saati aşarsa haftalık kırk beş saati aşmasa bile yapılan çalışma fazla çalışmadır⁶³. Diğer taraftan yapılan çalışmalar, denkleştirme süresi uygulaması yok iken haftalık kırk beş saati aşarsa fazla çalışma kabul edilir ve zamlı ücretin ödenmesi gerekir⁶⁴. Başka bir anlatımla, bir haftalık süre içerisinde, bir gün hafta tatili verilmek kaydıyla, toplamda yapılan çalışmalar kırk beş saati aştığı takdirde, aşan kısım fazla çalışmadır. Bir haftalık sürenin belirlenmesinde haftanın başlangıcı önemli değildir. Önemli olan, çalışmaya başlanan günden itibaren yedi günlük zaman dilimidir⁶⁵.

Haftalık kırk beş saatlik sürenin hesabında göz önünde bulundurulması gereken süreler, fiili çalışma süreleri ile kanuni ve akdi farazi çalışma süreleridir. Bu sürelerin haftanın çalışılan günlerine eşit ya da farklı dağıtılmasının bir önemi yoktur. Bunların dışındaki, çalışılmadan geçirilen veya kanundan veya taraflar arasındaki sözleşmeden dolayı iş süresinden sayılmayan süreler kırk beş saatlik süreye dahil edilemez. Dolayısıyla İş Kanunu m. 66/son gereği, sosyal yardım amaçlı olarak sağlanan servis aracında geçen süreler haftalık kırk beş saatlik sürenin hesabında dikkate alınamayacağı⁶⁶ gibi İş K. m. 64/I gereği, telafi çalışmalarını da kırk beş saatlik sürenin hesabında göz önünde bulundurulamaz⁶⁷.

IV. SONUÇ

Görüldüğü üzere, Kanunla belirlenmiş olan

ulusal bayram ve genel tatil günlerine rastlayan haftalarda yapılan çalışmalar bir takım özelliklere sahiptir.

Her şeyden önce, işçinin, ulusal bayram ve genel tatil gününde çalışmaması esastır ve işçiye çalışmadan (dinlenerek) geçirdiği bu bayram veya genel tatil gününde bir günlük ücreti ödenir. Şayet işçi bu günde çalışır ise çalışmasının karşılığı ücrete de ayrıca hak kazanır. Kural olarak bu tür bir çalışmanın karşılığı normal ücret iken, taraflar anlaşarak bunun daha yüksek zamlı oranlarda ödenmesini kararlaştırabilirler.

Öngörülen çalışma süresinin aşılmasını anlatan fazla çalışma ise, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır. Fazla çalışma halinde işçi fazla çalıştığı her saat için en az yüzde elli oranında artırılmış ücrete sahip olur. Çalışma süresinin kırk beş saatin altında belirlendiği hallerde ise belirlenen süreden kırk beş saate kadar olan çalışmalar fazla sürelerle çalışma kabul edilir ve işçiye fazla çalıştığı her saat için en az yüzde yirmi beş oranında artırılmış ücret ödenir. İşçinin istemesi halinde fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücretleri yerine altı ay içinde kullanmak üzere serbest zaman söz konusudur.

Ulusal bayram ve genel tatil günlerinin bulunduğu haftalarda, çalışmadan o günün ücretine sahip olan işçiler, o haftaya ait hafta tatilinde çalışırlarsa veya kırk beş saatlik çalışmanın haftanın beş gününde tamamlandığı ve Cumartesi çalışılmayan işyerlerinde ise Cumartesi gününde çalışmış olurlarsa, bu çalışmaların niteliği ile ücretin nasıl tespit edileceği önem taşımaktadır.

Burada sorunun çözümü açısından dikkate alınacak ilk husus, bir haftalık dönem içerisinde yasal ve farazi çalışma süreleri toplamı ile kırk beş saatlik çalışmanın tamamlanıp tamamlanmamasında kendini göstermektedir. Kırk beş saatlik çalışma tamamlandıktan sonra işçi çalışıyor ise bu çalışma fazla çalışmadır. Aynen bunun gibi çalışma süresinin sözleşmeyle kırk beş saatin altında belirlenmesi halinde, belirlenen süreden itibaren kırk beş saate kadar yapılan çalışma da fazla sürelerle çalışmadır. Şayet yasal ve farazi çalışma süresi toplamda kırk beş saati bulmuyorsa, yapılan çalışmaların fazla çalışma kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, işçilerin ulusal bayram ve genel tatil günlerine rastlayan hafta-

larda yasal ve farazi çalışma süresinin toplamının kırk beş saati bulup bulmadığı dikkate alınmalı; ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma halinde işçinin hem bu çalışmaya ilişkin (zamlı) ücrete hem de kırk beş saatlik çalışma süresini doldurması halinde de fazla çalışma ücretine hak kazandığı kabul edilmelidir.

Örneğin, 19 Mayıs 2010 Çarşamba günü genel tatil günü olduğu için çalışmayan işçi dinlenerek o günün ücretini alacak; şayet o gün çalışırsa ayrıca çalışması karşılığı o günün ücretine de (veya zamlı ücrete de) hak kazanacaktır. Eğer işçi, 19 Mayıs'ta çalışmayıp da hafta tatili olan Pazar günü dinlenmesi gerekirken yine çalışırsa (aksine bir düzenleme olmadıkça) henüz kırk beş saatlik süreyi doldurmadığı için fazla çalışma ücretine hak kazanamayacak, sadece çalıştığı sürenin ücretini normal çalışma ücreti üzerinden alacaktır.

Aynı durum, kırk beş saatlik çalışma süresinin haftanın beş gününe dağıtıldığı ve Cumartesi günü akdi tatil yapılan işyerleri açısından da geçerlidir. Dolayısıyla, hafta içindeki çalışılan beş günden birine rastlayan genel tatil günü çalışılmaz ise o günün ücreti, çalışılır ise ayrıca çalışma ücretine hak kazanılır. Cumartesi günü çalışmaması gerekirken çalışılır ise, alınacak ücret, genel tatil gününde çalışıp çalışmamaya bağlı olarak farklılık gösterecektir. Eğer genel tatil gününde de çalışmış ise kırk beş saatlik çalışma tamamlanmış olacağı için, Cumartesi günü yapılan çalışma fazla çalışma olup işçi fazla çalışma ücretine hak kazanacak; şayet genel tatil gününde çalışmamış ise, kırk beş saatlik süre dolmadığı için Cumartesi günü yapılan çalışma fazla çalışma olarak nitelendirilmeyecektir. Ancak Cumartesi günü çalışmaya yönelik özel bir düzenleme var ise ona göre hareket edilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 RG., 19.03.1981, S. 17284.
- 2 RG., 21.01.1924, S. 54.
- 3 Sarper Süzek, İş Hukuku, 5. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul 2009, s. 770.
- 4 Y2CD., 17.09.1985, E. 1985/6678, K. 1985/6909, Sinerji (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).
- 5 "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 47. maddesinde, Kanunun

kapsamındaki işyerleri bakımından, ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışma karşılığı olmaksızın o günün ücretinin ödeneceği, tatil yapılmayarak çalışıldığında ise, ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödeneceği hükme bağlanmıştır. 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunun 2. maddesinde resmi ve dini bayram günleriyle yılbaşı gününün genel tatil günleri olduğu açıklanmıştır. Buna göre genel tatil günleri, 1 Ocak, 23 Nisan, 19 Mayıs, 30 Ağustos günleri ile Arife günü saat 13.00'da başlanan 3.5 günlük Ramazan Bayramı ve Arife günü saat 13.00'de başlayan 4.5 günlük Kurban Bayramı günlerinden oluşur. Ulusal bayram günü ise, 28 Ekim saat 13.00 ten itibaren başlayan 29 Ekim günü de devam eden 1.5 gündür. İşçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışıp çalışmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle kararlaştırılabilir." Y9HD., 06.10.2009, E. 2009/6938, K. 2009/25861, Sinerji.

- 6 "Davacının iş sözleşmesi 08.02.2003 cumartesi ve 10.02.2003 pazartesi arife günleri mazeretsiz olarak işe gelmediği gerekçesi ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/2-f maddesi gereğince feshedilmiştir. Mahkemece feshin haklı olduğu gerekçesi ile ret kararı verilmiştir. 2429 sayılı ulusal bayram ve genel tatiller hakkındaki Kanunun 2. maddesinin B bendi gereğince arife günü yarım gün tatildir. Böyle olunca davacının üst üste iki iş günü devamsızlık şartı gerçekleşmemiştir. Ayrıca aynı eylem nedeniyle 18.02.2003 tarihli ihtardan sonra aynı sebeple iş sözleşmesinin feshi de haklı görülemez. Bu nedenlerle davanın reddi kararı usul ve yasaya aykırıdır.", Y9HD., 21.12.2005, E. 2005/9245, K. 2005/40377, Sinerji.
- 7 Bu duruma Fransız hukukçuları tarafından kullanılan "köprü günler" ifadesi kullanılmakta ve bu gün tatil günleri hakkındaki hükümlere tabi olmaktadır (Bkz. Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 3. B., İzmir 1998, s. 519).
- 8 Yargıtay kararının değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. Cüneyt Danar, "Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun Gereği Tatil Edilen Cumartesi Günü Genel Tatil Günü müdür?", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 3, Eylül 2006, s. 110-117. Ayrıca bkz. Ercan Akyigit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. B., C. 2, Ankara 2008, s. 1734.
- 9 Y9HD., 23.10.2003, E. 2003/17723, K. 2003/17653, Sinerji; Aynı yöndeki bir diğer karar için bkz. Y9HD., 09.10.2003, E. 2003/17269, K. 2003/16543, Sinerji.
- 10 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunun 3. maddesine göre hafta tatili Pazar günüdür. Kural bu şekilde olmakla birlikte, işçiye Pazar günü dışında hafta tatili izni kullanılması mümkündür (Y9HD., 15.09.2009, E. 2009/6809, K. 2009/22897, Sinerji).
- 11 RG., 21.01.1924, S. 54.
- 12 Maddenin gerekçesine göre de, "Bu Kanunun 63 üncü maddesi ile iş sürelerinde sözleşmelerle esnekleşme yapılması yolu açıldığından, hafta tatilinin mutlaka 6 iş günü çalışılmış olmasına bağlı olmaksızın 7 günlük bir zaman dilimi içinde en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) verilmesi esası kabul edilmiştir. Madde metninden, çalışılmadığı halde iş sürelerinden sayılan hallerle ilgili üçüncü fıkranın (a) bendinde yeni getirilen iş süreleri sistemine göre cumartesi günleri çalışılıp çalışılmadığına bakılmaksızın iş günü sayıldığından ve cumartesi günü yarım gün çalışılmasının da artık bir anlamı olmadığından, cumartesi gününe ilişkin

- cümle çıkarılmıştır.”
- 13 RG., 07.04.2004, S. 25426.
- 14 Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 3. B., Konya 2009, s. 310; Tunçomağ/Centel, s. 164-165; Öner Eyrenci (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3. B., İstanbul 2006, s. 245; Süzek, s. 765.
- 15 Y9HD., 20.09.2007, E. 2006/16795, K. 2007/27508, Sinerji.
- 16 “Davacının işyerinde pazar günü de çalıştığı, ancak hafta içinde bir gün tatil kullandığı dinlenen tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda bu husus tespit edilmesine rağmen bilirkişi çelişkiye düşerek fazla mesai ücretini haftada yedi gün üzerinden hesap etmesi hatalıdır. 4857 Sayılı Yasanın 41. maddesi uyarınca haftada kırk beş saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edilmiştir. Mahkemece yapılacak iş davacı işçinin fiili çalışma süresini belirlemek anılan çalışma haftalık kırk beş saati aşması halinde, fazla çalışma ücretine hükmetmelidir. Yazılı şekilde hüküm tespiti hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD., 05.12.2005, E. 2005/11611, K. 2005/37874, Sinerji.
- 17 Sümer, Uygulamalar, s. 310-311; Y9HD., 15.09.2009, E. 2009/6809, K. 2009/22897, Sinerji.
- 18 Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. B., Ankara 2008, s. 937-938; Süzek, s. 770.
- 19 Süzek, s. 771.
- 20 Y9HD., 31.01.1992, E. 1991/12798, K. 1992/815, Sinerji.
- 21 Mustafa Kılıçoğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, s. 414.
- 22 “...4857 sayılı İş Kanunu'nun 47. maddesinde, Kanunun kapsamındaki işyerleri bakımından, ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışma karşılığı olmaksızın o günün ücretinin ödeneceği, tatil yapılmayarak çalışıldığında ise, ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödeneceği hükme bağlanmıştır. 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanununun 2. maddesinde resmi ve dini bayram günleriyle yılbaşı gününün genel tatil günleri olduğu açıklanmıştır. Buna göre genel tatil günleri, 1 Ocak, 23 Nisan, 19 Mayıs, 30 Ağustos günleri ile Arife günü saat 13.00'da başlanan 3.5 günlük Ramazan Bayramı ve Arife günü saat 13.00'de başlayan 4.5 günlük Kurban Bayramı günlerinden oluşur. Ulusal bayram günü ise, 28 Ekim saat 13.00 ten itibaren başlayan 29 Ekim günü de devam eden 1.5 gündür. İşçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışıp çalışmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle kararlaştırılabilir.” Y9HD., 06.10.2009, E. 2009/6938, K. 2009/25861, Sinerji.
- 23 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. B., İstanbul 2009, s. 357, 359; Mollamahmutoğlu, s. 939; Kılıçoğlu, s. 423. Yargıtay da yıllık izin ücreti ve genel tatil ücretinin çıplak ücret üzerinden hükmedilmesi gerektiği kanaatindedir. Y9HD., 30.11.1998, E. 1998/15053, K. 1998/16953, Sinerji.
- 24 Akyiğit, s. 1736; Kılıçoğlu, s. 422; Mollamahmutoğlu, s. 938-939; Süzek, s. 771.
- 25 Kılıçoğlu, s. 420.
- 26 Mollamahmutoğlu, s. 939.
- 27 Tunçomağ/Centel, s. 167; Akyiğit, s. 1736; Tankut Centel, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s. 270; Mollamahmutoğlu, s. 940.
- 28 Süzek, s. 772.
- 29 Y9HD., 18.11.1988, E. 1988/11542, K. 1988/10951, Sinerji.
- 30 Kılıçoğlu, s. 419-420; Süzek, s. 766; Mollamahmutoğlu, s. 936.
- 31 Çelik, s. 355. Ayrıca bkz. Şahin Çil, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2004, s. 960.
- 32 “01.06.1980 - 31.05.1983 tarihleri arasında kapsayan TİS'nin 50. maddesinde, hafta tatili günlerinde “Pazar günü” çalışan işçilere o günün ücretinin % 150 zamlı olarak ödeneceği yazılıdır. Buna göre vardiya sistemi gereği pazar günü çalışan işçilere bu çalışmasından dolayı o güne ait ücretinin % 150 zamlı olarak ödenmesi gerekecektir. Hafta içinde bir gün izin verilmiş olması bu esası değiştirmez. Bu itibarla davacının vardiya gereği pazar günü çalışmaları için % 150 ücret zammına karar verilmesi icap ederken, bu isteğin reddi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD., 13.2.1986, E. 1985/11819, K. 1986/1609, Kazancı İçtihat Bilgisayar Programı.
- 33 Y9HD., 27.09.1984, E. 1984/7250, K. 1984/8414, Sinerji.
- 34 Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 14. B., Konya 2008, s. 145; Sümer, Uygulamalar, s. 311-312; Akyiğit, s. 1737; Mollamahmutoğlu, s. 935; Süzek, s. 767-768; Turhan Esener, İş Hukuku, 3. B., Ankara 1978, s. 207-208; Çelik, s. 355; Eyrenci, s. 247; Ercan Güven/Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2007, s. 242; Kılıçoğlu, s. 420; Çil, s. 964, 985.
- 35 Çelik, s. 356; Süzek, s. 768; Çil, s. 964. Öğretideki bir görüşe göre, hafta tatilinde fazla çalışılan sürenin ücretinin fazla sürelerle çalışma ve fazla çalışma gibi bir kademeleşmeye gitmeden (45 saatin aşıp aşılmadığıyla ilgilenilmeden) doğrudan fazla çalışma gibi değerlendirilerek çözülmesi gerekir (Kılıçoğlu, s. 421; Akyiğit, s. 1740).
- 36 Öğretideki bir görüşe göre, hafta tatili ücreti yerine serbest zaman hakkı zaten yasa dışı olan bir çalışmaya meşruluk kazandıracak gibi hafta tatilini işgünü ile özdeş kılar (Kılıçoğlu, s. 420-421); Fazla çalışma, fazla sürelerle çalışma ve buna ilişkin ücretlerle serbest zaman hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s. 747-748, 755-759; Mollamahmutoğlu, s. 893-897; Akyiğit, s. 1667-1690.
- 37 Y9HD., 15.09.2009, E. 2009/6809, K. 2009/22897, Sinerji.
- 38 Akyiğit, s. 1744; Centel, s. 223-224; Mollamahmutoğlu, s. 939-940.
- 39 Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 328; Narmanlıoğlu, s. 539; Akyiğit, s. 1744; Sümer, Uygulamalar, s. 318; Süzek, s. 771; Mollamahmutoğlu, s. 940; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 5. B., İstanbul 2008, s. 164; Centel, Ücret, s. 223, 270; Çelik, s. 357; Halid Kemal Elbir, “Hafta Tatili veya Çalışılmayan Cumartesi Gününün Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günü ile Çatışması”, İş Hukuku Dergisi, C. I, S. 2, 1969, s. 172-173; Ergun İnce, Her Yönüyle Ücret, İstanbul 1990, s. 197-198; Mustafa Kılıçoğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, s. 423; Y9HD., 18.02.1970, 10027/11680, Çelik, s. 357. Yargıtay'a göre, “Pazar günüyle 30 Ağustos Bayramı tedahül ettiği halde mükerrer ücret hesap edilmiş olması bozmayı gerektirir (Y9HD., 18.12.1969, 10027/11686, Akyiğit, s. 1744).

- 40 Narmanlıoğlu, s. 539; Elbir, s. 175; Tunçomağ/Centel, s. 167; Centel, s. 228-229; Akyiğit, s. 1744; Çelik, s. 315; Mollamahmutoğlu, s. 940; Esener, s. 209; Ekonomi, s. 329; Oğuz Kurucu, İş Süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışmalar, Ankara 1987, s. 182; Y9HD., 20.06.1974, E. 1973/30174, K. 1974/12817, Mollamahmutoğlu, s. 940; Öğretideki bir görüşe göre, genel tatil ücreti ile birlikte iki gündelik tutarında ücret ödenmesi gerekir (Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. B., Ankara 1986, s. 838; E. Tuncay Kaplan-Senyen, (Aktas/Arıcı/Kaplan-Senyen), İş Hukuku, Ankara 2006, s. 254. Ancak Kaplan-Senyen'in bu görüşünün bir yazım yanlışlığı sonucu ileri sürüldüğü düşünülmekte olup söz konusu eserin genişletilmiş üçüncü basısının 262. sayfasında bu görüşten hiçbir gerekçe gösterilmeden dönülmüştür.)
- 41 Y9HD., 30.03.1971, E. 1760, K. 5753, Çelik, s. 358.
- 42 Y9HD., 20.06.1974, E. 1973/30174, K. 1974/12817, Çelik, s. 358; Mollamahmutoğlu, s. 940.
- 43 Mollamahmutoğlu, s. 940.
- 44 Y9HD., 09.10.2003, E. 2003/17269, K. 2003/16543, Sinerji.
- 45 Y9HD., 26.01.1988, E. 1987/11558, K. 1988/455, Sinerji.
- 46 Mollamahmutoğlu, s. 855; Muhittin Astarlı, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, s. 36.
- 47 RG., 06.04.2004, S. 25425.
- 48 Mollamahmutoğlu, s. 855; Süzek, s. 726; Hatice Karacan, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma, Ankara 2007, s. 23.
- 49 Karacan, s. 31-32.
- 50 İş Kanunu'nun 74/son hükmüne göre, "Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır." Dolayısıyla süt izni süresi çalışma süresinden sayılır.
- 51 Karacan, s. 31.
- 52 Mollamahmutoğlu, s. 860.
- 53 Karacan, s. 32-33.
- 54 Narmanlıoğlu, s. 513; Akyiğit, s. 1842; Nursen Caniklioğlu, "4857 sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi", Toprak İşveren, S. 66, Haziran 2005, s. 7-8; Öğretideki bir görüşe göre ise, sigara molası veya çay aralığı gibi ara dinlenmelerinin çalışma süresinden sayılması gerekir (Tunçomağ/Centel, s. 159).
- 55 "...Uyuşmazlık 1.1.1982 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Toplu İş Sözleşmesi'nin 22. maddesinde günlük ve haftalık çalışma süreleri aynen yasa ve tüzüklerdeki belirlemelere uygun olarak düzenlendikten ve ara dinlenmelerinin iş sürelerinden sayılmayacağına işaret edildikten sonra, işçilerin bu dinlenmeler sırasında işyerini terk edemeyecekleri hükmünden çıkmaktadır. Ara dinlenmesi Yasa'da belirlenen günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında o yerin adet, örf, iklim, mevsim, gelenekler ve gereğine göre düzenlenen belirli bir süre çalıştıktan sonra işçinin yeme, içme, dinlenme gibi beşeri ihtiyaçlarını giderme amacına yönelik bir müessese olarak iş hukuku düzenlemelerinde yer almıştır. Ve bu kısa sürenin iş sürelerinden sayılmayacağı açık ve seçik olarak bu düzenlemelerde belirtilmiştir. Toplu İş Sözleşmesi'nden dinlenme sırasında işçilerin işyerlerini terkedemeyecekleri yolundaki kayıt ara dinlenmesi kavramının anlam ve amaçlarını sınırlayıcı ve bu hakkın özünü zedeleyici bir kayıt olarak düşünülemez. Olsa olsa çok kısa süre içerisinde işçilerin dinlenmeden sonra işe zamanında devamını sağlamaya yönelik bir tedbir olarak düşünmek icap eder. Bu nedenle yasa ve tüzüklerde ve işyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesi'nde açıkça iş süresinden sayılmayacağı belirtilen ve işçilere ara dinlenmesi olarak verildiği tartışmasız olan bu sürenin yasa ve sözleşmeler hıfzına sadece işyerini terkedemeyeceklerine dair kayda dayanılarak iş süresinden sayılıp fazla mesai şeklinde değerlendirilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.", Y9HD., 06.06.1986, E. 1986/4931, K. 1986/5981, Sinerji.
- 56 İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.4; Y9HD., 23.6.2009, E.2007/40862, K.2009/17766; Y9HD., 15.09.2009, 40386/22958, Sinerji.
- 57 Sümer, s. 143; Karacan, s. 33.
- 58 RG., 06.04.2004, S. 25425.
- 59 "...Davacı işçinin çalıştığı işyeri Gölbaşı İlçesi Oğulbey Köyünde bulunmaktadır. Davalı işveren sosyal yardım olarak Ankara'dan servis aracı kaldırarak davacıyı işyerine taşımaktadır. Bu durumun 1475 sayılı İş Kanunu'nun 62. maddesinde öngörülen <İş süresinden sayılan haller> kapsamına girdiği düşünülemez. Bu bakımdan servis aracında geçen sürenin iş süresinden sayılarak fazla mesai hesabında dikkate alınması hatalıdır.", Y9HD., 02.04.2002, E. 2001/19721, K. 2002/5740, Sinerji.
- 60 Tunçomağ/Centel, s. 150; Caniklioğlu, s. 7; İbrahim Subaşı, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 301-345; Karacan, s. 34;
- 61 Caniklioğlu, s. 8.
- 62 Caniklioğlu, s. 8; Karacan, s. 35.
- 63 İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.4; Y9HD., 23.6.2009, E.2007/40862, K.2009/17766; Y9HD., 15.09.2009, 40386/22958, Sinerji.
- 64 Süzek, s. 747.
- 65 Karacan, s. 53.
- 66 Bkz. dipnot 59.
- 67 İş K.m.64/Te göre, "Zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir. Bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmaz. Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz."

Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?¹

1. GİRİŞ

Mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisi, iş hukukumuzda bir türlü kesin bir çözüme kavuşturulmayan konuların başında gelmektedir. Bilim Komisyonunun hazırladığı İş Kanunu Tasarısında yer alan ve “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç İş İlişkisi” başlığını taşıyan 93. madde yasalaşmamış, sadece genel anlamda ödünç iş ilişkisi “Geçici İş İlişkisi” adı altında düzenlenmiştir. Geçici iş ilişkisi geçtiğimiz yaz aylarında yine Meclisin gündemine gelmiş, 26.6.2009 kabul tarihli 5920 sayılı Kanun hazırlanmıştır. Ancak, Cumhurbaşkanı, anılan Kanunu, AB'nin mesleki anlamda geçici iş ilişkisini düzenleyen 2008/104/EC sayılı Yönergesi'nin temelini oluşturan istihdam ve çalışma şartlarında eşitlik esasının sağlanması, dolayısıyla bu eşitliği bozacak uygulamaların yasaklanması yönünde hükümlere yer verilmemesi ve özel istihdam bürosu ile işçi ve özel istihdam bürosu ile iş görme edimini devralan işveren arasında yapılacak sözleş-

melerde yer alacak hususların kanunla düzenlenmeksizin Yönetmeliğe bırakılması gerekçeleriyle TBMM'ne geri göndermiştir². Son olarak geçtiğimiz aylar içinde konu tekrar gündeme gelmiştir. Uygulamada “paket kanun” veya “torba kanun” biçiminde adlandırıldığı bir şekilde, Amme Alacaklarının Tahsili Hakkındaki Kanunla birlikte geçici iş ilişkisi de İş Kanununa eklenecek bir madde olarak geçtiğimiz ay içinde gündeme gelmiş, ancak kısa bir süre sonra Çalışma Bakanı düzenlemenin tasarıdan çıkarıldığını açıklamıştır.

Bu gelişmeler, konuya ilişkin düzenleme yapılmasının güçlüğüne açık biçimde ortaya koymaktadır. Gerçekten, geçici iş ilişkisi, sadece teknik yönden değil, ideolojik açıdan da farklı boyutları olan bir konudur. Nitekim sendikaların tasarı ve kanunları “kölelik kanunları” olarak isimlendirdiklerini görüyoruz. Tüm bu yönler işin içinden çıkılmasını güçleştirmekte ve şu anda içinde bulunduğumuz tabloyu da beraberinde getirmektedir.

II. MESLEKİ FAALİYET OLARAK GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNİN MUKAYESELİ İŞ HUKUKUNDAKİ YERİ

İngiltere’de ortaya çıktığı düşünülen, ancak Amerika’da büyük bir gelişme gösteren geçici (ödünç) iş ilişkisi, Avrupa ülkelerinde de kısa bir süre içinde yaygınlaşmış³, özellikle son yirmi yıl içinde tüm dünyada büyük bir etki yaratmıştır. Ancak gerek temel yaklaşım, gerekse de yapılan düzenlemeler bakımından okyanusun iki tarafındaki ülkelerde büyük farklılıklar mevcut bulunmaktadır. Gerçekten gerek ABD ve Japonya, gerekse de Batı Avrupa ülkeleri arasında kavrama ilişkin temel anlayış farklılıkları mevcut bulunmaktadır. Bu farklılığın temelinde, “*précarité*” ve “*stabilité*” kavramlarının farklı algılanması yatmaktadır⁴. Geçici iş ilişkisini doğru biçimde anlayabilmek için her şeyden önce bu iki kavramın ne anlama geldiğini açıklamamız gerekir.

Öncelikle, her iki kavramı da tam anlamıyla ifade eden Türkçe sözcükler bulunmamaktadır. *Précarité*, Türkçe karşılık olarak, “eğreti, sağlam olmayan, her an bozulabilir durumda olan” bir durumu ifade etmektedir. Buna karşılık “*stabilité*”, “istikrar, sağlamlık, devamlılık” kavramlarını içeren bir deyimdir. Bu iki kavramın anlaşılması önemlidir. Zira, mukayeseli iş hukukunda, geçici iş ilişkisinin bilimsel tasnifi söz konusu kavramlar çerçevesinde yapılmakta ve bu çalışma biçimi, iş hukukunda eğretiliğin ulaştığı en son nokta olarak tanımlanmaktadır. Özellikle bu durum, tarihsel gelişim süreci içinde, birçok ülkede meşruiyeti tartışılan bir uygulama olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur. Nitekim bu süreç içinde hemen hemen her ülkede, mesleki anlamda geçici iş ilişkisi fiili bir olgu olarak ortaya çıkmış, ancak çoğu zaman bundan çok sonra yasakoyucular tarafından tanınarak legalize edilmiş⁵, meşrulaştırılmıştır⁶. Ancak yapılan düzenlemeler ve bugün ulaşılan nokta, her ülkenin kendi hukuk kültürünü yansıtmaktadır. Özellikle yukarıda da belirttiğimiz gibi, *précarité* (eğretilik) ve *stabilité* (devamlılık) kavramlarının bu hukuk düzeni

içindeki yeri, yapılacak düzenlemelerin niteliğini ve kapsamını doğrudan etkilemektedir. Bugün genel olarak gelişmiş ülke modellerini, iki ana başlık altında ayırarak incelememiz mümkündür.

İlk olarak bizim de içinde bulunduğumuz ve “Latin Modeli” veya “Batı Avrupa Modeli” şeklinde adlandırabileceğimiz sistem içinde, normal çalışma biçimi olarak kabul edilen “belirsiz süreli iş sözleşmesi”dir. Buna göre kural sözleşmenin belirsiz süreli olması yani devamlılığıdır⁷. Bu sistem içinde işçi, sözleşmesinin sona ermesinde iş güvencesinden yararlanır, oldukça yüksek miktarlarda tazminatlara hak kazanır. Yine bu sistem içinde devamlı iş ilişkisi, tek bir işverene bağımlı olarak yerine getirilir. Batı Avrupa sisteminin belirgin özelliği, iş ilişkilerinin ağırlıklı olarak iş yasaları ile açık biçimde düzenlenmesidir. Bu düzenlemelere hakim anlayış ise şudur: Belirsiz süreli, iş güvenceli çalışma modeli bir kural olarak nitelendirilmekte, bu kuraldan uzaklaşıldığında ve atipik veya eğreti ilişkilere geçildiğinde, bunun sınırları kanunkoyucu tarafından çizilmektedir. Basit şekilde ifade etmek gerekirse, Bugün Batı Avrupa’da *stabilité*, yani belirsiz süreli devamlı, iş güvenceli çalışma modeli kural, bundan ayrılan çalışma ilişkileri, yani (eğretilik) *precarité* istisnadır⁸. Kuşkusuz, esneklik rüzgarları bu kuralı bir ölçüde sarsmış, eğreti ilişkileri yaygınlaştırmıştır⁹. Ancak yine de istatistiksel olarak bakıldığında belirsiz süreli sözleşmelere dayalı istihdam biçimi hakimiyetini sürdürmektedir.

Buna karşılık ABD’de, Avustralya, Yeni Zelanda’da farklı bir tablo karşımıza çıkmaktadır. Bugün ABD’de iş güvencesi sistemi kabul edilmemekte, “*employment at will*”¹⁰, yani işverenin isteğine bağlı istihdam modeli çerçevesinde iş sözleşmesine nedensiz biçimde işverence son verilebilmektedir. İşte hemen bu noktada, anlayış farklılığın temel nedeni ortaya çıkmaktadır. İşçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini nedensiz şekilde feshedebileceğiniz kabul edildiğinde, devamlılık-istikrar ile eğretilik-belirsizlik arasındaki fark belirsizleşmektedir¹¹. Başka bir anlatımla, Amerikan

modeli içinde zaten herkesin durumu bu ilk görünüş itibarı ile eğreti bir nitelik taşımakta, belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçiler dahi geleceklerine ilişkin bir güvence içinde bulunmamaktadır. Buna göre, işçi ister belirsiz süreli sözleşme ile çalışsın, ister belirli süreli sözleşme ile çalışsın, isterse de geçici süreli işçi olsun, sonuç olarak her halde iş güvencesinden mahrum kalacağı için pek bir şey fark etmemektedir.

Hemen bu noktada, ABD'de farklı sözleşme biçimleri ile çalışan işçilerin arasında gerçekte fark olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu soruya ise olumsuz yanıt vermek gerekir. Gerçekten ABD'de de geçici iş sözleşmeleri ile çalışan işçiler diğer işçiler ile kıyaslandığında bunların daha zor durumda olduğu görülmektedir. Gerçekten bu işçilerin ücreti diğer işçilere göre düşüktür, bu işçiler daha zor ve kimsenin yapmak istemediği işlerde çalıştırılırlar. Buna mukabil Avrupa sisteminde, belirsiz süreli bir sözleşme ile çalışan işçi bu güvensizliği nadiren yaşar ve hisseder. Gerçekten, eğretilik, Batı Avrupa modeli içinde işçinin konumu ile değil, doğrudan sözleşmesinin biçimi ile ilgilidir. Belirsiz süreli bir sözleşme Avrupa modelinde güvence demektir. Bundan ayrılma durumunda eğretilik kavramı ile karşılaşılır. Batı Avrupa Modelinde, eğretilik, işçinin iş ilişkisinin devamsızlığını ve istikrarsızlığını ifade eder. Bu anlamda, öncelikle, belirli süreli iş sözleşmelerinin, eğreti iş sözleşmelerinin temelini oluşturduğu kabul edilir. Nitekim belirli iş süreli iş sözleşmesi, sona erdiğinde işçi yeni bir iş bulana kadar işsizlik ile karşılaşır¹².

Mesleki anlamda geçici iş sözleşmeleri eğretiliği daha da ileri boyutlara taşır. Burada her şeyden önce iş ilişkisi "geçici" niteliktedir. Bu geçici sürenin sonunda işçinin durumu belirsizdir. İş ilişkisi, geçici olmasının yanı sıra ikinci bir belirsizliği de beraberinde getirir. Burada işçi fiilen iş görme borcunu ifa ettiği işverenle başka bir işverene bağlıdır. Dolayısıyla, işverenler yönünden de belirsiz ve karmaşık bir tablo ortaya çıkar. İşçi normalde iş sözleşmesi ile bağlı olması gereken işverene bağlanmaz; bunun dışında sadece şekli olarak

işveren fonksiyonlarını kullanan bir işverene bağlanır. Bu durum işçinin fiilen çalıştığı işyeri ile sosyal, ekonomik ve hukuki bağlarını zayıflatır ve birçok sorunu da beraberinde getirir. Geçici işçiliğin yarattığı söz konusu teknik sorunlar aşağıda incelenecektir.

III. GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNİN ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR

1. Geçici İşçilerin Profili

Geçici işçiler konusunda sağlıklı değerlendirmeler yapılabilmesi için, her şeyden önce bu kişilerin profiline bakmamız yerinde olacaktır. Nitekim, geçici işçileri ile dünyada yapılan araştırma ve istatistiklere bakıldığında belirli noktalar ön plana çıkmaktadır¹³:

- Öncelikle bu işçiler "genç" işçilerdir¹⁴. Yaş olarak bakıldığında, bu işçilerin büyük bir çoğunluğunun 29 yaş ve altı işçiler olduğu göze çarpmaktadır¹⁵.
- İkinci olarak bu işçilerin çoğunun vasıfsız veya düşük vasıflı işçiler olduğu tespit olunmaktadır¹⁶. Bu işçilerin çoğunun gelişmiş mesleki deneyimleri yoktur. Hatta büyük bir kısım iş bulamadığından, ilk iş ilişkisini "geçici iş ilişkisi" içinde kurmak istemektedir¹⁷.
- Üçüncü olarak geçici işçilerin büyük bir çoğunluğunu erkek işçiler oluşturmaktadır. Örneğin Fransa'da yapılan bir araştırmaya göre, geçici işçilerin dörtte üçlük bir oranı erkek işçilerdir¹⁸.

Buna göre, geçici iş ilişkisi esasen kalifiye iş gücünün karşılanması değil, vasıfsız ve çalışma hayatına yeni katılacak olan tecrübesiz işçilerin istihdamı için başvurulan bir yöntem olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, burada nitelikli bir işgücü değil, aksine, işverenle pazarlık imkânlarından yoksun, çoğu zaman işsizlik içinde ve güç durumda olan bir işgücü ile karşı karşıyayız. Geçici işçiler için hukuki düzenlemeler yapılırken, kanımızca öncelikle bu tespitin göz önünde tutulması gerekir.

2. Geçici İş İlişkisinin Yarattığı Temel Sorun: Emek İstismanı

Geçici iş ilişkisinin yarattığı temel sorun

“emek istismarı”dır. Gerçekten, geçici iş ilişkisi “belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve yüksek ücretli” işçilerin yerine “ucuz ve iş güvencesine sahip olmayan” işgücünü geçiren bir nitelik kazandığında, açık bir biçimde emek istismarı yaratmaktadır. Bu şekilde işleyen bir geçici iş ilişkisi sistemi, işyerinde belirsiz süreli ile çalışan işçilerin işlerini elinden almakta, bu işleri düşük ücretle çalışan güvencesiz konumdaki işçilere vermektedir¹⁹. Dolayısıyla, bir yandan çalışan işçilerin güvenceleri elinden alınarak işsizliğe itilirken, öte yandan iş bulmakta güçlük çeken kişiler güvencesiz bir çalışma modeline yöneltilmektedir. Geçici işçiliğin yarattığı temel sorun budur ve yapılacak düzenlemelerde dikkate alınması gereken de her şeyden önce bu noktadır.

3. Diğer Teknik Sorunlar

- Geçici işçiler düşük mesleki eğitim düzeyine sahip işçilerdir. Nitekim yapılan istatistikler bu işçilerin iş kazalarına daha fazla maruz kaldığını ortaya koymaktadır.
- Geçici işçiler işverenler tarafından toplu iş uyuşmazlıklarında kötüye kullanılabilirlerdir.
- Geçici işçilerin alacaklarının güvence altına alınması önemli bir sorundur. Özellikle geçici işçilerin işverenin ödünç veren olduğu kabul edildiğinde, bu işverenin ödeme gücünün içine düşmesi durumunda işçiye güvence getirilmesi gerekmektedir.
- Geçici işçilik uygulaması, genel olarak geçici işçileri çalışma hayatına entegre edecek bir model olarak düşünülmüştür. Buna göre, iş bulmakta zorluk çeken işçi kesimleri geçici işçilik vasıtasıyla bir şekilde çalışma hayatına girecek, daha sonra elde edecekleri deneyim ile devamlı bir ilişki içine girme şansı elde edebileceklerdir. Ancak dünyadaki uygulama bu teorinin gerçek olmadığını göstermiştir. Geçici işçilerin büyük bir çoğunluğu, geçici iş ilişkisinin sonunda işsiz kalmakta, belirsiz süreli, devamlı bir sözleşme ile çalışma şansı elde edememektedir. Dolayısıyla, yine bu işçiler yeniden geçici iş ilişkisi ile çalışma zorunda kalmaktadır. Bu işçiler hiçbir zaman çalışma hayatına tam olarak entegre olama-

makta, geçicilik sıfatından kurtulma şansı elde edememektedir.

- Geçici süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin kollektif hakları son derece hassas bir konudur²⁰. Gerçekten bu işçiler, fiilen çalıştıkları işyeri ile kollektif bir bağ kuramamaktadır. Bu işyerinin toplu iş sözleşmesi ve sendikal düzeni bu işçileri kapsamına almamaktadır. Zira bu işçiler ödünç veren işverenin işçisi olarak kabul edildiğinden, ancak iş sözleşmesi ile bağlı oldukları kendi işverenlerinin işyerindeki sendikal düzenin bir parçası olabilecekleri kabul edilmektedir. Ancak sendikal hakların hayata geçebilmesi her şeyden önce bir “işyerinin varlığını” gerektirdiğinden, kâğıt üstünde var olan ama gerçekte var olmayan bir işyerinin kollektif düzeni de olmamakta, dolayısıyla bu işçiler sendikal haklardan fiilen yoksun kalmaktadır. Nitekim bugün dünyanın birçok ülkesinde yapılan araştırmalar geçici işçilerin büyük bir çoğunluğunun sendikalar ile hiçbir bağı olmadığını ortaya koymaktadır.
- Geçici işçiler sosyal dışlanma sorunu ile de karşılaşmaktadır. Bugün birçok Batı ülkesinde, bankalar bu işçilere kredi vermek istememekte, hatta ev sahipleri dahi evlerini geçici işçiye kiralamak istememektedir.

IV. GEÇİCİ İŞÇİLİĞİN YARATTIĞI SORUNLARA İLİŞKİN HUKUKİ ÇÖZÜMLER

1. Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Mevcut Hukuki Durum

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukukumuzda mesleki anlamda geçici iş ilişkisi kanunlaşmamış olup, bu konuda yasal bir boşluk mevcut bulunmaktadır. Bu boşluğun nasıl yorumlanacağı tartışmalıdır. Mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisinin yasal olduğu, bunun anayasal sözleşme özgürlüğünün bir gereği olduğu, İş Kanunu’nda yer alan 7. maddenin kanun yapılıncaya kadar sorunları çözmeye yeterli olacağı yolunda özetleyebileceğimiz M. Ekonomi’nin görüşünü²¹ ayırık tutarsak, öğretilerdeki genel kanaat, mesleki an-

lamda geçici iş ilişkisi kurulmasının mümkün bulunmadığı, zira Kanunun buna açıkça izin vermediği yolundadır.

Ancak uygulama bakımından mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinin yapıldığı ve uygulandığı da bilinen bir gerçektir²². Nitekim çıkarılması planlanan kanunların amacı da bu uygulamayı hem meşru bir zemine oturtmak, hem de sınırlarını çizmek düşüncesidir. Öyleyse, yapılacak bu kanun bunu nasıl gerçekleştirecektir?

2. Yasal Düzenleme Yapma Gereği

Geçici iş ilişkisine ilişkin olarak dünyadaki gelişim incelendiğinde, ABD ve bu sistem dahilindeki ülkeler dışında, geçici iş ilişkisinin, bunu kabul etmek istemeyen ülkeler tarafından bile, deyim yerindeyse “önünde sonunda” benimsendiği ve yasal bir zemine oturtulduğu görülmektedir²³. Buna göre, tüm dünyayı etkisi altına alan bu istihdam modelinden deyim yerindeyse “kaçış olmadığını” söylemek sanırız hatalı olmaz. Nitekim uygulamada da, ülkemizde de geçici iş ilişkisi uygulamalarının mesleki faaliyet olarak yapıldığı ve uygulandığı da bilinen bir gerçektir²⁴. Her ne kadar bu gibi uygulamalara yargının bakışının olumlu olduğu söylenemez ise de, böyle bir maddi gerçeği inkar etmeye olanak da yoktur. Buna göre, kanımızca yapılması gereken, söz konusu uygulamaları görmezden gelmek değil, konuyu yapılacak isabetli yasal düzenlemeler ile sağlıklı bir zemine oturtmaktır.

Yine, geçici iş ilişkisinin istihdam yaratıcı etkisi de gözden uzak tutulmamalıdır²⁵. Gerçekten, Özellikle 90'lı yıllardan itibaren gelişme gösteren bu istihdam türünün, yasal çerçeve içine alınma eğiliminin yaygınlaşmasının ardından yatan nedenlerden biri de geçici iş ilişkisinin esneklik aracı olarak kabulü ve dolayısıyla istihdamı artırıcı işlevinin tanınması gelmektedir²⁶. Öğretide de haklı olarak işaret edildiği üzere, esnekliğin reddi, her şeyden önce kayıt dışı sektörün desteklenmesi sonucunu da beraberinde getirebilir. Buna göre, esnek çalışma sürelerinin ve esnek çalışma modellerinin düzenlenmesinden değil düzenlenmeyerek kayıt dışı sektörü beslemesinden korkmak gerekir²⁷.

Dolayısıyla, mesleki anlamda geçici iş ilişkisi yasal düzenlemeye konu olmalıdır. Ancak, mevcut siyasi konjonktürün buna izin verip vermediği ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte, yapılacak muhtemel düzenlemeye ışık tutması açısından bu konuda ciddi bilimsel çalışmalar yapılması önem taşımaktadır.

3. Yapılması Gereken Düzenlemelerin Amacı ve Teknik Tutarlılığı

Kanımızca, konunun teknik ayrılarına girmeden önce, özellikle iki noktanın doğru şekilde anlaşılması gerekmektedir. Buna göre, ilk olarak Kanunun amacı doğru şekilde anlaşılmalı ve ikinci olarak da Kanunun teknik tutarlılığı sağlanmalıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, geçici iş ilişkisinin iş ilişkilerinde yarattığı başlıca sorun, emek istismarıdır. Gerçekten, belirsiz süreli işçilerin yeri, geçici işçiler ile doldurulmaya başlandığında, işgücü ucuzlatılmakta, devamlı bir işe sahip işçiler işini kaybetmekte ve sonuç olarak emeğin sömürüsü durumu ortaya çıkmaktadır²⁸. Ortaya çıkan bu tabloyu “esneklik” adı altında savunmak da kanımızca mümkün değildir. Zira çalışma hayatında esneklik sendikası, devamlı bir işe sahip işçilerin işsiz bırakılması, işçilerin genel olarak düşük ücretler ile çalışmaya mecbur bırakılması olarak yorumlanamaz.

Esneklik kavramını, kanımızca, işverenin işgücünü, işyerindeki ihtiyaçlarına, özellikle üretim sürecindeki değişmelere, yani yoğunlaşma ve duraklamalara bağlı olarak yönetebilmesi olarak anlamak gerekir. Örneğin, bu gerekçe ile çalışma saatlerini hafta içinde günlere göre farklı şekilde dağıtabilmesi, zaman zaman yoğun çalışma yapıp, bunun karşılığında çalışılmayan zamanı vereceği izinlerle karşılayabilme serbestisi esneklik tanımı içinde değerlendirilir. Yine işgücü sayısını, işletmesinin artan veya azalan ihtiyaçlarına göre belli oranlarda arttırıp eksiltebilmesi anlamındaki serbesti de sayısal esneklik veya dış esneklik olarak kabul edilebilir. Ancak burada unutulmaması gereken nokta şudur. Esneklik, işyerindeki mevcut işgücünün, yani belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan sabit ve

devamlılık arzeden işgücünün değiştirilerek, yerini kolektif hakları fiilen kullanamayan, ucuzlatılmış ve güvencesiz bırakılmış bir işgücü ile değiştirilmesi konusunda bir serbesti olarak yorumlanamaz; yorumlanmamalıdır.

Buna göre kanımızca, geçici iş ilişkisi ile ilgili yapılacak yasal düzenlemede, düşünülmesi gereken en önemli konu bu olmalıdır. Belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan ve devamlılık arz eden iş ilişkilerinin yerini alacak bir düzenin kurulmasının engellenmesi düşüncesi kanunun başlıca amacını oluşturmaktadır.

İkinci olarak, yapılacak yasal düzenlemeler teknik yönden de tutarlı olmak durumundadır. Nitekim, Türk iş hukukunda, iş güvencesi temeline dayanan Batı Avrupa modeli benimsenmiştir. Türk iş hukukunda da belirsiz süreli çalışma modeli asıl olup, atipik sözleşmeler istisnaidir. Nitekim, belirli süreli iş sözleşmelerine başvurulacak durumların somutlaştırılması ve sınırlandırılmasının ardındaki düşünce de budur. Dolayısıyla, belirsiz süreli iş sözleşmesi modelini ve iş ilişkisinde devamlılığı etkileyebilecek bir düzenlemenin, istisnai nitelikte öngörülmesi ve sınırlandırılmış olması gerekmektedir. Bu yapılmadığı takdirde, sistem kendi iç tutarlılığını yitirecektir. Örneğin, sınırsız biçimde geçici iş ilişkisine başvurma olanağı verilirse, belirli süreli sözleşmeler konusunda getirilen sınırlamaların bir anlamı kalmayacaktır.

Sonuç olarak, gözden kaçırılmaması gereken temel husus Türkiye'nin Batı Avrupa modeli içinde yer aldığıdır. İş ilişkisinde devamlılığı ve iş güvencesini esas alan bu modelin kendi iç tutarlılığını koruyabilmesi için geçici iş ilişkisinin sınırlandırılmış biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Kuşkusuz, getirilen sınırlamalar ulusal mevzuatla ve ülkemiz çalışma hayatının gerçekleri ile de uyumlu olmalıdır. Buna göre, kanımızca Batı Avrupa modeli iyi şekilde analiz edilmeli, daha sonra ülkemiz koşulları dikkate alınarak geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemeler yapılmalıdır. Buna göre, Batı Avrupa ülkelerinde geçici iş ilişkisine ilişkin olarak getirilen düzenlemeler ve sınırlamalar aşağıda incelenecek ve değerlendirilecektir.

V. GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNE İLİŞKİN DÜZENLEME VE SINIRLAMALAR

1. Geçici İş İlişkisine İlişkin Genel Bir İlke Getirilmesi

Belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan işçilerin ve devamlılık taşıyan iş ilişkilerinin yerini alacak bir düzenin kurulmasının engellenmesi düşüncesi öncelikle bir ilke olarak kanunda yer almalıdır. Nitekim Fransız İş Kanunu'nun geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemeleri öncelikle bu ilke ile başlamaktadır. Gerçekten, geçici iş ilişkisini düzenleyen bölümün ilk maddesi olan, L.124-2 hükmüne göre, "Geçici süreli iş sözleşmesi, bir işletmenin normal ve devamlılık arzeden iş ilişkilerinin yerini alma konusunda ve bu etkiye sahip olacak biçimde düzenlenemez."²⁹ Nitekim Fransa'da, geçici iş ilişkilerine uygulanacak milli düzeydeki toplu iş sözleşmesi şu sözlerle başlamaktadır: "Belirsiz süreli iş sözleşmesi normal ve genel sözleşme şeklidir. İstihdamın devamlılığını sağlamak üzere kullanılması gereken yöntem budur. Belirli süreli iş sözleşmesi ve geçici süreli iş sözleşmesi işletmenin dönemsel ihtiyaçlarına göre değişmesi gereken işgücünün karşılanması amacı ile kullanılacak yöntemlerdir. Bunlar devamlılık arz eden iş ilişkilerinin değiştirilmesi veya bu konudaki yasal düzenlemelerin aşılması amacı ile kullanılamaz."³⁰ Kanımızca öncelikle, kanunun amacını yansıtan bu nitelikte bir düzenlemeye yer verilmesi isabetli olacaktır. Gerçekten bu nitelikte bir düzenleme, mesleki geçici iş ilişkisinin iş hukuku düzeni içindeki yerini belirleyen bir kural olarak uygulamada çıkacak hukuki sorunların çözümüne ışık tutacaktır. Buna karşılık, hazırlanan tasarlarda ve Meclise iade edilen kanunda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

2. Geçici İş İlişkisine Başvurulabilecek Durumların Somutlaştırılması

İkinci olarak geçici iş ilişkisine başvuru-

labilecek durumların somutlaştırılması da bunun belirsiz süreli sözleşmelerin yerini almasını engelleyici etkili bir yöntem olarak görünmektedir. Nitekim Batı Avrupa modeli içinde yer alan bazı ülkeler bu yöntemi tercih etmiş bulunmaktadır³¹. Örneğin, Fransız Hukukunda, geçici iş ilişkisine başvurulabilecek durumlar sınırlandırılmıştır³². Buna karşılık, hazırlanan taslaklarda ve Cumhurbaşkanınca iade edilen 26.6.2009 kabul tarihli ve 5920 sayılı Kanunda bu nitelikte bir düzenleme bulunmamaktadır.

3. Sektörel Sınırlamalar

Geçici iş ilişkisine ilişkin sektörel sınırlamalar da bazı ülkelerde gündeme gelebilmektedir. Bu sınırlamaların farklı nedenleri vardır. Bunlar; bu sektörlerde iş kazası oranının yüksekliği, bazı sektörler bakımından mesleki iş ilişkisindeki kötüye kullanma oranının yüksekliği, bazı ülkelerdeki güçlü sendikaların kendi sektörlerindeki geçici iş ilişkisine izin vermemeleri vb.'dir. Bu noktada, genel bir değerlendirme yapmak mümkün görünmemektedir. Sektörel sınırlamalar, her ülkenin kendi subjektif koşullarına göre belirleyeceği sınırlardır.

4. Sayısal Sınırlamalar

Yapılacak bir düzenleme ile işverenin çalıştırabileceği geçici işçi sayısına ilişkin bir sınırlama getirilmesi de düşünülebilir. Nitekim sayı sınırlaması veya kota, veto edilen kanunda ve yine şu anda meclisin gündemindeki tasarıda öngörülmüştür. Cumhurbaşkanı tarafından veto edilen kanunda geçici işçilerin 1/4 oranını aşamayacağı öngörülmüştür. Bu oran, geçtiğimiz aylarda gündeme gelen tasarıda 1/5'e çıkarılmış bulunmaktadır. Buna benzer uygulamalara İtalya³³ ve Belçika'da rastlandığı belirtilmektedir³⁴.

5. Eşitlik İlkesi

Geçici iş ilişkisi bakımından getirilebilecek önemli koruma önlemlerinden birini eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Gerçekten geçici işçiler konusundaki istatistiklere ve uygulamalara bakıldığında bunların büyük bir çoğunlu-

ğunun düşük ücretler ile piyasa koşullarının altında çalıştığı tespit olunmaktadır. Hemen hemen her ülkedeki araştırma benzer bir tablo karşımıza çıkarmaktadır. Örneğin ABD'de devamlı işçinin saat ücreti 8,80 USD iken, geçici işçinin saat ücreti 5,70 USD olarak kalmaktadır³⁵.

Geçici işçilerin ucuz bir işgücü kaynağı olması, öncelikle devamlılık taşıyan piyasa koşullarına göre ücret alan işçiler bakımından bir tehdit oluşturmaktadır. Kuşkusuz, piyasa koşullarının altında ücret alan işçilerin bizzat kendilerinin de korunması bu konuda yapılması gereken müdahalenin bir diğer gerekçesini oluşturmaktadır. Öyleyse, geçici işçilerin çalışma koşulları ne şekilde iyileştirilebilecektir?

Bu konuda çeşitli çözümler üretilmeye çalışılmıştır. Bu konuda geçici işçilere özgü sektörel asgari ücretlerin belirlenmesi düşünülen çözümlerden biridir. İkinci olarak bunlarla ilgili olarak, ödünç veren işverenler ile sendikalar arasında özel toplu iş sözleşmelerinin uygulanması düşünülen bir diğer formül olmuştur. Ancak her iki formül, olumlu yönlerinden çok olumsuz sonuçları beraberinde getirmekte, geçici işçilerin daha da marjinalize olmasına yol açmaktadır³⁶. Gerçekten, zaten dışlanmış durumda olan bu işçilerin daha da ötekileştirilmesi isabetli olmayacaktır. Bu nedenle, Batı Avrupa'da, bu soruna bulunan ve artık AB hukukunda benimsenen çözüm geçici işçiler ile devamlı işçiler arasında eşit çalışma koşullarının uygulanma zorunluluğunun getirilmesi olmuştur. 2008/104 sayılı Direktif ile getirilen en temel düzenleme, normal ya da klasik çalışma biçimi olarak tanımladığımız istihdam ilişkisi çerçevesinde emeğini arz eden işçiler ile ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışanlara farklı muamele yapılamayacağı, yani eşit davranma zorunluluğunun getirilmesidir. Eşit davranma ilkesi kapsamında ise en başta diğer çalışanlar ile ödünç çalışanlara aynı ücretin ödenmesi yer almaktadır. Böylelikle bir işçiyi ödünç alan bir işverenin, bu kimseye kendi işyerinde diğer işçilere ödemekte olduğu ücretten daha düşük bir ücret ödeyebilmesi bundan sonra

artık mümkün olmayacaktır³⁷.

Direktifte ücret ve çalışma koşullarında eşit davranılması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bundan dolayı ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen bir işçi sadece ücret konusunda değil, diğer çalışma koşulları bakımından da ayrıma tabi tutulamayacaktır. Nitekim işçilere kantinden yararlanma, yemek servisi, ulaşım, kreş ve benzer olanaklar tanınmış ise, bunlardan yararlanmak imkanı aynı oranda ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışanlara da tanınmak zorundadır. Bunlara, işverenlerin çalışanlara tanıdıkları eğitim ve ileri eğitim olanakları da dahildir³⁸.

Eşitlik temel bir ilke olarak benimsenmekle birlikte, üye ülkelerin istihdam piyasalarının özel durumları dikkate alınarak, toplu sözleşme veya ulusal düzeyde bağitlanan sözleşmeler yoluyla farklı düzenlemelere gidilmesinin yolu açık tutulmuştur. Ancak bağitlanacak bireysel sözleşmeler ile genel ilkenin dışına çıkılması olanak dahilinde değildir. Dolayısıyla ödünç çalışan işçi ile kendisini istihdam eden işveren, normal çalışanlardan daha düşük bir ücret üzerinde anlaşmalarına rağmen, eğer bu konuda bir düzenlemeye gidilmesine yönelik bir toplu iş sözleşmesi ya da ulusal seviyede bir anlaşma yoksa bağitlanan iş sözleşmesi geçersiz olacaktır³⁹.

Geçici işçiler ile işverenin devamlı işçileri arasında eşitlik ne İş Kanunu Tasarısında ne de veto edilen kanunda öngörülmüş değildir. Buna karşın, geçtiğimiz aylarda gündeme gelen Tasarıda eşitliğe ilişkin açık bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre; “Bu madde kapsamında çalıştırılan işçi ile özel istihdam bürosu ve işçi devri yapılan işveren arasındaki iş ilişkisinde de bu Kanunun 5 inci maddesi uygulanır. Ücret, iş sağlığı ve güvenliği ile işyerinde yapılacak mesleki eğitim ve diğer temel çalışma ve istihdam koşulları açısından geçici iş ilişkisine göre çalışan işçi ile aynı veya eşit değerdeki iş için işyerine yeni alınan işçi arasında ayırım yapılamaz.” Söz konusu düzenleme Türk iş hukuku bakımından çok önemli ve radikal bir gelişme anlamına gelmektedir. İlk kez bir dış kaynak kul-

lanımı (outsourcing) uygulamasında bu denli kapsamlı bir biçimde eşitlik ilkesi gündeme gelmiş bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeyi genel olarak isabetli bir gelişme olarak nitelendirmek gerekmektedir. Ancak, yine bu noktada Tasarıda geçici iş ilişkisine göre çalışan işçi ile “aynı veya eşit değerdeki iş için işyerine yeni alınan işçi” arasında eşitlik öngörülmek suretiyle, tartışmalara kapı aralanmış bulunmaktadır⁴⁰.

6. Geçici İş İlişkisinin Kötüye Kullanılmasının Önlenmesi

Geçici işçilik uygulamasının tarihsel geçmişi, bunun kötüye kullanımlara açık olduğunu da ortaya koymuştur. Nitekim, geçici iş ilişkisinin, aynı belirli iş süreli sözleşmelerde olduğu gibi, belirsiz süreli iş sözleşmesinin getirdiği yükümlülüklerden kaçınmak amacı ile kullanılması söz konusu olabilmektedir. Bu konuda ortaya çıkacak kötüye kullanımları engellemek üzere, geçici süreli iş ilişkisi süre bakımından sınırlandırılmakta, yazılı sözleşme yapılması zorunluluğu getirilmekte ve uygulamanın grev kırıncılığı için kullanılmasını önleyici düzenlemelere mukayeseli iş hukukunda yer verilmektedir. Nitekim bu amaçlı düzenlemeler tasarıda yer almıştır. Güncel tasarıda, özel istihdam bürolarının devredeceği işçi ile iş sözleşmesini, işçinin devredileceği işverenle geçici iş ilişkisi sözleşmesini yazılı olarak yapmak zorunda olduğu belirtilmiş, yine aynı işçi için, aynı işverenle yapılacak geçici iş ilişkisi sözleşmelerinin toplam süresinin onsekiz ayı geçemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelerin isabetli olduğuna kuşku yoktur⁴¹. Ayrıca kanunda getirilen düzenlemenin ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkacak hukuki yaptırım da belirlenmiştir. Buna göre, 18 aylık süreyi geçen çalıştırma, iş sözleşmesinin ve geçici iş ilişkisi sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması veya sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına rağmen devam eden çalıştırma durumlarında, devredilen işverenle işçi arasında, başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş olacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme de isabet taşımaktadır. Geçici işçiliğin kolektif uyuşmazlıklarda kö-

tüye kullanılması konusunda güncel tasarıda açık bir hükme yer verilmemekle birlikte, İş Kanunu'na eklenecek fıkrada hüküm bulunmayan hallerde 7. madde uygulanacağından, burada belirtildiği şekilde, grev sırasında geçici işçi çalıştırılmayacaktır. Bu süreçte işçinin korunmasına yönelik özel bir düzenlemenin de güncel tasarıda getirildiğini görüyoruz. Nitekim Tasarıda; "...Devredilen işyerinde grev ve lokavt olması ve özel istihdam bürosunun işçiyi bu süre içerisinde başka bir işyerinde istihdam edememesi halinde, özel istihdam bürosu işçinin asgari ücretten az olmamak üzere sözleşmede belirtilen ücretinin yarısını ödemek zorundadır." hükmü yer almıştır.

7. Diğer Teknik Sorunlara İlişkin Hukuksal Çözümler

a) Geçici İşçilerin İş Kazalarına Maruz Kalmasının Önlenmesi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, geçici işçiler düşük mesleki eğitim düzeyine sahip işçilerdir. Nitekim yapılan istatistikler bu işçilerin iş kazalarına daha fazla maruz kaldığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, geçici işçilerin iş kazalarına maruz kalmalarını önlemek üzere tedbirler alınması gerekmektedir. Nitekim bilim komisyonu tarafından hazırlanan tasarıda bu yolda bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak daha sonra veto edilen kanun ve şimdiki güncel tasarıda bu hükme yer verilmemiştir. Geçtiğimiz aylarda gündeme gelen tasarıya göre, İş Kanunu'nun 7. maddesindeki hükümler, mesleki geçici iş ilişkisine de uygulanacaktır. Buna göre, geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur. Bu düzenlemenin yeterli olmadığı kanısındayız. Geçici işçilere ilişkin tehlikeli işlerde çalışma yasağının getirilmesi ve yasak kapsamındaki işlerin iş kazaları istatistikleri dikkate alınarak sayılması isabetli olacaktır.

b) Geçici İş Sözleşmesi İle Çalışan İşçilerin Devamlı İstihdama Geçişinin Sağlanması

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, geçici işçilik, bu konumdaki işçileri çalışma hayatına entegre edecek bir model olarak düşünülmüştür. Buna göre, iş bulmakta zorluk çeken işçi kesimleri geçici işçilik vasıtasıyla bir şekilde çalışma hayatına girecek, daha sonra elde edecekleri deneyim ile devamlı bir ilişki içine girme şansı elde edebileceklerdir⁴².

Ancak dünyadaki uygulama bu teorinin gerçek olmadığını göstermiştir. Geçici işçilerin büyük bir çoğunluğu, geçici iş ilişkisinin sonunda işsiz kalmakta, belirsiz süreli, devamlı bir sözleşme ile çalışma şansı elde edememektedir. Bu nedenle geçici işçilerin devamlı istihdama geçişinin sağlanması sorununa iki açıdan formül üretilmeye çalışılmıştır. İlk olarak bunların "ödünç veren işveren" ile hukuki bağlarının kuvvetlendirilmesi düşünülebilir. İkinci olarak da ödünç alan işveren ile ilişki sonrasında bağ kurulmaya çalışılabilir⁴³.

İlk formül, işçinin kendi işvereni, yani ödünç veren işveren ile hukuksal bağını güçlendirmektir. Nitekim bu yolu seçen iki ülke vardır. Alman ve Avusturya hukuklarında geçici işçi kendi işvereni ile belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışır. Yani görevin tamamlanması ile birlikte sözleşmesi sona ermez⁴⁴. Bu formül 4857 sayılı Kanunun bilim komisyonu tarafından hazırlanan tasarısında benzer şekilde ele alınmış ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ödünç işçinin iş sözleşmesinin sözleşme süresinin sona ermesinden itibaren 3 ay içinde süreli fesih ile sona erdirilmeyeceği düzenlenmiştir.

Bu formül veto edilen Kanun ve geri çekilen güncel tasarıda değiştirilmiş ve ödünç işçinin iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesi modeline göre düzenlenmiştir. Kanımızca isabetli yol da budur. Geçici işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi biçiminde düzenlenmesi dünyada genel kabul gören yöntem olup, işin doğasına uyan yöntem de budur. Nitekim bilim komisyonu tasarısı bir yandan sözleşmenin belirsiz süreli olacağını kabul ederken bunu bir zorunluluk olarak

getirmemiş, belirli süreli sözleşmelere de bir sonraki fıkrada olanak tanımıştır. Bu şekilde tasarının kendi içinde çelişkili olduğu söylenebilecektir. Zira belirli süreli sözleşme kapısı açık bırakıldığında, herkes doğal yol olan bunu seçecek, sözleşmeyi görev süresine endeksleyecek, kimse sözleşme son erdikten sonra 3 ay daha ücret ödemek (ücretin yarısı tutarında) istemeyecektir. Dolayısıyla, teknik bakımdan bilim komisyonu tasarısı da isabetli bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, kanımızca işçinin ödünç veren işvereni ile ilişkisini belirsiz süreli iş sözleşmesi yöntemi ile güçlendirmek tatmin edici bir çözüm değildir. Geçici işçinin sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesi modeline göre düzenlenmeli; ancak, sözleşme süresinin sonunda uygun bir tazminat verilmesi gündeme gelmelidir. Nitekim Fransız hukukunda işçinin görev süresince aldığı brüt ücretinin %10'u tutarında tazminat ödenmesi zorunluluğu getirilmiştir (indemnité de précarité)⁴⁵. Bu nitelikte bir düzenlemenin isabetli olacağı kanısındayız. Hatta bu düzenlemenin aynı Fransız Hukukunda olduğu gibi genelleştirilerek belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından da getirilmesinin yerinde olacağını düşünüyoruz.

Geçici işçilerin istihdam devamlılığın sağlanması konusunda düşünülmüş olan ikinci çözüm, bu işçileri fiilen çalıştıran işverene yönlendirmek şeklindedir⁴⁶. 2008/104 sayılı AB direktifinde, işverenler işyerlerinde açık bir işin olması halinde durumu ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam ettikleri işçilere de bildirmek ve bu şekilde belirsiz süreli bir iş ilişkisine geçmeleri olanağını tanımak ile yükümlü tutulmuşlardır. Direktifte ayrıca ödünç verilme süresinin sonunda ödünç alan tarafından istihdam edilmesine yönelik olarak kısıtlayıcı ya da yasaklayıcı hükümlere tarafların yapacakları sözleşmelerde yer veremeleri durumunda bunların geçersiz sayılması gerektiği öngörülmüş bulunmaktadır.

Söz konusu düzenlemelere, bugüne kadar yapılan tasarılar ve veto edilen kanunlar yer verilmiş değildir. Bu düzenlemelerin de aynen kanunlarımıza alınması isabetli ola-

caktır. Ancak gerçekçi bir değerlendirme yapmak gerekir ise, geçici işçilerin devamlı istihdamının sağlanması kolay değildir. Bu konuda bulunan hukuki formüllerin de çok işe yaradığı söylenemez. Geçici işçiler çoğu zaman, görevleri bitince işsiz kalmakta yine yeni bir görev için ajanslara başvurmaktadır. Bunların çoğu tekrar yeni bir geçici iş ilişkisine girerek devam etmektedir. Yapılan istatistikler, geçici işçilerin devamlı istihdama geçiş oranının düşük olduğunu göstermektedir.

c) **Geçici İşçilerin Alacaklarının Güvence Altına Alınması Sorunu**

aa) **Birlikte Sorumluluk**

Geçici işçilerin işçilik alacaklarının güvence altına alınması da bir teknik sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda bulunan çözümlerden ilki birlikte sorumluluktur. Geçici iş ilişkisinde, işçilerin işverenin ödünç veren işveren olduğu, diğer işveren ile bu anlamda sözleşmesel bir bağ olmadığı kabul edilmektedir. Ancak bu kabul esasen bir faraziye den öteye gitmemektedir. Gerçekten, işçiye karşı emir ve talimat verme yetkisi ödünç alan işveren tarafından kullanılmaktadır; işgücünden yararlanan işveren ödünç alan işverendir. Ödünç alan işverenin işçinin "işvereni" sayılmak için tüm özelliklere sahip bulunmaktadır. Buna karşılık, hukuksal olarak, işçi tamamen şekli bir ilişki içinde olduğu diğer bir işverene bağlanmakta, ödünç alan işveren ile hukuksal bağı kopartılmaktadır. Buna göre, ödünç veren işverenin ödeme güçlüğü içine düşmesi durumunda, işveren hak ve yetkilerini kullanan, işgücünden yararlanan işverenin de bu sorumluluğu paylaşması gerekecektir. Nitekim birçok ülkede, ödünç alan işverenin de birlikte sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Ancak birlikte sorumluluğu ilişkin düzenlemeler genellikle, iki aşamalı olarak yapılmakta, işçi haklarını kendi işverenin alamaması durumunda ödünç alan işverene başvurabilmektedir. Bir anlamda, ödünç alan işverenin sorumluluğunun ikincil bir sorumluluk olduğunu söylemek mümkündür.

bb) Ödünç Veren İşverene İlişkin Olarak Aranan Özel Nitelikler

İkinci olarak, ödünç veren işverene ait niteliklerin belirlenmesi ve bu işverenin parasal güvence vermesi zorunlulukları getirilmesi uygulamaları ile çözüm aranmaktadır⁴⁷. Bu konuda tasarılar da bulunan çözüm, ödünç iş ilişkisinin özel istihdam büroları tarafından yerine getirilmesidir. Güncel tasarıya göre, "...Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi; özel istihdam bürosunun, geçici işgücü talebini karşılamak amacıyla iş sözleşmesi düzenlediği işçisini, iş görme edimini yerine getirmek üzere ücret karşılığında bir başka işverene devrini ifade eder ve bu faaliyet Türkiye İş Kurumu tarafından izin verilmiş özel istihdam büroları tarafından yerine getirilir." Özel istihdam bürolarının kurulması ve işleyişi ile ilgili olarak halihazırda uygulanan özel bir mevzuat bulunmaktadır. Bu büroların işleyişleri ve faaliyetleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Özel istihdam büroları ile ilgili olarak karşımıza çıkan tablo şudur;

- İş-Kur istatistiklerine göre bugün itibarıyla 273 Özel İstihdam Bürosu bulunmaktadır.
- Bunların çok büyük bir çoğunluğu limited şirket formatında örgütlenmiştir.
- Toplam 115 Özel İstihdam Bürosunun izni iptal edilmiş ya da bunlar faaliyetlerine kendileri son vermiştir.
- 2010 yılı itibarı ile 20.752 TL teminat mektubu ve 1.650 TL masraf vererek Özel İstihdam Bürosu kurmak mümkündür.

Bu tabloya baktığımızda, Özel İstihdam Bürolarına ilişkin mevcut düzenleme ve koşulların ödünç iş ilişkisi uygulamaları bakımından yetersiz kalacağını, bu iş için daha özel koşullar aranması gerektiği ortaya çıkacaktır.

Burada altı çizilmesi gereken çok önemli nokta şudur: Özel İstihdam Bürosu, hizmet sektöründe faaliyet göstermekte, belirli bir üretim yapmamaktadır. Dolayısıyla, bu firmanın büyük bir maddi malvarlığı, örneğin makineleri, mamulleri olması gerekmemektedir. Dolayısıyla, kanımızca yapılacak düzenleme ile ödünç işçi uygulamasına girecek olan Özel İstihdam Bürolarına ilişkin ek kriterler ve ek güvenceler getirilmelidir. Bu şirketin anonim

şirket düzeyinde örgütlenmesi aranarak, belirli bir sermaye kriterini yerine getirmesi sağlanabilir.

Yine kanımızca getirilecek düzenleme, işçi sayısına göre belirlenecek bir güvence biçiminde olmalıdır. Örneğin asgari ücret ve bu büronun istihdam ettiği işçi sayısı arasında bir ilişki kurmak suretiyle güvence belirlenebilir. Nitekim, Fransız⁴⁸, İsviçre, İspanya, Belçika, Almanya, Norveç ve Arjantin'de finansal garantiye ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin Almanya ajansın sermaye yapılan ilişkin özel düzenleme getirmekte, İspanya ise, çalışan işçi sayısına göre finansal garanti verilmesini öngörmektedir. İsviçre'de de benzer bir model benimsenmiştir. Örneğin, İsviçre'de 50.000-1 milyon İsviçre Frangı arasında değişen bir garanti verilmesi söz konusudur.

d) Sendikal Haklar

Geçici işçiler yukarıda da belirttiğimiz üzere, kolektif hakların dışında kalmaktadır. Bu işçilerin büyük bir kısmı sendikasızdır. Yine bu işçiler hukuki olarak ödünç veren işverene bağlanmaktadır. Dolayısıyla, bunların kolektif haklarını kullanacakları işyeri kendi işverenlerinin işyeri olup, bu da kağıt üzerinde bir yerdir. Ancak bugün Batıda sendikalar geçici işçileri de kapsama almak ve bunlarla ilgili düzenlemeler yapmak arayışı içindedir. Nitekim Almanya'da Fransa geçici işçileri kapsamına alan toplu iş sözleşmeleri yapılmaktadır. Türk iş hukuku bakımından ise geçici işçilerin TİS düzeninin dışında kalacağını tahmin etmek zor değildir. Bu işçiler büyük bir ihtimalle sendikal haklardan yoksun kalacaklardır⁴⁹.

DİPNOTLAR

- 1 Bu makale, 22 Ocak 2010 tarihinde İstanbul Barosunca düzenlenen, "Özel İstihdam Bürolarının Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi Kurmaları" konulu seminerde sunulan tebliğimizin bir özeti niteliğindedir. Anılan seminerde sunulan tebliğ ve yapılan görüşmeler İstanbul Barosu tarafından yayına hazırlanmaktadır.
- 2 Bkz. Ş. Aktekin, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Geleşme Yok, MESS Mercek, Ekim 2009, 122-123.
- 3 Pélissier-Supiot-Jeamaud, Droit du Travail, 403; B.

- Teyssié, Travail Temporaire Juris Classeur Travail Traité, Date de fraîcheur: 18 Décembre 2007, Fasc. 3-30.
- 4 B. Siau, le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, LGDJ, 1996, 7.
- 5 1972 tarihli Kanun ile, Fransa mesleki faaliyet anlamında geçici iş ilişkisini ilk olarak Avrupada yasal düzenlemeye bağlayan ülkelerdendir. Bkz. C. Vigneau, Temporary Agency Work in France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 23, No. 1, pp. 45-66, Fall 2001 (Published August 2003), 46.
- 6 C. E. Triomphe-C. Teissier, L'évolution du droit du travail en Europe: déclin ou refondation?, www.syndicat-magistrature.org/.../Claude_Emmanuel_Triomphe_1_.pdf
- 7 Bkz. B. Siau, Le Travail Temporaire en Droit Comparé Européen et International, LGDJ, 1996, 7-8.
- 8 Bkz. B. Siau, le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, 7 vd.
- 9 Bkz. G. Alpagut, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi, Sınırlamadan Teşvike, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal yay., İstanbul 2005, 261 vd.
- 10 C. Muhl, The employment-at-will doctrine: three major exceptions, Monthly Labor Review, January 2001, 3 vd.
- 11 Siau, le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, 7-9.
- 12 B. Siau, Le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, 8-9.
- 13 Bu konuda Uluslararası Çalışma Örgütü'nün güncel ve son derece kapsamlı raporu için bkz: OIT, Programme des activités sectorielles, Les agences d'emploi privées, les travailleurs intérimaires et leur contribution au marché du travail. Document de réflexion à débattre au cours de l'Atelier visant à promouvoir la ratification de la convention (no 181) sur les agences d'emploi privées, 1997 (20-21 Octobre 2009), Genève, 2009, <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/sector/techmeet/wpeac09/wpeac-ip.pdf>
- 14 M. Möbüs, Le développement des compétences dans le travail temporaire en France, www.cereq.fr/pdf/nef23.pdf; Siau, le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, LGDJ, 1996, 29.
- 15 C. Vigneau, Temporary Agency Work in France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 23, No. 1, pp. 45-66, Fall 2001 (Published August 2003), 46.
- 16 C. Vigneau, Temporary Agency Work in France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 23, No. 1, pp. 45-66, Fall 2001 (Published August 2003), 46.
- 17 M. Möbüs, Le développement des compétences dans le travail temporaire en France, www.cereq.fr/pdf/nef23.pdf; Siau, le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, LGDJ, 1996, 30-31.
- 18 M. Möbüs, Le développement des compétences dans le travail temporaire en France, www.cereq.fr/pdf/nef23.pdf.
- 19 TÜRK-İŞ'in bu konudaki çalışmasında, "...İşsizlik, çalışma arzu ve iradesinde olan insan için bir cezadır. İşçi çalışacak, üretecek ve üretime katkısının karşılığı olarak da ücretini alacaktır. Bu ücret ile de yaşamını sürdürecektir. İşsiz çalışma yaşamına katılmamış bir işsiz ise sosyal güvenliğin koruyucu şemsiyesinin de dışındadır. Bu şemsiyenin altında olanlar da sadece kısa bir süre için ve en alt düzeyde korunmaktadırlar. İşsizlik sigortasından yararlanma süresi dolduğunda bu işçiler de şemsiyenin dışına çıkarlar. Ülkemizde yaşandığı gibi işsizliğin yaygın, yoğun ve kronik olduğu ekonomilerde işçilerin durumu daha da zordur. İşçiler kayıt dışı ekonomi içerisinde en olumsuz koşullarda bile istihdam edilirler. Yaşamakta olduğumuz kriz döneminde ise yüz binlerce işçinin işini kaybetmiş olması işsizleri ve işsiz kalmış olanları her zaman olduğundan daha çok birbirlerinin rakibi haline getirmiştir. İşsizliğin geldiği bu boyut istismar için en uygun ortamı yaratmıştır. Böyle bir ekonomide ve böyle bir konjonktürde özel istihdam bürolarının sözde istihdam ettikleri işçileri başka işverenlere kiralama düzeni, işsizlerin bu bürolara ödeyecekleri bedel kadar daha ucuz işbaşı yapacakları bir ortam yaratacak, diğer yandan da kayıt dışı simsarlar doğuracaktır." görüşünü açıklamıştır. Bkz. TÜRK-İŞ Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Yeni Kölelik Düzeni Olan Kiralık İşçilik Kabul Edilemez, İnsana Saygı İnsan Onuruna Yakışır İş istiyoruz, Ağustos 2009.
- 20 C. Vigneau, Temporary Agency Work in France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 23, No. 1, pp. 45-66, Fall 2001 (Published August 2003), 61.
- 21 M. Ekonomi, Mesleki Faaliyet Olarak Geçici (Ödünç) İş İlişkisi, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 247 vd.
- 22 Bkz. D. Ulucan, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2004/3, Sayı.3, 145 vd.
- 23 Bkz. Alpagut, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi, Sınırlamadan Teşvike, 262 vd.
- 24 D. Ulucan, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2004/3, Sayı.3, 152-153.
- 25 Bu konuda kapsamlı bir araştırma olarak bkz: Perspectives de l'emploi de l'OCDE, Juillet 2002, OCDE Paris, 2002, 138 vd.
- 26 Ş. Aktekin, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Gelişme Yok, MESS Mercek, Ekim 2009, 127.
- 27 N. Süral, Özel İstihdam Büroları, İşveren dergisi, Eylül 2005.
- 28 TÜRK-İŞ'in bu konudaki çalışmasında da, "...İşçiler kiralanmaya başladıklarında kazanç konusu olacaklar, diğer mallarda olduğu gibi en ucuz alınarak en yüksek fiyata satılmak isteneceklerdir. Çünkü bu işi yapanın amacı kar etmek olacaktır. Simsarın arada kazanacağı para hiç kuşkusuz işçinin kaybedeceği para olacaktır. İşgücünün bekletilemez ve stoklanamaz olma niteliği her zaman olduğu gibi işçinin aleyhine işleyecektir. İşverenler daima girdilerinin ucuz olmasını ister. Ucuz hammadde, ucuz enerji ve ucuz iş gücü talepleri hiçbir zaman sona ermez. Rekabet ortamının bunu gerektirdiğini söylerler. Sürdürülebilir rekabet ortamının böyle korunabileceğini anlatırlar. Kaliteyi yükseltmek, marka olmak kolay değildir. Bizim ekonomimizde olduğu gibi markasız malları üreterek dünyaya satmak gerçekten de kolay değildir. Birçok kimse bu düzen içerisinde işçilerin istismar edildiğini, sömürüldüğünü

- nü düşünmektedir. Gereklikçe ucuz işgücüne erişmek arzusu işverenlerin özel istihdam bürolarının istihdam ettikleri işçileri kendilerine kiralayacakları düzeni istemelerine neden olmaktadır. Birisi işvereni (özel istihdam bürosu) diğeri işyerinde çalıştığı olmak üzere iki işveren arasında sıkışacak işçi her iki işverenin kar etme arzusu karşısında daha çaresiz bir hale gelecek, istismar edilecek, istismar edilmese bile böyle olduğunu düşüneceği için kendisini kötü hissedecektir.” Bkz. TÜRK-İŞ Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Yeni Kölelik Düzeni Olan Kiralık İşçilik Kabul Edilemez, İnsana Saygı İnsan Onuruna Yakışır İş istiyoruz, Ağustos 2009.
- 29 A. Sauret, les contrats de travail à durée déterminée ou temporaire, commentaire de la loi No.90.613 du 12 juillet 1990 relative au regime des contrats précaires, Montchrestien EJA, 1990, 115.
- 30 Sauret, 158 vd.
- 31 Bkz. Nazlı, Özel İş Aracılığı, 316 vd.
- 32 Bazı yazarlar, Fransa'daki düzenlemenin diğer Batı Avrupa ülkelerine göre daha katı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. C. E. Triomphe-C. Teissier, L'évolution du droit du travail en Europe: déclin ou refondation?, www.syndicat-magistrature.org/.../Claude_Emmanuel_Triomphe_1_.pdf
- 33 30 Aralık 2002 tarihli Kararnamede bu nitelikte sayısal bir sınırlamaya yer verildiği belirtilmektedir. Bkz. Siau, Le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, 139, dn. 216.
- 34 Belçika'da 24 Temmuz 1987 tarihli Kanununun 22. maddesi. Bkz. Siau, Le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, 139.
- 35 Siau, Le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, 297.
- 36 Siau, 304-305.
- 37 A. Hekimler, Avrupa Birliği'nin Kabul Ettiği Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif ile Getirdiği Yeni Düzenlemeler, TİSK İşveren Dergisi, Ocak 2009.
- 38 A. Hekimler, Avrupa Birliği'nin Kabul Ettiği Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif ile Getirdiği Yeni Düzenlemeler.
- 39 A. Hekimler, Avrupa Birliği'nin Kabul Ettiği Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif ile Getirdiği Yeni Düzenlemeler, TİSK İşveren Dergisi, Ocak 2009.
- 40 Bu husus, İstanbul Barosu'nun düzenlediği “Özel İstihdam Bürolarının Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi Kurmaları” konulu panelde de Sn. Necdet Okcan tarafından da haklı olarak dile getirilmiştir. Söz konusu seminer tebliğleri ve genel görüşmeler şu anda yayın aşamasındadır.
- 41 Fransız Hukukunda da istisnalar olmakla birlikte, geçici iş ilişkisinin toplam 18 ayı geçemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bkz. C. Vigneau, Temporary Agency Work in France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 23, No. 1, pp. 45-66, Fall 2001 (Published August 2003), 46.
- 42 Bkz. Ş. Aktekin, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Geleşme Yok, MESS Mercek, Ekim 2009, 127.
- 43 Bkz. Nazlı, Özel İş Aracılığı, 330 vd.
- 44 B. Siau, le Travail Temporaire En Droit Comparé Européen et International, LGDJ, 1996; Nazlı, Özel İş Aracılığı, 334 vd.
- 45 Fransız İş Koduna göre bu miktar toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir (C. trav., art. L. 124-4-4, al. 2), ayrıca bkz. Teyssié, Travail Temporaire Juris Classeur Travail Traité, Date de fraîcheur: 18 Décembre 2007, Fasc. 3-30.
- 46 Teyssié de geçici işçilerin, geçici işveren tarafından iş alınmasının kamu otoriteleri tarafından arzulanan bir durum olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Travail Temporaire Juris Classeur Travail Traité, Date de fraîcheur: 18 Décembre 2007, Fasc. 3-30.
- 47 Bkz. C. Vigneau, Temporary Agency Work in France, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 23, No. 1, pp. 45-66, Fall 2001 (Published August 2003), 46; Nazlı, Özel İş Aracılığı, 306 vd.
- 48 Bkz. Teyssié, Travail Temporaire, JurisClasseur Travail Traité, Date de fraîcheur: 18 Décembre 2007, Fasc. 3-30.
- 49 TÜRK-İŞ'in bu konudaki çalışmasında; “... Özel istihdam bürosunun istihdam ettiği kiralık işçilerin örgütlenmesi de imkânsız olacaktır. Kural olarak özel istihdam bürosu tarafından istihdam edilmiş işçilerin özel istihdam bürosu işyerinde örgütlenmeleri ve özel istihdam bürosu işvereni ile toplu iş sözleşmesi yapabilecekleri söylenecektir. İlk soru özel istihdam bürosu işyerinin hangi iş koluna giridiğidir. Zira bu büro tarafından istihdam edilmiş birkaç aşçı bir işverene, birkaç elektronik mühendisi bir başka işverene kiralanmış olabilecektir. Aşçılar ile mühendisleri hangi iş koluna koymak uygun olacaktır? Fiilen çalıştıkları işyerleri ve çalışma koşulları da farklı olacağına göre işçiler ayrı sendikalara mı üye olacaklar ve özel istihdam bürosu işvereni de birden çok toplu iş sözleşmesi mi yapacaktır? Birbirlerini tanımayan, farklı işverenlerin işyerlerinde çalışan işçilerin örgütlenmesi nasıl sağlanacaktır? İşyerinde çalışan işçilerin en çok 1/4'ü kiralık işçi olabileceğine göre halen örgütlü (sendika üyesi) işçilerin 1/4'ünün sendikasız hale gelmesi ihtimali de bulunmaktadır. İşverenlerin “ucuz işgücü” isteğini yerine getirmenin yolunun örgütsüz işçilerden geçtiğini herkes bilmektedir. Özel istihdam bürosu işçilerinin örgütlenmeleri mümkün olmadığı gibi özel istihdam büroları mevcut sendikalı işçi sayısının da azalmasına neden olacaktır.” görüşü ifade olunmuştur. Bkz. TÜRK-İŞ Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Yeni Kölelik Düzeni Olan Kiralık İşçilik Kabul Edilemez, İnsana Saygı İnsan Onuruna Yakışır İş istiyoruz, Ağustos 2009.

Doç. Dr. Levent AKIN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Sağlığı ve Güvenliğinde Danışmanlık Hizmetinin Hukuksal Sonuçları

1- İşyerlerindeki iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, İş Kanunu ile işverene bırakılan yükümlülüklerden biridir. Buna göre işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak zorundadır. Bunun yanında, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda işçileri bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek de işverene bırakılmıştır (İK.77).

Aynı yönde bir düzenlemeye, 2009 yılında yürürlüğe giren İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik'te de yer verilmiştir. Buna göre işverenler, işyerlerinde, sağlıklı ve güvenli çalışma ortamını sağlamak amacıyla iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini belirlemek, almak, uygulanmasını izlemek, denetlemek ve geliştirmek, iş kazası ve meslek hasta-

lıklarını önlemek, işçilere ilkyardım ve acil müdahale ile önleyici ve koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerini vermekle yükümlüdür (m.5/1).

2- Yasal düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, işyerlerindeki sağlık ve güvenlik, işverenin yerine getirmesi gereken görevlerden biri olarak düzenlenmiştir. Ancak son dönemde yapılan hukuksal düzenlemelerle işverenlere, bu yükümlülüklerini yerine getirirken dışarıdan yardım alabilme imkânı da getirilmiştir. Esasen işverenin kendi personeli ile yerine getirmesi gereken iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri, bu yeni sistem içinde, işverene yardım edecek olan ve işyeri dışında organize olmuş işverenden bağımsız birimlerin yardımıyla sunulabilmektedir.

Konu İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Buna göre işverenler, devamlı olarak işçi çalıştırdıkları işyerlerinde bu hizmeti vermek için, işyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmakla

ve bir veya birden fazla işyeri hekimi ile personeli ve sanayiden sayılan işlerde bir veya birden fazla iş güvenliği uzmanını görevlendirmekle yükümlüdürler¹.

İçeriğinden de anlaşılacağı üzere söz konusu hüküm, işverenlerin işyerinde oluşturmak durumunda oldukları iş sağlığı ve güvenliği organizasyonuna ilişkindir. Bu organizasyonun en önemli parçası, yönetmelikte işyeri sağlık ve güvenlik birimi (İSGB) olarak adlandırılmıştır. Yönetmeliğin 8. maddesine göre işverenler, devamlı olarak işçi çalıştırdıkları işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmak üzere bir işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurmak zorundadır². Bu birim işverene bağlı işçilerden oluşturulmakta ve tümüyle işverene bağlı faaliyet göstermektedir. Yönetmelik gereğince söz konusu birim, en az bir işyeri hekimi ile sanayiden sayılan işlerin yapıldığı işyerlerinde en az bir iş güvenliği uzmanından ve yapılacak çalışmalara yardımcı olmak için diğer personelden oluşturulmaktadır (m. 8/1).

3- Yönetmelik, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği sorunlarının çözümünde katkı sağlamaya yönelik olarak ikinci bir seçenek daha getirmiştir. Buna göre işverenler, konuya ilişkin yükümlülüklerini, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin tamamını veya bir kısmını işyeri dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden (OSGB) alarak da yerine getirebilirler (m. 5/2). İşverenlere işyeri dışından hizmet alabilme imkânı getiren bu hükmün yürütmesi Danıştay tarafından bu yılın Mart ayında durdurulmuştur³. Ancak henüz bir iptal kararı verilmemiştir. Bu durum karşısında işverenlerin bu tür bir hizmeti, Yönetmeliğin m. 5/2 hükmünde düzenlenen yükümlülüklerini yerine getirmiş olmalarını sağlayacak şekilde dışarıdan alabilme imkânları kalmamıştır.

Ortak sağlık ve güvenlik birimleri ile ilgili düzenlemeye ilişkin olarak verilen yürütmeyi durdurma kararına rağmen, işverenlerin dışarıdan iş sağlığı ve güvenliği alanında hizmet alabilmeleri mümkündür. Nitekim uygulamada, Yönetmelikle getirilen ancak yürütmesi durdurulan bu imkândan tümüyle bağımsız

olarak işverenler, iş sağlığı ve güvenliği konusunda, bu alanda çalışan kişi ya da kurumlardan hizmet almaktadırlar. Hatta hizmet alınan bu kuruluşların çoğu, yönetmelikle getirilen ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden de eskidir. Danıştay'ın söz konusu yürütmeyi durdurma kararının, bu nitelikteki hizmet alımlarına engel olması söz konusu değildir. Çünkü bu tür hizmet alımları, tümüyle sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hayata geçirilmekte ve genelde bu ilişkilerde hizmet sunan kişi ya da kuruluşların bu hizmeti "İSG danışmanlığı" olarak adlandırılmaktadır. Bu tür bir hizmet alımı da, işverenin yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gibi bir sonuç yaratmamaktadır.

Dolayısıyla bu çalışmada ele alacağımız "İş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı", ortak sağlık ve güvenlik birimleri ile ilgili yönetmelikten ve ona ilişkin olarak verilen yürütmeyi durdurma kararlarından tamamen bağımsız bir yapıdır ve değişik sebeplerle uygulamada her geçen gün daha da yaygınlaşmaktadır.

4- İş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı, İş Kanunu ile işverene bırakılmış olan iş sağlığı ve güvenliği hizmetini sunma yükümlülüğü konusunda mevzuatla getirilen iki seçenek dışında son dönemde üçüncü bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasen bu yapı, mevzuatın zorunlu gördüğü bir yapı olmadığından, işyeri sağlık güvenlik birimleri ile ortak sağlık güvenlik birimlerine bir alternatif oluşturmamaktadır. Zira yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere bu tür bir danışmanlık bağlantısı kuran işveren, Yönetmelikle kendisine getirilen İSGB kurma ya da OSGB'den hizmet alma yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmamaktadır. Ancak buna rağmen danışmanlık yöntemi ile hizmet sunumu her geçen gün daha da yaygınlaşmaktadır.

Bu gelişmenin altında yatan çeşitli sebepler olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Bunlardan biri, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği alanında yetkin personel bulunmamasıdır. Bulunan personelin de, iş sağlığı ve güvenliği sorunlarından kaynaklanan sorumluluklarla karşı karşıya kalmak istemedikleri görülmektedir. Bu durumda çoğu işveren

işyerlerinde işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurabilme imkânı bulamamaktadır. Bu durumda ikinci seçeneğe başvurmakta ve ortak sağlık güvenlik birimlerine başvurmaktadır. İşverenlerin karşılaştığı sorun, tüzel kişilik taşıyan ve dolayısıyla işveren niteliği olan ortak sağlık güvenlik birimleri için de geçerlidir. Piyasada hizmet sunmak amacıyla organize olan çoğu ortak sağlık güvenlik birimi, ya yeterli uzmanlıkta personel bulamamakta ya da sorumluluk ihtimali sebebiyle talep edilen ücretleri karşılama gücünü çekmektedir. Tüm bu sebepler ve karşılaşılabilecekleri cezai sorumluluklardan kaygılanan çoğu teknik eleman, sunacağı iş sağlığı ve güvenliği hizmetini, işyeri sağlık güvenlik birimleri ya da ortak sağlık güvenlik birimlerinde sunmak yerine bağımsız danışmanlığı tercih etmektedir. Çok sayıda kişi ya da kuruluşun, iş sağlığı ve güvenliği alanında danışmanlık hizmeti sunmak üzere işverenlere teklif götürdüğü görülmektedir.

Tüm bu hızlı gelişmelere rağmen söz konusu danışmanlık yapısının hangi hukuksal temele oturtulması gerektiği henüz ele alınmamıştır. Dahası, bu yapının doğmasında büyük bir etkisi olan sorumluluk konusu da incelenmemiştir. Diğer bir deyişle danışmanlık yönteminin, düşünüldüğü gibi korkulan sonuçları engellemeye yeterli olup olmayacağı da belli değildir.

Biz bu vesileyle iş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı konusunda dikkat çekmek ve anılan yapının hangi hukuki temele oturtulabileceği konusunda değerlendirmeler yapmak istedik. Böylelikle hem bu konuyu tartışmaya açmak, hem de iş sağlığı ve güvenliği danışmanlığına ilişkin yapılmasında yarar gördüğümüz yeni çalışmalarını teşvik etmek istedik.

5- Danışmanlık sözleşmesi yasalarımızda tanımlanmış bir sözleşme tipi değildir. Temel sözleşmeleri düzenleyen Borçlar Kanunu'nda bu yönde bir hüküm yer almamıştır. Bu durumda sözleşmeyi tanımlayabilmek için bu sözleşme ile sunulan hizmetlerin değerlendirilmesinin yararlı olacağı kanısındayız.

İş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı sözleşmeleri genellikle, bu alanda uzmanlaşmış

kişilerle ya da bu yönde hizmet veren şirketlerle yapılmaktadır. Ancak bu sözleşmelerin büyük çoğunluğunun yazılı yapılmaması, içeriğinin net olarak belirlenebilmesine engel olmaktadır. Bu durumda, sözleşmenin konusunu belirleyebilmek için sunulan hizmete bakmaktan başka çare kalmamaktadır.

Gerçekten de danışman kişi ve kuruluşlar genelde, hizmet sundukları işverenlerin işyerlerinde risk analizleri yapmakta, sağlık ve güvenlik sorunlarının doğmasını engelleyen, önleyici nitelik taşıyan önerilerde bulunmakta ve işletmeye yeni kazandırılan ve risk yaratan üretim sistemlerinin ilk ya da periyodik kontrolünü yapmaktadırlar. Söz konusu kontrollerin genellikle belirli aralıklarla yapıldığı görülmekle birlikte, üretim sürecinde yeni gelişmeler olması halinde, ilgili kişi ya da kuruluşların, rutinin dışında, davet üzerine denetim ve inceleme yaptıkları da görülmektedir. Söz konusu içerik dikkate alındığında, iş sağlığı ve güvenliği alanında sunulan danışmanlık hizmetinin, büyük ölçüde, istihdamı halinde işyerinde çalışacak iş sağlığı ve güvenliği uzmanının sunacağı hizmetin aynısı olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

6- Bu görünüm şekli ile iş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı sözleşmelerini, iş görme sözleşmeleri olarak değerlendirebilmek mümkündür. Zira danışman kişi ya da kuruluş, yapmış olduğu anlaşma çerçevesinde iş sağlığı ve güvenliği alanında önleyici karakter taşıyan bir işi görmektedir.

Borçlar Kanunu'nda iş görme sözleşmeleri olarak, hizmet, istisna ve vekalet sözleşmelerine yer verilmiştir. Yasanın 313. maddesinde düzenlenen hizmet sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder." Her ne kadar tanımda yer almasa da hizmet sözleşmesinin ayırıcı özelliğinin bağımlılık olduğu gerek içtihatlar, gerek öğretide açıkça kabul edilmektedir⁴. Bu noktadan hareket edilirse, söz konusu danışmanlık ilişkilerinde bağımlılık unsurunun bulunmadığı, bu sebeple de hizmet akdi kapsamında değerlendiril-

dirilebilmesinin mümkün olmadığı kolaylıkla anlaşılabilir. Kaldı ki, danışmanlık hizmetinin bir kuruluştan alınması halinde bu kuruluşun tüzel kişiliği, işçi sayılabilmesini de imkân vermeyecektir.

İş görme sözleşmelerinden bir diğeri olan istisna (eser) sözleşmesi ise Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, "İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermesi taahhüt eylediği semen mukabilinde *bir şey imalini* iltizam eder." İstisna akdinin bir eserin sonuçlanmasını konu aldığı yani sonuç taahhüt ettiği düşünülüğünde, sonuçtan ziyade bir sürece ilişkin çalışmayı taahhüt eden danışmanlık sözleşmesinin bu kapsamda değerlendirilebilmesi de güç görünmektedir.

İş görme sözleşmelerinden vekalet ise, aynı Yasanın 386. maddesindeki düzenlemede şu şekilde tanımlanmıştır: "Vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eder." Bahis konusu sözleşme, yapısı itibarıyla bir vekâlete ihtiyaç duyduğundan, danışmanlık sözleşmesinden ayrılır. Zira iş sağlığı ve güvenliği danışmanı, işverenin vekili olarak iş görmemekte, aksine bir bedel karşılığı olarak taahhüt ettiği işi, örneğin risk değerlendirmesini, tümüyle kendisi adına yapmaktadır. Dahası vekâletin ücretsiz de olabileceği düşünülüğünde, doğrudan danışmanlık sözleşmesi ile ilişkilendirilebilmesi güç görünmektedir.

Bununla birlikte vekâlet akdine, Borçlar Kanunu'nda çok özel bir nitelik kazandırılmıştır. Bu özellik diğer iş görme sözleşmelerinde yer almamaktadır. Gerçekten de 386. maddeye göre, "Diğer akitleler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur." Görüldüğü gibi vekâlet akdi, torba sözleşme niteliğindedir ve hakkında hüküm bulunmayan iş görme sözleşmelerine de vekâlet akdi hükümleri uygulanmaktadır.

7- Borçlar Kanunu'nda yer alan ve yukarıda kısaca değindiğimiz tipik sözleşmelerden hareket edildiğinde, iş sağlığı ve güvenliği

danışmanlık sözleşmesinin hizmet, istisna ve vekâlet akdi olarak değerlendirilemeyeceği görülmektedir. Ancak hiç şüphesiz ki, iş sağlığı ve güvenliği alanında danışmanlığı konu alan bir edim, istisna (eser) ya da hizmet sözleşmesine konu olabilir. Böyle bir halde örneğin işyerindeki sağlık ve güvenlik risklerinin incelenip rapor halinde işverene sunulması, bir eser olarak tanımlanarak istisna akdine konu yapılabilir. Bu halde raporu hazırlayan uzman müteahhit, rapora konu olan işyerinin işvereni ise iş sahibi olarak adlandırılır. Aynı yaklaşımla bir kişi, iş sağlığı ve güvenliği alanında işyerindeki sorunlarla ilgilenmek üzere istihdam da edilebilir ki bu durumda edim bir hizmet sözleşmesinin konusu olur, çalışan kişi de işçi sayılır. Nitekim işverence istihdam edilen iş sağlığı ve güvenliği mühendis ve uzmanlarının durumu da budur. Ancak uygulamada görülen sözleşmeler, başta da belirttiğimiz üzere bu nitelikte değildir. Çoğunun içeriği belli olmadığı gibi, yazılı dahi yapılmamaktadır.

Bu durum karşısında iş sağlığı ve güvenliği danışmanlık sözleşmesinin, kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Bu tür sözleşmeler genelde ya tümüyle bazı tipik sözleşmelerin farklı unsurlarını alarak, ya da hem bu nitelikteki hem de tümüyle özgün unsurlardan oluşturulur. Bu açıdan bakıldığında iş sağlığı ve güvenliği danışmanlık sözleşmelerinin ortak bir yazılı modeline rastlanmamaktadır. Daha ziyade, yukarıda belirtmiş olduğumuz içerikle, fiili bir ilişki kurulmakta ve karşılığında bir ödeme yapılmaktadır. Bu durum karşısında anılan ilişkiyi en azından bir iş görme ilişkisi olarak görebilmeye engel olmadığı kanısındayız. Danışman kişi ya da şirket, işverene iş görmekte ve onun iş sağlığı ve güvenliği alanında yaşadığı sorunlar için öneriler getirmektedirler. Aslında söz konusu öneriler, sözleşmenin temel edimi niteliğindedir. Zaten danışman kişi ya da kuruluşun gördüğü iş de öneride bulunmaktır. Dolayısıyla danışmandan, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği sorunlarını çözmesi, tehlikeyi gidermesi, uygun teçhizatı işyerine kurması

beklenmemekte, sadece bu yönde işverene yol göstermesi, alınmasında yarar gördüğü önerileri ona bildirmesi istenmektedir. Zaten ilişkiyi istisna sözleşmesinden ayıran en önemli noktalardan birisi de budur. Herhangi bir sonuç taahhüt edilmemektedir.

Bu tür bir yaklaşım sonrasında, hakkında yasal hüküm bulunmayan söz konusu danışmanlık sözleşmesi hakkında, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği sonucuna varılabilir. Zira danışman ile işveren arasında bir bağımlılık bulunmamakta, danışman büyük ölçüde hatta tümüyle bağımsız hareket etmekte, bu çalışması sonucunda da işyerinde iş sağlığı ve güvenliği risklerinin tümünü ortadan kaldırdığını (diğer deyişle bir sonucu) vaat etmemektedir. Oysa vekâlet sözleşmesinde vekilin bir sonucu taahhüdü söz konusu değildir. O sebeple üzerine düşen her şeyi yapmasına rağmen sonucun ortaya çıkmamasına o işi yapan vekil değil, işi görülen işveren katlanmaktadır. Her ne kadar bu durum Borçlar Kanunu'nda açıkça belirtilmemiş olsa da, diğer aktitler hakkındaki kanun hükümlerine tabi olmayan işlere vekâlet hükümlerinin uygulanıyor olması, bunu açıkça ortaya koymaktadır (BK. 386/II). Çünkü sonuç taahhüdü içeren işler, istisna akdi hükümlerine tabi tutulmaktadır.

Ancak bu aşamada bir noktaya özellikle dikkat çekmek istiyoruz. Yukarıda belirtmiş olduğumuz sonuç, bu tür danışmanlık ilişkilerinin yazılı bir sözleşmeye bağlanmadığı durumlara ilişkindir. Nitekim uygulamada bu tür ilişkilerin çoğunda bir sözleşmeye rastlanmadığını yazımızın başında belirtmiştik. Buna karşın, iş sağlığı ve güvenliği alanında danışmanlık hizmetini konu alan, ayrıntılı bir içeriğe sahip, tarafların hak ve yükümlülüklerinin açıkça kararlaştırıldığı sui generis sözleşmelerin yapılmasına bir engel yoktur. Bu gibi hallerde söz konusu ilişkiye, kural olarak taraflarca belirlenen sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Zira bu tür sözleşmelerde tarafların, eşit koşullarda sözleşme yaptıklarını kabul edebilmek mümkündür. Sözleşme serbestisinin bulunduğu böyle bir ortamda taraflar, diledikleri hükümleri sözleşmelerine

ekleyebilecek ve birbirlerini çeşitli noktalarda yükümlü kılacaklardır. Fakat aynı içeriğe sahip bir ilişkide taraflar bu ilişkiye uygulanacak hükümleri belirlememişlerse, o durumda doğacak bir uyuşmazlık halinde bu ilişki için vekâlet sözleşmesine gidilecek, özellikle tarafların hakları ve borçları konusunda, iş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı ilişkisine uyum sağlayabildiği oranda vekâlet sözleşmesinin yasal hükümleri devreye girecektir.

8- Yukarıdaki açıklamalar karşısında, danışmanlık sözleşmesi taraflarının aksini kararlaştırmadıkları ya da hiç düzenlemedikleri konularda, taraf iradelerinin yorumundan bir sonuç alınmadıkça vekâlet akdine başvurma zarureti ile karşılaşılacaktır. Uygulamada kurulan danışmanlık ilişkileri dikkate alındığında, yani taraflarca bir sözleşme yapılmadan çalışmanın sürdüğü ilişkilerde vekâlet akdine müracaat zarureti doğacak en temel noktalardan biri, ilişkinin kapsamıdır.

Buna göre “Vekâlet akdinin şumulü mukavele ile sarahaten tesbit edilmemiş ise, taallük eylediği işin mahiyetine göre tayin edilir.” (BK.388). Bu durumda, açıkça kararlaştırılmadığı sürece danışman, kendisinden istenen işin özelliğinin gerekli kıldığı şeyleri yapmak durumundadır. Kendisinden beklenenecek olan hizmetin içeriği, işverene (işyeri ya da işletme sahibine) taahhüt ettiği danışmanlığın niteliğine göre belirlenecektir. Dolayısıyla bu içerik yoğun bir içerik olabileceği gibi, oldukça seyreltilmiş sıradan bir danışmanlık düzeyinde de kalabilir.

Ancak iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren danışmanlık ilişkilerinde, tarafların yazılı sözleşme yapmaması, bu ilişkinin hangi hizmetleri içerdiğinin net olarak belirlenmemesinde sorun yaratabilmektedir. Bu gibi hallerde yazılı sözleşme yapmanın ya da sözleşme içeriğini net olarak belirlememenin sebep olacağı sorumluluğun işverene bırakılmasında yarar olacağı kanısındayız. Zira, bir yasal zorunluluk olmaksızın danışmanlık hizmeti almak isteyen işverenlerin, hangi hizmeti almak istediklerini bilebilecek ve bunu yazılı bir sözleşmeye ekleyebilecek durumda oldukları kabul edilmelidir. O sebeple bu tür

bir sözleşmeyi hiç ya da gerekli açıklıkta yapmayarak bir belirsizlikle karşılaşan işverenin, bunun sonuçlarına kendisinin katlanması gerekir. Kaldı Türk Ticaret Kanunu'na göre tacir oldukları kabul edilen işverenlerin, her alanda olduğu gibi bu tür sözleşmeleri imzalar-ken de basiretli davranmaları beklenmekte⁵, girdikleri hukuki ilişkilerde ilişkinin içeriğini tüm ayrıntıları ile düzenleyebilmeleri gerektiği kabul edilmektedir.

9- İş sağlığı ve güvenliği danışmanlığına uygulanacak hükümler konusunda vekâlet akdi hükümlerinin devreye girme ihtimali olan bir diğer konu, danışmanın *sorumluluğudur*. Bu bağlamda söz konusu sorumluluğun belirlenmesinde Borçlar Kanunu'nun 390. maddesine başvurulabilir. Buna göre "Vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir. Vekil, müvekkile karşı vekâleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir. Vekil, başkasını tevkile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya adet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilünbihi kendisi yapmağa mecburdur."

Hükümden de anlaşılacağı üzere danışman, işini iyi ifa etmek zorundadır. Tıpkı işçiden beklendiği gibi kendisinden de işini özenle yapması beklenmektedir. Kural olarak danışmanın bu işini başkasına yaptırabilmesi mümkün değildir. Ancak yukarıda belirtilen düzenlemeye göre, bunun aksinin kararlaştırılabilmesi ya da halin icabından bu hakkı elde edebilmesi mümkün görünmektedir.

Bununla birlikte, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınması durumunda yönetmelik bu tür bir değişikliğe engel olmuştur. Gerçekten de, İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik'te, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin, işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı hizmetlerinin yerine getirilmesini başka bir ortak sağlık ve güvenlik birimine devredemeyecekleri açıkça belirtilmiştir (m.12). Aynı anlayışla ve iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin etkin yürütülmesi amacıyla, zorunlu haller dışında, hizmet verilen işyerine aynı işyeri hekiminin, iş güvenli-

ği uzmanının ve diğer personelin hizmet vermesi sağlanmıştır (m.9/4)⁶.

Yönetmelikteki bu yaklaşımdan hareket edildiğinde aynı uygulamanın iş sağlığı ve güvenliği alanında yapılan danışmanlık hizmetlerinde de geçerli olması gerektiği kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle, konu sağlık ve güvenliği ilgilendirdiğinden, danışmanlık hizmeti veren kişi ya da kuruluşların bu işlerini başkalarına devrine imkân sağlayan düzenlemeler, iş sağlığı ve güvenliği alanında olabildiğince dar yorumlanmalıdır. Hizmetin tek elden sürdürülerek kontrolünün sağlanmasına özen gösterilmelidir. Ancak buna rağmen taraflar, kendi rızalarıyla bu tür bir devre rıza göstermiş olabilirler. Bu halde, vekalet sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu'nun 391. maddesi özenle uygulanmalıdır. Söz konusu düzenlemeye göre; "Vekil, salahiyeti haricinde başkasını tevkil ettikte onun fiilinden kendi yapmış gibi mesuldür. Vekil, başkasını tevkile salâhiyettar olduğu takdirde, yalnız salahiyetini kullanırken ve talimat verirken tekayyüt ve ihtimam göstermekle mükelleftir. Her iki surette vekilin kendi yerine ikame ettiği şahsa karşı haiz olduğu bütün hakları müvekkil, doğrudan doğruya o şahsa karşı dermeyan edebilir." Dolayısıyla danışman kişi ya da kuruluş, muhatap olduğu işverene vereceği İSG danışmanlık hizmetini başkası vasıtasıyla sunduğunda dahi, onun fiilinden kendi yapmış gibi sorumlu olacaktır. Dahası, üstlendiği hizmetin tümünü ya da bir kısmını başkasına yaptırdığında, o kişi ya da kuruluşun ehil olmaması ve işi gereği gibi yerine getirmemesinden de sorumlu tutulabilecektir. Yine 391. maddeye göre, danışmanın iş verdiği diğer kişi ya da kuruluşlara karşı işveren, danışmanın sahip olduğu tüm hakları da kullanabilecektir. Örneğin danışmandan iş alan kişi ya da kuruluş, kendine bırakılan iş sağlığı ve güvenliği işini gerektiği şekilde yerine getirmemiş olması halinde, orta çıkan zarardan, gerek doğrudan iş aldığı İSG danışmanına, gerek hizmeti sunduğu işverene (işyeri ya da işletme sahibine), karşı sorumlu tutulabilecektir. Bu sorumluluk sebebiyle İSG konusunda danışmanlık hizmeti alan işveren (işyeri ya da işletme sahibi),

tıpkı danışmanına olduğu gibi danışmanı tarafından yetkilendirilen bu kişi ya da kuruluşa da doğrudan başvuruda bulunabilecek, zararının tazminini isteyebilecektir.

10- İş sağlığı ve güvenliği alanında danışmanlık hizmeti sunan kişi ya da kuruluşlar, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıysa, yapmış olduğu iş ile ilgili olarak işyeri ya da işletme sahibi işverene rapor vermek durumundadır. Gerçekten de yine Borçlar Kanunu'nun vekâlete ilişkin 392. maddesine göre, "Vekil, müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe ve bu cihetten dolayı her ne nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye mecburdur...".

Konu iş sağlığı ve güvenliği olduğunda bu raporun önemi daha da artmaktadır. Zira danışmanlık hizmeti sunan kişi ya da kuruluşlar, genelde işyerlerine fiilen müdahale etmemekte, dönemsel incelemeleri ya da çağrı üzerine rapor tanzim etmektedirler. O sebeple, söz konusu danışmanların görevlerini gereken şekilde yapıp yapmadıkları da, sundukları bu raporlarda yer alana analizlerine bakılarak değerlendirilecektir. Böyle bir raporun olmaması halinde, söz konusu danışmanlık hizmetini alan ve işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği uygulamalarını bu rapordaki değerlendirmelere göre belirleyen işverenler, bu nitelikte bir hizmeti aldıklarını ispat sorunuyla karşılaşacaklardır. Bunun doğal sonucu olarak da, işyerlerinde ortaya çıkan iş kazası ya da meslek hastalığı sebebiyle karşılaşacakları sorumluluğu, kendine verilen işi gereken şekilde yerine getirmeyen danışmana yöneltebilmelerine, ondan kusuru oranında tazminat isteyebilmelerine engel oluşturacaktır. Dolayısıyla, sözü edilen türde danışmanlık hizmeti alan işverenlerin, danışman kişi ya da kuruluştan, sunulan hizmetin düzeyini, içeriğini net olarak ortaya koyan, yapılmışsa denetim sonuçlarını ve denetim sırasında tespit edilen eksikliklere çözüm önerileri getiren bir raporun kendisine sunulmasına özen göstermeleri gerekir.

11- İş sağlığı ve güvenliği danışmanlığı, mevzuatın getirdiği zorunlu bir yapı olmadığından, doğurabileceği sorumluluk da, kanuna değil, bu ilişkiyi kuran sözleşmeden kay-

naklanabilir. İşini özenle yapması gereken danışman, sözleşme ile belirlenen işleri gereken şekilde yerine getirmezse, sözleşmeye aykırılık gerekçesine dayanarak sorumlu tutulabilir. Borçlar Kanunu'nun konuyu düzenleyen 96. maddesine göre, "Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur".

İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak bu sorumluluk, ortaya çıkan bir iş kazası ya da meslek hastalığı sebebiyle işverenin işçiye ödemek zorunda kalacağı tazminatın tümünün ya da bir kısmının kendisine rücu şeklinde gerçekleşebilir. Bunun için danışman kişi ya da kuruluşun, danışmanlık sözleşmesi ile taahhüt ettiği hizmeti gerektiği gibi yerine getirmemiş olması ve akde aykırılık oluşturan bu eylemi ile oluşan iş kazası ya da meslek hastalığı arasında uygun nedensellik bağının varlığı gerekir. Aksi halde yani, danışman kişi ya da kuruluş, sözleşme ile kendisinden istenen hizmeti gereken şekilde yerine getirmiş ise akde aykırı bir davranışı oluşmayacağından herhangi bir hukuki sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Yönetmeliğin söz konusu hükmünde yer alan "devamlı olarak en az 50 işçi" ifadesindeki "en az 50" hükmü ile "işyeri hekimi ile gereğinde diğer personel" ifadesindeki "gereğinde" hükmünün yürütmesi Danıştay tarafından durdurulmuştur (Danıştay 10. Daire, 29.3.2010, 2010/696 E).
- 2 Yönetmeliğin 8. maddesinde yer alan "...devamlı olarak en az 50 işçi çalıştırılan işyerlerinde..." ifadesindeki "en az 50" ifadesinin yürütmesi durdurulmuştur (Danıştay 10. Daire, 29.3.2010, 2010/696 E).
- 3 Danıştay 10. Daire, 29.3.2010, 2010/696 E.
- 4 Nitekim Borçlar Kanunu Taslağı'nın hizmet sözleşmesini tanımlayan 392. maddesinde bu unsur açıkça vurgulanmıştır. Buna göre, "Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemesi üstlendiği sözleşmedir."
- 5 Türk Ticaret Kanunu'nun 20. maddesine göre, "...Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır..."
- 6 Hali hazırda söz konusu hükmün yürürlüğü durdurulmuştur.

Yrd. Doç. Dr. K. Ahmet SEVİMLİ

Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yıllık Ücretli İznin Kullandırılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not

Giriş

Anayasamız, uluslararası belgelerdeki düzenlemelere¹ koştur şekilde, çalışanların dinlenme hakkını açık ve kesin bir anlatımla tanımış ve güvence altına almıştır: “Dinlenmek, çalışanların hakkıdır.” (Anayasa m.50/III). Yıllık ücretli izin ise, anayasal dinlenme hakkının somut görünümünden biridir². Dahası yıllık ücretli izin hakkı kişiye bağlı, devredilemez ve vazgeçilemez (İş K.m.53/II) bir haktır³. Sıralanan nitelikler, yıllık ücretli izin hakkına Türk hukuk sistemi tarafından verilen önemi ve değeri ortaya koyar. Yıllık ücretli izin hakkının söz konusu nitelikleri, öğreti ve yüksek yargı tarafından tartışmasız kabul görür. Hal böyle olmakla birlikte; uygulamada, hakkın zamanında ya da hiç kullandırılmadığı gerçeğiyle karşılaşmak, az rastlanır bir durum değildir.

Bu not, İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından yıllık ücretli izin hakkının zamanında ya da hiç kullandırılmaması durumunda

ortaya çıkabilecek hukuki sonuçları, özellikle işçinin fesih hakkı bağlamında tartışmaya açmayı amaçlamaktadır.

1 - Yıllık Ücretli İznin Uygulanmasına İlişkin Genel Esaslar⁴

İş Kanunu kapsamındaki işçiler⁵, işyerinde işe başladıkları günden itibaren en az bir yıl çalışmış⁶ olmak koşuluyla yıllık ücretli izine hak kazanırlar (İş K.m.53/I). Tamamlanan her bir hizmet yılı⁷, en az İş K.m.53'te gösterilen süreler kadar yıllık ücretli izne hak kazandıracaktır⁸. İşçi, yıllık ücretli iznini, çalışarak izne hak kazandığı hizmet yılını takip eden hizmet yılı içinde kullanır (İş K.m.54/IV).

Yıllık ücretli izin işveren tarafından bölünemez ve iznin sürekli bir şekilde verilmesi zorunludur. İzin, ancak tarafların anlaşmasıyla ve bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere en çok üçe bölünebilir. İşveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer

İşçi tarafından ihbar önelli fesih halinde bildirim önelli ile yıllık izin süresinin iç içe girebileceği kabul edilmelidir.

ücretli ve ücretsiz izinler veya dinlenme ve hastalık izinleri yıllık izne mahsup edilemez (İş K.m.56/I-III). Hal böyle olmakla birlikte, özellikle işçinin talebi üzerine verilen bölünme kuralına aykırı izinlerin yıllık ücretli izin süresinden sayılacağı (mahsup edileceği) yönünde birçok Yargıtay kararına rastlamak mümkündür⁹.

Yıllık ücretli izin hakkı sadece işyerinden uzaklaşarak dinlenmekle sınırlı değildir; bu sürenin ücreti de hakkın kapsamındadır¹⁰. İşveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık izin dönemine ilişkin ücretini izine başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermek zorundadır (İş K.m.57/I). Yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz (İş K.m.56/V) ve dolayısıyla bu günlerin ücretleri ayrıca ödenir (İş K.m.57/son). Diğer taraftan, iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde, yasal ya da artırılmış bildirim önelleri ile işçiye bu öneller içinde verilmesi gereken iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile de iç içe giremez (İş K.m.59/II). “Kanundaki bu düzenleme karşısında işçi tarafından ihbar önelli fesih halinde bildirim önelli ile yıllık izin süresinin iç içe girebileceği kabul edilmelidir”¹¹.

İşveren, işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutmak zorundadır (İş K.m.57/son). İzin kayıt belgesi örneği, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin ekinde gösterilmiştir. Yönetmeliğe ekli bu belgedeki unsurları taşıması koşuluyla izin defteri veya kartoteks sistemiyle de izin kaydı tutulabilir (YÜİ Yön. m.20/II). “Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır”¹².

Yıllık ücretli izin esnasında işçinin ücret

karşılığı bir işte çalışması yasaktır. Aksi halde, izin süresi için kendisine ödenen ücret işveren tarafından geri alınabilir (İş K.m.60). Dahası, somut olayın özelliğine göre bu durum, işveren için iş sözleşmesini derhal fesih hakkı da yaratabilir¹³. Özellikle izin sırasındaki çalışması işçinin sadakat (bağlılık) borcuna aykırılık teşkil etmekteyse, bu sonuca varmanın kolaylaşacağı kanısındayız.

II - Yıllık Ücretli İzne Çıkış Tarihinin Belirlenmesi

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği uyarınca işçi, hak ettiği yıllık ücretli iznini kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce işverene yazılı olarak başvuracak ve işveren de, bu yazılı talebi izin kuruluna¹⁴ iletacaktır (YÜİ Yön.m.7). Kurulun başlıca görevi, hangi işçinin hangi tarihler arasında yıllık ücretli izin kullanacağını gösteren izin çizelgelerini hazırlamaktır.

Bir işyerinde izin kurulu bulunsun bulunmasın işçilerin izne çıkış tarihlerinin belirlenmesi noktasında son söz işverenindir¹⁵. İzin kurulunun hazırlayacağı çizelgeler işverenin onayına tabidir (YÜİ Yön. m.16/a). Her ne kadar, işçinin izin tarihi konusundaki tercihi dikkate alınacaksa da, işveren ya da izin kurulu işçinin tercihiyle bağlı değildir (YÜİ Yön. m.8/II). Giderek, sözleşmede izne çıkma tarihinin açıkça belirlendiği ya da izin tarihini belirleme yetkisinin işçiye bırakıldığı çok istisnai durumlar¹⁶ haricinde, işçinin izne çıkabilmesi için işverene başvurusu yeterli olmaz; işverenin olurunun bulunması gerekir. Bu oluru almaksızın işçinin işyerinden ayrılması, mazeretsiz devamsızlık oluşturacak ve işveren bu davranış nedeniyle iş sözleşmesini haklı sebeple derhal feshedebilecektir^{17, 18}.

Belli koşulların varlığı halinde işçinin işverenin oluru bulunmaksızın kendiliğinden izni

Her ne kadar, işçinin izin tarihi konusundaki tercihi dikkate alınacaksa da, işveren ya da izin kurulu işçinin tercihiyle bağlı değildir.

İzin tarihinin belirlenmesinin işveren açısından yönetim hakkında kaynaklanan bir yetki olmasının yanı sıra aynı zamanda bir borç olduğu da öğretide ileri sürülmektedir.

ne ayrılabilceği yolundaki farklı görüş Soyer tarafından ortaya atılmıştır¹⁹. Bu görüş uyarınca, işçinin başvurusuna rağmen işveren tarafından izin kullanma zamanı belirlenmemiş ve iznin kullanılması gereken yılın sonunda izin süresi kadar bir zaman kalmış ise, işverenin haklı çıkarlarını ihlal etmemek koşuluyla işçi kendiliğinden izne çıkabilmelidir. Alman öğretisinden esinlenen bu görüş, Türk öğretisinde azınlık görüşü olarak yer bulmaktadır.

Yıllık izin kullanılması için işçinin talepte bulunmuş olması da şart değildir²⁰. Anımsatalım ki, yıllık ücretli izin hakkı vazgeçilemez niteliktedir ve işveren açısından iznin kullanılması bir zorunluluktur. İzin tarihinin belirlenmesinin işveren açısından yönetim hakkında kaynaklanan bir yetki olmasının yanı sıra aynı zamanda bir borç olduğu da öğretide ileri sürülmektedir²¹. İşçinin işverene izin kullanımı/tarihinin belirlenmesi için başvuruda bulunmamış olması, olsa olsa izin tarihi konusunda bir tercihi olmadığı şeklinde yorumlanabilir²².

İşçinin izne çıkmayı tercih etmeyerek, çalışmaya devam etmek gibi bir seçeneği de bulunmamaktadır. Bu noktada yıllık ücretli izne ilişkin düzenlemelerin Medeni Kanun madde 23 benzeri bir etkiye sahip olduğu; yıllık ücretli izin hakkının hak süjesinin işlemlerine karşı da koruma sağlar bir nitelik gösterdiğini iddia etmek yanlış olmaz. Bu durumun istisnasını, ancak iznin kullanılması gereken yıldan daha ileri bir tarihe ertelenmesini haklı kılan işletmeden ya da işçiden kaynaklanan zorunlu/ciddi nedenlerin ortaya çıkması oluşturabilir²³. Böyle bir halde iznin ertelenmesi için işçi ve işverenin anlaşmış olması koşulunu arayan görüşün²⁴ yanı sıra, “işyerini ilgilendiren ciddi nedenlere” dayanarak işverenin tek taraflı şe-

kilde izin kullanım tarihini kullanılması gereken yıldan daha öte bir tarihe erteleyebileceği öğretide ileri sürülmektedir²⁵.

III - Yıllık Ücretli İzin İş Sözleşmesinin Devamı Sırasında Dava Konusu Edilebilirliği

Olağan zamanında kullanılmaması izin hakkının kaybına neden olmaz²⁶ ve iş sözleşmesi devam ettiği sürece işçinin kullanılmayan izinlerini gecikmeli de olsa kullanması olanak dahilindedir²⁷. Giderek, iş sözleşmesinin devamı sırasında salt izin süresine ait ücretin talep edilemeyeceği²⁸; işçinin talebinin konusunun ancak yıllık ücretli iznin uygulanması olabileceği sonucuna varılır²⁹. Kullanılmamış yıllık izin sürelerine ait ücret ancak iş sözleşmesinin sona ermesiyle salt parasal bir alacak haline gelir³⁰. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle öğretinin çoğunluğu ve yüksek yargı tarafından kabul edilen bu esas, yasal düzenleme halini almıştır: “İş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zaman aşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar.” (İş K.m.59/D).

İş sözleşmesinin devamı sırasında hak ettiği yıllık izin sürelerine ait ücreti talep edemeyeceğine göre, işçinin iznin kullanılması için işvereni dava yoluyla zorlamasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelecektir. Öğretide, bu konu tartışmalıdır³¹. Yargı kararlarına bakıldığında ise, eski tarihli bir Kararıda Yargıtay, “Mahkeme işçinin yıllık izninin kullanılması hakkında bir karar veremez. Bu idari bir mevzuudur.” şeklinde hüküm kurmuş³²; oldukça yeni kararlarında ise işçinin iş

İşçinin izne çıkmayı tercih etmeyerek, çalışmaya devam etmek gibi bir seçeneği bulunmamaktadır.

İzin başvurusu, talebin karşılanması noktasında işverene yeterli süre verecek şekilde yapılmalıdır.

sözleşmesinin devamı sırasında izin hakkının bulunduğu tespitini istemesinde hukuken menfaati bulunduğu sonucuna varmıştır³³. 2009 tarihli bu kararlardaki anlatımdan, Yüksek Mahkemenin, yıllık ücretli izin tarihinin tespitini ya da iznin kullanılmasını konu alan bir eda davasını değil; işçinin yıllık ücretli izin hakkının varlığını ve miktarını tespite yönelik bir davayı mümkün gördüğü anlaşılmaktadır.

IV - Yıllık Ücretli İzin Zamanında Kullanılmaması ve İşçinin Fesih Hakkı

İşçinin, izne hak kazandığı hizmet yılını takip eden hizmet yılı içinde izin tarihi belirlenerek izne çıkartılmaması, hukuka aykırıdır³⁴. İşverenin bu davranışı iş koşullarının uygulanmaması (İş K.m.24/II,f) ve hatta işçi aleyhine ağırlaştırılması anlamına gelir³⁵. Öte yandan bu tutum işverenin işçiyi gözetme borcuna da aykırıdır³⁶. Giderek, yıllık ücretli iznin zamanında kullanılmaması durumunun işçi için haklı nedenle derhal fesih yetkisi doğuracağı kabulü gerekir³⁷.

Kural olarak, işçinin derhal fesih hakkının doğumu bakımında, yıllık ücretli iznini kullanmak için işverene başvurmuş olması, başka bir anlatımla işverenden hak ettiği iznin uygulanmasını talep etmesi gereklidir. İşçinin belli şartlar oluştuğunda kendiliğinden yıllık ücretli izin hakkını kullanabilmesinin mümkün olduğunu savunan görüş de, bunun için işverene başvuruda bulunmuş olmasını ön koşul olarak aramaktadır. Bu şekilde, iznin ertelenmesini gerektirir işyerine ilişkin zorunlu/ciddi bir neden bulunup bulunmadığının belirlenmesi ve varsa bunun işçiye bildirilmesi noktasında işverene fırsat tanınmış olacaktır³⁸. Aynı gerekçeyle, işçinin fesih hakkını kullanması öncesinde de izni talep etmiş olması koşulunun

aranmasının yerinde olacağı kanısındayız. Nitekim, Yargıtay'ın bazı kararlarında da bu ön koşula vurgu yapıldığı görülmektedir³⁹. İzin başvurusu, talebin karşılanması noktasında işverene yeterli süre verecek şekilde yapılmalıdır. "İşçi ...hak ettiği yıllık ücretli iznini, kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirir." şeklindeki YÜİ Yön. m.7/I düzenlemesi karşısında, "yeterli sürenin" bir aydan az olamayacağı sonucuna varmak gerekir⁴⁰.

Başvuruyu hak edilmiş iznin kullanılması gereken hizmet yılı içinde yapmış ise, işçi, tarihin belirlenmesini o hizmet yılının sonuna hak ettiği izin günü kadar süre kalana dek beklemeli⁴¹ ve bu tarih itibarıyla hala izne çıkmasına olur verilmemiş ise sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebilmelidir⁴². Kanımızca, burada İş K.m.26'da belirtilen altı işgünlük süre de işlemeyecektir. Hakkın sağlanmaması durumu devamlılık arz etmektedir. İşveren başvuru üzerine izin tarihini belirlemiş ancak işyerine ilişkin hiçbir ciddi/zorunlu neden yokken belirlenen tarih iznin kullanılması gereken yılın sonrasına rastlamakta ise, tarihi belirlemek noktasındaki hakkın iyiniyet kuralına uygun kullanıldığından söz edilemez ve yine işçinin fesih hakkının doğduğunun kabulü gerekir⁴³. Bu şekilde bir tarih belirlemesi, ortada bunu haklı kılan bir neden yokken, iznin kullanılması gereken hizmet yılı içinde kullanılmayacağı açık ifadesi olarak anlaşılmalıdır.

İşçinin önceki yıllardan kullanılmamış (birikmiş) izin günlerinin bulunması ülkemizde az rastlanır bir durum değildir⁴⁴. Böyle hallerde işverenin yıllık ücretli izin konusundaki düzenlemelere aykırılık oluşturan davranışı hemen yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız duruma göre daha ağırdır. İşçinin izni hak ettiği tarihin üzerinden en az bir -çoğu zaman daha fazla- hizmet yılı geçmiş ve işçiye izin ya hiç kullanılmamış ya da işçi hak ettiğinden daha az bir süre izne çıkabilmiştir. Dolayısıyla, işverenden, işçinin başvurusu üzerine izne çıkış tarihini belirlemek noktasındaki yetkisini çok daha kısa bir süre içinde kullanmasını beklemek yerinde olur. Kanımızca makul

İşverenin birikmiş izinleri konu alan talebin ne kadarlık bir bölümünü karşılaması gerektiği noktasında kesin bir oran vermek mümkün değildir.

olan, YÜİ Yön.7/I'deki bir aylık sürenin esas alınmasıdır. Bu süre sonunda işçi izne çıkarılmamış ya da makul⁴⁵ bir izin tarihi belirlenmemiş ise işçinin derhal fesih hakkını kullanabileceğinin kabulü gerekir.

İşçi, birikmiş izninin tamamını talep edebilir. İşveren de bu talebe olumlu yanıt vermedir. Hali hazırda yıllık ücretli izin hakkına ilişkin düzenlemelere aykırı davranmış olan işveren, işyerinden kaynaklanan zorunlu/ciddi nedenler bulursa dahi talebin bir bölümünü mümkün olan en yakın tarihte karşılamalıdır. İşverenin birikmiş izinleri konu alan talebin ne kadarlık bir bölümünü karşılaması gerektiği noktasında kesin bir oran vermek mümkün değildir. Ne var ki, yıllık ücretli iznin bölünmesine ilişkin İş K.m.56/III hükmü, bir ölçüt oluşturabilir.

Fesih hakkının kullanımı öncesinde izin için başvuruda bulunmuş olmak ön koşulunun bir genel kural olarak algılanması gerekir. İşverenin yıllık ücretli izin kullandırmayacağını önceden işyerinde ilan etmesi ya da izin başvurusunu almaktan kasten kaçınması gibi başvurunun sonuçsuz kalacağına açık olduğu durumlarda -BK m. 107/1 hükmünden örnekseyerek- işçinin öncesinde başvuru yapmaksızın iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme olanağının bulunduğu kabulü yerinde olacaktır⁴⁶.

Son Söz

İşverenin işçinin tercih ettiği yıllık ücretli izin tarihiyle bağlı olmaması kuralı (YÜİ Yön. m.8/II), işyerindeki düzenin ve mal ve/veya hizmet üretimi sürecinin aksamsızın devamı açısından getirilmiş bir düzenlemedir. Ancak bu, anayasal bir hakkın keyfi bir biçimde ihlal edilebileceği anlamına asla gelemez. Giderek iş sözleşmesinin devamı sırasında iznin

kullandırılması için işverenin dava yoluyla zorlamasının tartışmalı olduğu ve işçinin kendiliğinden izne çıkabileceği görüşünün de öğretilerde azınlıkta kaldığı bir ortamda, -yukarıda açıklamaya çalıştığımız belli koşulların oluşması halinde- işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshetme yetkisinin bulunduğundan kuşku duymamak gerekir.

Son olarak belirtelim ki, bu notta ortaya koymaya çalıştığımız düşünceler, işçinin kanda belirtilen en az (asgari) ya da sözleşmelerle artırılmış izin süresine⁴⁷ hak kazanmış olması bakımından değişiklik göstermeyecektir. Aksinin kabulü, işçi sendikasının ya da işçinin bizzat kendisinin, hukuka uygun bir menfaat mücadelesi sonucunda elde ettiği hakkın, anlamsızlaşması sonucunu doğurur.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz.: Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, Ankara, Seçkin Yay., 2000, s.46 vd.; Çöğenli, Taner, Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, Üçdal Neşriyat İstanbul 1983, s.21 vd.
- 2 Dinlenmeyi anayasal bir hak olarak tanıyan 50. madde üçüncü fıkrayı takip eden dördüncü fıkra, "Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir." hükmünü içerir; "Yıllık izin hakkı anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup..." Yarg. 9. HD, 5.11.2009, E. 2008/11592, K. 2009/30499; "Anayasal temel hak olan yıllık ücretli izin hakkı..." Yarg. 9. HD, 31.10.2008, E. 2007/30895, K. 2008/29677 (www.kazan-ci.com, 10.6.2010).
- 3 Yıllık ücretli izin hakkının niteliği konusunda Bkz.: Caniklioğlu, Nurşen, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan: İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İznin Kullanılmamasının Sonuçları, İstanbul 2001, s.1145-1147; Çöğenli, Yıllık Ücretli İzin, s.56 vd.; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.56 vd.; Soyer, Polat, "İş Hayatındaki Önemli Bir Sorun Üzerine Not İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullandırmaması", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Yıl:1, S.1, s.291-294; Özveri, Murat, Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları, Legal İSGHD, Yıl:2007, C.4, S.15, s.922-924.
- 4 Ayrıntılı bilgi için Bkz.: Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 22. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım 2009, 364 vd.; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım 2008, 772 vd.; Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara Turhan Kitabevi 2008, 929 vd.; Ekonomi, İş Hukuku, s.330 vd.; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım 2005, s.165 vd.; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.90 vd., 271 vd.; Çöğenli, yıllık ücretli izin, s.74 vd.; Şakar, Müjdat, Gereçeli ve İçtihatlı İş Kanunu

- Yorumu, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yay., 2008, s.542 vd.; Özveri, Yıllık Ücretli İzin, s.924 vd.
- 5 Bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışan İş Kanununa tabi işçilere yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümler uygulanmaz (İş K.m.53/III).
- 6 Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli olan çalışma süresinin hesabında, işçinin çalışmadığı ancak çalışmış gibi sayılacağı süreler İş K.m.55'te sıralanmıştır. Bu hükümde sıralanan haller dışındaki sebeplerle işçinin çalışmasının kesilmesi halinde bu boşlukları karşılayacak kadar çalışma süresi eklenir ve bu suretle işçinin izin hakkını elde etmesi için gereken bir yıllık çalışma süresinin bitiş tarihi gelecek hizmet yılına sarkar. İşçinin gelecek izin hakları için geçmesi gereken bir yıllık hizmet süresi, bir önceki izin hakkının doğduğu günden başlayarak gelecek hizmet yılına doğru hesaplanır (İş K.m.54/II,III) .
- 7 Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli bir yıllık sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır. Dahası, bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren işyerinde çalışmakta olan işçilerin aynı işverenin işyerlerinde İş Kanunu kapsamına girmeksizin geçirmiş buldukları süreler de dikkate alınır (İş K.m.54/D). Yıllık ücretli izin hakkının kazanımı bakımından farklı kamu işverenleri yanında geçirilen sürelerin birleştirilmesi de mümkündür: İş K.m.54/son uyarınca aynı bakanlığa bağlı işyerleri ile aynı bakanlığa bağlı tüzel kişilerin işyerlerinde geçen süreler ve kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar veya bunlara bağlı işyerlerinde geçen süreler, işçinin yıllık ücretli izin hakkının hesaplanmasında göz önünde bulundurulur.
- 8 İş Kanunu uyarınca işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi, hizmet süresi; bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara ondört günden, beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara yirmi günden, onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmialtı günden, az olamaz (İş K.m.53/III). Onsekiz ve daha küçük yaştaki işçiler ile elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi ise -işyerlerindeki kıdemleri beş yıldan az olsa dahi- yirmi günden az olamaz (İş K.m.53/IV). Sıralanan bu yıllık ücretli izin süreleri iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir (İş K.m.53/son). Ayrıca, yıllık ücretli izinleri işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olanlara istemde bulunmaları ve bu hususu belgelemeleri koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren toplam dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorundadır (İş K.m.56/son).
- 9 “Davacı işçinin imzasını taşıyan izin talep formlarında kaç gün izin kullanmak istediği belirtilmiş ve bu sürenin bazı belgelerde mazeret izninden sayılması hususu açıklanmış, bazılarında ise yıllık izinden mahsup edilmesi istenmiştir. Mazeret izni olarak talep edilen günlerin yıllık izin süresinden mahsubunun yapılmamış oluşu isabetlidir. Ancak, yıllık iznin 12 günden az olarak kullanılmasına dair işçi tarafından imzalanan bu tür talep dilekçesi üzerine verilen izinlerin, yıllık izinden sayılması gerekir.” Yarg. 9. HD, 28.9.2004, E. 2003/23099, K. 2004/20821; Aynın yönde, 22.12.1998, 15009/18546 (www.kazanci.com, 7 Haziran 2010); 10.11.2004, 18845/25619; 2.5.2000, 1051/6476; 28.4.1999, 3875/8117; Günay, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Cilt:2, Ankara: Yetkin Yayıncılık 2005, s.1598 vd.
- 10 Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.31-33
- 11 Yarg. 9. HD, 5.11.2009, E. 2008/11592, K. 2009/30499; 9.4.2009, E. 2007/38515, K. 2009/10133; 31.10.2008, E. 2007/30895, K. 2008/29677 (www.kazanci.com, 7 Haziran 2010).
- 12 12 numaralı dipnotta anılan kararlar.
- 13 Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.628-629
- 14 İşçi sayısı yüzden fazla olan işyerlerinde işveren veya işveren vekilini temsilen bir, işçileri temsilen iki kişi olmak üzere toplam üç kişiden oluşan izin kurulu kurulur. İşçi sayısı yüzden az olan işyerlerinde; izin kurulunun görevleri, işveren veya işveren vekili veya bunların görevlendireceği bir kişi ile işçilerin kendi aralarında seçecekleri bir temsilci tarafından yerine getirilir (YÜİ Yön. m.15, 18).
- 15 Şakar, Yorum, s.546; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.272; Caniklioğlu, Yıllık Ücretli İzin, s.1160; Günay, Şerh, s.1590.
- 16 Bkz.: Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.272-275.
- 17 Caniklioğlu, Yıllık Ücretli İzin, s.1158; “Davalı işveren, işyerinde davacı ile aynı görevde çalışmakta olan diğer işçiye aynı tarihlerde izin verilmiş olmasını, davacının izin talebinin karşılanamamasının gerekçesi olarak göstermiştir...davacı işçinin işyerinden ayrılması geçerli bir mazerete dayanmamaktadır. İşverence davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi haklı nedene dayandığından, davacı işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanmasına olanak bulunmamaktadır.” Yarg. 9. HD, 20.6.2006, 15954/17843, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.20 S.6 , C. 21 S.1, s.123-125; “Davacı dava dilekçesinde açıkça yıllık iznine mahsuben 5 gün izin istediğini, iznin verilmeyeceğini, buna rağmen 5 gün işe gitmemesi sebebiyle hizmet akdinin fesh edildiğini avukat ve seçik bir biçimde belirtmiş olduğuna ve bu durumda işverenin feshi haklı nedene dayandığına göre...” Yarg. 9. HD, 23.9.1993, 3021/13593; T. 23.9.1993 “... o gün davacı işyerine gelmişse de, izin istemiş fakat eski devamsızlıkları da dikkate alınarak izin verilmemiştir. Davacının izin dilekçesini bırakıp gitmesi de kendisine izin verileceği anlamına gelmez. Eskiden böyle bir uygulama olsa dahi, bu husus davacıya bir hak sağlamaz. Bu bakımdan davacının bir ay içinde 3 gün işe gelmediğinde sabit olmaktadır. Böyle olunca, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağından bu isteklerin reddi gerekir.” Yarg. 9. HD, 4.4.1991, E. 1990/14393, K. 1991/7202 (www.kazanci.com, 8.6.2010).
- 18 Bu durumu işçinin usulsüz feshi olarak kabul eden kararlar da bulunmaktadır: “Davacı işveren davalı işçinin önel vermeksizin işten ayrıldığını bu nedenle de ihbar tazminatına hak kazandığını ileri sürerek davalı hakkında ilamsız icra takibinde bulunmuş, takibe karşı davalı

- izin ve fazla mesai alacakları bulunduğunu belirterek takibe itiraz etmiştir. İtiraz üzerine takip durmuş daha sonra davacı işveren bu dava ile itirazın iptali takibin devamı ve icra inkar tazminatı isteklerinde bulunmaktadır. Mahkemece davacının yıllık ücretli izin alacağı olduğu kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir. Ancak Dairemizin yerleşen uygulamasına göre izin hakkı bulunan işçinin istekte bulunmaksızın işyerinden ayrılıp gitmesi feshi haklı nedenle gerçekleştirdiği anlamına gelmez. Gerçekten işveren düzenleme yetkisine dayanarak hangi tarihte işçilere izin kullandırma hakkını tesbit etme yetkisine haizdir. Bir başka anlatımla işçi kendi isteğine göre herhangi bir tarihte izin kullanamaz. Bu bakımdan mahkemenin davayı red gerekçesi hatalıdır.” Yarg. 9. HD, 25.02.1998, E.1998/312, K.1998/2510; “Davacı davalıya ait işyerinde çalışırken 9.9.1993 tarihli dilekçe ile, 15 gün izin istediğini ve izin süresinin bitiminde geçerli olmak üzere istifa ettiğini bildirmiş ve henüz izin verilmeden dilekçeyi verdiği tarihte işten ayrılmıştır. İş Kanunu ile ilgili mevzuat hükümlerine göre, işçi iznini kendi dilediği zamanda kullanamaz. İşverenin izin kullanacağı süreyi ve zamanı belirleme yetkisi vardır. Buna rağmen işçinin izin dilekçesini verip işverenin bunu kabul etmesini beklemeden işten ayrılması, iş aktini o tarihte feshettiğini gösterir. Bu durumda işverenin karşılık dava açarak davacı işçiden istediği, ihbar tazminatının kabulüne karar vermek gerekir.” Yarg. 9. HD, 7.2.1995, E. 1994/16833, K. 1995/5974, (www.kazanci.com, 8.6.2010).
- 19 Soyer, Değerlendirme'97, s.52-53; Soyer, Not, s.294 vd.; Ayr. Bkz.: Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.363-371, özellikle 366.
- 20 Ekonomi, İş Hukuku, s.350, dn.945; Mollamahmutolu, İş Hukuku, s.954; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.356; “... işçinin iznini kullanmak istememiş olması bu hukuki sonucu değiştirmez. İşveren işyerindeki düzenleme yetkisine dayanarak bir plan ve program dahilinde işçilerin anayasal güvenceye bağlanmış olan izin haklarını kullandırmak zorundadır.” Yarg. 9. HD, 23.06.1998, 8437/10748, (www.kazanci.com, 10.6.2010).
- 21 Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.283-284
- 22 Soyer, Not, s.294.
- 23 Erteleme nedenlerine örnek olarak işçinin izne çıkacağı tarihte hastalanması, işyerinde grev veya lokavt uygulanması, işçinin manevra veya herhangi bir sebeple muvazaf askerlik ödevi dışında silah altına alınması veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevinin gündeme gelmesi verilebilir. Bkz.: Çöğenli, Yıllık Ücretli İzin, s.152; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.298.
- 24 Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.300.
- 25 Ekonomi, İş Hukuku, s.349; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.169-170; Soyer, Not, s.298.
- 26 Çöğenli, Yıllık Ücretli İzin, s.152-155; Ekonomi, İş Hukuku, s.348-349; Caniklioğlu, Yıllık Ücretli İzin, s.1157; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.359.
- 27 “Hizmet akdi devam ettiği sürece zamanaşımı işleme-yeceğinden davacının her zaman kullanmadığı ücretli izinleri işverence yapılacak plana göre kullanılması mümkündür.” Yarg. 9. HD, 24.12.1997, E.1997/18437, K.1998/22430, (www.kazanci.com, 10.6.2010).
- 28 “Davanın açıldığı tarihte davacı işçi çalışmasını sürdürmekte ise yıllık ücretli izin isteme hakkı bulunmamaktadır. Zira izin ücretini çalışırken aldığı kabul edilecek olursa, işçinin Anayasal hakkı olan dinlenme hakkından vazgeçme sonucu doğurur ki bunun kabulü mümkün değildir.” Yarg. 9. HD, 13.2.2002, E. 2001/17459, K. 2002/2727.
- 29 Farklı görüş için Bkz. Çöğenli, Yıllık Ücretli İzin, s.152-153.
- 30 “Yıllık ücret izin hakkının işçi tarafından istenmemesi veya işverence kullandırılmaması bunun alacağı dönüşmesine neden olamayacağı gibi, dinlenme hakkından vazgeçilerek ücretin istenmesi olanağı da yoktur. Sadece yıllık ücretli iznini kullanan işçiye izin dönemine ilişkin ücretli izne başlamadan önce peşin olarak ödemesi veya avans verilmesi öngörülmüştür. Öte yandan yıllık ücretli izin hakkı, hizmet aktinin işçi veya işveren tarafından feshi veya işçinin ölümü ile izin ücretine dönüşmektedir, işçinin hizmet akti devam ederken kullanmadığı yıllık izinlerinin ücretini dava yoluyla alamaması nedeniyle alacak muaccel hale gelmediğinden zamanaşımı süresi de başlamaz.” Yarg. HGK, 5.7.2000, E. 2000/9-1079, K. 2000/1103; “Aktin feshi halinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Böylece, iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı izin alacağına dönüşür... İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte izin ücreti muaccel olur... Yıllık izin hakkı anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez. İşçinin iş sözleşmesinin devamı süresinde kullanmadığı yıllık izinlere ait ücreti istemesi mümkün değildir.” Yarg. 9. HD, 5.11.2009, E. 2008/11592, K. 2009/30499; “İşçi izin kullanmadan çalışsa ve ücretinin ödenmesini kabul etse de Anayasal temel hak olan yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilmesi kanunen mümkün değildir. İşçi izin hakkından yazılı olarak vazgeçtiğini belirtse veya hizmet akdinde böyle bir hükme yer verilse de izin kullanmadan çalışmasının sona ermesinden itibaren tüm hizmet süresi boyunca kullanmadığı izinlerin ücretini zamanaşımı süresi içinde dava yoluyla alabilecektir.” Yarg. 9. HD, 31.10.2008, E. 2007/30895, K. 2008/29677 (www.kazanci.com, 10.6.2010).
- 31 Bkz. ve Karş.: Çöğenli, Yıllık Ücretli İzin, s.145-146, 168; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.678-681; Caniklioğlu, Yıllık Ücretli İzin, s.1162.
- 32 Yarg. 9. HD, 9.1.1964, 2341/71, Çenberci, Şerh, s.690-691, dn.3.
- 33 Yarg. 9. HD, 5.11.2009, E. 2008/11592, K. 2009/30499; Yarg. 9. HD, 9.4.2009, E. 2007/38515, K. 2009/10133 (www.kazanci.com, 10.6.2010).
- 34 Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği esas ve usullerine aykırı olarak izin kullandırmamak veya eksik kullandırmak, işveren veya işveren vekiline bu durumda olan her işçi için yüz milyon lira (2010 yılı için 204 TL) para cezası verilmesini gerektirir (İş K.m. 103).

- 35 “Anayasal temeli olan yıllık izin hakkı yönünden bir örnek vermek gerekirse, işverenin işçinin bu dinlenme hakkını kısıtlayan uygulamalara gitmesi durumunda, çalışma koşulları işçi aleyhine ağırlaştırılmış olmaktadır.” Yarg. 9. HD, 17.9.2009, E.2008/6460, K.2009/23305 (www.kazanci.com, 8.6.2010).
- 36 Caniklioğlu, Yıllık Ücretli İzin, s.1163; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.276.
- 37 Günay, Şerh, s.1590; Çöğenli, Yıllık Ücretli İzin, s.146; Caniklioğlu, Yıllık Ücretli İzin, s.1162; Çenberci, Şerh, s.690-691, dn.3; “Davacı işçi fesih nedeni olarak izin hakkının kullandırılmamasını da davalı işverene gönderdiği fesih bildiriminde göstermiştir. Mahkemece yıllık ücretli izin alacağı hüküm altına alındığına göre, bu yönden davacı işçinin feshinin haklı nedene dayandığının kabulü gerekir, işçinin iznini kullanmak istememiş olması bu hukuki sonucu değiştirmez. Gerçekten işveren işyerindeki düzenleme yetkisine dayanarak bir plan ve program dahilinde işçilerin anayasal güvenceye bağlanmış olan izin haklarını kullandırmak zorundadır. İzin hakkından vazgeçilemeyeceği açıktır. O halde kıdem tazminatı isteği hüküm altına alınmak üzere kararın bozulması gerekmiştir.” Yarg. 9. HD, 23.06.1998, 8437/10748, Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.353; “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının ...dokuz yıllık izninin kullandırılmaması nedeniyle hizmet sözleşmesini feshettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca haklı olarak hizmeti akdini kendisi feshettiği için...” Yarg. 9. HD, 30.11.1995, 19193/24934, Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, s.486.
- 38 Soyer, Not, s.298.
- 39 “Bununla beraber hak kazandığı izni çalışmakta iken işverenden isteyen işçi, kendisine böyle bir iznin kullandırılmayacağı açık ve kesin şekilde ifade edildiği takdirde İş Kanununda tanınmış olan haklarını kullanabilir ... Örneğin işçi için bu durum sözleşmeyi haklı nedenle fesih yetkisi verir.” Yarg. 9. HD, 13.2.2002, E.2001/17459, K.2002/2727 (www.kazanci.com, 8.6.2010); “Davacı daha önce ücretli izin talebinde bulunmuş ve işverence haklı bir neden bulunmadığı halde bu istek reddedilmiş değildir. Hizmet akdi devam ettiği sürece zaman aşımı işlemeyeceğinden davacının her zaman kullandığı ücretli izinleri işverence yapılacak plana göre kullanılması mümkündür. Bu nedenle olayımızda mahkemenin kabul ettiği gibi ücretli izinlerinin verilmemiş olması davacıya haklı fesih hakkı vermez.” Yarg. 9. HD, 24.12.1997, E.1997/18437, K.1998/22430, (www.kazanci.com, 10.6.2010).
- 40 “... izin isteği de yönetmeliğe göre 1 ay öncesinden talep edilmemiştir. Bu şekilde işçinin izin talebinin karşılanması noktasında işverene yeterli süre de tanınmamıştır.” Yarg. 9. HD, 20.6.2006, 15954/17843, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.20 S.6 , C. 21 S.1, s.123-125
- 41 İşçinin izninin bir bölümünün o hizmet yılı içinde kullandırılmış olması durumunda o hizmet yılının sonuna kullandırılmamış (bakiye) izin günü kadar süre kalana dek beklemesi gerekecektir.
- 42 Bu kaniya varırken işçinin kendiliğinden yıllık ücretli izin hakkını kullanabilmesinin mümkün olduğunu savu-
- nan görüşten esinlendiğimiz açıktır. Bkz. ve Karş. Soyer, Not, s.294 vd.
- 43 “Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinde de belirtildiği üzere yıllık izin kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında kalmaktadır. İşverenin bu hakkının iyi niyet kuralları çerçevesinde kullanılması gerektiği açıktır. Bir başka anlatımla, işçinin anayasal temeli olan dinlenme hakkının, işyerinin gereklerine uygun biçimde ve mümkün olduğunca işçinin talebi çerçevesinde kullandırılması gerekir. İşverenin bu noktada yönetim hakkını kötüye kullanmasının yasalar karşısında korunmayacağı kabul edilmelidir.” Yarg. 9. HD, 20.6.2006, 15954/17843, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.20 S.6 , C. 21 S.1, s.123-125.
- 44 “İşçinin her hizmet yılına karşılık yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanması gerekirse de işverenin yönetim hakkı sebebiyle işçilere yıllık izinlerini bir plan dahilinde vermesi gerektiğinden işveren, kimi zaman işçilerine yıllık ücretli izin kullandırmamaktadır.” Yarg. HGK, 5.7.2000, E. 2000/9-1079, K. 2000/1103 (www.kazanci.com, 10.6.2010).
- 45 Kanımızca, izin tarihinin belirlenmesi konusunda işçinin talebinin dikkate alınmasını salık veren YÜİ Yön. m.8/II hükmü, işverenin hali hazırda yıllık ücretli izin hakkına aykırı davranmış olduğunu ortaya koymaya çalıştığımız türden durumlarda önemini artırır.
- 46 “... işçinin iznini önceden talep etmesi gereğine işaret edilerek böyle bir talep olmaksızın iznin kullandırılmadığı gerekçesiyle uygulamaya konulan feshin haklı olamayacağı kabul edilerek mahkemenin kararı bozulmuştur ... ilgili işyerinde işveren izin verme niyetinde olmadığı için herhangi bir planlama yapmamış ve işçilerin izinlerini verip kullandırmamıştır ... O halde 2 seneden fazla çalışması bulunan işçiye izinlerinin işverence verilmemesi açıktır. İşçinin bu gerekçeyle iş akdini feshi haklı olduğundan...” Yarg. 9. HD, 25.02.1998, E.1998/312, K.1998/2510, Karşı Oy Yazısı, (www.kazanci.com, 8.6.2010).
- 47 Bilindiği üzere İş Kanununda gösterilen yıllık ücretli izin süreleri iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir (İş K.m.53/son). Başka bir anlatımla bu süreler en az (asgari) miktarlardır.

İşverenin Yeniden İşçi Alma Gereği Halinde Toplu İşten Çıkarılanları Tercihen İşe Alma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışının Yaptırımı

GİRİŞ

Ekonomik krizlerden yoğun olarak etkilenen ve bunun sonucunda büyük ölçüde toplu işçi çıkarmaların yaşandığı ülkeler açısından, toplu işçi çıkarmaya ilişkin usul ve esasların özel olarak düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur. Özellikle, ekonomik krizlerden kolaylıkla etkilenen ülkemizde toplu işçi çıkarma konusunda düzenlemelerin bulunması zaruridir. Zira yaşanan her ekonomik krizin ardından, geniş işçi kitlelerinin işten çıkarıldıkları gözlemlenmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulüne kadar geçen dönemde de, konuya ilişkin birtakım düzenlemeler yer almaktaydı. Ancak söz konusu dönem itibariyle, kanunlarda yer alan düzenlemelerin pek etkili olduğu söylenemez. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde toplu işçi çıkarma konusu yeniden ele alınmış ve özel olarak düzenlenmiştir.

Konuya ilişkin olarak 29. madde kapsamında getirilen düzenlemeler arasında işverenin yeniden işe alma yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Buna göre; “....İşveren toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır.” (4857 sayılı İş Kanunu m.29/ VI, ikinci cümle).

Bu çalışmada, işverenin m.29 kapsamında, yeniden işe alma yükümlülüğünün hangi hallerde söz konusu olacağı ve bu yükümlülüğe aykırı davranışın herhangi bir yaptırıma bağlanıp bağlanmadığı konusu incelenmektedir.

1. İŞVERENİN YENİDEN İŞÇİ ALMA GEREĞİ HALİNDE TOPLU İŞTEN ÇIKARILANLARI TERCİHEN İŞE ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. İşverenin İş Kanunu m.29/VI (2. cümle) Uyarınca Yeniden İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü

Türk hukukunda toplu işçi çıkarmaya ilişkin ilk düzenleme, 3008 sayılı İş Kanunu'nda

yer almıştır. Bu dönemde, toplu işçi çıkaran işverenlere, altı ay içinde aynı iş için yeniden işçi alma ihtiyacı duymaları halinde, önceden çıkarılan söz konusu işçileri öncelikle işe alma yükümlülüğü getirilmiştir. 3008 sayılı İş Kanunu döneminde verilmiş olan bir Yargıtay kararına göre; işçileri toplu olarak işten çıkaran işveren, tekrar işçi almak zorunda kalırsa, 6 ay içinde durumu ilan ederek eski işçilerini aynı şartlarla almak zorundadır. Bu mecburiyet süresi 6 ay sonra ortadan kalkar¹. Bu dönemde, işten çıkarılmış işçi, yeni bir iş bulmuş ve bu yeni işinde eskisine oranla daha kötü sayılamayan koşullarla çalışmaya başlamamışsa, İK m.24'ün uygulanmaması gerektiği belirtilmiştir².

28.07.1967 kabul tarihli ve 931 sayılı İş Kanunu'nda da, 3008 sayılı İş Kanunu'na paralel bir düzenleme yer almış ve işverene toplu olarak işten çıkardığı işçileri, öncelikle işe alma yükümlülüğü getirilmiştir.

931 sayılı İş Kanunu'nun Anayasa Mahkemesince iptalini takiben 25.08.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu kabul edilmiştir. Kanuna göre, toplu işçi çıkaran işverenler, altı ay içinde işyerine aynı iş için yeniden işçi almak zorunda kalırlarsa, çıkarılanlardan çalışmak isteyenleri günün şartlarına göre, yeniden işe almakla yükümlüdürler (m.24/ II). 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1927 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki ilk metni, çağrının biçimi ve işçiye tanınacak süre konusunda bir hüküm getirmemişti ve hükme aykırılık halinde yaptırım öngörmemişti. Bu dönemde, hükmün uygulamada bir anlam kazanabilmesi için, işverenin bu kapsamdaki işçilere, son bıraktıkları adreslerine işe davet yazısı göndermesi, başvuru için "makul bir süre"³ vermesi ve aksi takdirde bu haklarını kaybedecekleri uyarısında bulunması gerektiği yönünde görüş belirtilmiştir⁴.

1475 sayılı İş Kanunu'nun, "işten çıkarmanın sonucu" başlığını taşıyan 24. maddesi, 04.07.1975 tarihli ve 1927 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Yeni düzenlemede, işçi işten çıkarıldığı sırada korunmamış, buna karşılık altı ay içinde işyerine yeni işçi alınması olanağı doğduğu takdirde tekrar eski işine kavuşması ihtimali öngörülmüştür. Buna göre, toplu işçi çıkardıktan sonra işyerine yeniden işçi almak

zorunda kalan işverenin, daha önce işten çıkardığı işçilerden çalışmak isteyenleri öncelikle işe almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir⁵. İşçinin işine dönmesi ise sadece İş Kanunu'nun 13. maddesi ve 16. maddesinin III. bendi hükümleri gereğince işten çıkarılması hallerinde söz konusu olabilecek, ayrıca işyerine dönen işçilerin aynı nitelikte bir iş için alınmaları gerekecektir⁶.

Bu dönemde, işverenin eski işçisini yeniden işe alma yükümlülüğü bir "akit yapma zorunluluğu" olarak nitelendirilmiştir⁷. Bu yöndeki görüş uyarınca işverenin akit yapma zorunluluğunun doğması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunlar, işverenin altı ay içinde yeni işçiye ihtiyaç duyması, işverenin işçi ihtiyacının daha önce çıkardığı işçilerin eski işlerine ilişkin olması, işverenin dışarıdan işçi almak zorunda kalması, aynı işyeri için işçiye ihtiyaç duyulması, işverenin yeniden işçi alma ihtiyacını eski işçilerine duyurması ve son olarak da işçilerin işverene başvurmasıdır⁸.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesi, 09.08.2002 tarihli ve 4773 sayılı Kanun'la "toplu işçi çıkarma" başlığı altında yeniden düzenlenmiştir ve söz konusu hüküm ile işveren için, toplu olarak işten çıkardığı işçileri yeniden işe alma yükümlülüğü getirilmemiştir⁹.

Bu dönemde verilmiş olan bir Yargıtay kararında da, ekonomik krizle karşılaşmış bir işyerinde, çıkarılan işçinin çalışmış olduğu bölümün dışında, tamamen başka bir bölüme yeni işçi alınmış olması, kötü niyetin varlığı için yeterli bulunmamıştır. Karara göre, "...yeni işçilerin işyerinin diğer ünitelerindeki personel ihtiyacını karşılamak üzere alındıklarının kabulü gerekir. Feshin ekonomik nedenler ve işçi fazlalığı nedeniyle gerçekleştiği düşünülerek kötü niyet tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken somut biçimde başka üniteye işçi alındığından söz edilerek bu isteğin kabulü hatalıdır."¹⁰

4857 sayılı İş Kanunu'nda konu yeniden düzenlenmiş ve 29. maddenin altıncı fıkrasında, işverenin yeniden işe alma yükümlülüğüne yer verilmiştir. Madde hükmüne göre; "İşveren toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi

almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır.” (4857 sayılı İş Kanunu m.29/VI, cümle 2).

B. İşverenin İş Kanunu m.29/VI (2. cümle) Uyarınca Yeniden İşe Alma Yükümlülüğünün Koşulları

İş Kanunu m.29/VI, ikinci cümle hükmüne göre; işveren açısından toplu işçi çıkarma kapsamında işten çıkardığı işçilerini yeniden işe alma yükümlülüğünün doğması için öncelikle işverenin altı ay içinde yeni işçiye ihtiyaç duyması, işverenin işçi ihtiyacının daha önce çıkardığı işçilerin eski işlerine ilişkin olması, işverenin dışarıdan işçi almak zorunda kalması, aynı işyeri için işçiye ihtiyaç duyulması, işverenin yeniden işçi alma ihtiyacını eski işçilerine duyurması gerekmektedir¹¹. Ancak bu şartlar gerçekleştiği takdirde, işverenin kendisine başvuruda bulunan eski işçisini yeniden işe alma yükümlülüğü doğacaktır.

Kanunun sistematigi açısından, söz konusu hükmün düzenlenme yeri pek uygun görülmemektedir. İlk bakışta sanki işyerini kapatan ve bu nedenle işçilerin iş sözleşmelerini fesheden işverenlere de, yeniden aynı konuda faaliyet gösteren bir işyeri açmaları durumunda, aynı işçileri işe alma yükümlülüğü getirilmiş gibi bir anlam çıkmaktadır. Bu durum, işyerinin kesin ve sürekli olarak kapanması durumunun da sanki bir toplu işçi çıkarma haliymiş gibi algılanmasına neden olmaktadır. Bu nedenle kanımızca İş Kanunu m.29/VI, 2. cümlenin, 29. madde içerisinde ayrı bir fıkra olarak düzenlenmesi ve m.29/V'in hemen ardında yer alması sistematik açıdan daha yerinde olurdu. Zira işyerinin kapanması sırasında, çıkarılan işçilerin sayısı, 4857 sayılı İş Kanunu m.29/I'de aranan oranlara ulaşsa dahi bir toplu işçi çıkarma durumu söz konusu olmaz¹².

İş Kanunu m.29/VI (2. cümle)'da yer alan yeni düzenleme ile, çağrının usulü ve işçiye tanınacak süre konusunda bir hüküm getirilmemiştir¹³. Oysa, 1475 sayılı İş Kanunu m.24'te çağrının usulü ve işçiye tanınacak süre belirlenmişti.

Öğretide, hükmün uygulamada bir anlam

kazanabilmesi için, işverenin bu kapsamdaki işçilere, son bıraktıkları adreslerine, uygun vasıtalarla, işe davet yazısı göndermesi ve başvuru için onlara “makul bir süre”¹⁴ vermesi, aksi takdirde bu haklarını kaybedecekleri uyarısında bulunması gerektiği belirtilmektedir¹⁵. İş Kanunu m.109'a göre; İş Kanunu kapsamına giren tüm bildirimlerin, yazılı ve imza karşılığı yapılması gerekir. Bu bağlamda, m.29/VI (2. cümle) uyarınca yapılacak olan çağrının da yazılı ve imza karşılığı yapılması gerekmektedir¹⁶.

II. İŞVERENİN YENİDEN İŞÇİ ALMA GEREĞİ HALİNDE TOPLU İŞTEN ÇIKARILANLARI TERCİHEN İŞE ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANIŞI VE YAPTIRIMI

A. İşverenin İş Kanunu m.29/VI (2. cümle) Uyarınca Yeniden İşe Alma Yükümlülüğüne Aykırı Davranışı

Toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak isteyen işverenin, çıkardığı işçilerden nitelikleri uygun olanları tercihen işe almaması durumunda söz konusu yükümlülüğe aykırılık meydana gelir.

Aykırılığın meydana gelmesi için öncelikle toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde ve aynı nitelikteki bir iş için işçi alma ihtiyacının doğması gerekmektedir. Yeniden işçi alma ihtiyacının altı aylık süre geçtikten sonra doğmuş olması veya altı aylık süre içinde doğmuş olmakla birlikte farklı nitelikteki bir iş için söz konusu olması durumunda bir yeniden işe alma yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Ayrıca altı ay içinde ve aynı nitelikteki iş için yeniden işçi alma ihtiyacı doğduğunda, çıkarılmış olan işçilerden nitelikleri uygun olanlar tercihen işe alınacaklardır.

O halde işveren madde hükmünde yer alan şartlar gerçekleştiğinde, çıkardığı işçilerden nitelikleri uygun olanları tercihen işe almazsa, söz

konusu yükümlülüğe aykırı davranmış olur.

B. İşverenin İş Kanunu m.29/V (2. cümle) Uyarınca Yeniden İşe Alma Yükümlülüğüne Aykırı Davranışının Yaptırımı

Özellikle 1475 sayılı İş Kanunu m.24'ün uygulandığı dönemde, işverenin madde hükmünde öngörülen sözleşme yapma zorunluluğuna uymaması halinde, aykırılığın yaptırımının ne olacağı konusunda farklı görüşler savunulmuştur. 1475 sayılı İş Kanunu'nda, yeniden işe alma yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımı olarak cezai müeyyide öngörülmüş olmasına rağmen hukuki müeyyide konusunda herhangi bir düzenleme getirilmemiştir.

TUNCAY, meselenin genel olarak kanundan doğan akit yapma zorunluluğuna uymamanın hukuki sonuçlarıyla ilgili olduğu görüşündedir. 1475 sayılı İş Kanunu sadece toplu işten çıkarılanların yeniden işe alınmaları konusunda değil, işverenin diğer iş sözleşmesi yapma zorunluluğu hallerinde de susmuştur¹⁷. Bu durumda işverenin sadece tazminat ödemekle yükümlü olacağı görüşüne¹⁸ karşılık, işçinin bu yükümlülüğe uymayan işveren aleyhine "aynen ifa" yı temin için bir zorlama davası açabileceği ve hatta varsa zararın tazmini için tazminat davası açabileceği görüşü¹⁹ ve işverenin akdi sanki haksız veya sebepsiz feshetmiş gibi tazminatla yükümlü tutulması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür²⁰.

Aynen ifanın söz konusu olabileceği görüşüne göre; işçinin işe alınması için işverene başvurusu yani icapta bulunması üzerine işveren kanun tarafından serbest bırakılmayarak, sözleşmenin kurulması için kabul beyanında bulunmak yükümü altına sokulmuştur. İşverenin buna uymaması ve işçinin dava açması halinde mahkeme hükmü işverenin kabul beyanı yerine geçer²¹. Bu dönemde, işverenin kanun tarafından serbest bırakılmadığı, akdin doğumu için kabul beyanında bulunmak yükümü altında olduğu ve işverenin buna uymaması durumunda işçinin dava açması halinde mahkeme hükmünün işverenin kabul beyanı yerine geçeceği ve iş sözleşmesinin kurulmuş olacağı yönünde

görüşler belirtilmiştir²². Öğretide, taraftar bulan bu görüşler uygulamada kabul edilmemiştir. EKONOMİ, böyle bir davada verilecek olan hükmün sadece işverenin irade beyanının yerine geçmekle kalmayıp bizzat iş sözleşmesinin de yerini tutacağı görüşündedir²³. Bu görüşe göre işveren, işten çıkardığı işçilerin yerine altı ay içinde farklı işçiler ile iş sözleşmesi yaparsa, bu işçiler ile yapılan iş sözleşmeleri de geçerli olacaktır²⁴.

MOLLAMAHMUTOĞLU'na göre ise; iş sözleşmesi, işverenin kabul beyanına gerek kalmaksızın eski işçinin başvurusuyla yani icabıyla kendiliğinden kurulamaz. İş sözleşmesi, Borçlar Hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, herhangi bir sözleşmenin meydana getirilmesinde olduğu gibi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları (icap ve kabul) ile meydana gelir (BK m.1/ I)²⁵. İşverenin, aynı iş için yeniden işçiye ihtiyaç duyması ve bu durumu eski işçisine bildirmesi durumu bir icaba davettir. Bu nedenle işçinin işverene başvurusu ile iş sözleşmesi kendiliğinden kurulamaz²⁶.

OĞUZMAN'a göre ise; hizmet sözleşmesi yapma yükümlülüğüne uymayan işverenlerin cebri icra yoluyla işçilere iş vermeye zorlanması mümkün değildir ve bu nedenle iş sözleşmesi yapma yükümü öngören hükümlerin etkinliği için tazminat şeklinde bir hukuki yaptırıma bağlanması gerekir²⁷.

KAPLAN ise, m.98'e göre, 24. maddeye aykırı şekilde işçi çıkararak veya işçi alan işveren veya işveren vekilinin çıkarılan veya alınan her işçi için Kanunda belirtilmiş olan para cezasını ödemekle yükümlü olduğu; bu durumda, İş Kanunu m.24'de işveren tarafına getirilen akit yapma zorunluluğuna aykırılığın yaptırımının hukuki bir yaptırım değil, cezai bir yaptırım olarak kaldığı yönünde görüş belirtmektedir²⁸.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde belirtilen görüşler, yaptırım konusunda m.24'e paralel şekilde düzenleme getiren 4857 sayılı İş Kanunu m.29 açısından da değerlerini korumaktadırlar.

Yargıtay, iş sözleşmesi yapma yükümlülüklerine aykırılık halinde uygulanacak yaptırım konusundaki tutumunu sendika yöneticileri için de sürdürmüş ve işverenin bu yükümlülüğüne aykırı davranışının sadece cezai sorumlu-

luğu doğurduğunu kararlarında ifade etmiştir²⁹. Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı tüm iş sözleşmesi yapma zorunluluğu hallerini ilgilendirmektedir³⁰.

Yargıtay, 1980 yılında vermiş olduğu bir kararında; 29. maddenin yerini aldığı 24. maddeye aykırı hareketin hukuki bir yaptırımını olmadığını, sadece ceza sorumluluğunu gerektirdiğini kabul ederek bu maddedeki koşullara uyulmaksızın çıkarılanın yerine işçi alınmış olsa bile bunun, boşta kalan günler için çıkarılan işçiye ücret veya tazminat isteme hakkı veremeyeceği sonucuna varmıştır³¹. Zira 24. maddeye aykırı hareket, hukuki değil cezai sorumluluğu gerektirir³².

Yargıtay'ın 1987 yılında vermiş olduğu bir başka kararında da, "...sanığın 1475 sayılı Kanununun 98. maddesine uyarak işten çıkardığı 19 işçinin yerine 24. maddede öngörölen şartlara uyulmadan 98 işçi alındığının tespiti halinde, bu 18 işçi için maddede belirlenen para cezalarına hükmedilmesi icap eder. Hem işten çıkartılan hem de bunların yerine alınan işçi adedine göre ceza tertip ve tayini mümkün değildir...."³³.

Yargıtay'ın 1996 yılında verdiği bir başka kararında ise; "...dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının iş akdinin feshedildiği 11.05.1994 tarihinden sonra işyerine yeni işçi alındığı iddiası kanıtlanamamıştır. 05.05.1994 tarihinde alınan yeni işçilerin işyerinin diğer ünitelerindeki personel ihtiyacını karşılamak üzere alındıklarının kabulü gerekir..."³⁴.

İşverenin, işten çıkarılan işçilerin yeniden işe yerleştirilmelerini sağlamak üzere işletme içinde veya dışında yeni iş alanları yaratma ve işçi temsilcilerine bu konuya ilişkin bir plan sunma yükümlölüğu de bulunmamaktadır³⁵.

İşverenin iş sözleşmesi yükümlölüğüne aykırı hareket ederek yeni işçi alması halinde, bunlarla yapılan iş sözleşmeleri geçersiz hale gelmez³⁶.

Sonuç olarak, İş Kanunu m.100'de, m.29'a aykırı şekilde işçi çıkaran işveren veya işveren vekili hakkında para cezası uygulanacağından söz ettiği için, yeniden işe alma yükümlölüğüne uymayan işveren hakkında idari para cezası yaptırımını uygulanamayacaktır³⁷.

Madde hükmünde, tazminat şeklinde bir hukuksal yaptırım da yer almamaktadır.

İş Kanunu m.29/VI'da yer alan "nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır" ifadesi emredici nitelikte olmasına karşılıklı, madde hükmünde söz konusu yükümlölüğe aykırı davranan işverenler açısından herhangi bir yaptırım getirmemiş olması nedeniyle, yeniden işe alma tamamen işverenin takdirine bırakılmıştır³⁸.

SONUÇ

Toplu işçi çıkarma kurumu, önemine binaen 4857 sayılı İş Kanunu ile yeniden düzenlenmiş ve ilgili maddede işverenin yeniden işe alma yükümlölüğüne de yer verilmiştir. Madde hükmüne göre; "İşveren toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır."(4857 sayılı İş Kanunu m.29/VI, cümle 2).

Söz konusu düzenlemeye göre; işveren açısından toplu işçi çıkarma kapsamında işten çıkardığı işçilerini yeniden işe alma yükümlölüğünün doğması için öncelikle işverenin altı ay içinde yeni işçiye ihtiyaç duyması, işverenin işçi ihtiyacının daha önce çıkardığı işçilerin eski işlerine ilişkin olması, işverenin dışarıdan işçi almak zorunda kalması, aynı işyeri için işçiye ihtiyaç duyulması, işverenin yeniden işçi alma ihtiyacını eski işçilerine duyurması gerekmektedir. Ancak bu şartlar gerçekeştiği takdirde, işverenin kendisine başvuruda bulunan eski işçisini yeniden işe alma yükümlölüğu doğacaktır.

İş Kanunu m.29/VI (2. cümle)'da yer alan yeni düzenlemede, çağırının usulü ve işçiye tanınacak süre konusunda bir hüküm yer almamaktadır. Öğretide, hükmün uygulamada bir anlam kazanabilmesi için, işverenin bu kapsamdaki işçilere, son bıraktıkları adreslerine, uygun vasıtalarla, işe davet yazısı göndermesi ve başvuru için onlara "makul bir süre" vermesi, aksi takdirde bu haklarını kaybedecekleri uyarısında bulunması gerektiği belirtilmektedir.

İşveren madde hükmünde yer alan şartlar gerçekeştiğinde, çıkardığı işçilerden nitelikleri uygun olanları tercihen işe almazsa, söz konu-

su yükümlülüğe aykırı davranmış olur.

İş Kanunu m.100'de, m.29'a aykırı şekilde işçi çıkararak işveren veya işveren vekili hakkında para cezası uygulanacağından söz ettiği için, yeniden işe alma yükümlülüğüne uymayan işveren hakkında idari para cezası yaptırımını uygulanamayacaktır. Madde hükmünde, tazminat şeklinde bir hukuksal yaptırım da yer almamaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 22.02.1965, Esas No: 1965/1074, Karar No: 1965/1725 (Memduh Yelekçi/ İlhami Yelekçi; Notlu İzahlı-İçtihatlı 1475-854-5953 Sayılı İş Kanunu Şerhi ve Tüzük-Yönetmelikler, Ankara 1998, s.312).
- 2 Mustafa Çenberci; İş Kanunu Şerhi, 5. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1984, a.g.e., s.442.
- 3 Ali Güzel; "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Basım, Eylül 2004, s.128; Fevzi Demir; İş Güvencesi Hukuku, 2. Baskı, Barış Yayınları, İzmir 1999, s.214.
- 4 Öner Eyrenci; "Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar", A. Can Tuncay'a Armağan, 2005, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2005, s.562.
- 5 Çenberci, a.g.e., s.440; Can Tuncay; "İş Hukukunda Toplu İşçi Çıkarmalar ve Eski İşçilerin Yeniden İşe Alınmaları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt 38, sayı 1-4, 1973, s.589; Demir, a.g.e., s.214.
- 6 Metin Kutal; "İşçinin İstihdam Güvencesi ve Türk İş Hukukundaki Durum-Yargıtay Kararı", Sosyal Hukuk ve Uygulaması, İktisat ve Maliye, cilt XXII, sayı 12, Mart 1976, s.516; Demir, a.g.e., s.212-213.
- 7 Tuncay, Toplu İşçi Çıkarmalar, s.589-590; Çenberci, a.g.e., s.440.
- 8 Çenberci, a.g.e., s.440-441; Tuncay, Toplu İşçi Çıkarmalar, s.591-593; Murat Özveri; "İşverenin Acz Hali, İflas, İşyerinin Kapatılması, İşyeri Devirleri ve Toplu İşten Çıkarmalar", İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Sempozyum, Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğü-İstanbul Barosu Başkanlığı, 3-4 Nisan 1998 İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 1999, İstanbul, s.84.
- 9 Hamdi Mollamahmutoglu; İş Hukuku (Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri), Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Kasım 2008, Ankara, s.776.
- 10 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 18.06.1996, Esas No: 1996/1611, Karar No: 1996/14056 (İşveren Dergisi, TİSK, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, cilt XXXV, sayı 3, Aralık 1998, s.15).
- 11 Çenberci, a.g.e., s.440-441; Tuncay, Toplu İşçi Çıkarmalar, s.591-593; Özveri, a.g.m., s.84; Aktay, A. Nizamettin/ Arıcı, Kadir/Kaplan-Seneyen, E. Tuncay, İş Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara 2009, s.112.
- 12 İstar (Urhanoglu) Cengiz; Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma, Turhan Kitabevi, Ocak 2009, Ankara, s.165-166; "...m.3'de işyerinin kapanması sırasında, işverene sadece Bölge Müdürlüğüne bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu m.29/VI'da ise, ayrıca Türkiye İş Kurumuna bildirim ve işyerinde ilan edilme şartlarının aranması, bu hükme işyerinin her kapanma şeklinde değil de, işyerinin kapanmasıyla birlikte işsiz kalacak işçilerin sayısı m.29/I'de aranan oranlara ulaştığı zaman uygulanacak bir hüküm niteliği kazandırmaktadır." (bkz. Cengiz [Urhanoglu], a.g.e., s.165; bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz [Urhanoglu], a.g.e., s.187 vd.); bu konuda aksi görüş için bkz. Nuri Çelik; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, Ağustos 2008, İstanbul, s.281; Ali Cengiz Köseoğlu; İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004, s.197; Ufuk Aydın; Avrupa Birliği, ILO ve Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s.681.
- 13 Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.410.
- 14 Güzel, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan esinlenerek, sürenin 15 gün olması görüşündedir (Güzel, a.g.m., s.128.).
- 15 Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.410; Eyrenci, Toplu İşçi Çıkarma, s.562.
- 16 Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.410.
- 17 Tuncay, Toplu İşçi Çıkarmalar, s.594.
- 18 M. Kemal Oğuzman; Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.285; Ferit H. Saymen; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.470; Tuncay, Toplu İşçi Çıkarmalar, s.595; ayrıca bkz. Nuri Çelik; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ağustos 2006, İstanbul, s.268; Osman Çağun; İş Kanununa Göre İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkı ve Bu Hakkın Toplu İş Sözleşmesiyle Sınırlandırılması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001, s.179; Emine Tuncay Kaplan; İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1987, s.95 vd.
- 19 Münir Ekonomi, Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu ve Hükümleri (Teksir), İstanbul 1969, s.124 vd.; Tuncay, Toplu İşçi Çıkarmalar, s.595-596; Çenberci, a.g.e., s.445-446; Savaş Taşkent; İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması), İstanbul 1991, s.78; Nurşen Caniklioğlu; Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002, s.35 vd.; ayrıca bkz. Çağun, a.g.t., s.179; Vedia Sirmen; Türk İş Hukukunda İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002, s.64-65.
- 20 Tuncay, Toplu İşçi Çıkarmalar, s.595; Saymen, a.g.e., s.470.
- 21 Ekonomi, Teksir, s.124 vd.; Tuncay, Toplu İşçi Çıkarmalar, s.595 vd.; Çenberci, a.g.e., s.445; Taşkent, a.g.e., s.78; Caniklioğlu, a.g.e., s.35 vd.; Çağun, a.g.t., s.179; Öner Eyrenci, "İşçi Teşekkülü Yöneticisinin Yeniden İşe Alınma Zorunluluğu", İHU 1982/I, SenK 20 (No.15); ayrıca bkz. Kaplan, İşverenin Fesih Hakkı, s.95 vd.

- 22 Özveri, a.g.m., s.84; Ekonomi, Teksir, s.124 vd.; Çenberci, a.g.e., s.445; Taşkent, a.g.e., s.78; Caniklioğlu, a.g.e., s.35 vd.; ayrıca bkz. Çelik, İş Hukuku 2006, s.268.
- 23 Ekonomi, Teksir, s.130; Münir Ekonomi; İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984, s.111-112; Haluk Hadi Sümer; İşçinin Toplu İşten Çıkarmalar Karşısında Korunması, Mimoza Yayınları, Konya 2002, s.127-128; Tuncay, Toplu İşçi Çıkarmalar, s.595 vd.; A. Can Tuncay; Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s.53; Devrim Ulucan/Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Fazıl Sağlam; İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi) ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi, Türkiye Sosyal Ekonomik Siyasal Araştırmalar Vakfı (TÜSES), İstanbul 1989, s.24-25.
- 24 Çenberci, a.g.e., s.446; Ekonomi, İş Hukuku, s.220; ayrıca bkz. Çelik, İş Hukuku 2006, s.268; Kaplan, İşverenin Fesih Hakkı, s.95 vd.
- 25 Hamdi Mollamahmutoğlu; Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş-İçerik-Sona Erme), Bilgisayar-Yayıncılık Sanayi Tic. Ltd. Şti., Ankara 1995, s.90-91; Tuncay, Toplu İşçi Çıkarmalar, s.593-594.
- 26 Mollamahmutoğlu, Hizmet Sözleşmesi, s.91.
- 27 Oğuzman, a.g.e., s.285; ayrıca bkz. Saymen, a.g.e., s.470; Tuncay, Toplu İşçi Çıkarmalar, s.595; ayrıca bkz. Çelik, İş Hukuku 2006, s.268-269; Çağun, a.g.t., s.179.
- 28 Kaplan, İşverenin Fesih Hakkı, s.95-96; farklı görüşler için bkz. Tuncay, Toplu İşçi Çıkarmalar, s.595.
- 29 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Tarihi: 14.10.1987, 9-313/728 (Öner Eyrenci; Sendikal İlişkiler Açısından Yargıtay'ın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987, İstanbul 1989, s.151).
- 30 Sümer, a.g.e., s.128-129.
- 31 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 26.11.1980, Esas No: 1980/18844, Karar No: 1980/12214 (TÜTİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi (Türk Taşıt Kamu İşverenleri Sendikası), Ocak 1981, cilt 5, sayı 1, s.23); aynı görüş için bkz. Emine Tuncay Kaplan; İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından), Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd.Şti., Ankara 1992, s.95; bkz. aynı yönde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 18.12.1980, Esas No: 1980/13019, Karar No: 1980/13778 (Yelekçi/Yelekçi, a.g.e., s.312); aynı doğrultuda başka bir karar için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 06.07.1979, Esas No: 1979/2135, Karar No: 1979/10401 (Çenberci, a.g.e., s.447); bu konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 02.07.1992, Esas No: 1992/617, Karar No: 1992/7395 (Tekstil İşveren Dergisi, Kasım-Aralık 1992, s.47-48); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 17.01.1995, Esas No: 1995/317, Karar No: 1995/57 (İşveren Dergisi, Nisan 1995, s.15-16); Yargıtay, 1979 yılında vermiş olduğu bir başka kararında da; 24. maddeye aykırılığın, tazminata cevaz veren bir düzenleme mahiyetini haiz bulunmadığını belirtmiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 06.07.1979, Esas No: 1979/2135, Karar No: 1979/10401, Çenberci, a.g.e., s.447).
- 32 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 18.12.1980, Esas No: 1980/13019, Karar No: 1980/13778 (Yelekçi/Yelekçi, a.g.e., s.312); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 06.07.1979, Esas No: 1979/2135, Karar No: 1979/10401 (Çenberci, a.g.e., s.447); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 21.10.1987, Esas No: 1987/3134, Karar No: 1987/4186 (Şahin Çil; 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Açıklamalar, Kararlar, İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.611-612.)
- 33 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Tarihi: 21.10.1987, Esas No: 1987/3134, Karar No: 1987/4186 (Şahin Çil; 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Açıklamalar, Kararlar, İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.611-612.)
- 34 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 18.06.1996, Esas No: 1996/1611, Karar No: 1996/14056 (İşveren Dergisi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, cilt XXXV, sayı 3, Aralık 1996, s.14-15).
- 35 Murat Engin; "Toplu İşçi Çıkarma", İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İş Güvencesi, Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2003, s.72.
- 36 Sümer, a.g.e., s.130.
- 37 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.410; Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Para Cezasına Bağlıan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri", Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, cilt 7, 2004, sayı 3, s.236; 1475 sayılı İş Kanununun yeniden işe alma yükümlülüğünü düzenleyen 24. maddesine aykırı davranan işveren veya işveren vekili hakkında idari para cezası yaptırımını öngörmekteydi (bkz. 1475 sayılı İş Kanunu m.98/ B).
- 38 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.411.

KAYNAKÇA

- AKTAY, A. Nizamettin/ARICI, Kadir/KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay, İş Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara 2009.
- AYDIN, Ufuk; Avrupa Birliği, ILO ve Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s.653-688.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen; Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdi-ne Etkisi, İstanbul 2002.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT; Talat, "4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlıan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri", Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul ASLANKÖYLÜ'ye Armağan, cilt 7, 2004, sayı 3, s.221-277.
- CENGİZ (URHANOĞLU), İftar; Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma, Turhan Kitabevi, Ocak 2009, Ankara.
- ÇAĞUN, Osman; İş Kanununa Göre İşverenin Hizmet Akdi-ni Fesih Hakkı ve Bu Hakkın Toplu İş Sözleşmesiyle Sınırlandırılması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001.
- ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, Ağustos 2008, İstanbul. (İş Hukuku 2008).
- ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ağustos 2006, İstanbul. (İş Hukuku 2006).

- ÇENBERCİ, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 5. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1984.
- ÇİL, Şahin; 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Açıklamalar, Kararlar, İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- DEMİR, Fevzi; İş Güvencesi Hukuku, 2. Baskı, Barış Yayınları, İzmir 1999.
- EKONOMİ, Münir; İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984. (İş Hukuku).
- EKONOMİ, Münir; Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu ve Hükümleri (Teksir), İstanbul 1969. (Teksir).
- ENGİN, Murat; "Toplu İşçi Çıkarma", İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İş Güvencesi, Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2003, s.65-72.
- EYRENCİ, Öner; "Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar", A. Can Tuncay'a Armağan, 2005, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2005, s.549-563. (Toplu İşçi Çıkarma).
- EYRENCİ, Öner; Sendikal İlişkiler Açısından Yargıtay'ın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987, İstanbul 1989. (Sendikal İlişkiler).
- EYRENCİ, Öner; "İşçi Teşekkülü Yöneticisinin Yeniden İşe Alınma Zorunluluğu", İHU 1982/1, SenK 20 (No.15). (İHU).
- GÜZEL, Ali; "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Basım, Eylül 2004, s.15-145.
- KAPLAN, Emine Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1987. (İşverenin Fesih Hakkı).
- KAPLAN, Emine Tuncay; İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından), Dairinli Hukuk Yayınları Ltd. Şti., Ankara 1992. (İşverenin Hukuki Sorumluluğu).
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz; İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004.
- KUTAL, Metin; "İşçinin İstihdam Güvencesi ve Türk İş Hukukundaki Durum-Yargıtay Kararı", Sosyal Hukuk ve Uygulaması, İktisat ve Maliye, cilt XXII, sayı 12, Mart 1976, s.514-519.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku (Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri), Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Kasım 2008, Ankara. (İş Hukuku).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş-İçerik-Sona Erme), Bilgisayar-Yayıncılık Sanayi Tic. Ltd. Şti., Ankara 1995. (Hizmet Sözleşmesi).
- OĞUZMAN, M. Kemal; Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- ÖZVERİ, Murat; "İşverenin Aciz Hali, İflas, İşyerinin Kapatılması, İşyeri Devirleri ve Toplu İşten Çıkarmalar", İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Sempozyum, Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğü-İstanbul Barosu Başkanlığı, 3-4 Nisan 1998 İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 1999, İstanbul, s.66-92.
- SAYMEN, Ferit H.; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- SİRMEN, Vedia; Türk İş Hukukunda İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002.
- SÜMER, Haluk Hadi; İşçinin Toplu İşten Çıkarmalar Karşısında Korunması, Mimoza Yayınları, Konya 2002.
- TAŞKENT, Savaş; İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması), İstanbul 1991.
- TUNCAY, A. Can; Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999. (Toplu İş Hukuku).
- TUNCAY, Can; "İş Hukukunda Toplu İşçi Çıkarmalar ve Eski İşçilerin Yeniden İşe Alınmaları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt 38, sayı 1-4, 1973, s.571-599. (Toplu İşçi Çıkarmalar).
- ULUCAN, Devrim/EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/SAĞLAM, Fazıl; İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi) ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi, Türkiye Sosyal Ekonomik Siyasal Araştırmalar Vakfı (TÜSES), İstanbul 1989.
- YELEKÇİ, Memduh/YELEKÇİ, İlhami; Notlu İzahlı-İçtihatlı 1475-854-5953 Sayılı İş Kanunu Şerhi ve Tüzük-Yönetmelikler, Ankara 1998.

Avrupa Sosyal Şartı ve Yargıtay Kararları

1. Genel Olarak

Türkiye Avrupa Sosyal Şartını imza eden devletler arasında yer almışsa da, ülkemizde ancak 1989 yılında onaylanarak yürürlüğe girmiştir¹.

Türkiye, toplam 11 madde, fıkra olarak sayıldığında toplam 46 fıkrayı kabul etmiştir. Adil çalışma koşulları hakkı (madde 2), iş güvenliği ve sağlığı hakkı (madde 3), sendika hakkı (madde 5), toplu pazarlık hakkı (madde 6), çalışan kadınların hakkı (madde 8), bedensel ve zihinsel özürlülerin mesleki eğitim ve yeniden uyum hakkı (madde 15) yönlerinden Türkiye çekince koymuştur².

Avrupa Sosyal Şartının gözden geçirilmiş bazı maddeleri de 2007 yılında kabul edilerek Türkiye'de yürürlüğe konulmuştur⁴.

Gözden geçirilmiş Sosyal Şart ile toplam 31 sosyal hak güvence altına alınmıştır. Gözden geçirilmiş Sosyal Şart yeni haklar getirmekle kalmamış, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şart'ında yer alan hakların içeriğini de geliştirmiştir⁵.

Avrupa Sosyal Şartının gözden geçirilmiş metni toplam 98 paragraftan oluşmakta olup, Türkiye bu sözleşme hükümlerinin 91'ini kabul etmiştir⁶.

Avrupa Sosyal Şartı, sosyal haklar bakımından çok ileri hükümler içeren önemli bir belgedir⁷. Avrupa Sosyal Şartının Yargıtay Kararlarına yansımaları daha çok iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanında olmuştur. Bu çalışmada ağırlıklı olarak çalışma yaşamını ve sosyal güvenliği ilgilendiren Yargıtay kararları ele alınacaktır. Ancak, Avrupa Sosyal Şartına doğrudan atıf yapılan diğer bazı Yargıtay kararlarına da ilgili bölümlerde değinilecektir.

2. Sözleşme Serbestisi

İlk olarak Bölüm 2, 1. maddede, herkesin özgürce edinebildiği bir işle yaşamını sağlama hakkının korunmasından söz edilmiştir. Türkiye'de 1926 yılında yürürlüğe giren Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde "sözleşme serbestisi" genel bir hukuk ilkesi olarak kabul

Yargıtay kararlarında “sözleşme serbestisi” kuralı Avrupa Sosyal Şartının kabulünden çok önce de yer almaktaydı.

edilmiştir. Sözleşme serbestisi genellikle iki anlamda kullanılmaktadır; İlk olarak, kişi bir sözleşmeyi yapıp yapmamak ve dilediği kimseyle yapmakta serbesttir; diğeri ise taraflar yapacakları sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleyebilirler⁸.

Yargıtay kararlarında “sözleşme serbestisi” kuralı Avrupa Sosyal Şartının kabulünden çok önce de yer almaktaydı⁹. 1944 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında “Akit serbestisi kişi hürriyetidir.” şeklinde bir ifade yer almıştır.

İş Kanunu'nun 9. maddesinde, iş sözleşmesinin taraflarının kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı olmak üzere ihtiyaçlarına göre sözleşme düzenleyebilecekleri kuralı yer almaktadır. Yargıtay'a göre de iş ilişkisinin tarafları, yasalardaki emredici kurallara uymak şartıyla iş ilişkisinde dikkate alınacak kuralları serbestçe seçebilirler¹⁰.

Yargıtay kararlarına göre, kamu düzeninden sayılan ve aksine sözleşme yapılamayan haller son derece sınırlıdır. Yargıtay'a göre kıdem tazminatı tavanı kamu düzeni ile ilgilidir ve bunun aksine sözleşme yapılamaz¹¹. Yine Yargıtay kararlarına göre işçinin ücreti asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla taraflarca serbestçe belirlenebilecektir¹². Bir başka sınırlama da İş Kanunu'nun 21. maddesinde öngörülmüş olup, işverenin bir ay içinde işe başlatma yükümlülüğü, işe başlatmama halinde en az 4 en çok 8 aylık ücret tutarında tazminat yükümü, boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakların ödenmesi kuralı mutlak emredici niteliktedir.

Başka bir sınırlama, rekabet yasağının önlenmesi sözleşmesi ile karşımıza çıkar. İşyerinde çalışırken işverenin önemli ticari sırlarına ulaşan ve müşteri çevresini iyi bilen ve onlarla ilişki içinde olan işçinin işyerinden ayrılmasından sonra rakip bir firmada çalışmasını yasaklayan sözleşme hükümleri belli sınırlar dahilinde Yargıtay'ca kabul edilmektedir¹³. Bu noktada işçinin rekabet yasağı sözleşmesi çer-

çevesinde çalışma hakkının sınırlandırılmasının Avrupa Sosyal Şartının Bölüm II 1.2 maddesine aykırı olup olmayacağı tartışılması gereken bir durumdur. İşçinin bir işyerinden ayrılmasından sonra başka işyerlerinde çalışmasının yasaklanması, düşüncemize göre sınırlı olarak uygulama alanı bulmalıdır. Bu nedenle, başta işçinin ticari sırlara ve müşteri çevresine hakim olup olmadığı olmak üzere, mahal, işin nevi ve süre yönlerinden Borçlar Kanununun 348 ve 349. maddesindeki sınırlamalar çok sıkı denetlenmeli ve Sosyal Şartın öngördüğü “çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamını sağlama” hakkının özüne aykırı olmayacak şekilde çözümlere gidilmelidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurul önüne gelen bir örnekte, bankada müfettiş yardımcısı olarak çalışan bir işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapılmış ve fesihden itibaren 2 yıl süreyle Marmara, Ege ve İç Anadolu Bölgesi sınırlarında kalan banka ve finans kuruluşlarında çalışması yasaklanmış, aksi halde cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmıştır. İlk derece mahkemesi rekabet yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle cezai şartı kabul etmiş, Yargıtay kararı bozmuştur. Bozma kararında, işyerinde müfettiş yardımcısı olarak çalışan işçinin müşterileri tanıma ve işin sırrına ulaşma gibi konularda ne gibi bilgi sahibi olduğunun araştırılması gerektiği belirtilmiştir. İlk derece mahkemesinin direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, işçinin sonraki çalışma özgürlüğünün rekabet yasağı ile sınırlandırılabilmesi için müşteri çevresine ve iş ve üretim sırlarına ait bilgilere ulaşma ve kullanabilme imkanının olması gerektiğini, aksi halde rekabet yasağından söz edilemeyeceğini kabul etmiştir¹⁴.

İşçinin serbestçe edinebildiği bir işle yaşamını sağlama hakkını sınırlandırabilecek bir başka durum da, işçiye işveren tarafından verilen eğitim karşılığında belli bir süre zorunlu çalışmasını öngören sözleşme yapılması durumunda karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay'a göre eğitim masrafları karşılığında belli bir süre çalışma koşulu geçerlidir. İşçiye yurtdışında uzun süreli ve pahalı bir eğitim verildiğini varsayalım. İşverenin beklentisi, işçinin aldığı eğitim karşılığında birikimin işyerinde uygulanması yoluyla

eğitimden faydalanmaktadır. Ancak işçinin verilen eğitimden sonra işyerinden ayrılması ve hatta eğitimin sağladığı iş olanaklarını kullanarak yeni bir iş bulması halinde eğitimi sağlayan işverenin bundan zarar göreceği açıktır. Verilen eğitimin ardından belli bir süre çalışma taahhüdüne uyulmaması halinde Yargıtay, verilen eğitimin karşılığının işverene ödenmesini kabul etmektedir. Ancak işçinin sözleşmeyle yükümlendiği çalışması gereken süre ile çalıştığı süre arasında oran kurularak eğitim masrafları tutarından bir indirim yapılmaktadır¹⁵.

3. Adil Çalışma Koşulları

Avrupa Sosyal Şartının 2. Bölümünün 2. maddesinde çalışanlara adil çalışma koşullarının sağlanması taahhüdü yer almaktadır. Makul günlük ve haftalık çalışma sürelerinin sağlanması öngörülmüştür.

Türk iş hukukunda haftalık çalışma süresi 45 saattir. Bu süre haftanın çalışılan günlerine bölünerek uygulanır. Yargıtay uygulamasına göre 45 saati aşan süreler fazla çalışma olup, fazla çalışma ücreti normal ücretin %50 fazlasıyla ödenir. Günlük iş süresi ise en çok 11 saattir. Bu sürenin aşılması halinde haftada 45 saat tamamlanmamış olsa dahi işçi fazla çalışma ücretine hak kazanır¹⁶. İşçinin fazla çalışma yapabilmesi için her yıl işverence yazılı izni alınmalıdır. Fazla çalışma ücretinin ödenmemesi işçiye ödeme yapılmıyaya kadar işi durdurma hakkı sağlar veya iş sözleşmesini haklı fesih imkanı verir¹⁷.

Ücretli, resmi tatil sağlama yükümü Avrupa Sosyal Şartında bir diğer yükümlülük olarak karşımıza çıkar. Türkiye'de 1981 yılında yürürlüğe giren yasa¹⁸ ile çalışanların, bayram ve genel tatiller olarak ve hafta tatilleri hariç bir yılda 13.5 gün tatil imkanı vardır. 2009 yılında 5892 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu 1 Mayıs emek ve dayanışma günü olarak ilan edilmiş olup, resmi tatiller arasında yer almıştır.

Avrupa Sosyal Şartının 2. Bölüm 2.5. maddesinde haftalık bir gün dinlenme süresi sağlama yükümü, akit taraflara verilmiştir. İş Kanunu'nun 46. maddesine göre işçinin, yedi günlük zaman dilimi içinde kesintisiz en az 24 saat dinlenme hakkı vardır. Yargıtay kararlarına göre de,

haftalık 45 saatlik çalışma süresini tamamlayan işçiye kesintisiz 24 saat haftalık dinlenme hakkı verilmelidir¹⁹. Hemen belirtelim ki, sözü edilen tatil günlerinde çalışma olmaksızın işçiye ücreti ödenir. İşçinin belirtilen günlerde çalıştırılması halinde, ayrıca zamlı ücreti ödenir.

Avrupa Sosyal Şartında sözü edilen diğer bir dinlenme hakkı, en az 4 hafta olarak öngörülen yıllık izinlerdir. Türkiye'de 2003 yılında yürürlüğe giren İş Kanunu'nda yıllık izin süreleri en az 14 gün olarak düzenlenmiş, kıdeme ve yaşa bağlı olarak 26 güne kadar yıllık izin öngörülmüştür. Daha önce yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nda en az süre 12 gün olarak belirlenmiş olup, yıllık izin süreleri 4857 sayılı İş Kanunu ile en az 14 güne çıkarılmıştır. Bu bakımdan izin süresini yılda 4 hafta olarak belirten Avrupa Sosyal Şartı ile Türk iş mevzuatı arasında uyum sorunu vardır.

Hemen belirtelim ki, Türkiye Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 2. Bölüm 2.3. maddesini kabul etmemiştir.

Yargıtay uygulamasında yıllık izin özel biçimde korunmaktadır. İzin hakkından vazgeçilemeyeceği ve çalışırken paraya dönüştürülemeyeceği²⁰ Yargıtay kararlarında açıklanmıştır.

Yargıtay kararına konu bir başka örnek olay, sendika teşkilatlandırma sekreteri olan kişinin yıllık izin hakkının sağlanmasıyla ilgilidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında²¹, taraflar arasında iş ilişkisi olmadığı gerekçesiyle sorunun 2821 sayılı Yasa'nın 45. maddesine ve sendika genel kurul kararlarına göre çözümünü gerektiği sonucuna varılmış ve kullanılmayan izinler için ücret hakkının olmadığı ve yine yıl içinde izin kullanmayan yöneticilerin bu haklarını kaybettikleri belirtilmiştir. Karşı Oy Yazısında izin hakkının anayasal ve uluslararası belgelerde geçen temeline değinilmiş ve özellikle Avrupa Sosyal Şartının 2.7. maddesine göre izin hakkının tüm çalışanları kapsadığı, hatta, hakkın çalışanın kendisine karşı dahi korunduğu vurgulanmıştır²².

Avrupa Sosyal Şartında bir diğer izin, 2. bölüm 2.4. maddede öngörülmüştür. Yargıtay'ın bu konuda radyoloji alanında çalışanlar bakımından bir uygulaması bulunmaktadır. 1939 yılında yürürlüğe giren Nizamnamede²³ radyoloji

ve radyom ve elektrikle çalışan müesseselerde günlük çalışma süresi günde 5 saatle sınırlandırılmıştır. Yıllık izin de 4 haftadır. Yargıtay, bu tür işyerlerinde çalışanlar bakımından haftalık çalışma süresini 27,5 saat olarak kabul etmiştir²⁴.

4. Güvenli ve Sağlıklı Çalışma Koşulları

Avrupa Sosyal Şartı 2. Bölüm 3. maddede güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarını sağlama yükümü getirilmiştir. İş Kanunu'nun 77 - 89. maddeleri arasında konu ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olup, işçi sağlığı ve güvenliği noktasında çok sayıda yönetmelik de yürürlüğe girmiştir²⁵. Konunun Yargıtay kararlarına yansıyan yönü, işverenin iş güvenliği ve işçi sağlığı önlemlerini alma yükümü noktasında ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay, işverenin iş güvenliği önlemlerinin almadığı yükümünden dolayı, gürültülü bir ortamda çalışan işçinin bir yıl içinde 3 kez kulak tıkacı kullanma yönünde uyarılmasına rağmen bu önemle uymamasını, iş sözleşmesinin işverence geçerli fesih nedeni olarak kabul etmiştir²⁶.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin bir kararında, işyerinde henüz 10 gün önce işe başlayan ve Endüstri Meslek Lisesi mezunu olan bir işçinin iş kazası sonucu % 36 oranında iş göremez duruma gelmesinde, kesici alet ve makineleri kullanma yönünde yeterli eğitim verilmeden çalıştırılmasını işverenin ağır kusuru olarak değerlendirmiştir.

5. Adil Ücret Hakkı

Çalışanların adil bir ücret hakkı, Avrupa Sosyal Şartının 4. maddesinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2002 yılında verdiği bir kararında işçi ücretinden indirimle gidilemeyeceği sonucuna varılırken, kararın gerekçesinde Avrupa Sosyal Şartına dayanılmıştır²⁷.

Türkiye'de, yürürlükteki asgari ücret brüt 729 TL (yaklaşık 356 EURO) olup, İş Kanunu'nun 39. maddesi ile Yargıtay kararlarına göre asgari

ücretin altında ücret ödenmesi mümkün değildir. Toplu sözleşme ve grev hakkının olduğu işyerleri bakımından ücretin eki niteliğindeki sosyal yardım ödemeleri dikkate alındığında sendikalı bir işçinin ücreti genelde asgari ücretin 2-3 katı tutarındadır.

Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının Bölüm 2, 4.1. maddesini kabul etmesizin sözleşmeyi onaylamıştır. Maddenin tam metni, "Çalışanların kendilerine ve ailelerine iyi bir yaşam düzeyi sağlayacak ücret haklarına sahip olduklarını tanımayı" şeklinde olup, ülkemizdeki asgari ücretin düzeyi sebebiyle Türkiye'nin sözü edilen hükmü kabul etmediği düşünülebilir.

Kadın ve erkek çalışan açısından ücrette eşitliğin sağlanması, Avrupa Sosyal Şartının öngörülmesi arasındadır. Avrupa Sosyal Şartının kabulünden çok önce 1967 yılında verilen bir kararda Yargıtay, eşitlik ilkesinin Anayasal temeline vurgu yapmış ve eşitlik ilkesinden "İş Hukukunun temel kuralı" olarak söz etmiştir²⁸.

Sosyal güvenlikte eşitlikle ilgili 1975 tarihli bir başka karar daha çarpıcıdır. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararında, yaşlılık aylığına hak kazanma noktasında primlerini ödeyen ve borçlanmayı yaptığı halde henüz primlerini ödemiş olan işçi arasında ayrıma gidilemeyeceğini kabul edilmiştir²⁹.

Yargıtay kararlarında, kadın ve erkek işçiler bakımından ayırım yasağının yanı sıra işçinin cinsel tercihi sebebiyle de bir ayırım yapılamayacağı kabul edilmiştir³⁰. Aynı kararda eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımını da 4 aya kadar ücret ve yoksun kaldığı hakların tamamının ödetilmesi olarak açıklanmıştır³¹.

Yargıtay önüne 2008 yılında gelen başka bir olayda, doğum yapan bir kadın işçi doğum öncesi ve sonrası yasal izinlerini kullanmış ve doğumdan sonra talebi üzerine işverence 6 ay ücretsiz izin verilmiştir. İzin bitiminde işe başladığında işveren, daha önce yönetici konumunda çalışmış olan işçinin yerine yeni bir eleman aldığı için daha alt bir görevde çalıştırmak istemiştir. Davacı işçi kabul etmemiş ve istifaya zorlanmıştır. Yargıtay, İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair

5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2006/54/EC Sayılı Direktifi'nin "Analık (Doğum) İzninden Dönüş" başlıklı 15. maddesinde, "doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır." kuralından söz ederek, işçi lehine değerlendirme yapmış ve işçiyi eski işine iade etmiştir³².

Yargıtay kararlarına göre işçi için ücret en esaslı hak, işveren için ise en temel borçtur³³. Bu nedenle yargı kararlarında ücretin korunmasına özen gösterilmektedir. Ücreti 20 gün içinde ödenmeyen işçi ödeme yapıncaya kadar işi bırakabilir. İş sözleşmesini haklı olarak feshedebilir. Çalışma devam ettiği bir aşamada işçi işverenden icra takibi ya da dava yoluyla ücretini talep edebilir³⁴.

6. Fesihte Bildirim Süresi Tanınması

Avrupa Sosyal Şartının Bölüm 2, 4.4. maddesinde tüm çalışanların işlerine son verilmesinden belli bir süre önce bildirimde bulunulmasını sağlama taahhüdü yer almaktadır. Türkiye'deki yasal düzenlemede belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından bu süreler çalışma süresine göre 2-4-6 ve 8 hafta olarak belirlenmiştir. İş sözleşmeleri ile bu süre arttırılabilmektedir. Yine Yargıtay'ca fesih hakkının kötüye kullanıldığı hallerde bildirim süresine ait ücretin 3 katı tutarında kötüniyet tazminatına sıkça karar verilmektedir. Örneğin işçinin işverene karşı yetkili mercilere şikayet yoluna başvurusu sebebiyle fesih, kötüniyetli olarak değerlendirilmiştir³⁵.

Yargıtay önüne gelen bir örnekte, toplu iş sözleşmesi ile bildirim süresi 90 hafta olarak belirlenmiştir. 90 hafta yaklaşık 2 yıllık süre olup, işçiye iş sözleşmesinin feshedileceğinin bu kadar uzun süre önceden bildirilmesi zorunluluğunun işçinin korunması amacıyla açıklanamayacağı sonucuna varan Yargıtay, bu süreyi indirmiş ve toplu iş sözleşmeleri ile artışının en çok 32 hafta kadar olabileceğini belirlemiştir³⁶.

7. Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı

Avrupa Sosyal Şartının 5. ve 6. maddelerinde örgütlenme ve toplu pazarlık hakkı düzenlenmiştir. Türkiye sözü edilen hükümleri kabul etmemiştir. Çalışma hayatının en önemli hakları arasında yer alan örgütlenme ve toplu pazarlığa dair düzenlemelerin uluslararası standartlara getirilmesi yönünde gereken adımların atılmaması bize göre bir eksikliklerdir.

İşçiler ve işverenler bakımından yasal anlamda örgütlenme sorunu olmasa da, işçi ve işverenlerin sendikalaşma oranı Türkiye'de istenen düzeyde değildir. Özellikle basın ve yayın sektöründe sendikalaşma oranı son derece düşüktür. Bununla birlikte kamu işçileri ve işverenleri bakımından örgütlenme oranı beklenen düzeydedir.

Memurlar ve sözleşmeli personeller için Türkiye'de toplu sözleşme ve grev hakları bulunmamaktadır. Güncel bir tartışma anayasa değişiklikleri olup, değişiklik paketinde memurlar ve diğer kamu görevlileri için toplu sözleşme hakkı tanınmış, uyuşmazlık çıkması halinde uzlaştırma kurulu kararlarının kesin olacağı belirtilmiş olmakla birlikte, grev hakkından yine söz edilmemiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2005 yılında verdiği bir kararda, ana dilde öğrenim görmeyi savunmak Anayasanın 3 ve 42/6.maddeleri ile belirtilen hükümlere aykırı bulunmuş, taraf olduğumuz uluslararası temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerle iç hukuk düzenlemeleri ve kurallarının çatışması durumunda, demokratik bir toplumda, (üniter devlet yapısını bozmayı amaçlamanın yaptırımının) zorunlu önlemler niteliğinde bulunduğu gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. Sendikanın tüzüğünün "Sendikanın Amaçları" başlıklı 2. maddesinin (b) bendinde "Toplumun bütün bireylerinin, temel insan hakları ve özgürlükler doğrultusunda demokratik, lâik, bilimsel ve parasız eğitim görmesini, bireylerin ana dillerinde öğrenim görmesini ve kültürlerini geliştirmesini savunur." şeklindeki düzenlemeden "...bireylerin ana dillerinde öğrenim görmesini ve kültürlerini geliştirmesini savunur." sözcüklerinin

Anayasa, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu hükümlerine aykırı olduğundan ilgili sendikaların kapatılmasına karar verilmiştir³⁷.

Yargıtay kararlarına göre, sendikal nedenle işçiler arasında ayırım yapılması halinde en az bir yıllık ücret tutarında tazminat istenebilmektedir ve ispat yükü sendikal nedenin olmadığını kanıtlama yönünde işverene aittir³⁸.

8. Çocuk ve Gençlerin Korunması

Avrupa Sosyal Şartının 2. bölümünün 7. maddesinde, asgari çalışma yaşı 15 olarak gösterilmiştir.

Türk İş Kanunu'na göre çalışma yaşı 13 iken 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile Avrupa Sosyal Şartına ve Avrupa Birliğinin 2.6.1994 gün ve 94/33 sayılı Direktifine uygun olarak 15 yaşını doldurmamış kişilerin çalıştırılması yasaklanmıştır. Ancak hafif işlerde ve eğitime engel olmamak kaydıyla 14 yaşını dolduran çocukların hafif işlerde çalıştırılabileceği yasa da yer almaktadır. Yine İş Kanunu'nun 87. maddesinde, 14 yaşındaki işçi için rapor zorunluluğu getirilmiş olmakla Kanununun sistematığına göre 14 yaşında bir işçinin çalıştırılabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu şekilde Avrupa Sosyal Şartının Bölüm 2, madde 7. 1. de öngörülen taahhüt Türk Hukukunda tam olarak karşılanmamış görünmektedir.

Yine, 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler için yıllık izin süresi 20 gün olarak yasa da düzenlenmiştir. Bu noktada Avrupa Sosyal Şartının 2. Bölüm, madde 7. 7 de öngörülen en az 4 haftalık izin tanıma yükümü, Türk İş Hukuku uygulamasında 8 gün eksik kalmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, Türkiye 7. maddenin tüm hükümlerini çekince koymaksızın kabul etmiştir. Avrupa Sosyal Şartı kişilere değil doğrudan devlete yükümlülük getirdiğinden sözü edilen düzenlemelerin işverenlere doğrudan uygulanması mümkün olmaz³⁹. Ancak işverenin kamu kurumu (devlet) olduğu bir ihtimalde, Şart hükümlerinin doğrudan uygulanmasının gündeme gelebileceği düşüncesindeyiz.

9. Çalışan Kadının Korunması

Çalışan kadına doğum öncesi ve sonrası en az 14 hafta izin öngören Avrupa Sosyal Şar-

tı, ülkemizde 2003 yılından itibaren toplam 16 hafta olarak uygulanmaktadır.

Çalışan kadına dair koruma çitası 4857 sayılı İş Kanunu ile yükseltilmiştir. Doğum öncesi ve sonrası toplam 16 haftalık analık izni çoğul gebelikte 2 hafta uzamakta, hatta yasa gereği hekim raporu ile bu süreler arttırılabilmektedir. Yine işçinin isteğine göre 6 aylık ücretsiz izin verme yükümü yasa da belirtilmiştir. Hamilelik sırasında periyodik kontroller için ücretli izin ve bir yaşından küçük çocuklu kadınlara günde 1.5 saat olarak verilmesi zorunlu süt izni süreleri kadın işçi istihdamında sorunlara yol açabilecek düzeydedir. Doğum ve işsizlik oranlarının yüksek olduğu ülkemizde kadın işçiye sağlanan güvenceler, istihdamı olumsuz etkileyebilecek düzeydedir. Konuyla ilgili önerimiz, kadın işçiye sağlanan güvencelerin getirdiği yükümlülükleri dengeleyebilecek ölçüde kadın işçi çalıştıran işverenlere bazı imtiyazları sağlanmasıdır. Örneğin kadın işçi çalıştıran işverenler bakımından sigorta primi noktasında işverene bir kolaylık sağlayacak şekilde bir yasal düzenlemeye gidilebilir.

Kadın işçi istihdamı Türkiye'de temel sorunların başında gelmektedir. Kadınların işgücüne katılma oranı 2005 yılı verilerine göre % 24,8 olup, bu oran Avrupa Birliği'ne üye ülkeler ortalamalarının oldukça altındadır⁴⁰. Bu nedenle konuyla ilgili mevzuatın uluslararası belgelerle eşitlenmesi yeterli olmamaktadır. İşsizliğin ve kayıt dışı istihdamın yaygın olduğu ülkemizde kadın işçi istihdamını teşvik eden özel düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

Kuşkusuz, kadın-erkek eşitliğinin hayata geçirilmesi, mevzuat ile yapılacak düzenlemelerden öte, toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin düşünce ve değer yargılarının değişmesini de gerektirir⁴¹.

Yargıtay kararları çalışan kadınların korun-

İşsizliğin ve kayıt dışı istihdamın yaygın olduğu ülkemizde kadın işçi istihdamını teşvik eden özel düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

ması yönündedir. Örneğin Yargıtay bir kadın işçinin hamileliğine bağlı rahatsızlığı sebebiyle işe gidememesini geçerli mazeret saymış ve devamsızlığa dayalı işveren feshi ortadan kaldırırlarak işçi, işe iade edilmiştir⁴².

Yine başka bir kararda eşinin hamileliğine bağlı rahatsızlığı sebebiyle işine gidemeyen erkek işçi için de işveren feshi haksız sayılmıştır⁴³.

Bir başka olayda, kadın işçi raporlu olup çalışmadığı süre için geçici iş göremezlik ödeneği istemiş, Sosyal Sigortalar Kurumu ücretsiz izinde prim ödenmediği için talebi kabul etmemiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Avrupa Sosyal Şartının 8. maddesine göre çalışan kadınların analığının korunmasının taahhüt edildiği belirtilerek sonuca gidilmiş ve ücretsiz izin süresinde iş sözleşmesinin devam ettiği gerekçesiyle geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma yönünde karar verilmiştir⁴⁴.

10. Sosyal Güvenlik Hakkı

Avrupa Sosyal Şartının Bölüm 2, 12. maddesinde akit tarafların her birinin sosyal güvenlik sistemi kurması ve koruması yükümü getirilmiştir. Türkiye'de 1926 yılından itibaren sınırlı bazı sosyal güvenlik sandıkları kurulmuş olsa da, sosyal güvenlikle ilgili temel kanunlar T.C. Emekli Sandığı Kanunu 1949 yılında, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu 1965 yılında, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu 1971 yılında yürürlüğe girmiştir.

2006 yılından itibaren sosyal güvenlik reformu hız kazanmış ve dağınık haldeki sosyal sigortalar kurumları tek bir çatı altında toplanmıştır. Tek bir sosyal güvenlik sistemi eşitlik ilkesine de uygun olacaktır. Ancak konuyla ilgili yapısal sorunlar tam olarak çözülmüş değildir.

Türkiye ilki 1959 yılında Birleşik Krallık ve sonuncusu 2003 yılında Çek Cumhuriyeti ile olmak üzere 18 ülke ile ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri imzalamıştır.

Yargıtay kararlarında, sosyal güvenlik hakkı anayasal ve temel bir haktır⁴⁵. Yine Yargıtay'a göre sosyal güvenlik hakkı ücret kadar önemli anayasal bir hak olup, bu hakkın tam olarak sağlanmaması işçiye haklı fesih imkanı vermektedir⁴⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna 2005 yılında gelen bir olayda, işçi sigortalı olarak 1993-2000 yılları arasında çalışmış, aynı zamanda taksi sahibi olan kişi şoför vasıtasıyla taksiyi işletmiş ve vergi ödemiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu olayda bir sigorta koluna dahil olanın başka bir sigorta koluna giremeyeceği gerekçesiyle daha eski ve kesintisiz olan Bağ-Kur kaydına değer verilmesini kabul etmiş ve işçilik sebebiyle ödenen primlere rağmen sigortalılığını geçersiz saymıştır⁴⁷. Karara karşı oy yazısında, Türkiye'de sosyal güvenlik sisteminin tek çatıda toplanmamış olmasının bir sistem sorunu olduğu, bunun sonucu olarak işçiye sosyal güvenlik noktasında seçimlik hak tanınması gerektiği belirtilmiş ve uzun süre SSK'ya prim ödeyen çalışanın primlerin iadesinin sağlanmasının ardından Bağ-Kur'a cezalı olarak çok yüksek primler ödeyerek sosyal güvenlik hakkından yararlanmak zorunda bırakılmasının, Avrupa Sosyal Şartına aykırılık oluşturacağı açıklanmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir başka kararına konu olay şu şekilde gelişmiştir: yaşlılık aylığı almakta olan pasif sigortalı kişi, eşi bir bayan tarafından kasten öldürülmüştür. Öldüren eş, öldürülen sigortalı sebebiyle ölüm aylığı almak istemektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Türk Medeni Kanunu'nun 578. maddesi ve 5434 sayılı Yasanın 77. maddesinde yer alan açık hükümler sebebiyle ölüm aylığı bağlanamayacağına hükmetmiştir⁴⁸. Karşı Oy Yazısında ise, ölüm ile yaşama hakkının ortadan kaldırılmış olmasına rağmen bu konunun bir ceza hukuku sorunu olduğu, sosyal güvenlik hakkının bağımsız bir hukuk alanı olması sebebiyle ihtiyacı olan herkesi kapsamı gerektiği belirtilmiştir. Aynı Karşı Oy Yazısında davacının eşini öldürmesi nedeninin ölüm aylığına hak kazanmak olmayıp, ağır tahrik altında kaldığı için bu yola gittiği de belirtilmiş ve ölen yakınının sosyal güvenlik hakkından yararlandırılmamasının Avrupa Sosyal Şartına aykırı olacağı vurgulanmıştır.

Hukuk Genel Kuruluna gelen başka bir olayda da, Almanya'da çalışmış bir işçi Türkiye'ye kesin dönüş yaptığını bildirmiş ve yasaya göre borçlandığı primleri ödeyerek yaşlılık aylığı

bağlanmış. Aynı kişinin Almanya'da işsizlik yardımı almaya devam ettiği anlaşılmış ve Sosyal Sigortalar Kurumu, kesin dönüş yapmadığı gerekçesiyle yaşlılık aylığı bağlama kararını iptal etmiştir. Sigortalının açtığı davada istek reddedilmiş, karar temyiz edilmeden kesinleşmiştir. Daha sonra Anayasa Mahkemesi “yurda kesin dönüş yapma” koşulunu iptal etmiş⁴⁹, işçi bu defa aynı konuda yeni bir dava açmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kesin hüküm sebebiyle davanın reddini yerinde bulmuştur⁵⁰. Bu karara ilişkin Karşı Oy Yazısında ise, çalışanın sosyal güvenceden yoksun bırakılmasının Avrupa Sosyal Şartına aykırı olduğu görüşü açıklanmıştır⁵¹.

Bu bölümde son olarak şu örnek üzerinde durulması gerekir; işçinin eşinin ölüm aylığına hak kazanabilmesi için 5 tam yıl sigortalı çalışması yasa gereğidir. Ancak işçi, 4 yıl 11 ay 24 gün çalışmış ve ölmüştür. Ölen eşinin ölüm aylığı bağlanması talebinin, sigortalılık süresinin sadece 6 gün eksik kalması sebebiyle reddinin hatalı olduğu kabul edilmiş ve Kararda sosyal güvenliğin sağlanmasının devletin temel görevi olduğu hatırlatılarak, Avrupa Sosyal Şartının bir gereği olarak karar verildiği bildirilmiştir⁵².

11. Sağlık ve Sosyal Yardım Hakkı

Avrupa Sosyal şartının Bölüm 2, 13. maddesinde, sosyal güvenlik hakkından yararlanamayan kişiler bakımından sağlık ve sosyal yardım sağlama taahhüt edilmiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun istatistiklerine göre⁵³ Türkiye Cumhuriyeti nüfusu 70.586.256 olup, çalışan emekli ve yeşilkartlı olmak üzere 66.541.374 kişi sosyal güvenlik şemsiyesi altındadır. Sosyal güvenlik kapsamı dışında kalan kişi sayısı 4.047.214 dir.

Konuyla ilgili Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin bir kararında Avrupa Sosyal şartına atıf yapılarak, sosyal güvenlik sisteminden yararlanamayan kişilerin tedavi masraflarının Devlet tarafından karşılanması gerektiği kabul edilmiştir⁵⁴.

12. Ana ve Çocukların Ekonomik ve Sosyal Korunma Hakkı

Avrupa Sosyal Şartının bölüm 1, 17. maddesinde, çocuklar ve gençlerin uygun sosyal,

hukuksal ve ekonomik korunma hakkına sahip oldukları açıklanmıştır.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1996 yılında vermiş olduğu bir kararda Avrupa Sosyal Şartının 1. Bölüm 17. Maddesi hükmüne dayanılarak sonuca gidilmiştir. Somut olayda evli bir erkeğin başka bir kadınla ilişkisi sonucu doğan çocuk yönünden mali sonuçlu babalık davası açılmış ve babalığa dair karar verilmiştir. Yargıtay kararında, mali sonuçlu babalık davası hükmünün, nesebi sahih olmayan hısımlık oluşturup oluşturmayacağı noktasında değerlendirme yapılmış ve Avrupa Sosyal Şartı ile diğer uluslararası belgelerden söz edilerek evlilik dışında doğan çocuğun babası tarafından tanınmış ya da babalık davası sonunda mali ve şahsi sonuçlarıyla babalığa hükmedilmiş ise, sahih nesepli çocuklar gibi babaya mirasçı olacağı sonucuna varılmıştır⁵⁵.

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nun 498. maddesinde de, evlilik dışında doğmuş olsa dahi, tanıma veya babalığa hüküm verilenler için baba yönünden evlilik içi doğmuş gibi mirasçı olacağı belirlenmiştir.

13. Bilgilendirilme, Danışılma ve Katılma Hakkı

Avrupa Sosyal Şartının 21 ve 22. maddelerinde çalışanlara bilgi verilmesi, danışılması ve yönetime katılmasına dair akit taraflara yükümlülük getirilmiştir. Türk iş hukukunda konuyla ilgili düzenlemeler yetersizdir. Çalışma koşullarında değişiklik yapılabilmesi için işçinin yazılı iznini öngören 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi konuyla doğrudan ilgili değildir. Çalışma koşullarında işçi aleyhine değişikliğin ancak işçinin rızasına bağlı olarak gerçekleştirilmesi ve işçinin bu yönde korunmasını amaçlar.

Konuyla daha ilgili sayılabilecek bir düzenleme İş Kanunu'nun 29. maddesinde yer almaktadır. Sözü edilen düzenlemeye göre işveren toplu işçi çıkarmadan önce bu isteğini en az 30 gün öncesinden yazılı olarak işyeri sendika temsilcilerine, bölge çalışma müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumu'na bildirmek zorundadır. Bu bildirimde işçi çıkarmanın nedenleri, çıkarılacak işçi sayısı ve grupları ile işçi çıkarma

tarihleri gösterilir. İş Kanunu'nun düzenlemesine göre, işyeri sendika temsilcileri ile işveren arasında yapılacak görüşmelerde toplu işçi çıkarılmasının önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının en aza indirilmesi görüşülür. Şu halde İş Kanunu'nun 29. maddesi, Avrupa Sosyal Şartının 29. maddesinin iç hukuka yansımadır.

Avrupa Sosyal Şartı'nda "worker representative" (işçi temsilcisi) adı altında geçen kavram, Türk mevzuatına "işyeri sendika temsilcisi" olarak yansımıştır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 35. maddesinde işyeri sendika temsilcisinin görevleri sıralanmıştır. Söz konusu görevler incelendiğinde, işçilerin Şart'ın 22. maddesinde sayılan olanaklara, işyeri sendika temsilcisi ve baş temsilci aracılığı ile sahip oldukları görülmektedir. İşyeri sendika temsilcisinin, demokratik bir ortamda işçiler tarafından belirlenmeyip sendika tarafından tespiti de gerçek bir temsil olmadığı şüphesini doğurmaktadır.

14. İş Sözleşmesinin Feshinde Koruma

İş sözleşmesinin geçerli ve haklı neden olmadan sona erdirilemeyeceği Avrupa Sosyal Şartının 24. maddesinde düzenlenmiştir.

Türk hukukunda işçiler bakımından geçerli nedene dayanmayan fesihlerde işe iade imkanı 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı Yasa ile getirilmiştir.

Türk iş hukukunda işçinin işe iadesi anlamında iş güvencesi, kıdem tazminatı ödemesi ve işsizlik sigortası aynı anda uygulanmaktadır. OECD 2006 raporuna göre Türkiye, üye ülkeler arasında kıdem tazminatı yükü en fazla olan ülke konumundadır⁵⁶.

Yargıtay kararlarına göre işçinin emeklilik hakkının kazanmış olması işveren feshi için geçerli nedeni oluşturmaz. Ancak, ekonomik krize bağlı olarak işletme için işçi çıkarılması zorunlu olduğunda işten çıkarılacak işçilerin seçimi noktasında emeklilere öncelik verilmesi ve objektif olarak uygulaması koşulu ile geçerli neden sayılmıştır⁵⁷.

Esasen Avrupa Sosyal Şartının 23. maddesi yaşlılar için sosyal korumadan söz etmişse de, Türkiye'de nitelikli genç işsizlerin sayısının fazla olması sebebiyle işten çıkarmalarda, hiç

değilse emeklilik hakkını kazanmış olanların seçilmesi ve iyiniyetli davranılması halinde geçerli sayılmaktadır.

Avrupa Sosyal Şartının Bölüm 2, 26. maddede onurlu çalışma hakkı kapsamında işyerinde cinsel tacize karşı önlem almak yükümlülüğü akit taraflara verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II d bendinde, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesi üzerine gerekli önlemleri alma yükümü işverene aittir. İşveren bu yönde gerekli önlem almazsa, işçi, iş sözleşmesini haklı olarak feshedebilecektir. Hatta Yargıtay'a göre işçinin cinsel tacizi bildirmesine rağmen gerekli önemi almayan işveren manevi tazminat ödemekle yükümlü olacaktır⁵⁸.

Yargıtay kararlarında işçinin işyerinde cinsel tacize uğraması halinde işçinin haklı fesih imkanı olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay, cinsel tacizde bulunan kişi beraat etmiş olsa dahi, ceza hakiminin kararının hukuk hakimini bağlamayacağını ve cinsel suçların özelliğinin, mağduru görgü tanığı olmaksızın tek başına yakalama yönü de dikkate alındığında işçi lehine yoruma gidilmesi gerektiğini kabul edilmiştir⁵⁹.

Yargıtay, İş Kanunu'nda hüküm yer almamasına rağmen işyerinde psikolojik tacize (mobbing) uğrayan işçi yönünden de işçi yararına kararlar vermiştir. Örneğin, işçinin işyerinde dövülmesi ve ardından işyerinde huzursuz edilmesi, kişilik haklarına ağır ve haksız saldırıda bulunulması mobbing olarak değerlendirilmiş ve işçi istifa dilekçesi vermiş olmasına rağmen kıdem tazminatı isteği kabul edilmiştir⁶⁰.

Feshe karşı korumayla ilgili olarak son bir Yargıtay kararı üzerinde durulacaktır. Karara konu olay şu şekilde gelişmiştir; işyerinde çalışan bir erkek işçinin nişanlısı işyerine gelmiş ve bir süre görüşmelerinin ardından nişanlısı kız ayrılırken işçi ile dudaktan öpüşmüşlerdir. Bu olay üzerine işveren işçiyi işten çıkarmıştır. İlk derece mahkemesi, işyeri ortamında bu şekilde uygunsuz yakınlaşmanın doğru olmayacağı gerekçesiyle feshi haklı bulmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, öpüşme olayı gerçek olmakla birlikte, olayı gören kimse olmadığı, anlık olduğu ve işverenin olayı kamera görüntüleri ile

tespit ettiği, iş düzenini bozucu bir yönünün olmadığı ve eyleme göre feshin ağır bir sonuç olması sebebiyle ölçülülük ilkesine uygun davranılmadığı gerekçesiyle feshi, haklı ya da geçerli saymamış ve işçiyi işe iade etmiştir⁶¹.

15. Sonuç

Avrupa Sosyal Şartı, sınırlı da olsa yargı kararlarına yansımış ve uyumsuzlukların çözümünde etkili olmuştur. Üstelik bazı yargı kararlarında, Şart hükümlerinin iç hukuka doğrudan uygulanmasına gidildiği görülmektedir. Özellikle, sosyal güvenlik sistemi dışında kalan ve yeterli imkanları bulunmayanlar için sağlık ve sosyal yardım sağlama yükümü getiren Şartın 2. Bölüm 13. maddesi hükmünün doğrudan uygulandığı Yargıtay kararı⁶², bu anlamda dikkat çekicidir. Ancak belirtmek gerekir ki sözü edilen hüküm, devlete yükümlülük getirmenin ötesinde, kişilere de doğrudan haklar sağlamaktadır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi de belli koşulların varlığı halinde doğrudan devletin sorumlu olacağını kabul etmiştir.

Esasen, Avrupa Sosyal Şartının iç hukukta düzenleme bulunmayan hallerde ya da mevcut düzenleme ile çatışma halinde doğrudan uygulanması, Anayasanın 90. maddesi hükmüne rağmen oldukça zordur.

Avrupa Sosyal Şartı hükümlerinin hemen tümü salt devletler arasında taahhüt getirip, kişilere doğrudan hak bahşedici değildir⁶³. Doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etki uluslararası hukuk kuralının kişilere de subjektif haklar sağlaması halinde mümkün görülebilir. Eğer anılan kural yeterince açıkça ve belirli şartlara bağlanmamışsa, bu takdirde dikey doğrudan etkiye sahip olabilecektir. Bu halde veya konuyla ilgili bir iç hukuk kuralı bulunmaması, daha doğrusu uluslararası hukuk kuralının bir düzenleme ile iç hukukta hayata geçirilmemiş olması halinde, kişiler kendilerine subjektif haklar tanıyan bu kurala dayanarak hak talep edebilecekler ve yargı mercilerinden bu kuralın uygulanmasını isteyebileceklerdir.

Avrupa Sosyal Şartı hükümleri gerek lafzı gerekse niteliği itibarıyla, yargı yerlerinde doğrudan birincil hukuk kaynağı olarak

Avrupa Sosyal Şartı hükümlerinin hemen tümü salt devletler arasında taahhüt getirip, kişilere doğrudan hak bahşedici değildir.

başvurulabilecek hükümler değildir. Şart hükümlerinin gerçek veya tüzel kişiye karşı ileri sürülmesi imkanı da bulunmamaktadır. Örneğin Avrupa Sosyal Şartının 18 yaşından küçük işçiler için yıllık 4 hafta izin sağlama yükümü, Türk iş mevzuatında 20 gün olarak uygulanmaktadır. Şartın ilgili hükümleri, akit tarafların izin konusunda öngörülen süreleri sağlamak için taahhütte bulunduğu yönündedir. Yoksa doğrudan işverene getirilen bir yükümlülük bulunmamaktadır. Bu itibarla Türk iş hukukunda yıllık izin süreleri İş Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre belirlenecektir. Ancak, şartın yıllık izin yönünden İş Kanunu hükümlerini aşan sözü edilen korumacı hükümleri, yıllık izin süreleriyle ilgili uyumsuzluklarda işçi lehine yoruma gidilmesinde etkili olabilecektir. Örneğin, İş Kanunu'nun 55. maddesinde sözü edilen yıllık izin bakımından çalışılmış sayılan hallerin Yasada hüküm bulunmayan durumlarda işçi yararına genişletilmesi düşünülebilir. Yine, İş Kanunu'nun 56. maddesinin 3. fıkrasında yıl içinde verilen diğer ücretli ve ücretsiz izinler ile dinlenme ve hastalık izinlerinin yıllık izne mahsup edilemeyeceği kuralı aynı maddenin 2. fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde, "yılık izinden mahsup yasağı" şeklinde daha katı biçimde uygulanabilir.

Ayrıca Avrupa Sosyal Şartı devlete yükümlülük tanımakla, devletin işveren olduğu durumlarda onaylanan ve açık borç doğuran hükümlerin doğrudan uygulanabileceği şeklindeki görüşümüzü yinelemek istiyoruz⁶⁴.

Avrupa Sosyal Şartının onaylanmasının ardından akit taraflar Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine ulusal hukuk ve tatbikatın kabul edilmiş hükümlerinin uygulanmasını nasıl garanti ettiğini açıklayan bir ilk rapor ve bundan sonra ise düzenli fasılalarla başka raporlar sunmak zorundadır⁶⁵.

Akit tarafların raporları Avrupa Sosyal Hak-

lar Komitesi tarafından incelenir ve raporların şarta uygun olup olmadığı noktasında bir karar verilir⁶⁶. Komitenin bir görevi de toplu şikayet çerçevesinde sendikalar, işveren örgütleri ve sivil toplum kuruluşlarının şartın ihlal edildiğine dair toplu başvurularını değerlendirmektir. Hemen belirtelim ki, Türkiye toplu şikayet sistemini getiren Ek Protokolü imzalamamıştır.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi bir mahkeme değildir. Bu anlamda yargısal bir faaliyeti yürütmez. Ancak komitenin devlet raporları ve şikayetlerle ilgili vardığı sonuç Bakanlar Komitesine bildirilir ve akit ülke için daha etkin mekanizmalar devreye girer.

Avrupa Sosyal Şartının sosyal haklar bakımından ortak bir Avrupa yaratmak çabası övgüye değerdir. Ancak şarta aykırılıklar konusunda bazı denetim mekanizmaları yerine, yargısal faaliyetin kabul edildiği bir sisteme geçilmesi, uygulamanın yaygınlaşması ve sosyal hakların korunması bakımından etkili olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 14 Ekim 1989, 20312 sayılı Resmi Gazete.
- 2 Bkz. Ertürk, Şükran: Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Ankara 2008, s. 76, 77.
- 3 Strazburg 3 Mayıs 1996.
- 4 9 Nisan 2007, 26488 sayılı Resmi Gazete.
- 5 Selamoğlu&Lordoğlu: Katılım Sürecinde Avrupa Birliği ve Türkiye'de İşgücü ve İstihdamın Görünümü, Ankara 2006, s. 12.
- 6 Avrupa Sosyal Şartının 2.3, 4.1, 5, 6.1, 6.2, 6.3 ve 6.4. maddeleri Türkiye tarafından kabul edilmemiştir.
- 7 Tuncay&Ekmeççi: Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2009, s. 52.
- 8 Ekonomi M., Ferdi İş Hukuku, C. 1, 2. Bası, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, Gümüşsuyu 1980, s. 86.
- 9 Yargıtay HGK., 4.10.1944 gün, 1944/ 15-20 E, 1944/ 28 K. "Akit serbestisi kişi hürriyetidir. Akit serbestisini ihlal eden şeyler kamu düzeniyle ilgili olmalıdır."
- 10 Yargıtay 9. HD., 22.1.2009, 2007/37710 E, 2009/640 K. "Borçlar hukukunda olduğu gibi İş Hukukunda da kural, (BK 19/1) sözleşme serbestisidir. Taraflar iş ilişkisinde dikkate alınması gereken kuralları yasalarla belirlenen emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler. 1475 sayılı İş Kanununda yazılı sözleşmede bulunması gereken unsurlar gösterildiği halde, 4857 sayılı İş Kanununda bu yönde bir kurala yer verilmemiştir. Bu

noktada iş sözleşmesinde bulunması gereken öğeler yönünden de bir serbestinin olduğu söylenebilir."

- 11 Yargıtay 9. HD., 4.5.2009 gün, 2007/40721 E, 2009/12414 K. "Dairemizce de kıdem tazminatı tavanının yasada emredici şekilde düzenlendiği ve işçi yararına olsa da tavanı arttıran ya da tümüyle ortadan kaldıran sözleşme hükümlerinin geçerli olmadığı sonucuna varılmıştır."
- 12 Yargıtay 9. HD., 27.6.2008 gün, 2008/11195 E., 2008/17898 K. "İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler."
- 13 Yargıtay 9. HD., 24.12.2009 gün 2009/26954 E, 2009/36971 K. "Borçlar Kanununun 349. maddesinde ise, rekabet yasağının işçinin iktisadi geleceğini tehlikeye düşürmemesi için süre, yer ve işin türü bakımından duruma göre sınırlandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre süre, yer ve işin türü bakımından sınırlandırılmış olmadıkça rekabet yasağı geçerli olmayacaktır. Sınırlamaların işin ve hatta işçinin niteliğine göre belirlenmesi gerekir. Dairemizce, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır. Ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının Ülke sınırları ile belirlenmesi mümkün olabilecektir. Yine, il sınırları ya da belli bir bölge ile sınırlandırma işin niteliğine göre yerinde görülebilir. Süre konusunda da en fazla bir ya da birkaç yılı aşmayacak şekilde rekabet yasağı öngörülebilir. Aksi durum işçinin ekonomik anlamda yıkımına neden olabilecektir. Rekabet yasağının işverene ait işlerden hangisi ya da hangileri ile sınırlandırıldığı net biçimde belirlenmelidir. Özellikle şirketlerin ticaret siciline kayıt sırasında faaliyet alanlarının geniş tutulduğu ülkemizde işçinin bütün alanlarda çalışmasının sınırlandırılması mümkün olmaz. İşçinin işverene ait işyerinde yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili ve işverenin asıl faaliyet alanına giren işler bakımından böyle bir sınırlama getirilmelidir."
- 14 Yargıtay HGK., 22.9.2008 gün, 2008/9-517 E, 2008/566 K.
- 15 Yargıtay 9. HD., 06.10.2008 gün, 2007/27538 E, 2008/25446 K "İşverence işçi adına yapılan eğitim giderlerinin tamamı yerine, işçinin çalıştığı ve çalışması gereken sürelerle göre oran kurularak indirildikten sonra kalan miktarının tahsiline karar verilmesi gerekir. Gerçekten işçi, eğitimden sonra çalışmayı yükümlendiği sürenin bir kısmında çalışmış ise işverene bu konuda katkı sağlamış olmaktadır. İşçinin yükümlü olduğu sürenin tamamında çalışmış olunması halinde ise, işverence eğitim giderleri istenemez."
- 16 Yargıtay 9. HD., 15.12.2008 gün, 2007/30201 E., 2008/33618 K.
- 17 Yargıtay 9. HD., 16.7.2008 gün, 2007/22062 E, 2008/16398 K "İkramiye, prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil gibi alacakların da ödenmemesi işçiye haklı fesih imkanı verir."
- 18 2479 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun 19.3.1981 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
- 19 Yargıtay 9. HD., 26.10.2009 gün, 2009/2940 E, 2009/29090 K. "Hafta tatili izni kesintisiz en az 24 saattir. Bunun altında bir süre haftalık izin verilmesi durumunda, usulüne uygun şekilde hafta tatili izni kullandığından söz edilemez. Ayrıca,

- hafta tatili bölünerek kullandırılmaz. Buna göre hafta tatilinin 24 saatten az olarak kullandırılması halinde hafta tatili hiç kullandırılmamış sayılır.”
- 20 Yargıtay 9. HD., 19.11.2008 gün, 2007/34286 E, 2008/31520 K.
- 21 Yargıtay HGK., 18.10.2000 gün, 2000/9-1223 E, 2000/1286 K.
- 22 Yargıtay HGK., 18.10.2000 gün, 2000/9-1223 E, 2000/1286 K. Karşı Oy Yazısından Bir Bölüm: “Yıllık ücretli izin hakkı iç hukuka ve uluslararası sözleşmelerle korunan bir “dinlenme hakkıdır”. Ona gösterilen bu özenin temelinde hukuki, ekonomik ve sosyal politikayı ilgilendiren çok yönlülüğüdür. Diğer dinlenme hakları gibi üst yasalarla korunmaktadır. 1982 Anayasa’sının 50. maddesinde çalışma koşulları ve dinlenme hakkı olarak düzenlenirken (III.) bendinde dinlenimin bir çalışan hakkı olduğu vurgulanmış, son bendinde (IV) de diğer dinlenme hakla yanında yıllık izin haklarından açıkça söz edilmiştir. Ücretli izin hakkı keza 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (m. 24), 1965 Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesine (m 2.7), Roma Antlaşması Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 47 ve 97 sayılı Tavsiye Kararlarına konu olmuştur. Koruma çabasının öznesi işçidir veya çalışandır. Hatta bu hak çalışanı kendisinden dahi korur.”
- 23 Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Çalışan Müesseseler Hakkında Nizamname, 6.5.1939, 4201 sayılı RG.
- 24 Yargıtay 9. HD., 21.3.2006 gün, 2006/684 E, 2006/7063 K.
- 25 Ayrıntılı bilgi ve Yönetmelikler için bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2007, III. Cilt. s. 30, 76 vd.
- 26 Yargıtay 9. HD., 16.10.2006 gün, 2006/19157 E, 2006/27128 K.
- 27 Yargıtay HGK., 19.06.2002 gün, 2002/9-454 E, 2002/525 K “Ücret, uluslararası hukukta basta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi olmak üzere, Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi, AET Antlaşması, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 26, 95, 99, 100, 109, 131 sayılı sözleşmeler ile çok sayıda tavsiye kararlarında yer almış ve korunmuştur. İşverence işçinin tek taraflı olarak ücretinde indirimde bulunulamaz.”
- 28 Yargıtay 9. HD., 9479 E, 7519 K Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı s. 1153.
- 29 Yargıtay 10. HD., 19.11.1975 gün 1973/737 E, 1973/934 K Tuncay, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 76.
- 30 Yargıtay 9. HD., 25.07.2008 gün, 2008/27309 E, 2008/22094 K. “4857 sayılı İş Kanununun 5. ve 18/III. Maddede sayılan hallerin sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir. Yine tarikat, aşiret ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır.”
- 31 Yargıtay 9. HD., 25.07.2008 gün, 2008/27309 E, 2008/22094 K. “İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı yine 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır.”
- 32 Yargıtay 9. HD., 23.06.2008 gün, 2007/41015 E, 2008/17093 K. “İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 2006/54/EC Sayılı Direktifi’nin 9.maddesinde kanunla veya anlaşmayla tanıyan ve işveren tarafından ücreti ödenen doğum izni veya ailevi sebeplerden dolayı alınan izin dönemlerinde hakların iktisabını veya muhafazasını askıya alma ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir. Aynı Direktifin 14/1-c. maddesinde işten çıkarmalar ve ücret de dahil istihdam ve çalışma koşulları bakımından kamu veya özel sektörde cinsiyete dayalı olarak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiş; “Analık (Doğum) İzninden Dönüş” başlıklı 15. maddesinde ise “doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır” kuralına yer verilmiştir.”
- 33 Yargıtay 9. HD., 18.1.2010 gün, 2008/14546 E, 2010/193 K. “İşçinin emeğinin karşılığı olan ücret işçi için en önemli hak, işveren için en temel borçtur.”
- 34 Yargıtay 9. HD., 18.1.2010 gün, 2008/14546 E, 2010/193 K. “Ücreti ödenmeyen işçinin alacağı konusunda takibe geçmesi ya da ücreti ödeninceye kadar iş görme edimini yerine getirmekten kaçınması, iş ilişkisinin devamında bazı sorunlara yol açabilir. Bu bakımdan, işverence bir çekişme içine girmek istemeyen işçinin, haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetme hakkı da tanınmıştır.”
- 35 Yargıtay 9. HD., 25.12.2009 gün, 2008/11827 E, 2009/37053 K. davacı 15.09.2005 tarihinde SSK’ya başvuruda bulunmuş ve işyerine 27.12.2005 tarihinde Sigorta müfettişinin gelip davacının sigortasız çalıştırıldığını tespit etmiştir. Bu tespit üzerine işverence aynı tarihte iş sözleşmesi feshedilmiştir. Davacının haklarının ödenmesi için göndermiş olduğu ihtarın davalıya tebliğinden sonra, davalının işe dönme ihtiyarını ortadan kaldırmaz. Bu nedenle kötüniyet tazminatı isteğinin kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile reddine hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”
- 36 Yargıtay 9. HD., 29.9.2009 gün, 2008/36124 E, 2009/24656 K. “Bildirim önellerinin artırılabilmesi yasada belirtilmiş olmakla birlikte bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırı hakim belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9. HD. 21.3.2006 gün, 2006/109 E. 2006/7052 K). Üst sınırın en çok ihbar ve kötüniyet tazminatlarının toplamı kadar olabileceği belirtilmelidir (Yargıtay 9. HD. 14.7.2008 gün, 2007/24490 E, 2008/20203 K).”
- 37 Yargıtay 9. HD., 25.5.2005 gün, 2005/9-320 E, 2005/355 K.
- 38 Yargıtay 9. HD., 24.07.2008 gün, 2007/13087 E, 2008/21877 K. “Bu durumda sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davasında ispat yükü, önceden olduğu gibi işçi üzerindedir. Ancak, iş güvenliği hükümlerinden yararlanamayan bir işçinin açmış olduğu sendikal tazminat isteklerini içeren bir davada, aksinin ispatı işverene aittir.”
- 39 Bkz. Aşağıda sonuç bölümündeki açıklamalar.
- 40 Eraltuğ, Ayşegül Kökkılınç: Avrupa Birliği ve Türk Huku-

- kunda Aile ve Çalışma Yaşamının Uzlaştırılması, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, s. 86, 87.
- 41 Eraltuğ, Ayşegül Kökkılınç: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Aile ve Çalışma Yaşamının Uzlaştırılması, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, s. 88.
- 42 Yargıtay 9. HD., 17.6.2004 gün, 2004/2841 E, 2004/15146 K.
- 43 Yargıtay 9. HD., 14.11.2005 gün, 2005/8141 E, 2005/35885 K.
- 44 Yargıtay 10. HD., 24.6.2008 gün, 2007/9567 E, 2008/8912 K.
- 45 Yargıtay 10. HD., 1.6.1992 gün, 1992/301 E, 1992/6164 K.
- 46 Yargıtay 9. HD., 18.1.2010 gün, 2008/14546 E, 2010/193 K. "İşçinin sigorta primlerinin hiç yatırılmaması veya eksik bildirilmesi işçinin sosyal güvenlik hakkını ilgilendiren bir durum olsa da Dairemizin 1475 sayılı Yasa döneminde istikrar kazanmış olan görüşü 4857 sayılı İş Kanunu döneminde de devam etmekte olup, sigorta primlerinin hiç yatırılmaması, eksik yatırılması veya düşük ücretten yatırılması hallerinde de işçinin haklı fesih imkanı vardır."
- 47 Yargıtay HGK., 29.6.2005 gün, 2005/21-389 E, 2005/430 K. Aynı yönde, Yargıtay HGK. 22.6.2005 gün, 2005/21-370 E, 2005/302 K. Karşı oy yazısından bir bölüm, "Bu bağlamda, değinmek icap ederse, uzun yıllar Yargıtay'ı bu görüşe sevk eden şudur: Ülkemizde, sigortalı işçilerin bir kesiminin ikinci bir iş yaptıkları bilinen gerçektir. Örneğin, sigortalı, ticari bir araba alarak arabayı başka bir sürücünün aracılığıyla çalıştırmaktadır. Bu arada araçtan elde etmiş olduğu kazancının vergisini vergi dairesine ödemektedir. Ayrıca vergi dairesine tescil edildiği için Bağ-Kur'a da tescili yapılmaktadır. Bu kişi ticari aracını bir başka kişi aracılığı ile çalıştırdığı için, kendisi örneğin bir kamu kuruluşuna sigortalı işçi olarak girip, tüm gün orada çalışabilmektedir. Yerine göre bu kimse 10-15 yıl prim ödemiş olmasına karşılıklı aylık bağlama isteminde bulunduğu, Kurum kişinin Bağ-Kur sigortalısı sayıldığı öne sürerek istemin reddine karar vermektedir. Böyle olunca da şayet iptal edilen süre uzunsa, kişi ya "sosyal güvenlik hakkını yitirmekte" yada Bağ-Kur'a "altından kalkamayacağı prim ve gecikme zammı ödemek" zorunda bırakılmaktadır. Bu durum Anayasanın 60, 90 ve Türkiye'nin kabul ettiği Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmeleri ile Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi hükümlerine aykırılık teşkil edeceğinden Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde mahkumiyetine sebep olması muhtemel bir durum yaratmaktadır."
- 48 Yargıtay HGK., 15.6.2005 gün, 2005/10-364 E, 2005/390 K.
- 49 Anayasa Mahkemesi, 12.12.2002 gün, 2000/36-2002 E. 2002/198 sayılı Karar 25.4.2003 tarihinde yayınlanmıştır.
- 50 Yargıtay HGK., 23.2.2005 gün, 2005/21-66 E, 2005/93 K.
- 51 Yargıtay HGK., 23.2.2005 gün, 2005/21-66 E, 2005/93 K. Karşı Oy Yazısından Bir Bölüm, "Diğer yandan çalışan kişinin sosyal güvenceden yoksun bırakılmaması ve mevcut koşulların en uygun biçimde çalışanlara tanınarak yaşamın kolaylaştırılması Devletin ana temel görevlerinden birisidir. Bu hak diğer yandan Türkiye Cumhuriyeti hükümetinin katıldığı Avrupa Sosyal Şartı anlaşmalarının da bir gereğidir."
- 52 Yargıtay 21. HD., 1.10.2009 gün, 2008/12591 E, 2009/11843 K. "Sosyal Güvenlik; Anayasal sosyal temel bir hak olarak Anayasamızda yer almıştır. Durumları ne olursa olsun; kişilere, karşılaştıkları sosyal riskler sonucu güvence temin etmeyi kabul eden Sosyal Güvenlik ilkesinin alt yapısını Sosyal Sigortalar oluşturur. Sosyal Güvenlik temel bir ilke, Sosyal Sigortalar ise bu ilkeyi gerçekleştirmeye yarayan araçlardan en önemlisidir. Sosyal sigortaların en önemli kollarından birisini ise kuşkusuz ölüm sigortası oluşturur. Bu sigorta kolu ile; sigortalının ölümü halinde hak sahibi yakınlarına yaşamlarını idame ettirmek için Sosyal Güvence sağlanması amaçlanır. Anayasa, belli koşulların yerine getirilmesi halinde, bu hakkı sağlama yükümünü doğrudan Devlete vermiştir. Bu yönüyle tamamen kamusal ve zorunlu bir hak olarak karşımıza çıkar. Diğer yandan çalışan kişinin sosyal güvenceden yoksun bırakılmaması ve mevcut koşulların en uygun biçimde çalışanlara tanınarak yaşamın kolaylaştırılması Devletin ana temel görevlerinden birisidir. Bu hak diğer yandan Türkiye Cumhuriyeti hükümetinin katıldığı Avrupa Sosyal Şartı anlaşmalarının da bir gereğidir. Bu nedenledir ki sosyal güvenlik haklarından vazgeçilemez bu haklardan kimse yoksun bırakılamaz, miras yoluyla yakınlarına geçer. İlgili kişi kadar Devlet tarafından da korunması sağlanmalıdır."
- 53 Bkz. www.ssk.gov.tr, Sosyal Güvenlik kapsamındaki kişi sayısı ve Türkiye Nüfusuna Oranı, Tablo 47.
- 54 Yargıtay 3. HD., 4.3.2004 gün, 2004/1500 E, 2004/1619 K. "04.07.1989 tarihinde yayınlanan ve 24.11.1989 tarihinde onaylanmak suretiyle kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı 13. maddesine göre; yeterli imkanları olmayan ve gerek kendi çabalarıyla, gerekse diğer kaynaklardan, özellikle bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanarak böyle bir imkan sağlayamayan herkese yeterli yardımı sağlamayı ve hastalık halinde bu kişinin şartlarının gerektirdiği bakımı sağlamayı akit taraflar taahhüt ederler. Anayasa ve Sosyal Devlet İlkesi gereği olarak da, yeterli olanağı bulunmayan ve herhangi bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanmayan vatandaşlara hastalık halinde bakım sağlamak Devletin görevleri arasındadır."
- 55 Yargıtay İBBGK, 22.2.1997 gün, 1996/1 E, 1997/1 K. "Öte yandan, Türkiye Cumhuriyeti; 10.3.1954 günlü, 6366 sayılı Yasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini yürürlüğe koymuştur. 20 Kasım 1959 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 78 ülke temsilcilerinin oybirliği ile kabul ettiği Çocuk Hakları Bildirgesinde; bütün çocukların hiç bir istisna olmaksızın ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, mülkiyet, doğum veya başka bir statü nedeniyle her hangi bir ayırım yapılmaksızın, bunlar ister kendisini, isterse ailesini ilgilendirsin bu haklara sahip olduğu ve çocuğun doğduğu andan itibaren bir isim ve tabiiyet edinme hakkının bulunduğu kabul edilmiştir. 18 Ekim 1961 günlü, Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası'nın 1. Bölüm 17. maddesinde; "Evlilik ve aile bağlarına bakılmaksızın ana ve çocuğun sosyal durumuna uygun ekonomik korunmaya hakkı" olduğu hüküm altına alınmıştır."
- 56 OECD 2006 Türkiye Raporu <http://www.abgs.gov.tr>. Konuyla ilgili değerlendirmeler için bkz, Çil, Şahin: Kıdem Tazminatı, Ankara 2009, s. 1 vd.

- 57 Yargıtay 9. HD., 19.1.2009 gün, 2008/36631 E, 2009/100 K. “Kişinin emeklilik yaşına gelmesi ve emekliliği hak etmesi, aslında belirli yaş olgusu nedeni ile fiziki yetersizliğinden kaynaklanmaktadır. Salt emekliliğe hak kazanma fesih nedeni yapılamaz. Yasanın gerekçesinde işletme, işyeri ve işin gerekleri ile birlikte emekliliğin geçerli neden olarak dikkate alınacağı açıklanmıştır. Ancak Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde veya Toplu İş Sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeler objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerlidir. Başka bir anlatımla emekliliği gelenlerin iş sözleşmelerinin feshedileceğine dair önceden belirlenen kural, objektif ve genel olarak uygulandığı takdirde, salt bu nedenle iş sözleşmesinin feshi geçerli neden olarak kabul edilmelidir. Bazı üst düzey yönetici konumundaki personelin emekliliğe hak kazanmış olmasına rağmen işten çıkarılmaması, uygulamanın “objektif ve genel” olma özelliğini ortadan kaldırmaz.”
- 58 Yargıtay 9.HD. 13.4.2010 gün, 2008/29930 E, 2010/10301 K. “4857 sayılı Yasanın 24/II-d bendinde işçinin diğer bir işçi ya da üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması halinde bunu işveren bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmamış olması işçi yönünden haklı fesih nedeni olarak gösterilmiştir. Yasa koyucu, işyerinde cinsel tacize uğrayan işçinin durumu işveren bildirmesinin ardından konuyla ilgili önlem alma ve işçiyi koruma yükümünü işverene bırakmıştır. Davalı işveren bu yönde bir çaba içine girmediği gibi, davacı işçinin iş sözleşmesini ağır ve haksız ithamlara feshetme yoluna gitmiştir. Fesih gerekçeleri ile davacı işçinin ağır manevi zarara uğradığı açık olup, tarafların ekonomik ve sosyal durumu gözetildiğinde mahkemece verilen 5.000,00TL manevi tazminat somut olay yönünden yetersizdir.”
- 59 Yargıtay 9. HD. 12.10.2009 gün, 2009/115 E, 2009/24348 K. “Cinsel suçların, işleniş şekli dikkate alındığında, mağduru tek başına kollama ve görgü tanığına olanak bırakmama gerektiren bir özelliği vardır. Nitekim olay tutanağını düzenleyen tanıklar, davacı ve diğer bayan işçiyi tartışırken ve karşılıklı birbirlerine hakaret ederken gördüklerini, daha öncesini bilmediklerini belirtmişlerdir. Bu tartışma ve hakaret olayının herhangi bir neden olmadan çıkması hayatın olağan akışına aykırıdır.”
- 60 Yargıtay 9. HD. 14.3.2008 gün, 2008/3122 E, 2008/4922K. “Çağdaş iş hukuku bir taraftan uluslararası sözleşmeler, diğer taraftan Avrupa normları işçinin huzur içerisinde işini görmesi, emeğinin karşılığını alması, çalışma ilişkisinin, karşılıklı güvene dayanan tam bir uyum içerisinde olmasını amaçlamıştır. İşyerinde psikolojik taciz (mobbing) çağdaş hukukun son zamanlarda mahkeme kararlarında ve öğretilerde dile getirdiği bir hukuki kurumdur. Örneğin Alman Federal İş Mahkemesi bir kararında işçilerin birbirine sistematik olarak düşmanlık beslemesi, kasden güçlük çıkarması, eziyet etmesi veya bu eylemlerin işçinin başta işveren olmak üzere amirleri tarafından gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır (BAG, 15.01.1997, NZA. 1997). Görüleceği üzere işçi bir taraftan diğer işçiye, diğer taraftan işverene karşı korunmaktadır. İşçinin anlattığı mobbing teşkil eden olayların tutarlık teşkil etmesi, kuvvetli bir emarenin bulunması gerekmektedir. Kişilik hakları ve sağlığın ağır saldırıya uğraması mobbingin varlığını tartışmasız kabulünü doğurur.”
- 61 Yargıtay 9.HD. 16.3.2009 gün, 2008/36337 E, 2009/6945 K. “Somut olayda, işyerindeki öpüşme olayı ile ilgili her hangi bir şikayet olmadığı halde, işveren tarafından kamera kaydı ile tespit olunan görüntülere dayanılarak, davacının iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı ve erkek arkadaşının, davalı işyerinde öpüştüğü, yanlar arasında çekişmesiz olmakla birlikte, öpüşme eyleminin anlık oluşu, işyerinde müşteri bulunmayışı, olayı bir başka çalışan işçinin de görmeyişi gözönünde tutulduğunda olayın bu oluşum şekliyle iş düzenini bozucu nitelikte bir eylem olarak kabulü ağır bir sonuç olup ölçülülük ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Davacının davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmadığından ve iş ilişkisinin devamını etkilemediği ve feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından, mahkemece davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır.”
- 62 Bkz. Yukarda sözü edilen, Yargıtay 3. HD. 4.3.2004 gün, 2004/150 E, 2004/1619 K.
- 63 Sur, Melda: Sosyal Haklara İlişkin Andlaşmaların İç Hukukta Yeri, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, s. 54.
- 64 Bkz. Yukarda, “8- Çocuk ve Gençlerin Korunması” başlığı altındaki açıklamalar.
- 65 Çiçekli, Bülent: Avrupa Sosyal Şartı Temel Rehber, Ankara 2001. s. 101.
- 66 Avrupa Sosyal Haklar Komitesi sonuçları için bkz. Çiçekli, Bülent: Avrupa Sosyal Şartı Temel Rehber, Ankara 2001. s. 103 vd.

KAYNAKÇA

- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı.
- Çiçekli, Bülent: Avrupa Sosyal Şartı Temel Rehber, Ankara 2001.
- Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2007, III. Cilt.
- Çil, Şahin: Kıdem Tazminatı, Ankara 2009.
- Ekonomi M., Ferdi İş Hukuku, C.1, 2.Baskı, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, Gümüşsuyu 1980.
- Eraltuğ, Ayşegül Kökkılınç: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Aile ve Çalışma Yaşamının Uzlaştırılması, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008.
- Ertürk, Şükran: Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Ankara 2008.
- OECD 2006 Türkiye Raporu <http://www.abgs.gov.tr>
- Selamoğlu&Lordoğlu: Katılım Sürecinde Avrupa Birliği ve Türkiye’de İşgücü ve İstihdamın Görünümü, Ankara 2006.
- Sur, Melda: Sosyal Haklara İlişkin Andlaşmaların İç Hukukta Yeri, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008.
- Tuncay&Ekmekçi: Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2009.
- Tuncay, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.

İş Yargılamasının Gösterdiği Özellikler

I. GİRİŞ

İş mahkemeleri işçi ve işveren arasında hizmet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için özel olarak kurulmuş mahkemelerdir. Devlet iş ilişkilerini düzenlerken işçiyi koruma amacıyla özel nitelikte maddi hukuk kuralları ihdas etmiştir. Bu bağlamda iş uyuşmazlıklarının çözümünü de genel yargıdan ayırarak, iş hukukunun genel amacına hizmet edecek şekilde basit, kolay, hızlı ve ekonomik usul kurallarına bağlamıştır¹. Dolayısıyla, iş mahkemelerinde bu ihtiyacın karşılanması için özel yargılama kuralları uygulanmaktadır. Bunun temel gerekçesi işçinin korunmasıdır.

II. İŞ YARGILAMASI

Anayasa'nın 142. maddesi gereği yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Kanunun belirlediği usul dışında bir usul uygulanamaz. Kanunla belirlenen usul değiştirilemez. Yargılama hukukunun genel amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Medeni yargılama hukukunda da amaç maddi gerçeği tespit etmektir. Ancak medeni yargılamada vakıaların ve delillerin mahkemeye getirilmesi taraflara bırakılmıştır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu dört

tür yargılama usulü belirlemiştir. Bunlar yazılı, sözlü, seri ve basit yargılama usulleridir. Bunlardan yazılı yargılama usulü yasaca ayrıca bir usul öngörülmediği takdirde tüm davalarda uygulanması gereken genel bir usuldür.

İş mahkemelerinde uygulanan yargılama usulünü belirleyen temel kaynak 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'dur. Kanun 7. maddesinde, iş mahkemelerinde şifahi (sözlü) yargılama usulünün uygulanacağını belirtmiştir. Genel yargılama kurallarının dışında özel bir iş yargılaması usulü benimsenmesi ve iş mahkemelerinin kuruluşunun temel nedeni, iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliği ve bunun özel bir uzmanlığı gerektirmesidir². Amaç formaliteleri azaltarak işçinin hakkına çabuk kavuşmasını sağlamaktır. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15. maddesine göre, bu kanunda açıklık bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Gerçekten de İş Mahkemeleri Kanunu'nda usule ilişkin yeterli düzenleme bulunmamaktadır. O nedenle, sözlü yargılama usulünün asıl kaynağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'dur. Ancak özel yasalarda da iş yargılamasına ilişkin hükümler bulunabilmektedir. Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi,

Bugün için sözlü yargılama usulü yalnızca iş mahkemelerinde uygulanmaktadır.

Grev ve Lokavt Kanunu, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu, 5393 sayılı Basın Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 2926 sayılı kanunlarda usule ilişkin hükümler bulunmaktadır³.

Sözlü yargılama usulünde, usul işlemleri bakımından sözlülük özel öneme sahiptir. Elbette medeni yargılama hukukuna egemen olan tasarruf, taraflarca getirilme, teksif, aleniyet, adil yargılanma, dürüstlük kuralı gibi kurallar sözlü usulde de geçerlidir. Ne var ki yargılama, özellikle tarafların duruşmadaki sözlü iddia ve savunmaları ile şekillenmektedir. Dolayısıyla, ilk itirazlar, hadiseler, ispat sebepleri sözlü olarak ileri sürülebilmektedir. Bu yargılama usulünün temel özelliği sözlülük ilkesinin ön plana çıkarılmış olmasıdır. Tarafların sözlü beyanlarına önem verildiği içindir ki, dilekçelerin teatisi safhası dolayısıyla, cevaba cevap verilmesi söz konusu değildir.

Bugün için sözlü yargılama usulü yalnızca iş mahkemelerinde uygulanmaktadır. Bu nedenle, aşağıdaki anlatımlarda iş yargılaması usulünden amaç sözlü yargılama usulüdür. Ancak iş mahkemelerinin bakmakta olduğu bütün dava ve işlerde bu usul uygulanmamaktadır. Örneğin; işe iade davaları (İş K. md. 18-21; Sen. K. md. 30), Sendikalar Kanunu'nun 17/3. maddesindeki sendika ve konfederasyonların toplantıya çağırılması ile ilgili davalar ve 2822 sayılı Yasada düzenlenen resmi arabulucu ataması (çekişmesiz yargıya tabidir) bu kuralın dışındadır. Bunlardan uygulamada en yoğun olanı işe iade davalarıdır. İş Kanunu işe iade davalarında açıkça seri yargılama usulünün uygulanacağını hükme bağlamıştır. Bu yargılama usulü yazılı yargılama usulünün biraz daha çabuklaştırılmış biçimidir. Farkı, sürelerin kısaltılmış olmasıdır. Cevap süresi yazılı usulde on gün olduğu halde burada yedi gündür. Replik ve düplik süreleri beş günü geçmez. Taraflara delillerini göstermeleri için ancak bir defa süre verilir. Öte yandan hakime yönelik olarak

da yargılamanın en yakın bir güne ertelenmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Diğer hususlar yazılı yargılama usulü ile aynıdır. Amaç yargılamanın kısa sürede tamamlanmasıdır. İş Kanunu'nun işe iade davaları bakımından getirdiği usul yeniliği ise (md.20) bu davaların iki ay içerisinde sonuçlandırılacak olmasıdır. Ne var ki bu sürede dava bitirilememektedir. Kanundaki iki ay içerisinde bitirilir şeklindeki süre mahkemeye yönelik olarak konulmuş bir süredir. Mahkemenin bu süre içerisinde yargılamayı bitirememesi davayı, hükmü, yapılan işlemleri ortadan kaldırmaz ve geçersiz kılmaz⁴.

A. Dava Açılması

İş mahkemesinde dava açılmasının diğer mahkemelerde dava açılmasından ayrılan noktaları bulunmaktadır. İş mahkemelerine iki şekilde dava açılır. Birincisi doğrudan davacının dava açması, ikincisi ise idari yoldan dava açılmasıdır. Ayrıca sözlü başvuru yoluyla (özellikle yazı bilmeyenler bakımından) dava açılabilmesi mümkündür. Ne var ki, sözlü başvuru usulünün bugün için uygulaması yoktur. Dolayısıyla, dava açılması neticede yazılı usule dayanmaktadır. Davaya katılma söz konusu olduğu takdirde, katılma isteğini kapsayan bir dilekçe verilmesi ya da dava zaptı düzenlenmiş olması gerekir. Okur yazar olan kişinin duruşma sırasında sözlü usule göre katılma yolu ile davacı olduğunu bildirmesi davaya katılma olarak nitelendirilemez ve davada taraf olmuş sayılamaz.

Yaygın olmamakla birlikte idari başvuru yoluyla da dava açılabilir. İlgilinin bölge çalışma müdürlüğüne başvuruda bulunması üzerine idari merci 15 gün içinde başvuruyu sonuçlandıramaz ve sorunun çözümünü mahkemenin görevi içinde görürse konuyla ilgili belgeleri yetkili iş mahkemesine intikal ettirir (5521 md.10)⁵.

İş yargılamasında dava açılması bakımından ortaya çıkan bir özellik de sendikaların üyelerinin yazılı başvurusu üzerine üyeleri veya onların mirasçılarını temsilen dava açabilecek olmalarıdır (Sen. K. 32/b.3). Dava konusu uyuşmazlığın üyeler açısından kollektif olması durumunda sendikanın dava açması için işçilerin

veya işverenlerin ayrıca başvurusu aranmaz.

Dava dilekçesinde hangi talebin ne miktarda olduğunun açık olması gerekir. Hakim bu miktar ve türlerle ayrı ayrı bağlıdır. İsteklerin bazılarının aşılması bazılarına ise az hükmedilmesi suretiyle talepteki toplam miktarın tamamlandığı kabul edilemez⁶. Dava açılmakla yazılı usulde olduğu gibi, açılan miktar kadar zamanı kesilmiş; iyiniyet kötünüyete dönüşmüş; hak düşürücü süre korunmuş olur. Daha önceden bir ihtar veya takip yoksa davalı taraf dava dilekçesinin tebliği ile temerrüde düşürülmüş olur. Şahsa bağlı hak olarak açılabilen manevi tazminat davası, davacının ölümü üzerine malvarlığı hakkına dönüşür. Mirasçılar bu davayı takip edebilirler. Dava sonucunda elde edilecek tazminat bir malvarlığı alacağı olarak mirasçılara geçer. Mirasçılardan başka adlarına manevi tazminat açmalarına engel yoktur.

1. Görev

Medeni yargılamada ilk derece mahkemeleri genel mahkemeler ve özel mahkemeler olarak ayrılmışlardır. Genel mahkemeler, aksi belirtilmedikçe medeni yargılama hukukuna giren her türlü işe bakmakla görevlidir. Buna karşılık özel mahkemeler belirli kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklara veya belli çeşit uyuşmazlıklara bakmakla görevlidir. Özel mahkeme olan iş mahkemeleri, bireysel ve toplu hak uyuşmazlıklarını çözmekle görevli bir hukuk mahkemesidir. İş mahkemeleri, dava edilen miktarın az veya çok olduğuna bakılmaksızın iş davalarına bakarlar. İş davalarının neler olduğu 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde ve bazı özel yasalarda gösterilmiştir. İş Mahkemeleri Yasası iş mahkemelerinin görev alanını belirlerken iki unsuru göz önüne almıştır. Bunlar davanın tarafları ve davanın konusudur. Davanın tarafları işçi ile işveren veya işveren vekili, davanın konusu ise iş sözleşmesinden veya İş Kanunu'na dayanan bir hak iddiasından doğmuş bulunmalıdır⁷. İş Kanunu'na dayanan bir hak iddiasından doğmuş bulunmasından maksat, o yasanın herhangi bir hükmünün uygulanmasından doğan hak olmasıdır. Ancak İş Kanunu'na dayanmış olsa bile işverenler arasında açılmış bir davada görevli mahkeme her

İş mahkemelerinin kendi aralarında ya da diğer mahkemelerle aralarında bir altlık-üstlük ilişkisi bulunmamaktadır.

zaman iş mahkemesi değildir⁸. İş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle ruh ve beden bütünlüğünde meydana gelen zararın giderimi davasına, uyuşmazlık işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesinden doğduğu için iş mahkemeleri bakmakla görevlidir⁹. Özel bir takım yasalarla da iş mahkemesini görevli sayan hükümler bulunmaktadır. Örneğin; Sendikalar Kanunu (63/2), Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (66/2), Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (md.101), 5953 sayılı Basın Çalışanlarına İlişkin Kanun (Ek Madde 4), Deniz İş Kanunu'nda (md.46) iş mahkemelerini görevli sayan hükümler bulunmaktadır. Her ne kadar iş yargılamasında taraflar işçi/işveren ise de bu sıfatlı kişilerin ölümü halinde mirasçılar doğrudan bir iş sözleşmesi yapmış olmamakla birlikte halefiyet esası gereği taraf olabilirler¹⁰.

Bir yerde ayrı bir iş mahkemesi yoksa o yerde iş davalarına iş mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemelerince bakılır. Bu mahkemeler iş davalarına bakarken iş yargılaması usulünü uygularlar. İş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesine açılan dava "iş mahkemesi sıfatıyla" açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremez. Mahkeme ara kararı ile davaya "iş mahkemesi sıfatıyla" baktığını belirterek bakmaya devam eder¹¹.

Genel mahkeme ile özel mahkeme arasındaki ilişki bir görev ilişkisidir. Görevle ilgili kurallar kamu düzenine ilişkindir. Kıyas veya yorum yoluyla genişletilemez ve değiştirilemez. Bu anlamda iş mahkemelerinin görevleri kendine özgü nitelik taşır. Dolayısıyla, dar yorumlanması esastır. Örneğin bir kişinin, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağını (kıdem, ihbar tazminatı, ücret vs.) temlik alması halinde, işverene karşı açacağı alacak davası iş sözleşmesine dayanmamaktadır. Böyle bir davada iş mahkemesi görevli değildir¹². Kanunda açıklık bulunmayan durumlarda görev genel mahkemelere aittir¹³. İş mahkemelerinin kendi aralarında ya da diğer mahkemelerle aralarında

bir altlık-üstlük ilişkisi bulunmamaktadır. Mahkeme görev hususunu kendiliğinden yargılamanın her aşamasında inceleyebilir. Görev kurallarının kamu düzeni ile ilgili olmasının doğal sonucu olarak, genel mahkemelerin görevine giren bir uyuşmazlık özel mahkemelerde görülemeyeceği gibi, özel mahkemelerin görevine giren bir uyuşmazlık da genel mahkemelerde görülemez. Ancak birbiri ile bağlantısı nedeniyle birleştirilmesi gereken davalarda, uyuşmazlığın bir kısmı için genel mahkemelerin, bir kısmı için ise özel mahkemelerin görevli olması halinde davaya hangi mahkemede bakılacağı konusunda sorun çıkabilir. Bu noktada yargılamanın daha çabuk ve daha az giderle sonuçlanması amacından hareket edilmelidir. Dolayısıyla, iş mahkemelerinin görev alanı dışında kalan uyuşmazlıkların bu mahkemelerde görülen iş uyuşmazlıkları ile bağlantısı olduğu takdirde davaların birleştirilmesi yoluyla iş mahkemesinde bakılması gerektiği düşünülebilir. Çünkü bağlantı kapsamındaki davalarda davalı veya davacı genelde işçidir. İşçinin İş Mahkemeleri Kanunu'ndan yararlanması lehidir. Esasen Yasanın izlediği amaç da budur. Birleştirilen böyle bir davada iş mahkemesi görevsizlik kararı veremez¹⁴.

İşçi ile işveren arasında iş sözleşmesi dışında bir sözleşmeden çıkan uyuşmazlıkta iş mahkemesi görevli olmayacaktır. Bu nedenle, görev yönünden kimi kez taraflar arasındaki ilişkinin niteliğini tespit önemli hale gelir. İşte bu noktada aradaki ilişkinin bir iş mi yoksa bir eser sözleşmesi mi olduğunun belirlenmesi gerekecektir. İş sözleşmesini karakterize eden unsurlar; ücret, bağımlılık ve zamandır. İş sözleşmesinde belirli bir süre çalışmak ön planda iken eser sözleşmesinde zaman belirleyici olmayıp sonuç ön planda tutulmaktadır. Eser sözleşmesinde ekonomik risk müteahhit tarafından üstlenilir iken iş sözleşmesinde işveren tarafından karşılanır. Eser sözleşmesinde ücret

belli bir süre çalışıldığı için değil netice için ödenmektedir. Eser sözleşmesinde müteahhit eser meydana getirmekten ibaret bir işgörmeye edimini borçlanmaktadır¹⁵.

Diğer taraftan taraflar arasındaki sözleşmenin iş ya da vekalet sözleşmesi olup olmadığı konusunda da uyuşmazlık olabilir. Bu açıdan baktığımızda, iş sözleşmesinde ücret genellikle zaman üzerinden belirlenir. Vekalet sözleşmesinde ise yapılan iş ücretin tespitinde esas alınır. İş sözleşmesinde bağımlılık unsuru daha açık seçiktir. Vekalet sözleşmesinde müvekkil tarafından talimat verilebilir ise de, iş sözleşmesinde bu unsur farklı ve daha baskındır. İş sözleşmesinde işçinin temsil yetkisi bulunmamaktadır. Çalışma zamanını işveren belirler. Vekalet sözleşmesinde ise çalışma zamanının tespiti genel olarak vekile aittir. Ücret söz konusu olmayan durumlarda iş sözleşmesinden söz edilemez. Vekalet sözleşmesinde ücret esaslı unsurlardan değildir. Nihayet bütün bunlara rağmen kuşku giderilemiyor ise aradaki sözleşme ilişkisinin vekalet olduğu kabul edilir.

Son olarak sosyal güvenlik açısından baktığımızda, iş mahkemelerinin görevli olabilmesi için, her şeyden önce uyuşmazlığın yanlarının sigorta kurumu ile sigortalılar veya yerine geçenler olması gerekir (5521 1/B). Kısaca uyuşmazlık sigortalılık ilişkisinden doğmalıdır. Değilse, örneğin SGK'nın kiraya verdiği bir taşınmazından kaynaklı bir uyuşmazlık iş mahkemesinin görevine girmez. Bu konuda 5510 sayılı Yasanın 101. maddesinde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceğine ilişkin hüküm bulunmaktadır.

2. Yetki

Yetki, davaya hangi yer mahkemesinin bakacağı ile ilgili bir husustur. Yetkiye ilişkin genel kurallar HUMK'un 9-25. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ayrıca özel yasalarda da yetkiye ilişkin hükümler yer alabilir. Bu noktada 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yetkiye ilişkin özel düzenleme bulunmaktadır. Anılan yasanın özel bir yasa olması itibarıyla iş mahkemelerinin yetki sorununun çözümünde öncelikle uygulanması gerekmektedir. Yasanın 5.

İşçi ile işveren arasında iş sözleşmesi dışında bir sözleşmeden çıkan uyuşmazlıkta iş mahkemesi görevli olmayacaktır.

maddesine göre; “İş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz.” İşçiyi korumak ve kolaylık sağlamak amacıyla düzenlenen bu özel yetki kuralı uyarınca, işçi veya işveren seçimlik hakka sahip bulunmakta, davayı dilerse davalının yerleşim yerinde, dilerse işçinin işini yaptığı işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde açabilmektedir¹⁶. Dava olunanın ikametgahı mahkemesi ifadesi HUMK'daki genel yetki kuralına da uygundur. İşyeri mahkemesini ise, taraflar arasında uyumsuzluğun kaynağı ve davanın açılmasına neden olan iş ilişkisinin geçtiği işyeri olarak anlamak gerekir¹⁷. Basın İş Yasası açısından da (Ek maddede 4) 5521 sayılı Yasa hükümleri geçerli olacaktır. Diğer taraftan Deniz İş Kanunu'nda yetki konusunda özel bir hüküm bulunmaktadır. Yasanın “görevli ve yetkili mahkeme” başlıklı 46. maddesindeki düzenlemeye göre geminin bağlama limanının bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Uygulamada ortaya çıkan sorun şudur: İş yargılamasında yetki kamu düzeninden midir? Dolayısıyla, yetkiye ilişkin bir savunma getirilmemesine rağmen mahkeme yetki hususunu kendiliğinden göz önüne alabilir mi? Yetkiyi kamu düzeninden sayacak olursak, taraflar her zaman yetki itirazında bulunabilecekleri gibi, mahkeme de yargılamanın her aşamasında bunu göz önüne alabilecektir. Bu bağlamda yetki kuralı bir dava şartı haline gelmektedir. Buna karşılık yetki kuralı kamu düzenine ilişkin olmadığı takdirde, yetkiye ilişkin itirazda bulunmanın bir zaman kesiti ile sınırlı olması gerekir. İş mahkemeleri açısından belirlenen yetki kurallarına aykırı sözleşme geçerli sayılmadığı için, iş mahkemelerinde yetki kamu düzenine ilişkindir. Ancak kesin değildir. Çünkü açılacak bir iş davası için seçenikle iki yetkili mahkeme belirlenmiştir¹⁸. Yetkinin kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, taraflarca ileri sürülmesi dahi mahkeme bunu yargılamanın her aşamasında gözönüne alıp yetkisizlik kararı verebilir¹⁹. Bunun doğal sonucu olarak

yetki itirazı bir ilk itiraz olmaktan çıkmaktadır. Taraflar ilk oturumu beklemlerine gerek olmadan yargılamanın her aşamasında yetki itirazında bulunabilirler. Ancak Yargıtay 10. Hukuk Dairesi sosyal güvenlik kaynaklı davalar bakımından 506 sayılı Yasada yetki konusunu düzenleyen bir hüküm bulunmadığından hareketle, yetki hususunu bir kamu düzeni sorunu olarak görmemekte ve ilk itiraz olarak değerlendirmektedir. Daireye göre uyumsuzluk iş sözleşmesi veya İş Kanunu'ndan değil 506 sayılı Yasanın uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Ortada İş Kanunu'na dayanan haktan doğan bir hukuk uyumsuzluğu bulunmadığından yetkili mahkeme genel hükümlere göre belirlenmelidir. Kaldı ki 5521 sayılı Yasanın 15. maddesine göre: “Bu kanunda sarahat bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanır”²⁰.

Daire, menfi tespit davaları bakımından da aynı düşüncededir. Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 80/6. maddesi hükmüne göre, kurum alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Kanunun uygulanmasından doğacak uyumsuzlukların çözümlenmesinde alacaklı sigorta müdürlüğünün bulunduğu yer iş mahkemesi yetkilidir. Diğer yandan, icra takibine konu ilamın dayanağı dikkate alındığında iş mahkemelerinin görevli olduğu tartışmasızdır. İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davalarında iki özel yetki kuralı öngörülmüştür. Bunlardan birincisi davalının yerleşim yeri mahkemesi, ikincisi ise icra takibinin açıldığı yer mahkemesidir (İİK md. 72/son). Borçlu, dilediği iki yer mahkemesinden birinde bu davayı açabilir. Menfi tespit davasında yetki kuralları kamu düzenine ilişkin değildir. Mahkemece kendiliğinden yetkisizlik kararı verilemez. Yetkili olup olmadığını, yetki ilk itirazı çerçevesinde inceleyebilir. Bir dava için özel yetki kuralı bulunsa bile, davacının genel yetki ile özel yetki arasında bir seçim hakkı vardır. Özel yetki kuralları ilke olarak kamu düzenine ilişkin değildir²¹. Birden fazla davalı bulunması halinde HUMK 9. ve 17. maddeleri uyarınca, bunlardan birisinin ikametgahı mahkemesinde dava açılabilir. Böyle olunca sosyal güvenlik kaynaklı uyumsuzluklarda davalı yapılan SGK Genel Müdürlüğü'nün

İş yargılamasında genel yargıdan ayrılan en önemli hususlardan birisi de hakimin tarafları ilk oturumda sulhe teşvik etmesidir.

Ankara'da olması nedeniyle her durumda Ankara mahkemeleri yetkili olmaktadır. Öte yandan 5510 sayılı Kanunun uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülecektir (md.101). İş mahkemelerinin yetki hususu ise 5521 sayılı Yasada düzenlenmiş bulunduğundan, sorunun 5. madde hükmü çerçevesinde çözülmesi gerekir.

B. Davaya Cevap

İş yargılaması usulünde yazılı usulde olduğu gibi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren cevabın 10 gün içinde verilmesine ilişkin bir sınırlandırma yoktur. Davalı ilk duruşmada cevaplarını sözlü olarak açıklayabilir. Elbette duruşmada veya daha önceden yazılı olarak açıklamasına da bir engel yoktur. Davalı tarafa özrünü bildirmek ve mahkeme tarafından mukul karşılanmak kaydıyla ilk oturum günü yapılamayan cevaplar daha sonra yapılmak üzere ek süre verilebilir. Tebligatta bir usulsüzlük varsa, elbette davalı taraf sonraki duruşmalara katıldığında davaya cevap verebilir ve savunma yapabilir. Karşılık dava bakımından HUMK 481/2'de 10 günlük cevap süresi içerisinde açılması gerektiği belirtilmekte ise de, bu hüküm genel mahkemeler (sulh/asliye) arasındaki asıl dava ile karşılık davanın farklı mahkemelerin görev alanına girmesini düzenlemektedir. İş mahkemelerinin görevinin belirlenmesi bakımından dava değerinin bir önemi olmadığı gibi özel mahkeme olan iş mahkemesi genel mahkemelerin görevine giren karşılık davalara da bakabilecektir²². Dolayısıyla, iş yargılamasında karşılık dava ilk duruşmaya kadar açılabilir. Genel mahkemede bir davaya karşılık olarak açılan dava, iş mahkemesinin görevine giriyor ise, buna genel mahkeme bakamaz. Ancak iş mahkemesindeki bir davaya karşılık olarak açılan davaya genel mahkemenin görevine girse dahi iş mahkemesi bakabilir²³.

C. Duruşma Yapılması

İş yargılamasında esas olan mahkemenin duruşma açıp, tarafları sözlü olarak dinlemesidir.

1. İlk İtirazlar

İlk itirazlar esasa girmeden önce ilk duruşma anına kadar ileri sürülebilir. Daha önceden yazılı olarak bildirilmesine bir engel yoktur. Davalının ilk duruşmadan önce verdiği yazılı cevap dilekçesinde ilk itirazlarda bulunmuş olması ilk duruşmada ayrıca ilk itirazlarını bildirmesine engel oluşturmaz²⁴. HUMK 187/7'deki (dava ve cevap dilekçesinde kanuni noksanlık bulunması) ilk itirazı, iş yargılaması bakımından anlamsızdır.

İlk duruşma anına kadar bildirilmeyen ilk itirazları bildirmek üzere hakim taraflara süre veremez. Süre verilmiş olsa dahi diğer duruşmalarda ve sonraki aşamalarda artık ileri sürülemez²⁵. Örneğin, davalı vekiline dosyayı incelemek için süre verilmiş olması sonraki duruşmalarda ilk itirazları ileri sürme hakkı vermez. Sonradan ileri sürülecek ilk itirazlar süresinden sonra ileri sürülmüş olur ve göz önüne alınmaz²⁶. Taraflardan birisinin ilk duruşmaya gelmemiş olması ona sonraki aşamalarda ilk itirazları ileri sürme hakkı vermez. İlk itirazların ileri sürülebileceği zaman kesiti Yasa ile belirlendiği için daha sonra ıslah yoluyla ilk itirazlar ileri sürülemez. İlk itirazların süresinde ileri sürülüp sürülmediği mahkemece kendiliğinden araştırılır. İlk itirazlar iş mahkemelerinde hemen ve sözlü olarak incelenip karara bağlanır. Ancak mahkeme incelemeyi başka bir duruşmaya da erteleyebilir.

2. Sulhe Teşvik

İş yargılamasında genel yargıdan ayrılan en önemli hususlardan birisi de hakimin tarafları ilk oturumda sulhe teşvik etmesidir (5521/7. md.). Buradaki sulh HUMK'daki davayı sona erdiren sulh işleminden farklıdır. Ancak uygulamada bu hükme genel olarak uyulmamakta ve taraflar sulhe teşvik edilmemektedir. Mahkemelerin aşırı iş yükü ve hakimlerin sulh yaptırma konusundaki eğitim ve deneyim eksiklikleri ile sulhe teşvik halinde tarafsızlıklarını yitirme en-

İddia edilen ücret miktarının işçi tarafından ispat edilmesi gerekir.

dişesi bunun başlıca sebeplerindendir²⁷. Ancak sulh teşebbüsünün yapılmamış olması davanın kabulüne ve görülmesine engel oluşturmaz.

3. Ön Sorun

İş yargılamasında bazı ön sorunlar çıkabilir. Örneğin taraflar bordrolardaki veya diğer belgelerdeki imzalara itiraz edebilirler. Bu itirazların yazılı usulde olduğu gibi giderilmesi gerekir. Ancak iş yargılamasında en önemli ön sorun ya da bekletici sorun, bir dosyanın diğerini beklemesidir. Özellikle işçilik alacakları için açılan davada, iş ilişkisinin ya da süresinin açıklık göstermediği durumlarda, taraflardan birisinin tespit davası açması üzerine bu davanın sonucu beklenmektedir. İş kazası tazminat alacakları bakımından ise, iş kazası tespit davası açılması halinde bu davanın sonucunun beklenmesi gerekir.

D. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı

İş yargılamasında iddia ve savunmanın bildirilmesi zamanı yazılı yargılamaya göre farklılık gösterir. Taraflar iddia ve savunmalarını ilk duruşmada ileri sürüp açıklayabilirler. Tarafların bu beyanları tutanağa geçirilir. Tutanağa geçirilme ile birlikte taraflar açısından iddia ve savunmayı genişletme ve değiştirme yasağı da başlamış olur (HUMK 479)²⁸. Bu aşamadan sonra Yasadaki istisnalar dışında (islah, feragat, karşı tarafın rızası, dava konusunun temliki²⁹) tutanağa geçen iddia ve savunmalar değiştirilip genişletilemez. Taraflar duruşmada dilekçeleri dışında bir iddia ve savunma yapmayıp dilekçelerini tekrarlar yetiniyor iseler artık dilekçelerindeki iddia ve savunmaları değiştiremezler. Davalı tarafın ilk duruşmayı beklemeden cevap vermiş olması ilk duruşmada bu cevaplarını değiştirip genişletmesine engel değildir. İlk duruşmada tutanağa geçirilen husus dilekçede yer almasa dahi iddianın genişletilmesi olarak değerlendirilemez. O halde tüm iddia ve savunmalar en geç ilk duruşmaya kadar ileri sür-

rülmelidir. Bir kısım savunma sebeplerinin saklı tutularak sonradan ileri sürülmesi genişletme ve değiştirme yasağına girer³⁰. Özellikle ilk itirazların bildirilmesi, saklı tutulmak veya mazaret bildirmek suretiyle ertelenemez. Ancak ilk duruşmada çözülmesi gereken ilk itirazlar varsa, bunlar çözüldükten sonra ki ilk itirazların çözülmesi bir sonraki duruşmaya kalmış ise iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının başlangıcı da sonraki duruşmaya kalmış olur. Buna karşılık hakimin kendiliğinden araştırması gereken konularda yasak söz konusu olmaz. Çünkü hakim, söz konusu olan hususu, taraflarca ileri sürülmesine gerek kalmaksızın dava kapsamına sokmak zorundadır³¹. Bu nedenle, kamu düzenini ilgilendiren hizmet tespiti davalarında hakimin delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir. Öte yandan Yargıtay'ın işçilik alacaklarında "ücretin miktarı" konusunda da benzer bir uygulamaya gittiği görülmektedir. Oysa iddia edilen ücret miktarının işçi tarafından ispat edilmesi gerekir. Yargıtay bazı kararlarında işçinin bunu ispat edememesi durumunda ücretin meslek odalarından sorulmasını isteyerek mahkemeye re'sen araştırma yükü yüklemektedir³².

İddia ve savunmanın değiştirilip genişletilmesine ilişkin yasak kapsamında olan şey, dava sebepleri yani vakıalar ile talep sonucudur. Yeni delil ibrazı yasak kapsamında değildir (HUMK 482). Deliller hasredilmedikçe veya ikamesi için kesin süre verilmedikçe her zaman yeni delil getirilebilir. O nedenle, sonradan yeni delil getirilmesi halinde iddia ve savunmanın genişletildiğinden söz edilemez³³. Buradaki yeni deliller önceden ileri sürülen iddia ve vakıaların kanıtlanmasına yönelik olmalıdır. Eğer yeni delil ibrazı ile yeni bir vakıa da yargılamaya katılıyor ise artık bu yolla iddia ve savunma genişletilmiş demektir.

İtirazların hakim tarafından kendiliğinden göz önüne alınmasına karşın (İfa ve ibra gibi savunmalar bir hakkı ortadan kaldırmaya yönelik itiraz olduğu için her zaman ileri sürülebilir ve hakim bunları her zaman dikkate alır.) def'ilerin taraflarca ileri sürülmesi gerekir. Bunlardan en önemlisi zamanaşımı def'idir. İlk duruşmada esasa girinceye kadar zamanaşımı

def'i ileri sürülebilir. Bu aşamadan sonra ileri sürülemez³⁴. Sonraki duruşmalarda zamanaşımı savunmasının ileri sürülmesi savunmanın genişletilmesi yasağı ile karşılaşacaktır³⁵. Ancak zamanaşımı savunması bir ilk itiraz değildir. Bu nedenle, ilk duruşmadan sonra da ileri sürülebilir. Savunmanın genişletilmesi açısından diğer tarafın buna rıza göstermesi gerekir. Davalı geçerli bir mazeretle ilk duruşmaya katılamamış ise, sonraki duruşmada da zamanaşımı def'ini ileri sürebilir. Sözlülük esasına dayalı olan iş yargılamasında yazılı olarak verilen ıslah dilekçesinin karşı tarafa tebliğini izleyen ilk duruşmaya kadar ıslaha konu alacaklar bakımından zamanaşımı savunmasında bulunulabilir.

İddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı, emredici nitelikte bir hüküm değildir. Bu nedenle, hakim tarafından kendiliğinden gözönüne alınmaz. Karşı tarafça bunun ileri sürülmesi gerekir. O halde karşı çıkılmadıkça iddia ve savunmalar değiştirilip genişletilebilir. Ancak karşı taraf değiştirilen iddia ve savunmaya bir cevap mı veriyor, yoksa iddia ve savunmanın genişletilip değiştirildiğine ilişkin itirazda mı bulunuyor, bunu iyi ayırt etmek gerekir. Yargıtay bir kararında; Davacının, "...burada zamanaşımı söz konusu olamaz. Davalının itirazı yersizdir" şeklindeki beyanını, "zamanaşımının ileri sürülmesine davacının muvafakat etmediği" yönünde değerlendirerek hüküm tesis eden mahkeme kararını bozmuştur³⁶. Yargıtay'a göre, esasa cevap süresi içinde ileri sürülmediğinden davacı tarafın savunmanın genişletilmesi yönündeki itirazı ile karşılaşması mümkün olan zamanaşımı def'inin ıslah yoluyla ileri sürülmesinde usule aykırı bir yön bulunmamaktadır³⁷.

Takas-mahsup savunması da zamanaşımı gibi bir def'idir. Dolayısıyla, esasa cevap süresi geçtikten sonra dahi bildirilebilir. Ne var ki, bir definin esasa cevap süresi geçtikten sonra bildirilmesi savunmanın genişletilmesi anlamına geleceğinden, böylesi bir definin mahkemeye dikkate alınabilmesi için, karşı tarafın buna muvafakat etmiş olması gerekir³⁸. Savunmanın genişletilmesi yasağının istisnalarından biri olan muvafakat (HUMK 202/2), açık veya zımni olabilir. Bir davada, davalı tarafın savunmasını genişletmesi üzerine, savunmanın geniş-

Ek davada yeniden fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmadığı takdirde, sonradan ıslah yoluyla talep miktarlarının artırılmasına usulen olanak bulunmamaktadır.

letilmesine muvafakatin bulunmadığı hemen bildirilmez, özellikle de genişletilen savunmaya yönelik cevaplar verilir ise savunmanın genişletilmesine zımnen muvafakat edilmiş sayılır. Davacı tarafın, savunmanın genişletilmesine muvafakat etmediğine dair beyanını bildirmesi (bu yönde itirazda bulunması), genişletmenin gerçekleştiği aşamaya göre, daima belirli bir zaman dilimine tabidir. Savunmanın bir dilekçeyle genişletildiği hallerde, davacı taraf buna muvafakati olmadığını en geç dilekçenin kendisine tebliğini izleyen duruşmada bildirmek zorundadır. Aksi takdirde, savunmanın genişletilmesine zımnen muvafakat etmiş sayılır. Davacı tarafın zımni muvafakati, davalı taraf yararına, genişletilen savunma çerçevesinde mahkemeye dikkate alınmasını gerektiren usuli kazanılmış hak doğurur. Davacı taraf savunmanın genişletilmesine yargılamanın sonraki aşamalarında itiraz ederek, davalı yararına oluşan bu usuli kazanılmış hakkı ortadan kaldıramaz³⁹.

Uygulamada, fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmak suretiyle açılan ilk kısmi davada yaptırılan bilirkişi incelemesiyle gerçek alacak miktarı belirlenmektedir. Bunun üzerine ilk davada alınan bilirkişi raporuna dayalı olarak saklı tutulan alacak bakiyesi için ek dava açılmaktadır. Ek davada yeniden fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmadığı takdirde, sonradan ıslah yoluyla talep miktarlarının artırılmasına usulen olanak bulunmamaktadır. Davalının muvafakat etmesi hali dışında, bu alacak bölümü yönünden ıslah yoluyla talepte bulunulamayacaktır. Çünkü kısmi davada hükme esas tutulan bilirkişi raporunda, işçilik alacaklarının her bir kalem yönünden gerçek miktarları ve bunların toplamı açıkça saptanmış olmasına rağmen, ek davada fazlaya ilişkin hak saklı tutulmayarak alacak miktarları gerçeğinden daha az gösterilmiştir. O nedenle, dava konusu edilmeyen miktar ba-

kımından davacının zımni feragati vardır. Bu miktarlar ek davada ıslah yoluyla talep edilemez⁴⁰. Buna karşılık ilk davada ihbar ve kıdem tazminatı ile birlikte faiz isteminde bulunan davacı bu dava ile birleştirilen ek davada istemediği faizi ilk duruşmada isteyebilir. Ek dava dilekçesinde yer almayan ancak ilk duruşmada istenen faiz istemi iddianın genişletilmesi olarak değerlendirilemez⁴¹.

E. Delillerin Bildirilmesi

1. Delillerin Bildirilmesi Zamanı

Türk yargı sistemine göre hakim kendiliğinden bir davayı inceleyip, uyuşmazlığı çözemez. Tarafların istekleri ile bağlıdır (HUMK 72,75). Bunun kaçınılmaz sonucu olarak da iş yargılamasında delilleri taraflar getirir. Hizmet tespiti davaları bunun dışındadır⁴². Delillerin taraflarca hazırlanması ilkesi gereği taraflar, dinletmek istedikleri tanıklar ile bilgisine başvurulmasını diledikleri bilirkişilerin, keşif ve benzeri incelemelerin gerektirdiği masrafları karşılamakla yükümlüdürler. Bunu yerine getirmedikleri takdirde isteklerinden vazgeçmiş sayılırlar (HUMK 414). Ancak keşif ve bilirkişi incelemesi ile tarafların isticvabına mahkeme kendiliğinden de karar verebilir. Kural olarak deliller HUMK'un 479. maddesi uyarınca ilk duruşmada sunulur. Anılan madde taraflara ilk duruşmada delillerini sunmalarını öngörmekte iken, sonraki maddelerde (482, 486/son) tahkikat sona erinceye kadar yeni delil gösterebilmelerine olanak tanınmaktadır. Bundan çıkan sonuç şudur: İlk duruşmada delil ileri sürülmesi gerekir ise de, sonraki duruşmalarda da ileri sürülmesi yasaklanmamıştır⁴³. Ancak ikinci bir tanık listesi sunulamaz. Bu engelin ıslah yoluyla veya karşı tarafın onayıyla aşılması da mümkün değildir. Ne var ki verilen ilk tanık listesindeki tanıkların hepsi yasal olarak çekinme haklarını kullanmış iseler ikinci bir tanık listesi verilebilir. İkinci tanık listesi verilmesi yasağı hizmet tespiti davaları bakımından uygulanmaz. Delillerin incelenmesi yazılı usulde olduğu gibidir. Ancak burada delillerin karşı tarafa tebliğine gerek yoktur (md. 487). Delillerin takdiri mahkemeye aittir. Tarafların tüm delillerinin kabul edilmesi

İş yargılamasında delillerin bildirilmesi açısından tahkikatın ne zaman bittiğinin bilinmesi gerekir.

gibi bir hakları yoktur⁴⁴.

İş yargılamasında delillerin bildirilmesi açısından tahkikatın ne zaman bittiğinin bilinmesi gerekir. Zira HUMK'un 482. maddesi; taraflar "...tahkikat bitinceye kadar netice-i iddialarını teyit için yeni delil ibraz ve ikame edebilirler." demektedir. Tahkikat, davanın nedeni olan çekişmeli hususta, hüküm verilebilmesi amacıyla dönük olarak aydınlığa kavuşturulması için yapılan işlemlerdir⁴⁵. Bu işlemler oturumlar yoluyla yapılır. Tarafların ileri sürdükleri vakıaların doğru olup olmadığı araştırılır. İddia ve savunmalar incelenir. Son sözler söylenir, hakim konunun aydınlandığı kanaatinde ise tahkikatı bitirir, yani artık delil toplamaz. Başka bir ifade ile hakim, iddia ve savunmaları, bunların ispatı için gösterilen delilleri inceleyip bitirince tahkikat safhası sona ermiş olur. Tahkikatın bitmesi, hakim her iki tarafa da söz hakkı verip yargılamanın bittiğini belirtmesidir. Bu da genellikle hüküm aşamasına kadar sürmektedir. Tahkikatta esas olan sözlülüktür. Bunun anlamı, tarafların sözlü dinlenmelerinin yanı sıra tanıkların da sözlü olarak dinlenmesi, delil ikamesinin sözlü olarak yapılabilmesidir.

Tahkikat bitinceye kadar delil ibraz edilmesi ile savunma yapılması farklı şeylerdir. Tahkikat bitinceye kadar delil ibraz edilebilir ise de, davacının ilk oturumda bütün iddiasını açıklaması davalının da bütün savunmasını bu oturumda bildirmesi gerekir. Sonraki aşamalarda yeni vakıa ve savunmalar ileri sürülemez. Yeni bildirilecek deliller de önceki savunmaları teyit anlamında olmalıdır. Dava şartlarına ilişkin beyanlar ise her zaman ileri sürülebilir.

Üzerinde durulması ve çözülmesi gereken sorun, delil bildirildiği tarihte tahkikatın bitmiş olup olmadığıdır. Tahkikat delillerin incelenmesidir. O halde delillerin incelenmesinin bitmesi tahkikatın da sona ermiş olduğunu gösterir (HUMK m.214, 375)⁴⁶. Dolayısıyla, tüm delillerin toplandığı bu arada bilirkişi incelemesinin yaptırılıp miktar belirlendikten sonra,

daha açıkçası usul işlemlerinin tamamlanıp⁴⁷ dosyanın esas yönünden karar vermeye hazır olması tahkikatın bittiğini gösterir. Buna karşılık taraflara daha önce delillerini bildirmesi için usulünce kesin süre verilmemiş ise sonradan bildirilen delil listesindeki delillerin toplanması gerekir. Çünkü tahkikat bitmemiştir. Tahkikatın bitmesi için taraflara bu hususta usulünce kesin süre verilerek usuli işlemler tamamlanmalıdır⁴⁸. Tarafların esas hakkında savunma için önel istemeleri delil bildirme safhasının dolayısıyla tahkikatın bittiğini gösterir. Aynı şekilde hakim taraflara son sözlerini bildirmeleri için süre vermiş olması da tahkikatın bitmiş olması anlamına gelir. HUMK 482/son buna göre değerlendirilmelidir. Bundan sonra yeniden delil bildirilmesi kabul edilemez⁴⁹.

Başlangıçta duruşmaya gelmeyen, cevap vermeyen ve delil bildirmeyen tarafın daha sonra duruşmaya katılması durumunda bildirebileceği delilin kapsamı ne olacaktır? HUMK'un 213/3. fıkrası, yargılamanın kötüniyetle uzatılmasını önlemek amacıyla, daha sonraki oturumlara gelen tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği ilkesini benimsemiştir. Davaya süresinde cevap vermemiş olan taraf davayı inkar etmiş sayılır. Dolayısıyla, inkar sınırları içinde kalmak ve savunmanın genişletilmesi/değiştirilmesi yasağına uymak koşuluyla davalının delil göstermesi engellenmiş değildir. O halde, duruşmaya hangi aşamada katılmışsa (ıslah dilekçesinden sonraki aşamada dahi), dava dilekçesindeki olayları inkar etmiş sayıldığından bu kapsam ve savunmanın genişletilmesi yasağı içinde kalmak koşuluyla delillerini bildirebilir⁵⁰.

2. Delillerin Bildirilmesi İçin Kesin Süre Verilmesi

Delillerin ileri sürülmesi bakımından uygulamada öne çıkan en önemli sorunlardan birisi delilleri bildirmek üzere kesin süre verilmesinde ortaya çıkmaktadır. Davaların kısa zamanda sonuçlandırılması, adaletin bir an önce tecelisi için taraflarca veya mahkemelerce yapılması gereken bir kısım adli işlemler sürelerle bağlanmıştır. Taraflar için öngörülen süreler taraflara belli zaman kesitleri içerisinde belli işlemleri

yapma yükümü getiren sürelerdir. Öngörülen süre içerisinde yapılması gereken işlemin yapılmaması halinde taraf, kural olarak o hususla ilgili olan talebinden vazgeçmiş sayılır ve hakkın düşmesi sonucunu doğurur⁵¹. Kanunun taraflar için koyduğu süreler kural olarak kesindir. Buna karşılık hakim verdiği süreler kural olarak kesin değildir. Hakim kendi belirlediği süreleri makul sebeplere dayanarak azaltıp çoğaltabilir (m. 159). Çünkü hakim süreyle ilişkin kararı bir ara karardır. Bilindiği üzere hakim ara kararlarından dönebilir. Belirlenen süreyi kaçıran taraf yenisini isteyebilir. Bu suretle verilecek ikinci süre kesindir (m. 163)⁵².

Hakim, delil bildirmeye ilişkin usuli yolları kötüye kullanmanın önüne kesin süre vermek suretiyle geçebilir. Kesin süre, davayı uzatmak ve sonucunu geciktirmek amacıyla olan tarafın bu davranışını önlemek için kullanılması gereken yasal bir araçtır⁵³. Kesin süre diğer taraf için usuli kazanılmış hak doğurur. Bu nedenle hakim, kesin süreye ilişkin ara kararından dönemez ve bu süreyi uzatamaz. Ancak hakim bu hakkı keyfi kullanamaz. O nedenle, kesin süreyi yargılamanın amacını gözeterek vermeli, süre delillerin ibrazını önler nitelikte değil, ibrazı sağlar nitelikte olmalıdır⁵⁴. O halde kesin süre nasıl verilmelidir? Kesin süre vermenin hukuki sonuç doğurabilmesi (kesin süreye uyulmaması nedeniyle davanın reddedilebilmesi) için hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açıkça belirtilmesi, bu sürede yapılması gereken işlemlerin teker teker açıklanması, bu işlemlerin yapılması için masraf gerekiyorsa bunların miktarının açık olarak belirtilmesi, kesin süreye uymamanın hukuki sonuçlarının anlatılması ve bütün bunların duruşma tutanağına yazılması gerekir. Hatta anlatılması gerekir. Ara kararı herkesçe kolaylıkla anlaşılabilir açıklıkta olmalıdır. Belirtilen özellikleri taşımayan kesin süre sonuç doğurmayacaktır. Davanın sonucuna çok yakından etkili olan bu çeşit ara kararlarının yeteri kadar açık olmadığı hallerde, ilgili tarafın yapacağı işlemlerin neler olduğunu tam olarak bilmemesinden ötürü bir şey yapmamakla sorumlu tutulması ve kesin süreye uymama nedeniyle davanın reddedilmesi doğru değildir. Öte yandan mahkemece getirilmesi gereken

resmi kurumlara ilişkin bilgi ve belgelerin taraflarca ibrazı için kesin süre verilemez. İbraz edilemediği için iddia veya savunma ispatlanmamış kabul edilemez. Bu belgelerin tarafların bildireceği kurum veya kuruluşlardan olmadığı takdirde re'sen ilgili kurum ve kuruluşlardan sorulması gerekir⁵⁵. Bu noktada kamu düzenine dolayısıyla, re'sen araştırma ilkesine tabi olan hizmet tespiti davalarında delil bildirilmesi için taraflara kesin süre verilemez⁵⁶. Bu gibi hallerde olayın özelliğine göre hakim, incelemelerin gerektirdiği masrafları taraflardan birisinin ödemesini emreder. Buna uyulmazsa, sonradan haksız çıkakattan alınmak üzere hazineden ödenek isteyip gereğini yerine getirir (HUMK 415). Onun için bu tür davalarda HUMK'un 163. maddesinin uygulama yeri yoktur⁵⁷.

Uygulamada verilen kesin süreye uymamanın hukuki sonuçları kimi kez "sonuçları hatırlatıldı" şeklinde belirtilmekte ama bunların neler olduğu açıklanmamaktadır. O halde hatırlatma nasıl olmalıdır? İş mahkemelerinde yürütülen davaların hemen tamamında bilirkişi incelemesi yapılmaktadır. Hakim iddianın ispatının bilirkişi incelemesini gerektirdiğini, bilirkişi masrafının tanınan süre içerisinde yatırılmadığı takdirde davacının iddiasını ispat edememiş durumuna düşeceğini ve davanın bu nedenle reddedilebileceğini açıkça bildirmesi gerekir. Bilirkişi incelemesi veya müzekkere yazılması için belirlenen paranın nereye ve ne şekilde yatırılacağı da belirtilmelidir⁵⁸. Davayı takip eden avukatın kesin sürenin anlamını bilecek durumda olması, uyarı yapılmamasının gereği olamaz⁵⁹.

Uygulamada kimi kez yapıldığı üzere tanıkların taraflarca duruşmada hazır bulundurulmasına ilişkin kesin süre verilmesi usule uygun olmadığı için verilen kesin sürenin hukuksal bir değeri yoktur. Çünkü kesin süre ancak tarafın yapabileceği bir iş veya işlem için verilebilir. Tarafın tanığı hazır etme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁰. Öte yandan "...tanıkların bildirilerek davetiye tebliği ya da duruşmada hazır edilmesi.." biçiminde terditli olarak verilen kesin süre de usulüne uygun verilmiş bir kesin süre değildir⁶¹. Verilen kesin süreye rağmen tanıklara ilişkin ara kararı yerine getirilmemekle birlikte Yargıtaya göre, "... kesin sürede

çıkartılacak davetiyede belirtilecek duruşma gününde tanıklar hazır edilmiş olduğunda artık kesin süreye uyulmadığı gerekçesiyle tanıkların dinlenilmemesi hatalı olur."⁶² O halde hazır olan tanığı dinlemek gerekecektir. Hakim, tarafların usul hukukuna ilişkin kuralları dolayısıyla, tanık gösterme taleplerini kötüye kullanmalarına izin vermemelidir. Bu noktada, gösterilen tanıkların iddiayı aydınlatmaya ve ispata yeter sayı ile sınırlandırılması mümkündür⁶³. Yargıtaya göre tanığın yetkisiz veya görevsiz hukuk mahkemesinde alınan ifadesi dava konusu olay ve olguların ispatında delil olarak kullanılabilir⁶⁴.

Delil gösterme yönünden verilen kesin süre içerisinde deliller bildirilmiş olmakla birlikte, bildirilen delillerin toplanması (tanıkların dinlenmesi) için ayrıca mahkemece ücret ve masraf yönünden kesin süre verilmelidir. İlk defa verilen ve kesin olmayan süre içerisinde gerekli giderler ödenmemiş ise tarafa gösterdiği delillerin toplanması için gerekli masrafları ödemek üzere yeniden süre verilmelidir⁶⁵. Mahkeme tarafından re'sen başvurulabilecek deliller (örneğin keşif ve bilirkişi incelemesi gibi) yönünden, verilen süre içerisinde gider karşılanmaması durumunda, ileride haksız çıkan taraftan alınmak üzere bu giderin HUMK 415. maddesi uyarınca devlet hazinesinden karşılanmasına karar verilebilir⁶⁶.

Kesin süreye ilişkin uygulamalarda gözden uzak tutulmaması gereken bir yön de kesin süreye, ilgili taraf kadar hakim de aynı derecede saygılı olması gerektiğidir. Bazı hallerde kesin süreye uyulmaması davanın hemen reddini zorunlu kıldığı halde, mahkemelerce çok kez gereksiz soruşturmalar yapılmakta, bir sürü zaman ve para harcamasına yol açan ve yıllarca süren bir uğraşmadan sonra dava kesin süreye uyulmamaktan reddedilmektedir. Böyle bir uygulama biçimi kesin süre kurumunu amaçından uzaklaştırmaktadır. Bu durumda, kesin süre anlamsız olmakta, etkinliği zaafa uğramakta, hukuksal bir neden ve araç olma niteliğini yitirmekte, bir bahane sayılmak konumuna düşmektedir. Netice itibarıyla, bu yolla davanın reddedilmesi yargısal tasarruflara karşı beslenen güven duygularını sarsmaktadır⁶⁷.

F. Hüküm

Tahkikat bittikten sonra artık delil ibraz edilmez. Evrak üzerinde hüküm verilmesi söz konusu değilse, 376. maddeye göre hakim iki tarafın son sözlerini dinledikten sonra yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder. Kararın tefhimi, en az 388. maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur. Zorunlu nedenlerle yalnız hüküm sonucunun tefhim edildiği hallerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak onbeş gün içinde yazılması gerekir (md.489). “Ekli karar okundu” veya “davanın kısmen kabulüne” gibi soyut nitelikli hüküm verilmemesi gerekir. Böyle bir karar şeklinde esasen hüküm bildirilmiş olmamaktadır⁶⁸. Hazır olan taraflara hüküm tefhim edilir ve temyiz süresi de tefhimden itibaren başlar. Hüküm sırasında hazır olanlara gerekçeli kararın tebliği söz konusu değildir. Temyiz süresi yani sekiz günlük süre yüze karşı verilen hükmün tefhimini izleyen günden başlar⁶⁹.

1. Dosya Üzerinden Karar Verilmesi

İş yargılamasının gereği esas olan, mahkemenin duruşma açıp, tarafları dinleyip karar vermesidir. Dosya üzerinden karar verilmesi istisnai bir durumdur. İş mahkemelerinde duruşma açılmaksızın dosya üzerinden karar verilebilir mi? Kamu düzeninden olması ve dava şartı olması nedeniyle görevsizlik ve yetkisizlik kararları duruşma yapılmadan verilebilir. Birleştirme kararları da duruşma yapılmadan verilebilmektedir. Birleştirme kararları bakımından duruşma yapılmadığı gibi uygulamada tebligat safhası tamamlanmadan dahi karar verilebilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, taraflara nasıl olsa birleştirilen mahkemede tebliğ yapılabacağından tebliğ yapılmadan birleştirme kararı verilebilmesi mümkündür⁷⁰.

Dosya üzerinden karar verilmesine imkan sağlayan bir hüküm 2821 sayılı Yasanın 15. maddesinde bulunmaktadır. Söz konusu maddede TİS yapma yetkisi bakımından tarafların başvurusu üzerine “İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata iddiasıyla süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar.” de-

İş yargılamasında tasarruf ilkesi geçerlidir.

nilmektedir. Bunun dışında mahkemeler iddia ve savunmaların araştırılmasını duruşma açmak suretiyle yaparlar.

2. Davaların Birleştirilmesi Kararı Verilmesi

Davaların birleştirilmesi iş mahkemelerinde sıkça verilen bir karar türüdür. Aynı mahkemede görülmekte olan bağlantılı davaların birleştirilmesine davanın her aşamasında istek üzerine veya re'sen karar verilebilir. Ancak taraflardan yalnızca birisinin (işçi ya da işverenin) aynı olması tek başına birleştirme için yeterli sebep değildir. Yargıtay, bir futbolcunun çeşitli kulüplerdeki hizmetinin tespiti için bu kulüplere karşı tek bir dilekçe ile açılan davanın ayrılması gerektiğine karar vermiştir. Birleştirme için ayrıca duruşma gününün beklenmesi gerekmez⁷¹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesine göre, davaların birleştirilmesi kararıyla birlikte mahkemece dosyadan el çekildiğinden, birleştirme kararı nihai bir karardır ve bu nedenle tek başına temyiz edilebilir. Davaların birleştirilmesine ilişkin karar taraflara tebliğ edilerek kesinleştirilmiş olmalıdır. Kesinleştirilmediği takdirde birleştirilen mahkemenin öncelikle yapacağı iş dava dosyasını mahal mahkemesine iade ederek, kesinleştirilmesinin sağlanması ve ancak anılan kararın kesinleşmesi halinde bu dava dosyasına ilişkin olarak yargılama yapılarak hüküm verilmesidir. Henüz birleştirme kararı kesinleşmemiş dosyaya ilişkin olarak işin esasına girilerek hüküm verilemez⁷².

3. Hüküm Yerine Geçen Taraf İşlemleri

İş yargılamasında tasarruf ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla, taraflar davadan feragat edebilir, davayı kabul edebilir, sulh olabilirler. Sulh, kabul, feragat yargılamanın her aşamasında yapılabilir. Feragat ve kabul kesin hükmün sonuçlarını doğurur. Feragat davanın taraflarından birisinin netice-i talebinden vazgeçmesidir. Hiç kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi açmış olduğu bir davayı da

sonuna kadar takip etmeye zorlanamaz. Bilindiği gibi feragat yalnız mevcut davadan değil o dava ile istenen haktan da vazgeçme anlamına gelir. Vazgeçilen ve düşen hak bir daha istenemez ve dava konusu edilemez hale gelir.

İş yargılamasında sosyal güvenlik bakımından davadan feragatta özel bir durum ortaya çıkmaktadır. Sosyal güvenlik hakkı, anayasal olarak tanınmış ve vazgeçilemez temel bir hak olup, hiç kimse bu hakkından feragat edemez. Dolayısıyla, hizmet tespitine ilişkin davalarda feragat olmaz⁷³. Davacının feragatının geçersizliği açılmış bir davayı takip etme zorunda olduğunu göstermez. Ancak davalı taraf davayı takip etmekte ısrarlı olduğu takdirde hakim feragata rağmen davaya devam etmekle yükümlüdür.

Feragat yönünden uygulamada kimi kez ilgilinin elinden dava açmadan önce, açtığım/açacağım davalardan feragat ediyorum şeklinde belgeler alındığı görülmektedir. Söz konusu belge, açılan davayı somut ve açıkça belirtmediği için açılan davaya ilişkin geçerli bir feragat olarak kabul edilmemektedir⁷⁴. Feragat için derdest dava bulunmalıdır. Kabul yönünden de işverenin, işçinin sosyal güvenliğe ilişkin açtığı davasını kabul etmiş olması, davanın kabulüyle sonuçlanmasını gerektirmez.

G. Kanun Yolları

İş yargılamasında temyiz süresi kararın tefhiminden itibaren başlar (5521/md.8). Ayrıca kararın tebliğ edilmesi temyiz süresini yeniden başlatmaz. Tarafın yokluğunda karar verilmiş ise, temyiz süresi kararın tebliğinden itibaren başlar. Temyiz dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmez. Temyiz dilekçesinin tebliği üzerine daha önce hükmü temyiz etmeyen tarafın temyiz talebinde bulunması şeklinde adlandırılan katılma yoluyla temyiz de olmaz⁷⁵. İş mahkemelerince verilen kararlar ve buna bağlı Yargıtay ilamına karşı karar düzeltme yolu bulunmamaktadır (5521, 8/3). Ne var ki, Yargıtay'ın onama veya bozma kararlarında açıkça maddi yanılmanın bulunması hallerinde dosyanın yeniden incelenmesi mümkündür. Zira maddi yanılığa dayanılarak verilmiş olan onama ve bozma kararları ile hatalı biçimde hak sahibi olmak hu-

kukun temel ilkelerine ters düştüğünden karşı taraf yararına sonuç doğurmamalıdır.

Süresinde temyiz yapılmaması veya temyiz üzerine Yargıtay'ın verdiği onama kararıyla birlikte iş mahkemesinin kararı şeklen kesinleşmiş olmaktadır. İş mahkemelerince verilen kararların bir kısmı kesindir. Örneğin, sendika üyelik başvurusunun reddi üzerine açılan davalar nedeniyle verilen kararlar kesindir (Sen.K. 22/3). Üyenin sendikadan veya konfederasyondan çıkarılma kararına karşı alınan kararlar (25/3); sendika tüzük ve belgelerinde kanuna aykırılık bulunması sebebiyle açılan davalarda alınan kararlar (54/1-2); maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme kesin olarak karar bağlar (TİSGLK, 15/2). Grev oylaması sonucuna itiraz, greve katılmayacak işçilerin tespitine itiraz ve işin durdurulması, işyerinin kapatılması kararına karşı itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Ayrıca HUMK'daki temyiz sınırına ilişkin hükümler iş yargılamasında da geçerlidir.

III. SONUÇ

Bir davada taraflar verilen süre içerisinde delillerini bildirme hakkına sahiptirler. Verilen süre içerisinde delil bildirilmediği takdirde hakim yeniden süre vermesi mümkündür. Dolayısıyla, hakim tarafından kesin süre verilmedikçe taraflar tahkikat bitinceye kadar delil bildirebilirler. Nitekim özellikle davalı taraf böyle bir yolu tercih ederek, delil bildirme süresine ilişkin olanağı, tahkikatın sonuna kadar kullanma yoluna gitmektedir. Ne var ki, sözlü yargılamaya ilişkin kuralların uygulandığı iş yargılamasında, delil bildirme süresine ilişkin bu olanak, yargılamayı uzatmak ve geciktirmek için kullanılabilen bir ilke olarak algılanmamalıdır. Ancak uygulamada delillerin bildirilmesi konusunda verilen süre içerisinde, açıkça delil bildirilmediği takdirde bulunmayan taraf, diğer tarafın delilleri toplanıp bilirkişi raporu alınmasından sonraki aşamalarda delil bildiriminde bulunabilmektedir. Kimi kez delillerin toplanıp özellikle davacı tanıkları dinlendikten sonra davalı taraf tanık dinletme isteminde bulunmaktadır. Bu aşamadan sonra, davalı tarafın yasanın tanıdığı bu olanağı kullanma yoluna

gitmesi usule ilişkin yetkilerin kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, iş yargılaması usulünün konuluş amaçlarından birisi olan, yargılamanın kısa sürede adil bir çözüme kavuşturulması ilkesinin gerçekleşmesine engel olmaktadır. Kaldı ki, verilen süre içerisinde davacı tarafın delilleri toplandıktan sonra, davalı tarafın delil bildirme hakkını kullanmış olması çoğu kez somut olay bakımından MK'nın 2. maddesinde öngörülen dürüst davranma ilkesine aykırılık oluşturmaktadır⁷⁶. Bunun önlenmesi kesin süre verilmesi yoluyla mümkündür. Ancak kesin süre verme konusunda uygulamadaki yetersizlikler nedeniyle, yargılamanın kısa sürede bitirilmesi amacından uzaklaşmaktadır. Bu koşullar altında, iş yargılaması konusunda yeni bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008, s. 123; Yılmaz Ejder, "İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007/8, s. 5.
- 2 Şahlanan, Fevzi; "İş Yargılaması", İÜHF, 1976 1-4, İstanbul 1977, s.377.
- 3 Kar, Bektaş; "İş Yargısının Kaynakları", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2006/2, s. 30 vd.
- 4 Yılmaz, Ejder; "İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2006/4, s. 25 vd.
- 5 Birben Erhan/Öktem Sezgi, "İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, Ankara 2001, s. 1081.
- 6 Birben/Öktem, agm, s. 1091.
- 7 Mollamahmutoğlu, age, s. 126; Günay C. İlhan, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000, s. 35 vd.; Bozkurt H. Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 2003, s. 75 vd.
- 8 Y. 9. HD'nin 23.6.1999 tarih, 1999/10472-11337 sayılı kararı (Meşe Yazılım Programı).
- 9 Günay, age, s. 54.
- 10 Günay, age, s. 178.
- 11 Y. 9. HD'nin 06.10.2008 tarih, 2008/30334-25218 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 12 Günay, age, s. 53.
- 13 5.12.1977 tarih E. 1977/4, 1977/4 K. sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı gerekçesinden (Meşe Yazılım Programı); Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 1, Ankara 2001, s. 164.
- 14 YHGK'nın 22.3.2002 tarih, 2000/2-1 sayılı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası) ve Y. 9. HD'nin 09.11.2004 tarih, 2004/2036-25201 sayılı kararı (özel arşiv); Günay, age, s. 65.
- 15 Y. 10. HD'nin 07.02.2008 tarih, 2007/5803-1169 sayılı kararı (özel arşiv).
- 16 Yılmaz, İş Mahkemeleri Kanunu, agm, s. 7; Y. 21. HD'nin 27.10.2008 tarih, 2007/23615-16624 sayılı kararı (Akın Levent, "İş Yargısında Yetki İtirazı ve Kamu Düzeni", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009 s. 44).
- 17 Şahlanan'a göre davacı işçinin dava tarihinde çalışmakta olduğu işyerinin gözönünde bulundurulması gerekir. (Şahlanan, agm, s. 120).
- 18 Akın, agm, s. 42.
- 19 Yılmaz, İş Mahkemeleri Kanunu, agm, s. 7; Ürcan Gülümcan, Sözlü Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2003, s. 69.
- 20 Akın, agm, s. 44-45.
- 21 Kuru, age, s. 319; YHGK'nın 08.7.2009 tarih, 2009/10-236-345 sayılı kararı (özel arşiv).
- 22 Ürcan, agt, s. 74.
- 23 Şahlanan, agm, s. 383.
- 24 Ürcan, agt, s. 62.
- 25 Y. 10. HD'nin 08.5.2003 tarih, 2003/1389-4062 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 26 "Hukuk Yargılamaları Usulü Kanunu'nun 478 inci maddesi uyarınca sözlü usulde iptidai itirazların her halde ilk oturumda bildirilmesi gerektir ve kanunda hakimin bu konuda taraflara süre verebileceğini gösteren özel bir hüküm yoktur. Usulün 197 ve 198 inci maddeleri hükümleri hem amaçlarının yazılı usulünü düzenlemek olması bakımından hem de 478 inci madde hükmünün özel bir hüküm olması bakımından sözlü usulde uygulanamaz ve esasen davaların tez elden bitirilmesini sağlamak üzere konulmuş bulunan sözlü usulde böyle süreler verilmesi, bu usulün kanuna konuluş sebebine uygun olmaz." (YHGK'nın 12.12.1962 tarih, 1962/4-155-108 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası); Ürcan, agt, s. 63.
- 27 Yılmaz, İş Mahkemeleri Kanunu, agm, s. 7.
- 28 Ürcan, agt, s. 77.
- 29 Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2007, s. 326.
- 30 Günay, age, s. 235.
- 31 Yılmaz Ejder, "İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı", ABD 1983/3-4, s. 12.
- 32 "...Mahkemece karara esas alınan hesap bilirkişi raporunda davacının ücretinin asgari ücretin iki katı olduğu kabul edilerek dava konusu alacaklar hesaplanmışsa da, bilirkişi ve mahkemenin ücret konusundaki bu kabulünü doğrulayan hiçbir delil mevcut değildir. Dosyada ücret bordrosu ve ödeme belgesi bulunmadığı gibi bu konuda tanık anlatımı da bulunmamaktadır. Bu nedenle ilgili meslek kuruluşlarından çalışılan dönemler de belirtilerek bir servis minibüs şoförünün ne kadar ücret alacağı sorularak belirlenmeli daha önceki kararda esas alınan ücretle ilgili kazanılmış

hak ilkesi nazara alınarak gerekli görülürse yeni bir bilirkişi raporu alınmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalıdır.” (Y. 9. HD'nin 03.02.1999 tarih, 1999/1450-1334 sayılı kararı; Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası); “Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu'nun 323. maddesinin 2. fıkrasına göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçiler o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.”(Y. 9. HD'nin 12.5.2008 tarih, 2007/18954-12201 sayılı kararı; Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası); “Davacının ücreti konusunda hiçbir yazılı belge mevcut değildir. Tanık ifadeleri yetersizdir. Bu nedenle çalıştığı iddia edilen yıllar çalıştığı işyeri ve davacının yaptığı iş açıklanarak ilgili meslek kuruluşlarından alabileceği ücret sorulmalı, alınacak cevap bir değerlendirmeye tabi tutularak davacının ücreti belirlenmelidir.” (Y. 9. HD'nin 17.10.2007 tarih, 2007/2622-30652 sayılı kararı; Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası); “Davacının aylık ücretinin miktarı taraflar arasında tartışmalıdır. Davacı işçi 550 YTL ücret ödendiğini ileri sürmüştür, davalı ise imzalı ücret bordrolarına dayanarak asgari ücret ödendiğini savunmuştur. Davacının şikayeti üzerine işyerinde inceleme yapan İş Müfettişi tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda da asgari ücret ödendiği tespit olunmuştur. Davacı tanıkları iddia doğrultusunda anlatımda bulunmuşlardır. Dosya içerisinde bulunan bordrolarda isimleri geçen işçilerin tamamı için asgari ücret ödendiği gösterilmiştir. Bu durumda ilgili meslek örgütünden davacının aylık ne kadar ücret alabileceği sorulmalı, alınacak olan cevap tüm dosya kapsamı ile birlikte yeniden değerlendirilerek bir karar verilmelidir. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. (Y.9. HD'nin 5.6.2007 tarih, 2006/33700-18007 sayılı kararı; Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası); Ayrıca Birben/Öktem, agm, s. 1107.

- 33 YHGK'nın 16.3.1974 tarih, 1972/4-1240-220 sayılı kararı (YKD, 1975/7, s.5).
- 34 Yargıtay bir kararında; “...davalı vekili zamanaşımı def'ini 30.10.2001 tarih ve 14:47 saatini taşıyan faks ile gönderdiği cevap dilekçesi ile yapmış olup davalıya da usulüne uygun olarak tebliğ edilen ilk oturum günü 30.10.2001 tarihli olup saati 09:35'dir. Davalı vekilinin zamanaşımı def'ini ilk oturumdan ve süresinden sonra yapmış olduğu anlaşılma mahkemece suresinde yapılmayan zamanaşımı def'inin reddi gerekirken...” diyerek saat farkı ile de olsa bunu kabul etmemiştir. (Y. 10. HD'nin 05.6.2003 tarih 2003/4075-4667 sayılı kararı; Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 35 Yılmaz, İddia ve Savunma, agm, s. 12; Y. 9. HD'nin 04.12.2000 tarih, 2000/18836-18033 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 36 Y. 4. HD'nin 23.01.1981 tarih, 1980/11363-451 sayılı kararı (YKD 1981/10, s.1265).
- 37 Y. 9. HD'nin 02.4.2007 tarih, 2006/23813-8905 ve 13.5.2008 tarih, 2007/42526-12222 sayılı kararları (Meşe İçtihat ve

Mevzuat Bankası); Yargıtay'ın bir kararına göre; “...davacı vekili ilk oturumda, okunan dava dilekçesini tekrar ettikten sonra, Yargıtay'daki dosyanın beklenmesini, şimdiki davanın ilk davada saklı tuttuğu hakka ilişkin bulunduğunu bildirmiş, davalı vekili de vekaletnamesinin Yargıtay'dan gelecek dosyada olduğunu, dosya gelince savunmasını yapacağını bildirmiş, mahkemece dosyanın Yargıtay'dan gelmesinin beklenmesine, davalı vekilinin savunmasını dosya geldikten sonra yapmasına karar verilmiştir. Dosya Yargıtay'dan gelmiş, ikinci oturumda, davalı vekili ilk savunma olarak alacağı zamanaşımına uğradığını ileri sürmüştür. Vekaletnamesi bulunmadığı için ilk oturumda bir savunmada bulunmayan davalı vekili ikinci oturumda bu savunmayı yapmıştır. Bu davranışta usule uymayan bir yön bulunmamaktadır. Davada vekaletnamesiz temsil söz konusu olamayacağına göre, taraf teşkili kanuni anlamda ikinci oturumda mümkün olmuştur. Zamanaşımı savunması da zamanında yapılmıştır”. (YHGK'nın 20.3.1968 tarih, 1967/9-210-151 sayılı kararı; Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).

- 38 Günay, age, s. 233.
- 39 YHGK'nın 26.9.2007 tarih, 2007/4-621-615 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 40 YHGK'nın 08.10.2003 tarih, 2003/9-510-555 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 41 Y. 9. HD'nin 04.12.2000 tarih, 2000/18836-18033 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 42 Birben/Öktem, agm, s. 1098 vd.
- 43 Ürcan, agt, s. 106 vd.
- 44 Günay, age, s. 237; “Kural olarak tarafların delillerini ilk oturumda göstermeleri gerekir ise de, tarafların ilk oturumda delillerini göstermemeleri halinde hakim taraflara delillerini göstermeleri için süre verebilir.” (Y. 9. HD'nin 23.10.1997 tarih, 1997/16577-18030 sayılı kararı; Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 45 Ürcan, agt, s.84 vd.
- 46 YHGK'nın 09.12.1983 tarih, 1981/11-214-1290 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 47 YHGK'nın 15.3.2006 tarih, 2006/9-21-72 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 48 Y. 9. HD'nin 29.03.2004 tarih, 2003/17464-6200 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 49 Bozkurt, age, s. 399; Y. 7. HD'nin 13.6.1978 tarih, 1978/9396-8792 sayılı kararı (YKD 1979/2, s. 208).
- 50 YHGK'nın 25.9.2002 tarih, 2002/9-616-646 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 51 Yılmaz Ejder, “Hukuk Davasında Hakimın Verdiği Kesin Mehilin Hakkı Kısıtlaması”, ABD, 1987/1, s. 45.
- 52 Kuru/Arslan/Yılmaz, age, s. 781.
- 53 Y. 19. HD'nin 13.10.2006 tarih, 2006/2437-9637 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 54 Yılmaz, Kesin Mehil, agm, s. 44.
- 55 Y. 9. HD'nin 29.12.1988 tarih, 1988/13229-13002 sayılı kararı (YKD 1989/8, s.1117).
- 56 Y. 21. HD'nin 23.6.2008 tarih, 2008/22436-9609 sayılı kararı

(YKD 2009/10, s. 1945).

- 57 YHGK'nın 15.5.1974 tarih, 1972/605-528 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 58 Y.18.HD'nin 28.01.2003 tarih, 2002/9960-344 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 59 YHGK'nın 06.10.2004 tarih, 2004/512-464 sayılı kararı (özel arşiv).
- 60 Ertanhan Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s. 179; Y. 9. HD nin 07.02.2006 tarih, 2005/31199-2546 sayılı kararı (Legal İSGHD 2006/10, s. 713).
- 61 Y. 9. HD'nin 14.12.2004 tarih, 2004/3152-27742 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 62 Y. 9. HD'nin 24.1.2007 tarih, 2006/16589-722 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 63 Ertanhan, age, s. 206 vd.
- 64 Ertanhan, age, s. 365 vd.
- 65 Y. 2. HD'nin 20.01.1987 tarih, 1986/11077-180 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası); Arslan Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 101 vd.
- 66 Y. 9. HD'nin 18.10.2007 tarih, 2007/5161-30857 sayılı kararı; "İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ile ilgili düzenlemeler nite-likçe kural olarak kamu düzeniyle ilgilidir. Bu bakımdan, kusur ve hesap raporlarının alınması ve sair hususların in-celenmesi davanın niteliği gözönünde tutularak, gerçeğin saptanması yönünden tarafların istemlerine bakılmaksızın hakim görevi gereğince re'sen yerine getirmesi gereken hususlardandır. Bu nedenle somut olayda; HUMK.nun 415. maddenin öngördüğü prosedür işletilmek suretiyle sonuca gidilmesi gerektiği açık seçiktir"(Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 67 Y. 1. HD'nin 31.5.1976 tarih, 1976/5962-5718 sayılı kararı (YKD, 1976/12, s.1652).
- 68 YHGK'nın 18.03.1987 tarih, 1987/216-209 sayılı kararı (YKD 1988/5, s. 603).
- 69 YİBBGK'nın 21.4.1975 tarih, 1975/4-4 sayılı kararı (Meşe İç-tihat ve Mevzuat Bankası).
- 70 YHGK'nın 24.12.2008 tarih, 2008/9-768-784 sayılı kararı (özel arşiv).
- 71 YHGK'nın 24.12.2008 tarih, 2008/9-768-784 sayılı kararı (özel arşiv).
- 72 Y. 11. HD'nin 09.11.2004 tarih, 2004/18-11018 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 73 Y. 10. HD'nin 02.3.2009 tarih, 2007/24470-2358 sayılı kararı (özel arşiv).
- 74 Y. 10. HD'nin 03.6.2008 tarih, 2008/6723-7756 sayılı kararı (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).
- 75 "HUMK'un 433/2. maddesinde karşı tarafın, hükmü süre-sinde temyiz etmemiş olsa bile, 10 gün içinde vereceği ce-vap dilekçesinde hükme ilişkin itirazlarını bildirecek, temyiz isteğinde de bulunabileceği belirtilmiş ise de, 5521 sayılı Yasada bu hükmün uygulanacağına ilişkin bir açıklama mevcut değildir. Bu nedenle, bu hükmün iş mahkemesin-

den verilen hükümler yönünden uygulanmaması yerleşmiş bir uygulama haline gelmiştir. Dolayısıyla, temyize cevap dilekçesi ile ileri sürülen temyiz istemleri reddedilmektedir" (Y.21. HD'nin 25.12.2003 tarih, 2003/11423-10908 sayılı ka-rarı; Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası).

- 76 Y. 11. HD'nin 28.5.2004 tarih, 2003/11314-6003 sayılı kararı (özel arşiv).

KAYNAKÇA

- Akın Levent, "İş Yargısında Yetki İtirazı ve Kamu Düzeni", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2009/2.
- Arslan Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- Birben Erhan/Öktem Sezgi, "İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendiril-mesi", Nuri Çelik Armağanı, Ankara 2001.
- Bozkurt H. Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 2003.
- Ertanhan Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005.
- Günay C. İlhan, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000.
- Kar Bektaş, "İş Yargısının Kaynakları", Sicil İş Hukuku Der-gisi, 2006/2.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 2001.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hu-kuku, Ankara 2007.
- Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008.
- Şahlanan Fevzi, "İş Yargılaması", İÜHF, 1976 1-4, İstanbul 1977.
- Ürcan Gülümcan, Sözlü Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2003.
- Yılmaz Ejder, "Hukuk Davasında Hakim Verdiği Kesin Mehlin Hakkı Kısıtlaması", Ankara Barosu Dergisi, 1987/1.
- Yılmaz Ejder, "İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007/8.
- Yılmaz Ejder, "İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İl-gili Özellikler", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2006/4.
- Yılmaz Ejder, "İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişle-tilmesi/Değiştirilmesi Yasası", ABD 1983/3-4.

İkale (Sözleşmeyi Sona Erdirme) Sözleşmesi

İkale kavramı, hukukumuzda varolan, ancak hiçbir yasada düzenlenmemiş bulunan bir kavramdır. Herhangi bir sözleşmeyi, yapanların karşılıklı anlaşması ile bozması, sona erdirmesi anlamına gelir.

İş hukukunda çok az rastlanan ikale, iş güvencesi hükümlerinin uygulanmaya başlaması, işe geri dönüş davalarının çok hızlı bir biçimde artması ve çok büyük oranda bu davaların işçi lehine sonuçlanması sonucu gündeme gelmiştir. Davalar, her ne kadar, genellikle işçi lehine sonuçlansa da, çok uzun sürmesi, varolan işsizlik ortamında, ikaleyi bazen cankurtaran simidi durumuna getirmektedir. İşverenin büyük ödünceler ödemekten çekinmesi ve daha da önemlisi, işten çıkardığı bir kişiyi yeniden işe alması hem işverenin prestiji açısından, hem işyerinde yönetimi zor duruma düşürmesi yönünden, ikale yolu, iyi bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir. İşçi yönünden de davaların uzun sürmesi dolayısıyla, ödenceyi geç alabilmesi, ikale yolu ile gereksinimini bir süre karşılayacak maddesel olanağı elde etmesi açı-

sından seçilebilir bir yol olarak gözükmekte, zaman zaman da işçinin kişisel bazı nedenleri, bu yolu seçmeyi uygun göstermektedir. Sözleşmeler yapıldıktan sonra yine işe geri dönüş davalarının da açılabilmesi, mahkemelerin ve Yargıtay'ın gereklilik denetim ve ölçütleri, konuyu hep güncel tutmuş ve çeşitli hukuksal tartışmalar ve çatışmalar ortaya çıkmıştır.

Yargıtay pek çok kararında ikale sözleşmesinin gerekliliği ve hangi esaslara dayanarak denetlenebileceği yolunda güzel gerekçelere dayanan ve esas oluşturabilecek nitelikte kararlar verdi. Böylece, bu ciddi ve gerçekten çok önemli sonuçlar doğurabilecek nitelikteki konu, büyük ölçüde aydınlığa kavuştu. Ancak yine de bazı konularda çelişkiler ve duraksamalar ortaya çıkmaktadır.

1. İKALE KAVRAMI

İkale kavramının önce tanımını yapmak ve daha sonra özellik ve niteliklerini incelemek, Yasada tanımı bulunmayan bu kavramı daha iyi anlamaya yardım edecektir.

1- Tanımı

İkale, tarafların daha önce oluşturdukları bir hukuksal ilişkiyi, başka bir hukuksal işlemle ortadan kaldırma anlamını taşır. Daha hukuksal bir anlatımı da “Daha önce yapılmış olan bir sözleşmenin tarafların karşılıklı istençleriyle yeni bir sözleşme ile bozulması veya ortadan kaldırılmasına ikale denir.” biçiminde yapılabilir. Buna benzer bir tanım da şöyle yapılmaktadır: “Bir sözleşmenin taraflarının o sözleşmenin ortadan kaldırılması noktasında yaptıkları sözleşmeye ikale denir.”¹ Yargıtay bir kararında, ikale sözleşmesini, bütün özelliklerini de belirterek şöyle tanımlamaktadır: “İşçi ve işveren iradelerinin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanunu’nda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa iletmiş olduğu iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur.”²

2- Özellikleri

İkale sözleşmesinin belli başlı özellikleri şunlardır:

a) İkale iki yanlı (sinalagmatik) bir sözleşmedir. Bu nedenle sözleşmenin iki yanı vardır. Genel olarak kabul gören görüş, ikaleyi ancak sözleşme taraflarının yapabileceği yönündedir. Ancak, konu, iş hukuku gibi sözleşme tarafının kolayca değişebileceği bir hukuk dalında ele alınıyorsa bu kadar katı ve kesin değerlendirilemez. İşçi ile işvereni bağlayan ilişki iş veya hizmet sözleşmesidir. Taraflardan birinin, bu sözleşmenin kendisiyle sözleşme yapılan işçi olacağı kesindir. Fakat işveren yanı değişebilir. İşyerini devralan bir işveren bazı işçileri, işten çıkartmak yerine, özellikle işe geri dönme riskinden çekinerek, bu işçilerle ikale sözleşmesi yapabilir. İşveren değişmiştir, ancak devraldığı için bu değişikliğin hukuksal açıdan büyük bir önemi yoktur. Daha kısa bir anlatımla, ikaleyi, iş sözleşmesinin yanı olan işçi ile iş sözleşmesini imzalayan işveren yahut bu işveren değişmişse yeni işveren yapabilir.

Bir başka soru da işçileri temsil eden sendikanın ikale sözleşmesi yapıp yapmayacağıdır.

Kanımca, sendikanın işçilerin yerine geçerek ve onların özgür istençlerini kullanarak böyle bir sözleşme yapabilmesi söz konusu olmaz. Sendika, ancak işçilerin, ortak hak ve çıkarlarını koruyacak anlaşmalar yapabilir veya onları temsilen bazı başvurularda veya işlemlerde bulunabilir. Bireysel bir sözleşme olan iş sözleşmesini bozabilmek için bir ikale sözleşmesine taraf olmak, sendikanın etkinlikleri içinde olmadığı gibi asıl amacı ile de uygun düşmez. Fakat bir toplu çıkarma söz konusu olduğu zaman, işverenle bir çalışma yapıp işçilere değişik çıkarlar sağlayabilir. Nitekim uygulamada bu örneğe çok rastlanmaktadır. Kabul etmek gerekir ki böyle bir anlaşma, yalnızca, işçilere sağlanan çıkarları belirleyebilir. Yoksa ikale sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmeyi bozma yolunda bir icapta sendika bulunamaz veya işverenin böyle bir icabını kabul edemez. Böyle bir anlaşma yapılsa bile işçi, bu anlaşmanın özgür istenci ile yapılmadığını belirterek bir işe geri dönme davası açarsa çok büyük bir olasılıkla mahkeme işçiyi haklı görecektir.

b) Sözleşmenin biçimi konusu da ilginç bir niteliktedir. Yasada böyle bir sözleşme olmadığı için herhangi bir biçim koşulu da bulunmamaktadır.

İkalenin en önemli özelliği, tarafların var olan iş veya hizmet sözleşmesini bozma (ortadan kaldırma) yolunda ortak istençlerinin birleşmiş olmasıdır. Bu istencin de sözleşmeyi bozmaya yönelik olduğunun açık biçimde kanıtlanması gerekir. Genel olarak düşünülürse, bu istenç bildirimleri açık ve belirgin biçimde olacağı gibi bazen de örtülü biçimde olabilir. Örneğin, kamu kesiminde işçi olarak çalışan bir kişi, memur statüsüne geçirilir ve işçi de itiraz etmeden bu statüde çalışmaya devam ederse, üstü örtülü bir istenç bildirimlerinin birleştiği, eski hizmet sözleşmesinin ortadan kaldırıldığı ve statü hükmüne bağlı yeni bir hizmet sözleşmesinin yapıldığı rahatlıkla söylenebilir.³

İşçinin tek yanlı bir istenç bildirimini ile ödenecilerinin ödenmesi koşulu ile işverene işten ayrılmak istediğini bildirmesinin ikale sayılıp sayılmayacağı konusunda Yargıtay kararları çelişkili bir durumdadır. 9. Hukuk Dairesi E.6998-K.7700 sayılı ve 1.9.2007 tarihli bir kara-

Sözleşme başka bir yolla sona erdikten sonra ikale sözleşmesi düzenlenecek olursa, bu sözleşme ikale sözleşmesi olmaz.

rında, işçinin işten ayrılmayı bildirmiş olmasının ve işverenin de bildirim ve kıdem ödencesini ödemesinin, ikale anlaşmasının üstü örtülü yapıldığı anlamına geldiğini kabul etmiştir.⁴ Öte yandan E.34079-K.26691 sayılı ve 13.10.2008 tarihli kararı ise, ilk kararın tam tersi yönündedir. Bu kararda, Yargıtay'ın yerleşik içtihadına uygun olarak, istifanın koşula bağlanamayacağı ve karar olarak geçerli olmayacağı belirtilmiş ve ancak bu istemin istifa olarak değil ikaleye yönelik bir icap olarak kabul edileceği öngörülmüştür.⁵ Kanımca, Yargıtay'ın ikinci kararındaki görüş, daha doğru bir yaklaşımdır. İşçi, böyle bir davranışla ancak bir icapta bulunmuş olabilir. İşverenin kabulü de bir sözleşme yapıldığını değil yalnızca işçinin bir istencini yerine getirmek olarak düşünülebilir. Çünkü işveren herhangi bir biçimde sözleşmeyi sonlandırma istencini belirtmemiştir.

II. İKALE SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

İkale sözleşmesi için mevzuatta herhangi bir özel hüküm yoktur. Ancak, bu sözleşme borçlar hukuku kapsamında bir sözleşme olduğu için, Borçlar Yasası'ndaki sözleşmelerle ilgili genel hükümler ikale sözleşmesi için de geçerli olacaktır.⁶

Öncelikle tarafların hakları kullanma yetkinliğine ve ayrıca sözleşme yapabilme yetkinliğine sahip olmaları gerekir. Örneğin 18 yaşından küçük bir çocukla yapılan iş sözleşmesi, ikale yoluyla bozulmak istenirse ve çocuk hâlâ 18 yaşından küçükse, ikale sözleşmesinin velisi ile yapılması gerekecektir.

Tarafların istenç bildirimlerinin karşılıklı olarak hukuka uygun biçimde yapılması da, doğal bir zorunluluktur. İkale sözleşmesinde en önemli nokta, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi yolundaki karşılıklı istençlerdir. Bir taraf sözleşmeyi karşılıklı olarak bozma yolunda istenç bildiri-

minde bulunacak, öteki taraf da bu karşılıklı bozma istencini kabul edecektir. *Çil'in* de isabetle belirttiği gibi, tarafların ikale sözleşmesi kurma yolundaki icabının öteki tarafça, bozma bildirimini olarak değerlendirilmesi olanaklı değildir.⁷ Gerçekten, bildirimde bulunurken karşılıklı bozma niyetinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

İkale sözleşmesinin kurulmasında, iş sözleşmesinin türü önemli değildir. Sözleşme, belirli veya belirsiz süreli olabileceği gibi mevsimlik iş sözleşmesi de olabilir. Aynı biçimde sözleşmenin kısmi süreli olması veya çağrı üzerine sözleşme olmasının da önemi olmadığı gibi sürekli veya süreksiz olmasının da bir önemi yoktur.

İkale sözleşmesi, iş sözleşmesi kurulduktan sonra herhangi bir zamanda kurulabilir. Bunun zamanına taraflar karar verir.

Fakat dikkat edilecek nokta, iş sözleşmesinin daha önce başka bir yolla sona ermiş olmasıdır. Sözleşme başka bir yolla sona erdikten sonra ikale sözleşmesi düzenlenecek olursa, bu sözleşme ikale sözleşmesi olmaz. Tarafların yaptıkları sözleşmenin içeriğine göre sulh sözleşmesi ve aklanma sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.⁸ Örneğin 1 Mayıs'ta sona eren belirli bir iş sözleşmesinden sonra taraflar anlaşarak 3 Mayıs'ta bir ikale sözleşme yaparlarsa, bu büyük bir olasılıkla bir aklanma veya sulh sözleşmesi olacaktır. İşveren, belirsiz süreli bir sözleşmeyi erdirdikten sonra, işçisi ile bir ikale sözleşmesi yapar ve işçinin bütün haklarını aldığı ve ayrıca bir ek ödeme yapıldığı bu sözleşmede belirtilse bile bu sözleşme bir aklanma sözleşmesi olacak ve geçerli bir ikale sözleşmesindeki gibi iş güvencesini ortadan kaldırmayacaktır.

Sözleşmenin biçiminde ise öğretide iki görüş vardır. Birinci görüşe göre Borçlar Yasası'nın 12. maddesinde yazılı olarak yapılması gereken sözleşmenin de değiştirilmesinin aynı biçimde yapılması gerekir. Bu nedenle ikale sözleşmesinin de yazılı yapılması zorunludur.⁹ İkinci görüşe göre ise ikale sözleşmesi bir değişiklik sözleşmesi değildir, sona ermeye yöneliktir. Bu nedenle bu bağımsız sözleşme herhangi bir biçim koşuluna bağlı değildir.¹⁰

Kanımca, ikale sözleşmesi herhangi bir biçime bağlı değildir. Özellikle, iş sözleşmelerinde

Feragat, doğmamış bir hak için kullanılamaz. Bu nedenle, ikale sözleşmesinden ayrılır.

yalnızca belirli süresi bir yıl ve daha çok olanlar, yazılı biçimde olduğuna göre, ikale sözleşmesinin bir bölüm iş sözleşmesinde yazılı, bir bölümünde yazılı olmama gibi tuhaf bir uygulama ortaya çıkabilir.

Ayrıca gerçekten ikale sözleşmesi bağımsız bir sözleşmedir ve ilk sözleşmenin biçimine bağlı olması gerekmez. Ancak, kanıtlanma açısından ikale sözleşmesinin yazılı olmasının çok yararlı olacağı söylenebilir. Gerçekten, çok önemli sonuçlar doğuran bu sözleşmenin yazılı olması doğru olabilir. Borçlar Yasası'nın yeni düzenlenmesinde, ikale sözleşmesinin biçimi ve koşullarının da belirtilmesinin yararlı olacağını düşünüyorum.

III. İKALE SÖZLEŞMESİNİN AKLANMA VEYA FERAGATTAN AYRIMI

İkale sözleşmesi, aklanma (ibra) sözleşmesi veya feragate benzer. Ancak aralarında önemli ayrımlar vardır.

1- Aklanma Sözleşmesinden Ayrımı

Alacak hakkının ortadan kaldırılması için borç ilişkisinin taraflarının bu konudaki istenç açıklamalarının uyuşması gerekir. Daha hukuksal deyişle bir sözleşme yapılmalıdır. İşte aklanma sözleşmesi de böyle bir sözleşmedir. Alacaklının, borçluyu yaptığı bir sözleşme ile alacağının tümünden veya bir bölümünden vazgeçerek, borçluyu borçtan kurtarmasına aklanma (ibra) sözleşmesi denilir.¹¹

Aklanma sözleşmesi borcu ortadan kaldırır. Oysa ki ikale sözleşmesi, borcu yalnızca sona erdirir. Aklanma sözleşmesiyle, eskiye ait olan veya geleceğe dönük borçlar tümüyle veya bir bölümü ile ortadan kaldırılırken, ikale sözleşmesi yalnızca geleceğe dönüktür. İş sözleşmesi devam ederken doğmuş bulunan borçları ortadan kaldırmaz. Örneğin kullanılmayan izin hakkının parası, ücret borcu, fazla çalışma

ücretleri gibi doğmuş bulunan haklar ortadan kaldırılamaz. Yalnızca sözleşme sona erdirilir ve bu sona erme dolayısıyla doğabilecek hukuksal uyuşmazlık ve çıkarların çözülmesi amaçlanır.

2- Feragattan Ayrımı

Feragat, aslında bir usul hukuku işlemidir. Davacının davayla ilgili isteminin bir bölümünden veya tümünden vazgeçmesi anlamına gelir. Feragat, bir kesin hüküm niteliğindedir ve feragat edilen haklar tekrar dava konusu yapılamaz. Feragat, doğmamış bir hak için kullanılamaz. Bu nedenle, ikale sözleşmesinden ayrılır. İkale sözleşmesinde, dava hakkından vazgeçilmemektedir. Yalnızca sözleşmeyi sona erdirmeye yolunda bir istenç uyumu vardır. İşçi, rahatlıkla mahkemeye gidip hakkı olduğu şeylerin vermediği konusunda dava açabilir. Şu halde ikale sözleşmesinde, işe geri dönme davasından feragat edilmesine ilişkin hükümler varsa ve bunlar bir dava açılırsa geçersiz sayılacaktır. Ancak mahkeme ikale sözleşmesini geçerli sayarsa, işe iade davası hüküm doğurmayacaktır.

IV. GEÇERLİLİK DENETİMİ

İkale sözleşmesi yapıldıktan sonra bile sorun tam anlamı ile çözülememektedir. Çünkü gerek iş mahkemeleri ve gerekse Yargıtay ikale sözleşmesi yapıldıktan sonra iş mahkemesinde işe geri dönme davası açan işçinin bu davasını incelemekte ve bu sözleşmenin geçerliliğini denetlemektedir. Yargıtay'ın bazı kararlarındaki çelişkiler de konunun önemini artırmaktadır.

1- Kavram ve Nedenleri

Yargıda ikale sözleşmesi incelenmekte ve sözleşmenin geçerli olup olmadığı konusunda bir hüküm oluşturulmaktadır. Bu duruma kısaca geçerlilik denetimi denilmektedir. Bu denetimin nedeni esas olarak, işçinin bazı temel haklarından yoksun kalıp kalmadığını araştırmaktır. İşçiye 4857 sayılı Yasa ile verilmiş olan iş güvencesi, gerçekten işçinin korunma ilkesini en fazla sağlayabilecek bir kavramdır. İkale sözleşmesi ile bu güvencenin kaldırılması, her zaman Yasanın amaçladığı ikaleyi zedeleyebilir, ortadan kaldırabilir. Gerçekten, geçerli nedene dayanmadan işçi işten çıkarılabilir ve kendisi-

İşçi-işveren ilişkilerinin sağlıklı olabilmesi için en önemli öğelerden biri aralarındaki çıkar ilişkisinin adil bir dengede tutulmasıdır.

ne sağlanan çıkar karşılığında, mahkemedan alabileceği yüksek bir ödenceden yoksun kalabilir. Bu nedenle geçerlilik denetimi yapılarak çeşitli ölçütlerle, sözleşmenin geçerliliği araştırılmalıdır. Sözleşme özgürlüğü kavramı ileri sürülerek, böyle bir denetimin yapılmaması gerektiği de zaman zaman ileri sürülmektedir. Kanımca, bu denetimin mutlaka yapılması çok uygun olacaktır. Çünkü ülkemizde işsizlik en önemli ekonomik ve toplumsal bir gerçektir. İşçinin ekonomik durumunun zayıflığından yararlanarak, hiç olmazsa manevi baskı ile bir ikale sözleşmesi yapılabilir. İşe geri dönme davalarının da çok uzun bir süreçte sonuçlanması, ikale yapma heves ve isteğini kamçılamaktadır. Bu nedenle yargının bu konuyu titizlikle araştırması, hem yasaların uygulanmasını sağlamak gibi hukuksal bir açıdan ve hem de maddesel yönden korunması gereken bir kitleyi koruması ve toplumsal adaleti sağlaması açısından çok uygun bir yaklaşımdır. Ancak, bu denetim yapılırken, ölçütlerini çok adil seçmek, işçi-işveren çıkarlarındaki çok duyarlı dengeyi bozmamak gerekir.

2- Geçerlilik Denetiminin Hukuksal ve Toplumsal Dayanakları

Geçerlilik denetiminde genel olarak iki temel dayanak vardır. Tarafların çıkar dengesi ve işçiye özel bir güvence sağlamak.

a- Çıkar Dengesi

İşçi-işveren ilişkilerinin sağlıklı olabilmesi için en önemli öğelerden biri aralarındaki çıkar ilişkisinin adil bir dengede tutulmasıdır.

İlk bakışta, bozma sözleşmesinin işçinin çıkarına olmadığı söylenebilir. İş sözleşmesi işveren tarafından bozulursa, işçi, kıdem ve bildirim ödencesi alabileceği gibi işsizlik sigortasından da yararlanacaktır. Ayrıca dava sonucu, işe geri dönmesi ve işe alınmasa bile

önemli ödünceler alması söz konusudur. Oysa ki bozma sözleşmesinde, işsizlik sigortasından para alamayacağı gibi, iş güvencesinden yararlanma olanağı da önemli ölçüde ortadan kaldırılmaktadır. Böylece denge işveren lehine bozulmuş gibi gözükmektedir. Yargıtay da aynı düşüncede olup vermiş olduğu bir kararında “bozma sözleşmesindeki uyumsuzlukta, işçi lehine değerlendirmek gerekir. Çünkü işçi, iş güvencesinden yoksun bırakılmış ve geçerli olmayan bir aklamaya belgesi ve feragatnameye dayanarak sözleşme sona erdirilmiş” demiştir.¹²

Bu genel yaklaşıma karşın, bozma sözleşmesinin işçi lehine olması da olanaklıdır. Özellikle, sözleşmeyi bozma isteği işçiden geliyorsa, durumu bu açıdan ele almak gerekir. İşçi, böylece bildirim ödencesinden, belki de bir cezai koşuldan kurtulacaktır. Örneğin, işçinin kendisine iş bulduğu durumlarda, sözleşmenin anlaşma ile bozulmasını istemesi olasıdır.¹³ Satış temsilcilerinin veya bankada çalışanların sözleşmelerinde genellikle rekabet yasağı koşulu vardır. İşçi, bir bozma anlaşması ile bu rekabet yasağını ortadan kaldıracaktır. Yine aynı biçimde, işe geri dönme davalarının uzun sürmesi dolayısıyla, işçi anlaşma yolunu yeğleyip bir an önce kıdem ve bildirim ödüncelerini ve bir miktar da ek ödemeyi alarak ayrılmak isteyebilir. Kıdemi fazla olan ve kıdem ödencesi yüksek tutarlarında bulunan işçinin bu yolu seçmesinde yararı olduğu kolaylıkla söylenebilir. Yargıtay yine bir kararında “ikale sözleşmesinin işçi lehine yapılarak yapılmadığının denetlenmesi gerekir. Ayrıca icabın işçiden veya işverenden gelmesi ile olayın somut özellikleri de irdelenmelidir” demektedir.¹⁴

b- İşçiye Özel Güvence

Dengenin sağlanabilmesi ve bozma sözleşmesinin işçinin çıkarları aleyhine bir durum yaratmaması için gereklilik denetimi yapılırken, yalnızca borçlar hukukunda var olan istenci sakatlayan durumların incelenmesi yetmez. Ayrıca Medeni Yasa'daki iyiniyet kuralları da her zaman yeterli olmaz. Çünkü her şeye karşın, işe geri dönme, işçi açısından çok

önemli bir güvencedir. İşçinin her zaman tam anlamı ile özgür biçimde istencini kullandığı söylenemez. İşçi kısa süreli çıkarlar için, belki de maddesel bir borçtan kurulmak için, iş sözleşmesini bozma yolunu seçebilir. Böyle durumlarda, işçinin hukuksal bakımdan bir eksiği olmayan ve fakat gönülsüz bir rızasının varlığı kabul edilmelidir ve buna karşı ayrı bir güvence getirilmesi gerekir.

Yabancı hukuk sistemlerinde de bu biçimde bazı özel güvenceler taşıyan ölçütler getirilmektedir. İş hukuku bakımından gelişmekte olan bir ülke durumundaki Amerika Birleşik Devletleri'nde bile özel güvenceler taşıyan geçerlilik denetimi ölçütleri getirilmiş bulunmaktadır.¹⁵

c- Dar ve İşçi Yararına Yorum

Dayanılacak hukuksal yaklaşımlardan bir tanesi de işçi lehine yorum ilkesidir.

Yargıtay bazı kararlarında bu ilkeye değinmiştir. (Yarg. 9. HD. E. 27825-K. 7827 ve 08.04.2008 tarihli karar, E. 30760-K. 9208 ve 21.04.2008 tarihli karar). Bu kararda bozma sözleşmelerinin titizlikle ele alınması; bozmanın yorumunda iş hukukundaki işçi yararına yorum ilkesinin gözönünde bulundurulması ve aklanmanın dar yorumu ilkesinin bozma sözleşmesinde de uygulanması gerektiği noktalarını açıkça belirtmiştir.¹⁶

Gerçekten bozma sözleşmesinin geçerliliğinin denetiminde aklanma sözleşmesi veya belgelerinin geçerliliği konusundaki özen ve titizliğin gösterilmesi çok yerinde olacaktır.

V. GEÇERLİLİK ÖLÇÜTLERİ

Geçerlilik denetimi genel olarak iki hukuksal esasa bağlı olarak yapılmaktadır. Bu esaslardan birincisi Borçlar Yasası'ndaki istenci bozan, sakatlayan durumlar olarak kabul edilen nedendir. İkincisi ise İş Yasası'nın işçiyi koruma yaklaşımıdır.

1- Borçlar Yasası'nın İstenci Bozan, Sakatlayan Durumlar Olarak Kabul Ettiği Olaylar

Bu olaylar, muvazaa, gabin, hata, dolan, kor-

kutma olarak sıralanabilir. Ayrıca, işverenin iyiniyetli olup olmadığı da önem kazanmaktadır.

a- İyiniyet Ölçüsü

Eğer sözleşmenin bozulması konusunda işverenin kötüniyeti saptanamamışsa, sözleşmeyi geçerli saymak, sözleşme yapma özgürlüğüne uygun bir yaklaşım olacaktır. İşveren, bu sözleşme yapma hakkını dürüstlük ilkelerine uygun kullanmış, gerekli dikkat ve özeni göstermişse başka bir deyişle, hakkını kötüye kullanmamışsa ikale sözleşmesi geçerli olacaktır. Yargıtay bazı kararlarında bunu açıkça belirlemiştir. Yarg. 9. HD. bir kararında "işçi ayrılmak istemiş ve işveren kabul etmiştir. Karşılıklı zımni rıza vardır. Bu nedenle sözleşme geçerlidir" demiştir.¹⁷

Başka bir kararında da "toplu çıkarmada, işveren önce gönüllü çıkmak isteyenleri çıkaracağını bildirmiş, işçi ile gönüllü olarak ikale yapılmıştır. Bu durumda sözleşme geçerli olacaktır"¹⁸ diyerek, açık olmasa da iyi niyet kuralarını uygulamış bulunmaktadır.

b- İstenci Sakatlayan veya Bozan Durumlar

Borçlar Yasası'nda, istenci sakatlayan durumlar olarak belirtilen olayların ikaleyi (bozma sözleşmesini) de bozacağı kabul edilmiştir. Ancak, son bir iş mahkemesi kararında "fesih karşılıklı anlaşma ile yapılmışsa ve iradenin sakatlandığı kanıtlanamamışsa, bu anlaşma geçerli olur" diyerek istencin sakatlandığının kesin kanıtı bağlanması istenmiştir.¹⁹

aa- Muvazaa

İkale sözleşmesini bozabilecek nedenlerden biri de muvazaadır. Örneğin, işçinin başka bir işverene geçici olarak gönderilmesi hususunda taraflar anlaşabilirler. Ancak, Yasanın 7. maddesinin getirdiği sınırlamalardan kaçınmak için, işçi ile bir ikale sözleşmesi imzalayıp iş sözleşmesini ortadan kaldırabilir, dolayısıyla iş güvencesi yaptırımlarından da kurtulur. İşçiyi üçüncü kişiye göndererek geçici iş ilişkisi gibi çalıştırabilir. Bu durum saptandığı takdirde bir muvazaa olduğu açıktır ve sözleşme geçersiz sayılacaktır.²⁰

bb- Gabin

Zincirleme belirli süreli sözleşme yapmak isteyen ancak Yasanın getirdiği sınırlamalar dolayısıyla bunu yapamayan işveren, belirsiz süreli bir iş sözleşmesini, belirli süreler sonunda ikale ile sona erdirip, sonra tekrar kurabilir. Ancak bu durumda, muvazaadan daha çok yasaya karşı dolan ile birlikte gabin vardır. Çünkü işveren toplumsal ve ekonomik üstünlüğünü kullanarak sözleşme eşitliğini kendi lehine bozmuştur. Doğaldır ki bu ikale sözleşmeleri de geçersiz sayılacaktır.²¹

cc- Hata

Bozma sözleşmesi yapılırken her iki yanın ve özellikle daha donanımsız olan işçinin hata yapması doğaldır. Örneğin, ikale sonucu işten ayrılacak işçi ikale dolayısıyla kendisine işsizlik yardımı yapılmayacağını bilmeyebilir. Çünkü bu konu, gerçekten karmaşıktır ve bilgi ister. Özellikle ücreti düşük olanlarda, ek bir ödeme yapılsa bile, işsizlik ödeneği tutarı, bu ödemededen yüksek olabilir. Bu nedenle Yargıtay, bir kararında “ikale ile sözleşme sona ermişse işsizlik sigortası ödenmez. Bu nedenle işçinin bilgilendirilmesi ve kendisine makul bir yarar sağlanması gerekir” diye bu hususu açıkça belirtmiştir.²²

Bu bakımdan bozma (ikale) sözleşmesi yapılırken işçinin bilgilendirildiği sözleşmeye açıkça yazılmalıdır. İşçi, yoksun kaldığı veya kalacağı haklar ile kendisine sağlanan çıkarlar konusunda açık bir biçimde aydınlatılmalı ve bu hususlar sözleşmeye yazılmalıdır. Böylece, sözleşme üzerindeki baskı savları bir ölçüde ortadan kaldırıldığı gibi, işveren de dürüst davranma ilkesine uyarak gerekli dikkat ve özeni göstermiş olacaktır.

dd- Dolan (Hile)

Dolan da istenci sakatlayan bir olaydır. Gerçekten de yasaların bazı boşluklarından veya eksik yahut hatalı yazımlardan dolayı yasaya karşı dolanma olanağı bulunabilir. Yargıtay bu konuda da titiz davranmış ve ilginç bir kararında dolanı kabul etmeyerek, bozma sözleşmesini geçersiz saymıştır. Yargıtay 9. HD. E. 34013-K. 10531 sayılı ve 28.04.2008 tarihli kararında “iş devam ederken karşılıklı anlaş-

İkale sözleşmesi yapılırken işçinin bilgilendirildiği sözleşmeye açıkça yazılmalıdır.

ma ile sözleşmenin sona erdirilme tarihini 32 gün ücretli izin vererek imzalatması, iş güvencesini ortadan kaldırmaya yöneliktir ve bu ikale sözleşmesi geçersizdir” diyerek bu noktayı açıkça belirtmiştir.²³ Bir başka kararında da “ihbar, kıdem tazminatı ve işsizlik sigortası kaybının ödenmesi makul yarar anlamına gelmez. Ödemenin 32 gün sonra yapılması, iş güvencesini bertaraf etme anlamına gelir” diyerek sözleşmeyi geçersiz saymıştır.²⁴

ee-Tebdit (Korkutma)

Korkutma, istenci sakatlayan en önemli olaylardan biridir. İş hukukunda sıklıkla manevi baskı biçiminde görülür. İşverenin bozma sözleşmesi görüşmelerinde işçiyi baskı altına alması olanaklıdır. En sık yapılan baskılardan başlıcası, işçiye kıdem, bildirim ödemelerinin ve öteki işçi haklarının ödenmeyeceği yolunda olmaktadır. Eninde sonunda, işçi, bu haklarını mahkeme kararı ile alabilecektir. Ancak, davaların uzun sürede bitmemesi ve işçinin, ekonomik durumunun zayıflığı, iş bulmada güçlük çekmesi ve dolayısıyla geçinebilmek için paraya gereksinimi olması, bu baskı öğesinin önemini arttırmaktadır.

Ayrıca, işçinin ve özellikle daha üst pozisyonlarda çalışan işçinin uğrayabileceği bir başka baskı yolu da, kendisinin kara listeye alınacağı, başka işverenlere bu kişinin işe alınmaması yolunda tavsiyelerde bulunulacağı biçiminde yapılan tehditlerdir. İş bulma şansının zor olduğu dönemlerde, işveren ile davalı olan veya uyuşmazlık çıkartan bir işçinin öteki işverenlerce de işe alınma olasılığının azalacağı bir gerçektir. Bu nedenle, böyle bir baskı, işçinin, en azından gönülsüz rızası ile bozma sözleşmesini imzalaması sonucunu doğurmaktadır.

Bir başka baskı yolu da mobbing denilen psikolojik yıldırma yoludur. Bozma sözleşmesini imzalamak istemeyen çalışanın yetkileri kaldırılmakta, kendisine iş verilmemekte, öteki çalışanlarla bağlantısı kesilerek, işyerinde

yalnız adam durumuna getirilmektedir. Böylesine ağır bir psikolojik durumun, işçiyi yıldıracağı, hatta zaman zaman ruhsal travmalara neden olduğu gözlenmektedir. Pek doğaldır ki daha pek çok baskı ögesinden söz etmek olasıdır. Ancak, dikkat edilmesi gerekli bir başka nokta da baskı kavramının, çalışan tarafından kötüye kullanılması yoludur. Uygulamada zaman zaman, oldukça iyi koşullarla imzalanmış bir bozma sözleşmesinden sonra, işçi tarafından açılan işe geri alma davalarında, sözleşmenin baskı altında imzalandığı savı ileri sürülmektedir. Böyle durumlarda, çalışanın pozisyonu, eğitimi gibi noktalar derinliğine incelenmeli, yalnızca uydurma tanık sözleri ile baskı yapıldığı yolunda karar verilmemelidir. Ayrıca, bozma isteminin hangi yandan geldiği de gözönüne alınmalıdır. Daha açık bir deyişle, baskı ögesi savı çok yönlü olarak araştırılmalı, yalnızca işçi lehine yorum kuralı ile bu sav kabul edilmemelidir. İş mahkemeleri ve Yargıtay bu konuda titiz davranmakta ve derinliğine inceleme yapılmasının gerekliliğini belirtmektedir. Bir kararında “fesih, karşılıklı anlaşma ile yapılmışsa ve iradenin sakatlandığı kanıtlanmamışsa, bu anlaşma geçerli olur” gerçeğini belirtmiştir.²⁵ Bir başka Yargıtay kararında “Birim birleşmesi yapılmış ve istihdam fazlası ortaya çıkmıştır. İşçinin de muvafakatinin olması dolayısıyla işe iade reddedilmiştir.”²⁶ Daha ilginç bir kararda ise “Bölge Çalışma Müdürlüğüne getirilen bir işçinin baskı ile bir belgeyi imzalaması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle işe iade istemi reddedilmelidir.”²⁷ denilerek her baskı savının geçerli olmayacağı belirlenmiştir.

2- İş Yasası'nın Koruma Anlayışına Bağlı Ölçütler

Borçlar Yasası'nın getirdiği istenci sakatlayan durumlar, her ne kadar, bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda önemli yaklaşım ve ölçütler de getirirse, işçi-işveren ilişkilerinin özelliği, çıkar dengeleri, ekonomik durum ve işsizlik gibi bazı ekonomik ve toplumsal kavramlar, bu ölçütleri zaman zaman yetersiz kılmaktadır.

Bu nedenle gerek öğretilerde gerekse Yargı-

Baskı ögesi savı çok yönlü olarak araştırılmalı, yalnızca işçi lehine yorum kuralı ile bu sav kabul edilmemelidir.

tay kararlarında iş hukukunun işçiyi koruyucu yaklaşımına uygun bazı değişik ölçütler getirilmiştir. Bu ölçütlerin en önemli iki tanesi akla uygun yarar ve ek olanaklardır.

a- Akla Uygun Yarar Ölçütü

Bozma sözleşmesinin geçerli kabul edilebilmesi için bu sözleşmenin işçiyeye “akla uygun bir yarar” sağlama ölçütü esas tutulmaktadır. Bu ölçüt, işverenin sözleşmeyi bozmasına göre, işçi açısından çok daha zararlı bir durum yaratacak olan bozma sözleşmesini işçinin kabul etmesi için akla uygun bir yarar elde etmesi varsayımına dayanmaktadır.²⁸ Bu bir nesnel (objektif) ölçüttür. Ancak akla uygun bir yarar olduğu kanıtlanabilirse, işçinin iş güvencesi gibi önemli bir hakkından vazgeçmesinin haklı ve nesnel bir nedeni olacağı söylenebilir.

İş hukukunda, bu akla uygun yarar ölçütünün çok önemli bir dayanağı vardır: İşverenin işçiyi gözetme yükümlülüğü. Bu yükümlülük gözönünde tutulduğu zaman, bozma sözleşmesi yapılırken, işveren işçiyi bilgilendirmeli, aceleye getirmemeli, yoksun kalacağı haklar konusunda aydınlatmalı ve baskı uygulamamalıdır. Ayrıca olağan yaşam koşullarında hiçbir işçinin, böyle bir yararı olmadan bozma sözleşmesi yapmayacağı da düşünülürse, işçisini gözeten bir işverenin, ona, bu bozma sözleşmesinden dolayı akla uygun bir yarar sağlaması, bu sözleşmeden zarar görmemesini sağlaması gerekir.²⁹

Akla uygun yarar ölçütü değişken olabilir. Önerinin işçiden gelmesi, işverenin iş sözleşmesini bozabilecek gerçek bir haklı veya geçerli nedenin bulunmasına göre bu akla uygun yarar saptanabilir.

Akla uygun yararın ne olabileceğinin veya tutarının değerlendirilmesi de yargıca bırakılmalıdır. Başka bir deyişle sağlanan yararın, akla uygun olup olmadığı yargıcın, somut

koşulları değerlendirmesi ile saptanmalıdır. Yukarıda belirtilen durumlar, bu somut saptamaya dayanarak oluşturulabilir. Yargıtay bir kararında bu noktaya şöyle değinmiştir: “İkale sözleşmesinin işçi lehine yapılıp yapılmadığının, işçinin makul yararının olup olmadığının, irade sakatlanması bulunup bulunmadığının denetlenmesi gerekir. Ayrıca icabın işçiden veya işverenden gelmesi ile olayın somut özellikleri de gözönünde tutulmalıdır.”³⁰

Gerçekten Yargıtay’ın değindiği nokta çok önemlidir. İcabın işçiden gelmesi ve herhangi bir baskının kanıtlanmaması durumunda, bu istemin gerekçesine bakmak uygun olur. Belki işçi yeni bir iş bulmuştur, ancak bildirim süresinde çalışmak istemeden bildirim ve kıdem ödencesini istemektedir. İşveren de bunu kabul etmiştir. Böyle bir durumda başkaca bir olanak sağlanmasa bile işçiye ciddi bir çıkar ve dolayısıyla akla uygun bir yarar sağlanmaktadır. Ayrıca rekabet yasağından veya sözleşmesinin bitirilmesi ile ilgili bir cezai koşuldan kurtulmak amacı ile de bozma sözleşmesi yapılabilir.

Yine işyerinde kıdemi daha az olana daha az bir ek ödeme yapmak, eşit davranma ilkesine aykırı olmadığı gibi akla uygun bir yaklaşım olacaktır. Bu ölçütlerin değerlendirilmesinde en önemli nokta, yalnızca hukuksal değil, ekonomik, işletmesel, toplumsal, bireysel ve psikolojik boyutların bir arada ele alınması ve birlikte gözden geçirilmesidir. Böylece sorun bir bütün olarak ele alınmış ve doğru çözüme götürecek bir yaklaşım sağlanmış olur.

b- Ek Olanaklar

Akla uygun bir yarar sağlanmasında, doğallıkla ilk düşünülen kavram bazı ödemelerin yapılması ve hatta yasal sınır ve yükümlülük-

Bozma sözleşmesi geçersiz sayılıp bir iş sözleşmesinin bozulması söz konusu olsa bile, ikale sözleşmesinin geçersizliği, iş sözleşmesinin geçerli nedenle bozulmadığını ifade etmez.

lerin üzerinde olanaklar sağlanmasıdır. Ancak, paranın yanı sıra bazı değişik ek olanaklar da sağlanabilir. Örneğin bildirim önelinde işçinin çalıştırılmaması ve bildirim ödencesinin ödenmesi gibi... Yahut, işçinin kolaylıkla iş bulabilmesi için bazı aracı kurumlarla anlaşma sağlanarak, işçinin bu olanaktan yararlanması veyahut kendisinin ve ailesinin özel sağlık sigortasının, sözleşmenin bittiği tarihten sonraki bir zamanda, örneğin poliçenin bitim tarihine kadar sona erdirilmesinin sağlanması gibi... Zamanın koşullarına göre daha değişik, özgün ve işçinin yararına olanaklar da düşünülebilir.

Ek olanaklar konusunda en önemli kavramın bazı ödemeler olduğu yukarıda belirtilmiştir. İşçinin bildirim öneline ait ödence ile bir yılını doldurmuşsa kıdem ödencesinin mutlaka, bu bozma sözleşmesinde yer alması gerekir. Çünkü eğer iş sözleşmesinin bozulması geçersiz sayılacaksa zaten bu ödemeler kendisine ödenecektir. Ayrıca hak edilip de kullanılmayan yıllık ücretli izinlere ait tutarlar da bu sözleşmeye konulursa yararlı olur. Böylece, işçinin bütün hakları bir defada ödenmiş olur. Alacağı ücret varsa doğaldır ki bu da derhal ödenmelidir.

Bunların yanı sıra, işsizlik sigortası alamayacağına işçiye anlatıldığı da bozma sözleşmesinde yer almalıdır. Ayrıca işsizlik ödeneği kadar bir tutarın, ek ödeme olarak sözleşmeye konulmasında yarar vardır. Özellikle düşük ücretli çalışanlar için bu tutar çok önemlidir. Bu nedenle bozma sözleşmesinde yer alması önemlidir.

Bütün bunların dışında, iş güvencesi dolayısıyla alabileceği ödemelerin de bir tutarının sözleşmeye konulması gerekir. En azından üç-dört aylık bir ödencenin sözleşmeye konulması, akla uygun bir yarar sağlandığı yolundaki yaklaşımı güçlendirecektir. Yargıtay’ın, bu tutarlarla ilgili kesin bir görüşü yoktur. Zaten tek ve kesin bir görüşün belirlenmesi de uygun değildir. Durumun gereğine göre ek olanaklar değerlendirilecektir. Önemli olan gerçekten bir yarar sağlayıp sağlanmadığının belirlenebilecek ölçütte ek olanak verilmesidir.

Bütün bu ödeme kalemlerinin tek tek yazılması da her zaman zorunlu değildir. Yargıtay bir kararında “... işveren tarafından iş akdi sona eren her işçiye on aylık ek ücret ödemesi yapılması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu ödeme ile iş güvencesi davası sonunda alınabilecek ücret ve tazminatların da ödendiği ve bunları kapsadığı anlaşılmaktadır.”³¹ denilmiştir. Kanımca, böyle bir karara karşın yine de sağlanan çıkar ve yararların olumlu biçimde yapılması, baskı savlarını azaltacağı gibi yapılan sözleşmenin de geçerliliği konusunda çok önemli bir kanıt değeri taşıyacaktır.

VI. BOZMA SÖZLEŞMESİNİN SONUÇLARI

Bozma sözleşmesi iki konuda önemli sonuçlar vermektedir: İş güvencesi ve vergileme.

1- İş Güvencesi Açısından

İş güvencesi açısından, bozma sözleşmesinin geçerliliğine göre sonuç doğmaktadır.

a- Bozma Sözleşmesi Geçerli İse:

Eğer bozma sözleşmesinin geçerliliği mahkeme kabul edilirse veya bu sözleşmeden sonra bir işe iade davası açılmazsa, iş güvencesi ile ilgili herhangi bir yaptırım uygulanmayacaktır. Yargıtay’ın da yerleşik içtihadı bu yoldadır.

Geçerli bir bozma sözleşmesi, iş güvencesi ile ilgili bütün yaptırımları ve yükümlülükleri ortadan kaldırır.

b- Bozma Sözleşmesi Geçerli Değilse:

Bozma sözleşmesi, mahkeme ve Yargıtay’ca geçerli olarak kabul edilmezse, tümüyle hükümlerini yitirir. Açılmış olan işe geri dönme davaları devam eder. Ancak Yargıtay bazı konularda, bozma sözleşmesini geçerli saymamış ve daha sonra yapılan feshin de geçersiz olduğuna karar vermiştir. Kanımca bu hatalı bir yaklaşımdır. Bozma sözleşmesi geçersiz sayılıp bir iş sözleşmesinin bozulması söz konusu olsa bile, ikale sözleşmesinin geçersizliği, iş sözleşmesinin geçerli nedenle bozulmadığını ifade etmez. İkisi ayrı kavramlardır. Bundan dolayı ikale sözleşmesi geçersiz olsa bile, mahkeme iş sözleşmesinin bozulmasında geçerli neden

Bildirim ve kıdem ödencesi verilmesi bozma sözleşmesinin yasal bir sonucu değildir.

Bildirim ve kıdem ödemelerinden vergi kesilecek, ancak bunlar sigorta priminden bağışık olduğu için prim ödenmeyecektir.

olup olmadığını aramalı ve ona göre karar vermelidir.

2- Vergileme Sorunları

İşçi bozma sözleşmesi ile işten ayrılınca, kendisine işsizlik sigortasından yardım yapılmayacaktır. Yargıtay’ın bir kararı ile de bu açıkça belirtilmiştir.³² Çünkü Yasada, işsizlik sigortasından yardım almayı gerektirecek durumlar arasında bozma (ikale) sözleşmesi yoktur.

Aynı biçimde bildirim ve kıdem ödencesi verilmesi de bozma sözleşmesinin yasal bir sonucu değildir.

Bundan dolayı bildirim ve kıdem ödemelerinden vergi kesilecek, ancak bunlar sigorta priminden bağışık olduğu için prim ödenmeyecektir.

Bozma sözleşmesinde işsizlik sigortası tutarı kadar bir ödeme öngörülmüşse bu ödemeden de hem vergi ve hem de sigorta primi kesilecektir.

Yine bozma sözleşmesinde yer alan öteki ek ödemelerden de vergi ve sigorta kesintisi yapılacaktır. Doğaldır ki bu sigorta kesintileri yapılırken, sigorta tavanı ve bununla ilgili yasal düzenlemeler gözönüne alınarak işlem yapılacaktır.

SONUÇ

Hukukumuzda yeni olarak görülmeye başlanan bozma (ikale) sözleşmesi, gerçekten önemli sonuçlar doğuracak bir belgedir.

İşçinin akla uygun yararının korunduğu ve baskı yapılmadığı kanıtlandığı takdirde, iş güvencesinden dolayı işverenin yükümlülükleri biraz hafiflemiş olacağı gibi işçi de çok uzun

süre beklemeden bazı çıkarlar ve yararlar sağlanmış olacaktır.

Gereklik denetimi uygun biçimde yapıldığı ve işçi-işveren tarafları da hukuksal ve ahlaksal yaklaşımlarını koruyup dürüst hareket ettikleri takdirde bozma sözleşmesinin yarar sağlayacağı açıktır.

DİPNOTLAR

- 1 Sevimli, Ahmet; İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, Sicil Derg. Yıl/4, Sy/14, Sf/85, Haziran 2009-İstanbul.
- 2 Yarg. 9. HD. E. 26232-K. 5313 ve 13.08.2008 tarihli karar (Kazancı İçtihat Bankası).
- 3 Aynı düşüncede Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, Sf/581, 2008 Ankara.
- 4 Karar için bkz. Tühis İş Hukuku ve İktisat Derg. C/20, S/6, Sf/33 Ankara.
- 5 Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.
- 6 Elmas, Serkan; Türk İş Hukukunda İkale, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Derg. C/11, Sy/1, Sf/90, 2009 Ankara.
- 7 Çil, Şahin; İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkisi, Sicil Derg. Y/2, Sy/7, Sf/27, Eylül 2007-İstanbul.
- 8 Aydın, Ufuk; İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Erdirilmesi, Çimento İşveren Derg. C/18, Sy/3, Sf/6, Mayıs 2004.
- 9 Mollamahmutoğlu; a.e.g. Sf/582 - Elmas; a.e.g. Sf/89.
- 10 Aydın; a.g.m. Sf/8 - Çil; a.g.m. Sf/27.
- 11 Sevimli, Ahmet; a.g.m. Sf/85.
- 12 Yargıtay Kararları için bkz; Yarg. 9. HD. E. 26232-K. 5313 ve 18.03.2008 tarihli karar (Legalbank).
- 13 Alp, Mustafa; İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesinin) Geçerlilik Koşulları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derg. C/17, Sf/30-31, 2008-İstanbul.
- 14 Yargıtay Kararı için bkz; Yarg. 9. HD. E. 27825-K. 7827 ve 08.04.2008 tarihli karar (Legalbank).
- 15 Alp, Mustafa; a.g.m Sf/35.
- 16 Sevimli, Ahmet; a.g.m Sf/94.
- 17 Yarg. 9. HD. E. 2473-K. 2638 sayı ve 21.12.1994 tarihli karar (Legalbank).
- 18 Yarg. 9. HD. E. 9198-K. 8641 sayı ve 14.04.2008 tarihli karar (Legalbank).
- 19 Üsküdar 3. İş Mahkemesi E. 611-K. 961 sayı ve 16.11.2009 tarihli karar (Özel Dosya No: 2117).
- 20 Elmas, Serkan; a.g.m. Sf/95.
- 21 Elmas, Serkan; a.g.m. Sf/95.
- 22 Yarg. 9. HD. E. 1888-K. 25058 sayı ve 25.09.2008 tarihli karar (Özel Dosya No: 2116).

- 23 Karar için bkz. (Legalbank).
- 24 Yarg. 9. HD. E. 1888-K. 25058 sayı ve 25.09.2008 tarihli karar (Legalbank net).
- 25 Üsküdar 3. İş Mahkemesi E. 611-K. 961 sayı ve 16.11.2009 tarihli karar (Özel Dosya No: 2117).
- 26 Yarg. 9. HD. E. 27843-K. 10113 sayı ve 29.01.2007 tarihli karar (Legalbank).
- 27 Yarg. 9. HD. E. 13434-K. 18102 sayı ve 08.07.2004 tarihli karar (Legalbank).
- 28 Sevimli, Ahmet; a.g.m. Sf/94.
- 29 Alp, Mustafa; a.g.m. Sf/38-39.
- 30 Yarg. 9. HD. E. 27825-K. 7827 sayı ve 08.04.2008 tarihli karar (Legalbank).
- 31 Yarg. 9. HD. E. 1156-K. 62 sayı ve 09.03.2007 tarihli karar (Alpagut, Gülsevil; İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşması ile Sona Ermesi, 11, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, Sf/47-48, 2008-İstanbul).
- 32 Yarg. 9. HD. E. 1888-K. 25058 sayı ve 25.09.2008 tarihli karar (Özel Dosya No: 2116).

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan; İş Hukuku, Ankara, 2008.
- Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2008.
- İnce, Ergun; İş Hukuku, İstanbul, 2007.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, Ankara, 2008.
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, Ankara 2008.
- Alp, Mustafa; İş Hukukunda İkale (Bozma) Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersi, İstanbul, 2008.
- Alpagut, Gülsevil; İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Koşullar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşması ile Sona Ermesi, 11. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008.
- Aydın, Ufuk; İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Erdirilmesi, Çimento İşveren Dergisi, C/18, S/3, Ankara, Mayıs 2004.
- Çil, Şahin; İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkisi, Sicil Dergisi, Y/2, S/7, İstanbul, Eylül 2007.
- Elmas, Serkan; Türk İş Hukukunda İkale, Kamu İş Dergisi, C/11, S/1, Ankara 2009.
- Sevimli, Ahmet; İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, Sicil Dergisi, Y/4 S/14, İstanbul, Haziran 2009.

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartlarının Hukuki Niteliği

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2010/1845
Karar No : 2010/1808
Tarihi : 02.01.2010

YARGITAY KARARI

Davacı kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Y. Tekbaş tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı işçinin kıdem tazminatı hesabında daha önce memur olarak kamu kurumunda çalışılan sürenin dikkate alınıp

alınamayacağı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dâhilinde verilen toplu paraya “kıdem tazminatı” denilmektedir. Kıdem tazminatının koşulları, hesabı ve ödeme şekli doğrudan İş Kanunlarında düzenlenmiştir.

Kıdem tazminatı, feshe bağlı haklardan olsa da, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda talep hakkı doğmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesi hükmüne göre yürürlükte bırakılan 1475 sayılı yasanın 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir.

Kıdem tazminatına hak kazanma nokta-

sında en az bir yıllık çalışma yönünde yasal koşul, İş Kanunu sistemi içinde nispi emredici bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Buna göre toplu ya da bireysel iş sözleşmeleri en az bir yıl çalışma koşulu işçi lehine azaltılabilecektir.

İşçinin işyerinde fiilen çalışmaya başladığı tarih en az bir yıllık sürenin başlangıcıdır. Tarafların iş ilişkisi kurulması yönünde varmış oldukları ön anlaşma bu süreyi başlatmaz. Yine iş sözleşmesinin imza tarihi yerine, fiilen iş ilişkisinin kurulduğu tarih, tazminatına hak kazanma ve hesap yönünden dikkate alınması gereken süreyi başlatacaktır, işçinin çıraklık ilişkisinde geçen süreler de kıdem tazminatına esas alınacak süre yönünden değerlendirilemeyecektir. Buna karşın deneme süresi, kıdem süresine eklenir.

İşçinin kıdem hakkı bakımından aranan en az bir yıllık süre, derhal fesihlerde fesih bildirildiği anda sona erer. Kural olarak fesih bildirim muhataba ulaştığı anda sonuçlarını doğur. Bildirimli fesihler yönünden ise ihbar öneli süreye dahil edilir.

İşçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi yerinde olur. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır.

İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Örneğin ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz.

2822 sayılı yasanın 42. maddesinin 5. fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz.

İşçinin en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olmalıdır. Kural olarak aynı gruba ya da

holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ"dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9. HD. 26.3.1999 gün 1999/18733 E., 1999/6672 K.). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E., 2005/37457 K.). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/5762 E. 2007/30979 K.). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılama özelliği davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem tazminatının hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir.

1475 sayılı yasanın 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasıllı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kaza-

nacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirilmesi için gerekli bir koşuldur, işçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak, aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Zamanaşımı definin ileri sürülmesi halinde önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem 10 yılı aşmışsa önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz.

İşçinin kamu kurumlarında işçilikte geçen hizmetlerinin birleştirilmesi için önceki çalışmaların, fesih şekli itibarıyla kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesi gerektiği 1475 sayılı yasanın 14/5. maddesinde açık biçimde düzenlenmiş olmakla, aynı kuralın memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışılan süre yönünden de değerlendirilmesi gerekir. Temel amacı işçiyi korumak olan İş Kanununun işçi yönünden öngörmediği bir kuralın memur olarak çalışılan süre için uygulanması düşünülemez. Aksine çözüm tarzı, tüm süreyi işçilikte geçirdiği halde ilk dönem çalışması istifa ile sona eren işçi bakımından bir eşitsizlik ortaya çıkarır.

İşyerinde memur ya da sözleşmeli perso-

nel olarak çalışmış olan ve kendi isteği ile ayrılarak başka bir kamu kurumunda işçi olarak çalışmaya başlayan işçi yönünden yapılan işlemin prosedür gereği olduğundan da söz edilemez. İşçi daha iyi şartlarda ve ayrı bir statüde çalışma yolunu seçmiştir. Bu itibarla istifa ile sona eren memur ya da sözleşmeli personel döneminin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları da bu doğrultudadır (Yargıtay H.G.K. 15.10.2008 gün 2008/9-586 E., 2008/633 K.; 28.11.2007 gün 2007/9-814 E., 2008/896 K.).

İstifa ile sona ermemiş olan memuriyet dönemi ile sözleşmeli personel olarak çalışılan süreler 1475 sayılı yasanın 14. maddesinin 6. maddesinde sözü edilen özel tavan gözetilmek suretiyle tazminat hesabında dikkate alınmalıdır.

Somut olayda davacı 16.06.1977 tarihinde şahsi işlerim nedeniyle ayrılıyorum yazılı istifa dilekçesi ile memuriyetten istifa ederek işçiliğe geçmiştir. İstifa kıdem tazminatına hak kazanılmasına engeldir. Davacı daha iyi şartlarda ayrı bir statüde çalışma yolunu seçmiştir. Bu nedenle istifa ile sona eren memuriyet döneminin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması Hukuk Genel Kurulunun 2009/9/469 E., 2009-570 K. sayılı kararına göre de yerinde değildir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 02.01.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

İnceleme konusu yapılan karar çerçevesinde kıdem tazminatına hak kazanma ile ilgili bazı durumların tartışma konusu yapıldığı görülmektedir. Ancak esas konu memur olarak kamu kurumunda çalışan bir kimsenin istifa

ederek görevinden ayrılması ve işçiliğe geçmesi ile işçilikten kıdem tazminatını alarak ayrılırken memuriyette geçen sürenin de kıdem tazminatını talep etmesidir. Yargıtay işçinin memuriyette geçen çalışma süresinin istifa ile sonlanmasını gerekçe göstererek kıdem tazminatını talep edemeyeceğini kararlaştırmış-

tır. Ancak kanaatimce kararda esas olarak ele alınıp incelenmesi gereken konu kıdem tazminatı hakkını düzenleyen 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddeye müeyyide getiren md. 98/D hükmünün iptaliyle, kıdem tazminatına hak kazanmaya ilişkin şartların mutlak emredici nitelikten, nispi emredici niteliğe dönüşüp dönüşmediğidir.

Bilindiği gibi kıdem tazminatı en önemli işçilik haklarından. 1936 yılında çıkarılıp 1937 yılında yürürlüğe sokulan 3008 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesi kıdem tazminatı hakkını tanımış olup şu düzenlemeyi getirmiştir; "Bütün işçiler hakkındaki fesihlerde, beş seneden fazla olan her tam iş senesi için ayrıca on beş günlük ücret tutarında tazminat dahi verilir." Bu düzenlemede görülen kıdem tazminatı yıllar içerisinde geliştirilerek bugün itibarıyla çalışılan her yıl için 30 günlük ücrette (asgari haddi) dönüştürülmüştür.

Kıdem tazminatı iş sözleşmesinin ancak belirli fesih halleri (ya da iş sözleşmesinin bazı sona erme halleri) ile son bulmasında ödenen bir tazminattır. Bu halleri eski 1475 sayılı İş Kanunu'nun (4857 sayılı Kanun'da 120. madde olarak yürürlüğü devam ettiği ifade edilen) 14. maddesinde şu şekilde belirlemiştir;

- İşçinin en az bir yıl çalışmış olması temel şartına ilaveten;
- İş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanunu md.17, 25/I, III ve IV hükmü gereği feshedilmiş olması,
- İşçi tarafından İş Kanunu md.24 hükmü gereği feshedilmiş olması,
- Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla iş sözleşmesinin feshi,
- Kadın işçilerin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmesini feshetmesi,
- Malullük, yaşlılık aylığı, toptan ödeme alma amacıyla iş sözleşmesinin feshedilmesi,
- İşçinin ölümü.

Bu belirtilen hallerden birisi ile iş sözleşmesi feshedilir ya da sona erer ise işçinin kıdem tazminatı alma hakkı doğacaktır.

Kıdem tazminatı sadece İş Kanunu hükümlerine göre çalışanlar için değil Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu hükümlerine göre çalışanlar için de söz konusudur. Ancak her

iki Kanun hükmüne göre kıdem tazminatına hak kazanabilmenin şartları farklılık arz etmektedir.

İncelemeye konu olan Yargıtay kararında asıl konu çalışılan sürelerden hangisinin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınacağıdır. Burada da kamu kurumunda memur olarak çalışılan sürenin kıdem tazminatının hesabına dâhil edilip edilmeyeceği, memuriyetin sona erme hali esas alınarak değerlendirilmektedir. Esas inceleme konumuz bu olmakla birlikte neden kararda yer almış olduğunu anlayamadığımız bazı ifadeler üzerinde de görüşlerimizi açıklamamız gerekecektir.

Kararda kıdem tazminatının ne olduğu konusunda görüşlere yer verilirken "İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dâhilinde verilen toplu paraya "kıdem tazminatı" denilmektedir" ifadesi kullanılmakta ve kısmen de olsa kıdem tazminatının ödenme gerekçesi açıklanmaya çalışılmaktadır. Yıpranma, yeni iş aramada karşılaşılan güçlükler ve işçinin işyerine sağladığı katkıların dışında kıdem tazminatının ödenme gerekçeleri olarak şunlar da sayılmaktadır; işçinin işyerine bağlılığı, sonraya bırakılmış ücret, yaşlılık sigortası, işsizlik sigortası ya da kendine özgü (sui generis) bir ödeme olması. Bütün bunlar kıdem tazminatının hukuki niteliğini açıklayan farklı görüşlerdir. Kararda bunlara da değinilmiş olması yerinde görülebilir. Ayrıca istirahat raporlarının ne kadar süresinin kıdem tazminatını hesabında dikkate alınacağına ilişkin Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarının zikredilmesi de yerindedir. Kararda belirtildiği üzere işçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi Yargıtay'ca yerinde görülmele birlikte, işçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı da kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır. İşçinin iş sözleşmesinin askıda

geçen sürelerinin de kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaması yerinde olup istikrar kazanmış Yargıtay kararlarındandır. Tutuklulukta ve hükümlülükte geçen sürelerin, grev ve lokavtta geçen sürelerin (işçi grev ve lokavta katılıp isteğiyle çalışmamış ise) ücretsiz izinde geçen sürelerin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaması isabetli olarak kararda belirtilmektedir.

Yargıtay kararında ağırlıklı olarak bir yıllık kıdem süresine ilişkin çalışma süresi incelenmektedir. Ancak kıdem tazminatına hak kazanabilmek için temel şart olan asgari bir yıl işçi olarak çalışma şartı kararda belirtilmekle birlikte, bu sürenin işçi lehine olarak azaltılabileceği belirtilmekte ve bu sürenin İş Kanunu sistemi içinde nispi emredici bir hüküm olarak değerlendirilmesinin doğru olduğu ifade edilmektedir. Hâlbuki şimdiye kadar kıdem tazminatına hak kazanabilmek için gerekli olan asgari bir yıllık sürenin tarafların rızasıyla daha da kısaltılabileceği (işçi lehine olmak kaydıyla), hiç düşünülmemiş ve tartışılmamıştır. Bütün çalışmalarda da kıdem tazminatına hak kazanabilmek için asgari bir yıl çalışmış olma şartının gerekeceği belirtilmektedir¹. Bu sürenin nispi emredici mahiyette olduğunun üzerinde şimdiye kadar durulmamıştır. Ancak bu hususun Yargıtay kararında geçecek şekilde belirtilmesinin bir alt yapısı vardır. Bunu şu şekilde açıklamak gerekmektedir: Bilindiği gibi 1475 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı ilk zamanlarda kıdem tazminatı tavanı ile ilgili bir sınırlama mevcut değildi. Özellikle de 1980 öncesinde kıdem tazminatlarının tavanına ilişkin uygulamalarda önemli sıkıntılar ortaya çıkmıştı. 1475 sayılı Kanunun ilk kabul edildiği halde kıdem tazminatına tavan olarak herhangi bir sınırlamanın getirilmemiş olmasından dolayı toplu iş sözleşmeleriyle oldukça yüksek kıdem tazminatları tespit edilmekte ve bu durumun işletmeler için altından kalkılamaz yükler ortaya çıkardığı ifade edilmekteydi. Kıdem tazminatı çalışılan her yıl için işçiye 30 günlük ücret tutarında bir ücret ödemesi olacak şekilde kanunla kabul edilmişti. 1975 yılında 1927 sayılı Kanunla İş Kanunu'nda yapılan değişikliklerle de kıdem

tazminatının tavanı asgari ücretin 7,5 katı ile sınırlanmıştı. Ancak bu hüküm bir uyuşmazlık üzerine Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilmiş ve Anayasa Mahkemesi 15 Nisan 1979 tarihli kararıyla söz konusu fıkrayı şekil yönünden Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme bir yıl içerisinde yeni bir düzenleme yapılmasını da öngörmüş olmasına rağmen TBMM tarafından yeni bir düzenleme yapılmamış ve kıdem tazminatına ilişkin bir tavan söz konusu olmamıştır. Bu dönemde toplu iş sözleşmeleri ile oldukça yüksek sayılabilecek kıdem tazminatlarının tespit edildiği görülmüştür. 12 Eylül 1980 ihtilali ardından Milli Güvenlik Konseyi'nce yürürlüğe sokulan 23.10.1980 gün ve 2320 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle kıdem tazminatına tavan getiren eski hüküm maddeye yeniden konulmuştur². Daha sonra 1982 yılında 2762 sayılı değişiklik Kanunu ile yapılan ve 1983 yılı başında yürürlüğe girmesi kararlaştırılan değişiklikle kıdem tazminatı tavanı yeni esaslara bağlanmıştır. Buna göre kıdem tazminatı tavanının miktarını asgari ücrete bağlayan hüküm değiştirilmiş ve toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının miktarı Devlet Memurları Kanunu'na tabi en yüksek devlet memuruna 5434 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde ödenecek azami emeklilik ikramiyesini aşamayacağı esası getirilmiştir (2762 sayılı Kanun md.1). Böylelikle kıdem tazminatı tavanı devlet memurları için öngörülen azami emeklilik ikramiyesine endekslenmiş olmaktadır³.

Kıdem tazminatına getirilen bu tavan aynı zamanda cezai hükümlerle de desteklenmiş ve hiçbir işverenin kanunun öngördüğünün dışında miktar ve esaslarla ödeme yapmaması kabul edilmiş, kanunun öngördüğünün dışında miktar ve esaslarla ödeme yapılması halinde hapis ve para cezasına hükmolunacağı düzenlenmişti. Yıllarca bu uygulama devam etmiş 4857 sayılı Kanunun kabulüyle yeni bazı gelişmeler ortaya çıkmıştır. 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hariç bütün maddelerini yürürlükten kaldırmıştır (120. md).

Kıdem tazminatının hak kazanılma usul ve esaslarını, miktarını vs. düzenleyen 14. maddede halen yürürlükte olmasına rağmen 1475 sayılı Kanunla getirilen cezai hükümler ortadan kalkmıştır. Cezai hükümlerin ortadan kalkmasıyla kıdem tazminatına tavan getiren, hangi hallerde kıdem tazminatının hak edileceğini düzenleyen esasları belirleyen hükümlerin de artık eskisi gibi mutlak emredici hükümler olmayacağı bazıları tarafından düşünülmektedir. Kıdem tazminatına hak kazanmanın şartlarını belirleyen ve aynı zamanda bunları cezai müeyyideye bağlayan şartların varlığı sebebiyle kıdem tazminatının emredici karakterli bir düzenleme ürünü olduğu, ancak bu emrediciliğin artık eskisi gibi mutlak nitelikte değil nispi nitelikte olduğu görüşü ifade edilmektedir. Fakat kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddenin cezai müeyyidelerinin kalkması sebebiyle tamamının nispi emredici mahiyette hükümler haline geldiği düşünülmemelidir. Bazı hükümlerin kamu düzenini ilgilendirdiği düşünülerek mutlak emredici karakterde hükümler olduğu kabul edilmelidir. Kıdem tazminatına hak kazanmak için gerekli olan asgari bir yıllık çalışma şartının ise mutlak emredici nitelikte olduğu, kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilmelidir. Bunun yanında farklı kamu kuruluşu işverenleri yanında geçen sürelerin birleştirilmesi ve kıdem tazminatına üst sınır getiren hükümlerin kamu düzeni ile ilgili olduğu ve mutlak emredici karakter taşıdıkları düşünülmelidir⁴. Bazı görüş taraftarları ise 1475 sayılı Kanunun cezai hükmünün ortadan kalkması dolayısıyla kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddenin artık mutlak emredici nitelikte değil nispi emredici nitelikte bir hüküm haline geldiğini kabul etmektedirler. Buna göre 4857 sayılı İş Kanunu benzer bir cezai hükme yer vermediğinden kıdem tazminatı düzenlemesi artık kamu düzenini ilgilendirmemektedir ve dolayısıyla bu düzenlemenin mutlak emredici olduğu görüşünün kanuni dayanağı kalmamıştır⁵.

Yargıtay da geçmişteki kararlarında 1475 sayılı Kanunun md. 98/D hükmündeki düzenlemenin tersine sözleşmelerin yapılamama-

yacağını kabul etmiştir. Yargıtay'ın geçmişte bu hükmün kamu düzeniyle ilgili olduğunu belirttiği kararları olduğu da bilinmektedir⁶. Ancak inceleme konusu yaptığımız kararında Yargıtay asgari bir yıllık çalışma şartını nispi emredici karakterde bir hüküm olarak görmek ve bunun işçinin lehine olarak toplu iş sözleşmeleri ya da hizmet akitleriyle değiştirilebileceğini belirtmekte ve görüş farklılığına gitmektedir. Kanaatimizce kanun koyucu eski Kanunu topyekûn kaldırırken bir maddeyi muhafaza edip (14. md.), yerine yenisini yapmayı ve bir fon oluşturulmasını tavsiye ederken -maddeye hiç dokunmamasına rağmen- maddenin mutlak emredici karakterinden vazgeçip, nispi emredici hale dönüşmesini amaçlamamış olmalıdır.

Kanunların çeşitli yorum türleri vardır. Bunlar tarihi yorum, gai yorum, lafzi yorum vb. vasıflandırılabilir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hariç geri kalan bütün maddeleri kaldırılırken sadece 14. maddenin yeni Kanun ile muhafaza edilmesi, madde üzerinde hiçbir düzenleme ve değişiklik yapılmaması, sadece maddenin müeyyide kısmının (md. 98/D) 1475 sayılı Kanunun diğer maddeleri ile birlikte topyekûn kaldırılmasının gai ve tarihi yorumu yapıldığında, kıdem tazminatı ahkâmının mutlak emredici karakterden nispi emredici karaktere dönüştüğünü kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü amaç, kıdem tazminatı ile ilgili hükmü nispileştirmek değil, aynen muhafaza etmektir. Aynen muhafaza edilen, eski Kanundaki gibi bir fona bağlanması istenen, buna ilişkin olarak geçici madde getiren (md. 6) Kanunun amacının kıdem tazminatı esaslarını nispileştirmek olduğu düşünülmemelidir. Bu görüşler çerçevesinde kıdem tazminatına hak kazanmayı düzenleyen 14. maddedeki bir yıl asgari çalışmış olma şartının nispi emredici nitelikte bir hüküm değil, mutlak emredici nitelikte bir hüküm olduğu kabul edilmelidir.

İnceleme konusu yaptığımız kararın esas noktası kamu kurumunda görevli memur iken memuriyetten istifa ederek işçiliğe geçen kişinin işçilikten ayrılırken -her halde- kıdem tazminatının hesabı yapılırken memuriyette

geçen sürenin de kıdem tazminatı süresinin hesabına dâhil edilip edilmemesidir.

Bilindiği gibi kıdem tazminatının hesabına dâhil edilecek çalışmalar iş sözleşmesinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. İlke olarak kıdem tazminatı hakkı işçilik hakkıdır. İş sözleşmesi ile ilişkilendirilmiştir. Ancak kamu kurumlarında kamu görevlisi-memur olarak çalışırken işçi statüsüne geçenlerin ya da geçirilenlerin önceki çalışma sürelerine ilişkin kıdem haklarının kaybolmaması amacıyla kanun bir düzenleme yapmıştır. Buna göre; "T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir"(14/V). Buradan da görüleceği üzere değişik kamu kuruluşlarındaki çalışmaları toplamı üzerinden son kamu kuruluşu kıdem tazminatı ödeyecektir. Ancak bu birleştirmenin yapılabilmesi için memuriyette geçen çalışmanın sona ermesinin -işçiler için kıdem tazminatına hak kazanacak sona ermeye uygun bir biçimde- istifa ile olması gerekir. İstifa yoluyla iş sözleşmesinin sona ermesi yukarıda sayılan haller dışında kıdem tazminatına hak kazanılamayacak bir haldir. İşçi için kıdem tazminatına hak kazanılmayan bir hal olarak kabul edilen istifa hali memuriyetten istifa eden kişi için de kıyasen kıdem tazminatının kazanılmasında tazminat alınamayacak bir hal olarak düşünülmektedir. Bu görüş çerçevesinde Hukuk Genel Kurulu da, istifa ile sona eren memuriyet sonrası iş sözleşmesi ile çalışan işçinin kıdem tazminatı hakkının hesabında istifa ederek ayrılan dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağını belirtmektedir⁷.

Sonuç olarak; incelemeye esas olan Yargıtay kararı aslında yeni bir içtihat oluşturmak amaçlı olarak hazırlanmış bir karar gibi gözükmektedir. Burada da asıl olarak ele alınmak istenen kanaatimce 1475 sayılı İş Kanunu yürürlükten kaldırıldıktan sonra yerine getirilen 4857 sayılı Kanun'da kıdem tazminatı miktarı, esasları vb. hususlara ilişkin müeyyideleri ihtiva eden bir düzenlemenin yapılmış olmamasından dolayı, miktar ve esaslara ilişkin şartların mutlak emredici karakterinden, nispi emredici bir karaktere dönüşmüş olduğu düşüncesidir. Ancak yukarıda etraflıca açıklamaya çalıştığımız gibi farklı yorumlar yapılsa da kıdem tazminatına hak kazanabilmenin esasları hakkında madde üzerinde bir düzenleme-değişiklik yapılmamış olmasına rağmen sırf müeyyide maddesi kaldırıldı diye kıdem tazminatına hak kazanmanın şartlarının mutlak emredici mahiyetten, nispi emredici mahiyete dönüşüğünü kabul etmek kanaatimce yerinde olmayacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Taşkent, Savaş, Açıklamalı - İçtihatlı İş Kanunu ve İlgili Yönetmelikler, İstanbul, 2005, s.103 vd., Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s.194, Tuncel, Ferhan, Kıdem Tazminatı, Türk-İş Yayını, Ankara, 2007, s.16 vd. Demir, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2005, s.285, Anadolu, Kerim, İş Güvencesi ve Kıdem Tazminatı, Ankara 2002, s.137, Güven, Ercan- Aydın Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir, 2007, s.196, Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, Ankara, 2005, s.253, Aktay, Nizamettin-Arıcı, Kadir- Senyen/Kaplan, Emine Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2009, s.230.
- 2 Bu hüküm şu şekilde idi; "Ancak, toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleri ile belirtilen sürelerle hesap edilen kıdem tazminatının yıllık miktarı, 1475 sayılı İş Kanununa göre tespiti dilmış bulunan günlük asgari ücretin 30 günlük tutarının 7,5 katından fazla olamaz." Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, s. 210.
- 3 Çelik, s. 210.
- 4 Aynı görüşte Demir, s. 305.
- 5 Bkz. Güven-Aydın, s. 206.
- 6 Bkz. Anadolu, s. 138, dn.24'teki Yargıtay kararları.
- 7 HGK 2009/9-469 E., 2009-570 K. (İncelenen Yargıtay kararı içinde belirtilen HGK kararı).

Doç. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/17729
Karar No : 2009/14144
Tarihi : 25.05.2009

DAVA

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davacının 10.04.2006 tarihinden beri davalı işyerinde çalışır iken iş ahdininin 02.12.2008 tarihinde haksız ve tek yanlı olarak feshedildiğini, davacının iş ahdininin feshini gerektiren eylem ve işlemi olmadığını, davalının fesih bildirimini yasaya göre açık ve kesin olarak belirtmek ve yazılı olarak yapmak zorunda olduğunu, ancak davalının yazılı olmadan açık ve kesin gerekçe bildirmediğini iş ahdini feshettiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davalının davacı ve arkadaşlarına ücretlerinin bir miktar azaltılmasını teklif ettiğini, davacı ve arkadaşlarının bu teklifi kabul etmeyerek, işe gelmediklerini, davalının kendilerini üç kere

toplantıya çağırdığını işi bırakmalarını istemediğini ve çağırılarak gelmeyen davacı ve arkadaşlarının iş akdini kendilerinin feshettiklerini, devamsızlık yaptıklarını belirtmiş, işe iade davasının koşullarının oluşmadığını, davacı ve arkadaşlarına işe dönmeleri için ihtarname gönderildiğini, ancak gelerek işe başlamadıklarını işe iade talebinin samimi olması gerektiğini davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacı tarafın iş akdinin davalı tarafından 02.12.2008 tarihinde yapılan toplantıda feshedildiğini iddia ettiği, davalı tarafın ise bu toplantıda ücretlerde bir miktar indirim yapılacağını konuşulduğunu savunduğu, davacının sigortalı hizmet cetvelinde 2008 yılı Aralık ayında 23 gün prim ödendiğinin görüldüğü, davalı tarafın daha sonra davacının 20.12.2008 ve 22.12.2008 tarihlerinde işe devamsızlığı sebebi ile iş akdinin 23.12.2008 tarihi itibarıyla feshettiğini noter kanalı ile bildirdiği, davacı tarafın iddia ettiği gibi 02.12.2008 tarihinde davalının iş akdini feshettiğinin ispat edilemediği, davalı tarafın bu tarihte davacı ve arkadaşları ile ücretlerde bir miktar indirim yapılması için toplantı yaptığı ve davacı arkadaşlarının bu indirimi kabul etmedikleri ve işyerine gelmedikleri, davalının 2008 Aralık ayı sigorta primlerini ödemeye devam ettiği ve 23.12.2008 tarihinde iş akdini feshettiğini 29.12.2008 tarihli noter ihtarnamesi ile davacı tarafa bildirdiği ve bu duruma göre davacı tarafın iddia ettiği şekilde 02.12.2008 tarihli bir fesih olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz.

İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir." Getirilen bu düzenleme ile işçinin iş şartlarında esaslı değişikliği kabul etmemesi halinde işveren ya bu değişikliği yapmamak ya da iş akdini feshetmek zorunda kalmaktadır. Böylece işçi sadece kıdem tazminatı değil, sözleşmenin işveren feshine bağlanan bütün haklarını isteyebilmekte, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma koşulları varsa feshin geçersizliğini ve işyerine iadeyi talep edebilme olanağını elde etmektedir. Başka bir anlatımla, işverenin iş akdinde esaslı bir değişiklik yapmak istediği durumlarda işçinin feshe zorlanması yerine sözleşmeyi fesih riski işverene yüklenmektedir. Ancak iş şartlarında esaslı değişikliği kabul etmeyen işçi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II.e.f maddesi uyarınca iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hakkına sahiptir. Başka bir anlatımla bu düzenleme işçinin haklı fesih hakkını ortadan kaldırmamaktadır. İşçinin ücretinin düşürülmesi ya da ücretin eki niteliğindeki sosyal haklarının ortadan kaldırılması veya eksiltilmesi, iş şartlarında esaslı değişikliktir.

Dosya içeriğine göre adi ortaklık niteliğinde olan davalı işverenlerin, ekonomik nedenlerle işçi ücretlerinde indirim yapılması için işçilerle Kasım 2008 ayı içerisinde toplantı yaptığı, davacı ve diğer dava açan işçilerin, 01.12.2008 tarihinde noter kanalı ile adi ortaklığı oluşturan davalılara "fazla mesai ve tatil alacaklarının bugüne kadar ödenmediği gibi, Ekim ayı bakiye ücret ile Kasım ayı ücretlerinin ödenmediği, izin kullanılmadığı, SSK primlerinin asgari ücretten yatırıldığı, haklarını saklı tuttıklarını" belirten ihtarname gönderdikleri, tebliğ alan davalıların 02.12.2008 tarihinde işçilerle toplantı yaparak "Kasım ayı ücretlerinin düşük

ödeneceğini, diğer haklarının verilmeyeceğini, SSK ücretlerinin asgari ücretten devam edeceğini ve kabul etmeyenlerin çalışmayacağını” beyan ettiği ve bu tarihten sonra davacı ve diğer dava açan işçilerin çalışmadığı, davacı ve diğer işçilerin vekilleri aracılığıyla 12.12.2009 tarihinde gönderdikleri ihtarname ile iş sözleşmelerinin 02.12.2008 tarihinde feshi nedeni ile kıdem ve ihbar tazminatı ile işçilik alacaklarının ödenmesini istedikleri, ihtarnameyi 22.12.2008 tarihinde alan işverenin davacı ve diğer işçilerin iş sözleşmesini 29.12.2008 günü noterden gönderilen ihtarname ile 20.12.2008 cumartesi ve 22.12.2008 pazartesi günü ve devam eden günlerde izin almaksızın ve herhangi bir mazeret bildirmeksizin devamsızlık yapması nedeni 23.12.2008 tarihi itibarı ile feshettiği, davacı 02.12.2008 tarihinden sonra fiilen çalışmadığı halde 23.12.2008 tarihine kadar SSK primleri ve ücretinin tahakkuk ettirildiği, 29.12.2009 tarihinde bu davanın açılması üzerine, davalı işverenin 02.02.2009 tarihli noter ihtarı ile davacı işçiye işe gelmesi halinde işe devamının sağlanacağını ihtar ettiği anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, 02.12.2008 tarihindeki toplantıda işverenin “Kasım ayı ücretlerinin düşük ödeneceği, diğer haklarının verilmeyeceği, SSK ücretlerinin asgari ücretten devam edeceğini beyan etmesi, iş şartlarında esaslı değişikliklerdir. Kabul edenlerin çalışacağı, kabul etmeyenlerin çalışmayacağını belirtmesi ise, işverenin işçiyi feshetme zorlamasıdır. Ancak işçinin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 24. maddesi uyarınca kullandığı bir fesih hakkı bulunmamaktadır. Davacı işçi bilakis eski ücreti üzerinden çalışmaya hazırdır. Davacının iş sözleşmesi eylemli olarak, esaslı değişiklik ve fesih bildirimini yazılı olarak yapılmadan davalı işveren tarafından 02.12.2008 tarihinde feshedilmiştir. Fiilen çalışmaya dayanmayan ve kayıt üzerinde işveren tarafından tek taraflı düzenlenen 23.12.2008 tarihine kadar SSK primleri ve ücretin tahakkuk ettirilmesi sonucuna

etkili değildir. Kaldı ki davalı işveren yargılama sırasında davacı işçiye işe gelmesi halinde işe devamının sağlanacağını beyan etmiştir. İşçinin feshin geçersizliği davası açtıktan sonra işverenin işe daveti, aslında feshin geçersiz olduğunu ve dolayısıyla açılan davayı kabul ettiği anlamına gelir. Ancak davacının önceki işine ve ücretinden değişiklik olmadan başlatılacağı açık olmadığı, işverenin işe devamının sağlanıp sağlanamayacağını belirsiz olduğu görülmektedir. Tüm bu açıklamalara göre davacının iş sözleşmesi 02.12.2008 tarihinde davalı işveren tarafından ücretinin azaltılmasını kabul etmediği için yazılı bildirim yapılmadan feshedildiği, feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından davanın kabulü gerekir. Yazılı şekilde ve hatalı gerekçe ile davanın reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2- Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE**,

3- Davacının yasal süre içerisinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE**,

4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin **GEREKTİĞİNE**,

5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına **YER OLMADIĞINA**,

6- Davacının yapmış olduğu 60,00.-TL. yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargıla-

ma giderinin üzerinde bırakılmasına,

7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575.-TL. ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine, kesin olarak, 25.05.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. KARARA KONU OLAY VE ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ SORUN

1. Karara Konu Olay

Yargıtay kararından anlaşıldığına göre, adi ortaklık niteliğinde olan davalı işverenler, ekonomik nedenlerle ücretlerde indirim yapmak amacıyla Kasım 2008'de işçilerle toplantı yapmışlar; ancak işçiler yapılmak istenen indirimi kabul etmemişler ve 01.12.2008 tarihinde noter kanalı ile davalı işverenlere "fazla mesai ve tatil alacaklarının bugüne kadar ödenmediği gibi, Ekim ayı bakiye ücret ile Kasım ayı ücretlerinin ödenmediği, izin kullandırılmadığı, SSK primlerinin asgari ücretten yatırıldığı, haklarını saklı tuttuklarını" belirten bir ihtarname göndermişlerdir. Tebligatı alan davalılar 02.12.2008 tarihinde işçilerle tekrar toplantı yapmış ve "Kasım ayı ücretlerinin düşük ödeneceğini, diğer haklarının verilmeyeceğini, SSK ücretlerinin asgari ücretten devam edeceğini ve kabul etmeyenlerin çalışmayacağını" söylemişlerdir. Bunun üzerine davacı bu tarihten sonra çalışmamış ve vekili aracılığıyla 12.12.2008 tarihinde gönderdiği ihtarname ile de iş sözleşmesinin 02.12.2008 tarihinde feshi nedeni ile kıdem ve ihbar tazminatı ile işçilik alacaklarının ödenmesini istemiştir. İhtarnameyi 22.12.2008 tarihinde alan işverenler, 29.12.2008 günü noterden gönderilen ihtarnameyle, davacının iş sözleşmesini, 20.12.2008 cumartesi ve 22.12.2008 pazartesi günü ile devam eden günlerde izin almaksızın ve herhangi bir mazeret bildirmeksizin devamsızlık yapması nedeniyle 23.12.2008 tarihi itibarı ile feshettiğini bildirmişlerdir. Davalı işverenler, 02.12.2008 tarihinden itibaren fiilen çalışmamasına rağmen 23.12.2008 tarihine ka-

dar davacının SSK primleri ve ücretlerini tahakkuk ettirmişler; 29.12.2008 tarihinde işe iade davasının açılması üzerine, davalı işverenler 02.02.2009 tarihli noter ihtarı ile davacı işçiye işe gelmesi halinde işe devamının sağlanacağını ihtar etmişlerdir.

Yerel mahkeme davacı tarafın iddia ettiği şekilde 02.12.2008 tarihli bir fesih olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar vermiş; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, davacının iş sözleşmesinin 02.12.2008 tarihinde davalı işveren tarafından ücretinin azaltılmasını kabul etmediği için yazılı bildirim yapılmadan feshedildiği sonucuna ulaşmıştır. Yargıtaya göre, fesih geçerli nedene dayanmamaktadır. Ayrıca fiili çalışmaya dayanmayan ve kayıt üzerinde işveren tarafından tek taraflı düzenlenen 23.12.2008 tarihine kadar SSK primleri ve ücretin tahakkuk ettirilmesi sonuca etkili değildir.

2. Kararda Çözümlemesi Gereken Hukuki Sorun

Yargıtayın inceleme konusu yaptığımız kararındaki hukuki uyumsuzluk, işçinin iş sözleşmesinin kim tarafından ne zaman feshedildiği noktasında toplanmaktadır. Gerçekten olayda işverenin iddiası işçinin iş sözleşmesinin 23.12.2008 tarihinde devamsızlık nedeniyle feshedildiği yönündedir. Buna karşılık davacı işçi, iş sözleşmesinin 02.12.2008 tarihinde işverence hiçbir gerekçe gösterilmeden ve yazılı beyanda bulunulmadan feshedildiğini iddia etmektedir. Yargıtay da davacı işçinin iddiası yönünde karar vermiştir. Dolayısıyla uyumsuzluk konusu olayın açıklığa kavuşturulması için öncelikle iş sözleşmesinin kim tarafından ve hangi nedenle feshedildiğinin saptanması; bu bağlamda da çalışma koşullarında tek taraflı olarak yapılan iş sözleşmesi değişikliğinin işçiye dayatılmasının fesih

Fesih beyanı bozucu yenilik doğuran haklar arasında kabul edilir.

Bozucu yenilik doğuran haklar bir ilişkiyi sona erdirdiği için bu beyanın açık ve kesin olması gerekir.

anlamına gelip gelmeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Kararda incelenmesi gereken bir diğer hukuki sorun ise, işverenin işçiyi işe davetinin feshin geçersizliği anlamına gelip gelmeyeceği ve işçinin işverenin davetine uyması gereklipek gerekmediğidir. Aşağıda sırası ile bu hususlar üzerinde durulacaktır.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak Fesih Bildirimi Kavramı

Bilindiği gibi, fesih bildirimini karşı tarafa yöneltilmesi gereken ve sözleşmeyi derhal ya da belirli bir sürenin sonunda sona erdiren tek taraflı bir irade beyanıdır¹. Fesih bildirimini ile tarafların durumunda bir yenilik yaratıldığı için fesih beyanı yenilik doğurucu haklar kategorisinde yer alır. Öte yandan bu beyanla var olan bir sözleşme ilişkisi son erdirildiği için de fesih beyanı bozucu yenilik doğuran haklar arasında kabul edilir.

Bozucu yenilik doğuran haklar bir ilişkiyi sona erdirdiği için bu beyanın açık ve kesin olması gerekir. Dolayısıyla fesih beyanı da bu özellikleri taşımali, bir başka deyişle fesih beyanından sözleşmenin feshedildiği açık ve kesin bir şekilde anlaşılmalıdır. Buna karşılık fesih beyanının yazılı olması şart değildir. Eğer bazı davranışlardan taraflardan birinin sözleşmeyi feshettiği kesin bir biçimde anlaşılabilirse fesih gerçekleşmiş sayılır. Örneğin, işçinin artık işyerine gelmeyeceğini söyleyip, işverence kendisine verilen iş araç ve gereçlerini masaya bırakıp işyerini terk etmesi bir fesih beyanı olarak değerlendirilmelidir. Bunun gibi, işverenin, işyerine gelen işçiyi içeriye almaması ve artık gelmemesini söylemesi de bir fesih beyanı anlamına gelir.

Bu gibi durumlarda işçi ya da işverenin bazı söz ve davranışları açıkça fesih iradesini ortaya koymaktadır.

Öte yandan bazen işveren fesih iradesini perdelemek amacıyla görüntüde daha farklı bir işlem yapmakta, fakat gerçek iradesi feshe yönelik olabilmektedir. Bu nedenle fesih iradesi araştırılırken sadece açıkça feshe yönelen bir söz ve davranışın mevcut olması gerekmemektedir. O söz ve davranışların geri planında yatan sebeplerin de değerlendirilmesi gerekebilmektedir. İşverenin sözleşmeyi kendisi feshetmek istemesine rağmen işçiyi feshe zorlayarak istediği sonucu elde etmesi halinde böyle bir durum söz konusu olur. Nitekim Yargıtay işçinin istifaya zorlanması durumunda sözleşmeyi işverenin feshettiğini kabul ederek sonuca ulaşmakta ve işçiyi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmaktadır².

İnceleme konusu yapılan kararda işveren işçilerin çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik yapmak istemiş, işçilerin bu değişikliği kabul etmemeleri üzerine iş sözleşmesi feshedilmiştir. Ancak sözleşmenin kim tarafından feshedildiği açık değildir. Dolayısıyla öncelikle feshin kim tarafından gerçekleştirildiğinin saptanması gerekmektedir. Bu yapılırken isabetli bir sonuca ulaşmak için de çalışma koşullarında değişikliğe ilişkin hüküm, yöneldiği amaç ve iş güvencesinin birlikte yorumlanmasında yarar bulunmaktadır. Bu nedenle aşağıda önce çalışma koşullarında değişiklik yapılmasına ilişkin prosedür ve bu prosedüre uyulmamasının sonuçları üzerinde durulacak, ardından somut olayda feshin kim tarafından gerçekleştirildiğine ilişkin olarak görüşümüz ortaya konulacaktır.

2. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılmasına İlişkin Prosedür

İş Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasına göre, "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı

bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci maddede hükümlerine göre dava açabilir”.

Çalışma koşullarında değişiklik yapılmasına ilişkin 22. madde 1475 sayılı Kanundan farklı olarak işçilere önemli bir koruma sağlamaktadır. Gerçekten maddede çalışma koşullarında esaslı bir değişikliğin ancak işçinin yazılı rızası ile yapılabileceği belirtilmekte, böylece 1475 sayılı Kanundan farklı olarak işçi ya değişikliği kabul etme ya da iş sözleşmesini feshetme dayatmasından kurtulmaktadır³. İşçinin altı işgünü içinde yapılan değişikliği kabul etmemesi halinde iş sözleşmesi önceki koşullarla devam etmektedir. Kanunda değişikliğin “yazılı olarak kabul edilme”sinden söz edildiği için işçinin söz konusu süreyi suskun geçirmesi de yapılan değişikliği reddettiği anlamına gelir⁴. Dolayısıyla bu durumda da iş sözleşmesinin önceki koşullarla devam etmesi gerekir⁵.

İşçinin yapılan değişikliği kabul etmemesi halinde işverene de bir olanak tanınmıştır. Böyle bir durumda işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir⁶. Ancak işverenin iş sözleşmesini feshetmeksizin değişikliği işçiye dayatması halinde bunun sonuçlarının ne olması gerektiği Kanunda açık değildir. Fakat konu öğretilerde tartışılmış ve bunun işverenin temerrüdü olarak değerlendirilebileceği gibi, somut olayın özelliklerine göre iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi olarak kabul edilebileceği de belirtilmiştir⁷. İş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğinin kabul edilmesi halinde işçi feshe bağlanan tüm sonuçlardan yararlanabilecektir⁸.

3. İşverenin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişikliği İşçiye Dayatmasının İş Sözleşmesinin İşverence Feshedildiği Anlamına Gelip Gelmeyeceği

Yukarıda da ifade edildiği gibi, incelemekte olduğumuz karara konu olayda işçinin iş sözleşmesinde değişiklik yapılmak istenmiş, işçinin bu değişikliği kabul etmemesinin ardından iş sözleşmesi feshedilmiştir. İşveren iş sözleşmesini 23.12.2008 tarihinde devamsızlık nedeniyle feshettiğini iddia etmişse de olayda işverenin bu iddiasına itibar etmek mümkün görünmemektedir. Zira olaylar değerlendirildiğinde işçinin iş sözleşmesinin daha önceki bir tarihte feshedildiğinin kabulü gerekmektedir.

Olayın oluş biçimi göz önünde tutulduğunda fesih bakımından iki olasılık söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilki değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesini, İş Kanunu'nun 25/II, f bendi uyarınca çalışma şartlarının uygulanmaması nedenine dayanarak haklı nedenle feshetmesidir. Diğer ise, 22. maddede yer alan ve “işçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir” hükmü uyarınca işverenin sözleşmeyi feshetmesidir.

Karardan yerel mahkemenin hangi gerekçe ile işe iade davasını reddettiği anlaşılmaktadır. Ama işe iade davasını reddetmesi göz önünde tutulduğunda, olayda işverence geçersiz nedenle yapılan bir fesih olmadığını kabul ettiği açıktır. Yargıtay ise, iş sözleşmesinin 02.12.2008 tarihinde işverence feshedildiği sonucuna ulaşmıştır. Ancak Yargıtay işverenin hangi söz ya da davranışı ile sözleşmeyi feshettiğini açıklıkla ortaya koymamıştır.

Belirtelim ki, iş sözleşmesinin kim tarafından feshedildiği saptanırken tarafların söz ve davranışlarının çok iyi değerlendirilmesinin yanında iş güvencesinin işçiye koruma amacı da gözden uzak tutulmamalıdır. Olayların oluş biçimine göre, objektif olarak tarafların

söz ve davranışlarına fesih anlamı yüklenebiliyorsa ancak o zaman feshin gerçekleştirildiği sonucuna ulaşılmalıdır. İnceleme konusu yapılan olayda, işveren “değişikliği kabul etmeyenlerin çalışmayacağı”nı belirtmiş, açıkça bir fesih beyanında bulunmamıştır. Türkçe kuralları açısından irdelendiğinde bu ifade bir fesih iradesi ortaya koymamaktadır. İşverenin bu beyanı, iş koşullarını -ekonomik koşulların zorlaması sonucu ya da çalışma koşullarını kendi lehine çevirmek amacıyla- değiştirdiğini, çalışmak isteyenlerin bu koşullarla çalışmaya devam edebileceklerini, istemeyenlerin ise kanunun kendisine tanıdığı hakları kullanabileceği anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle işçi bu koşulları kabul ederek çalışmaya devam edebileceği gibi yapılan değişikliği kabul etmediğini beyan ederek ya da suskun kalarak iş sözleşmesini önceki koşullarla devam ettirebilir. İş Kanunu'nun 22. maddesi işçiye bu konuda koruma sağlamakta, işçinin çalışma koşullarında yapılan değişikliği kabul etmemesi halinde sözleşmeyi eskisi gibi devam ettirmektedir. Ancak işçinin işverenin temerrüdüne dayanarak eksik ödenen haklarını her zaman talep edebileceği düşüncesi ile işverence yapılan tek taraflı değişikliklere katlanmak zorunda bırakılması da mümkün değildir. Nitekim bu nedenle işçi tüm bunların dışında isterse iş sözleşmesini 24/II, f bendi uyarınca haklı nedenle feshetme olanağına da sahiptir⁹.

İş sözleşmesini işçinin feshetmesi halinde işçi sadece kıdem tazminatı talep hakkına sahip olmakta ihbar tazminatı talep edememektedir. Daha da önemlisi işçi işe iade davası açma olanağından mahrum kalmaktadır. Varılan bu sonucun iş güvencesi hükümleri bakımından tatmin edici olmadığı ise açıktır. Gerçekten iş güvencesinin işçiyi koruyucu hükümlerini dolanmak isteyen işveren kendisi bir fesih iradesi ortaya koymaksızın işçiyi feshe zorladığında söz konusu güvencenin uygulanma olanağı kalmayacaktır. Böyle bir sonucun benimsenmesi ise mümkün değildir. İşte bu noktada tartışılması gereken husus işverenin bu şekilde işçiyi feshe zorladığı durumlarda aslında işveren tarafından yapılan

bir fesih olduğu kabul edilerek sonuca ulaşılması gerekip gerekmediğidir.

Daha önce de ifade edildiği gibi, iş güvencesi hükümleri işveren tarafından geçerli nedene dayanmayan fesihlerde uygulanmaktadır. İşçi tarafından yapılan fesihler iş güvencesi kapsamı dışında kalmaktadır. Buna karşılık bazı hukuk sistemleri işverenin işçiyi feshe zorladığı durumlarda sözleşmeyi işçinin feshetmesine rağmen işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını kabul etmektedirler¹⁰. Bizim hukukumuz açısından da bu esasın benimsenmesi yararlı olacaktır. İşverenin işçiyi feshe zorlamak amacıyla çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yaptığı durumlarda, işverence yapılan bir feshin mevcut olduğu kabul edilmeli ve işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmalıdır. Ancak bu konuda taraf iradelerinin titizlikle araştırılması ve işverenin işçiyi feshe zorlama amacının açıklıkla ortaya konulması gerekmektedir.

Yargıtay inceleme konusu yaptığımız kararında işverenin işçiyi feshe zorladığını saptamış, ardından işçi tarafından yapılan bir fesih bulunmadığını söyleyerek sözleşmeyi işverenin feshettiğini kabul etmiştir. Yargıtayın vardığı bu sonuç isabetlidir. Esasında şunu da belirtelim ki, Yargıtay işçinin feshe zorlanması halinde iş sözleşmesinin işverence feshedildiğini daha önce de kabul etmiş; bu kararlar önceki kararını devam ettirmiştir. Gerçekten Yargıtayın 2008 yılında verdiği bir karara konu olayda kadın işçi doğum izinlerini kullandıktan sonra eski işine başlamak istemiş, fakat bu sırada söz konusu göreve başka birisi atandığı için işveren işçiye başka iş teklif etmiştir. Kendisine teklif edilen işi kabul etmeyen işçi yönetici ünvanının korunarak kıdem ve ihbar tazminatları da ödenerek iş sözleşmesinin feshedilmesini talep etmiştir. Bunun üzerine işveren işçiye İş Kanunu'nun 18. maddesindeki koşulların oluşmaması sebebiyle iş sözleşmesini feshetmeyeceğini, önerilen görevde çalışmak istemiyorsa iş sözleşmesini kendisinin haklı nedenle ya da istifa suretiyle feshedebileceğini bildirmiştir. İşçi de şirket yetkilisi tarafından elektronik posta yoluyla kendisine gönderilen dilekçe örneğine uygun olarak

İşe iadenin ön koşulu feshin geçersiz sayılmasıdır. Dolayısıyla işveren işçiyi işe davet ettiğinde onun işe iade talebini kabul etmiş olmakta, bir başka deyişle yaptığı feshi geçersiz saymaktadır.

sözleşmeyi feshetmiştir. Daha sonra dava açan işçi işverence istifa etmesi yönünde yapılan baskılara dayanamayarak iş sözleşmesini feshetmek zorunda kaldığını ileri sürmüş ve işe iadesini talep etmiştir. Yargıtay vermiş olduğu kararda, isabetli bir biçimde işçinin önerilen işi kabul etmemesine rağmen işverenin işçiyi önceki işte çalıştırmayacağını belirtmesini işverenin eylemli feshi olarak kabul etmiştir¹¹. Yargıtay yine isabetli olarak işverenin eylemli feshinden sonra işçi tarafından yapılan feshin bir önemi olmadığını belirtmiştir. Yargıtay inceleme konusu yaptığımız kararda her ne kadar bu kadar açıklıkla olmasa da bu yaklaşımını pekiştirmiş olmaktadır.

Sonuç olarak, Yargıtayın gerek inceleme konusu yaptığımız kararı gerekse 2008 yılında verdiği karar, işçinin çalışma koşullarının değiştirilmek suretiyle feshe zorlandığı hallerde sözleşmenin işverence feshedilmiş sayılacağını göstermektedir. Yargıtayın bu kararlarının iş güvencesinin amacına uygun olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

4. İşe İade Davası Sırasında İşçinin İşe Davet Edilmesi İşverence Feshin Geçerli Olmadığının Kabul Edilmesi Anlamına Gelmektedir

Yargıtay kararında üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, işe iade davası sırasında işverenin işçiyi işe davet etmesinin işe iade davasına etkisi ve işçinin işe başlamak zorunda olup olmadığıdır.

Yargıtay inceleme konusu yaptığımız kararda, işe iade davası açıldıktan sonra işçinin işe davet edilmesine verilecek anlamı da yorumlamıştır. Yargıtaya göre, işveren bu davranışı ile feshin geçersiz olduğunu ve dolayısıyla

la açılan davayı kabul etmektedir. Yargıtayın bu görüşü bizce de isabetlidir. Zira bilindiği gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 92. maddesine göre, "Kabul, iki taraftan birinin diğerinin netice-i talebine muvafakat etmesidir"¹². İşe iade davalarında davacı işçinin netice-i talebi işverence yapılan feshin geçersiz sayılarak işe iadesidir. Bu iki kavram netice-i talepte bütünlük arz etmektedir. Gerçekten, işe iadenin ön koşulu feshin geçersiz sayılmasıdır. Dolayısıyla işveren işçiyi işe davet ettiğinde onun işe iade talebini kabul etmiş olmakta, bir başka deyişle yaptığı feshi geçersiz saymaktadır. Bu nedenle Yargıtay kararında da vurgulandığı üzere, işverenin işçiyi işe davet etmesi halinde artık işverence yapılan feshin geçersiz olup olmadığını araştırmanın bir önemi kalmamakta, mahkemece fesih doğrudan geçersiz sayılarak bunun sonuçlarına hükmedilmesi gerekmektedir.

Ekleyelim ki, Yargıtayın bu yöndeki kararları artık yerleşik hale gelmiştir. Gerçekten Yargıtay önceden beri işverenin işçiyi işe davet etmesini, feshin geçerli nedene dayanmadığını kabul ettiği yönünde değerlendirmektedir¹³. Nitekim Yargıtay 2005 tarihli bir kararında da bu hususu vurgulamış ve dava devam ederken davacının işe başlatılmış olmasını, aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde yorumlamıştır¹⁴. Aynı şekilde Yargıtayın 2008 tarihli bir kararında da, "Dairemiz uygulamasına göre dava devam ederken, davacının işe başlatılmış olması, aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmeli ve bu nedenle feshin geçersizliğine karar verilmelidir" sonucuna ulaşmıştır¹⁵. Dolayısıyla Yargıtayın inceleme konusu yaptığımız kararı da önceki kararları ile uyumlu olup bizce de isabetlidir.

İnceleme konusu yaptığımız kararda çözüme kavuşturulan bir başka husus da işçinin işe davet edilmesi halinde bu davete uyması gerekip gerekmediğidir. Esasında dürüstlük kuralı uyarınca işçinin böyle bir davete uyması gerekir. Yüksek mahkeme daha önceki bir kararında bunu açıkça belirtmiştir¹⁶. Yine

aynı kararda Yargıtay işçinin böyle bir davete uymamasının yaptırımını da ortaya koymuş ve işçi işverenin işe davetine uymamış ise işverence yapılan feshin geçerli hale geldiğini kabul etmiştir. Yargıtayın anılan kararına göre, iş güvencesi hükümleri “işverene emredici kurallarla bir takım yükümlülükler getirmekle birlikte, işçinin de yasanın bu korumasından yararlanması için dürüstlük kurallarına uygun davranması gerekir. İş ilişkisinde sürekliliğin sağlanması noktasında işçi de iyi niyet kurallarına uygun olarak kendisinden beklenen davranışları ortaya koymalıdır. Bu nedenle, işe iade davasında hedef, işe başlatılma olmalıdır. Somut olayda, davalı işveren fesihden sonra davacıyı işe başlaması için çağrıda bulunmasına rağmen davacı işçi, boşta geçen süre ücreti ile ilgili bir açıklamada bulunulmadığı gerekçesi ile işverenin bu davetine icabet etmemiştir. İşverence işe davet ihtarnamesinde boşta geçen süre ücreti ile ilgili bir açıklamada bulunmamış olması işçinin işe başlamaması için haklı bir neden olamaz. Zira, yargılama devam ederken işçinin işe başlatılması halinde Dairemiz uygulamasına göre çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret alacağı hüküm altına alınabilmektedir. Davacının işe davete icabet etmemesi, iş ilişkisinin devamı ile ilgili talebinde samimi olmadığını, nihai hedefinin boşta geçen süre ücreti ile işe başlatılmama tazminatını almak olduğunu göstermektedir. Ne var ki, bu amaca yönelik talebin iş güvencesi hükümlerince korunması mümkün değildir. Davacı bu davranışı ile işverence yapılan feshi geçerli hale getirmiştir”.

Kuşkusuz işçinin işverenin her davetine uymak zorunda olduğunu söylemek de mümkün değildir. İşveren de işe davetinde samimi olmalı ve işçiyi eski işine ve eski koşullarla davet etmelidir. Eğer dosya içeriğinden ya da olayların gelişiminden işverenin davetinin samimi olmadığı, işçiyi eski işine başlatmayacağı anlaşılıyorsa işçinin böyle bir davete uyması beklenmemelidir. Yargıtay, inceleme konusu yaptığımız kararda böyle bir duruma değinmiş ve haklı olarak, davacının önceki işine başlatılacağı ve ücretinde değişiklik olmayacağı açık olmadığı, işçinin işe devamının

sağlanıp sağlanamayacağı belirsiz olduğu gerekçesiyle işçinin böyle bir davete uymak zorunda olmadığını belirtmiştir. Hatta Yargıtay daha yeni tarihli bir kararında, “Yargılama sırasında işverenin işçiyi eski işine başlatma yönünde çağrısında işçinin olumlu yaklaşmaması, işe iade davasını olumsuz yönde etkilememelidir. İşçinin işverenin çağrısına icabet etmemesi, işe dönme konusunda gerçek niyetin taşımadığı şeklinde yorumlanmamalıdır, işçinin açmış olduğu davanın sonucunda işe iadeyi sağlama çabası yasal bir hakkıdır. Açtığı davada yargı kararı güvencesi ile işe başlatılmasını isteme hakkına sahip olan işçi daveti kabul etmek zorunda bırakılmamalı, daveti kabul etmediği için açılan dava reddedilmemelidir. Özellikle davetin samimi olup olmadığı, açılan davayı etkisiz bırakıp bırakmayacağı üzerinde durulmalı, işçinin bu konuda çekincesi dikkate alınmalı, mahkemece bu konuda taraflar dinlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir”¹⁷. Yargıtay kararları dikkate alındığında, Yüksek mahkemenin ilke olarak işçinin işverenin davetine uyması gerektiği, ancak işverenin davetinin samimi olmaması halinde böyle bir zorunluluktan söz edilemeyeceğini kabul ettiği anlaşılmaktadır ki, bu görüşün isabetli olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

İncelemekte olduğumuz bu kararla bağlantılı olarak önemli olduğunu düşündüğümüz bir başka hususa daha dikkat çekmek istiyoruz. İş güvencesinde asıl amacın işçinin eski işine kavuşması olduğu, işverenin daveti ile bu amacın gerçekleştiği dolayısıyla işçinin dava sırasında yapılacak samimi bir davete uyması gerektiği düşünülebilir. Gerçekten bu durumda işçi dava ile elde etmek istediği sonuca hemen ulaşmaktadır. İşe iade gerçekleştiği için de mahkemenin artık bu konuda karar almasına gerek kalmadığı söylenebilir. Yukarıda belirtilen kararda ifade edildiği gibi¹⁸, Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında bu yönde hüküm kurmaktadır. Ancak böyle bir karar bazı sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Zira uygulamada bazen işveren işçiyi işe davet etmekte; işçi işe başladığında ona eski işini vermemekte ya da işçinin

rızasına aykırı olarak iş koşullarını değiştirmektedir. Bir başka deyişle gerçek anlamda bir işe iade gerçekleşmemektedir. Böyle bir durumda işe iade davasında mahkemece işe başlatmama tazminatına hükmedilmediği için işçi açacağı bir dava ile işe başlatmama tazminatının kendisine ödenmesini talep hakkını kaybetmektedir. Dolayısıyla işverenin bu davranışı yaptırımsız kalmaktadır. Bu nedenle, işe iade davası sırasında işçinin işe davet edilmesi halinde mahkemece sadece dört aylık boşta geçen sürenin ücret alacağına değil, geçersiz feshin tüm ikincil sonuçlarına hükmedilmesi en isabetli çözüm olacaktır¹⁹.

Sonuç olarak, Yargıtayın, çalışma koşulları değiştirilmek suretiyle işçinin feshe zorlanması halinde yapılan feshi işverence yapılmış sayarak işçiyi iş güvencesinden yararlandıran ve yargılama devam ederken işverence işe davet edilen işçinin önceki işine başlatılacağı ve ücretinde değişiklik olmayacağı açık olmadığı, işçinin işe devamının sağlanıp sağlanamayacağı belirsiz olduğu gerekçesiyle işçinin böyle bir davete uymak zorunda olmadığını belirten bu kararını isabetli buluyoruz.

DİPNOTLAR

- 1 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. Baskı, İstanbul 2009, 188; Fesih kavramı için bkz. Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 2009, 454; Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, 17 vd.
- 2 Yarg. 9. HD, E. 2008/6328, K. 2008/31990; aynı yönde Yarg. 9. HD, 30.4.2007, E. 2007/3154, K. 2007/13552, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com.
- 3 Doğan Yenisey, Kübra: Çalışma Koşullarında Değişiklik, III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, 104-105; Çelik, 249; Alp, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, 58.
- 4 Çelik, 250; Süzek, 618; Alp, 62; Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara 2008, 296; Kılıçoğlu/Şenocak, 465; Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009, 437.
- 5 Alp, 63; Kılıçoğlu/Şenocak, 465; Kar, 437.
- 6 Çelik, 249; Süzek, 597, 622-626; Alp, 75.
- 7 Süzek, 621; Alp, 75; Doğan Yenisey, 131.
- 8 Alp, 77; Doğan Yenisey, 131.
- 9 Süzek, 597, 622; Mollamahmutoğlu, 298; Alp, 75.
- 10 İngiliz hukukundaki düzenleme için bkz. Alpagut, Gülse-

vil: İngiliz hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukuku Dergisi, C.II, S.1, Yıl 1992, 33; aynı yazar: Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutuyla İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu yayınları, İstanbul 2002, 85.

- 11 Yarg. 9. HD, 23.06.2008, E. 2007/41015, K. 2008/17093, Kar, 249-252. Kararı isabetli bulan görüş için bkz. Ekonomi, Münir: Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/3 (22), 27 vd.; Çelik, 250.
- 12 Davayı kabul hakkında geniş bilgi için bkz. Kuru, Baki/Arsalan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2009, 549 vd.; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2007, 536-537; Muşul, Timuçin: Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2009, 180 vd.
- 13 Yarg. 9. HD, 14.7.2008, E. 2007/42753, K. 2008/20175, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com
- 14 Yarg. 9. HD, 12.9.2005, E. 2005/2260, K. 2005/29567, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com
- 15 Yarg. 9. HD, 10.3.2008, E. 2008/3172, K. 2008/4338, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com
- 16 Yarg. 9. HD, 18.12.2006, E. 2006/26675, K. 2006/33403, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com.
- 17 Yarg. 9. HD, 01.02.2010, E. 2009/13902, K. 2010/1829, Legal İHSGHD, 2010/25, 238-239.
- 18 Dn. 16'da anılan karar.
- 19 Bu yönde görüş için bkz. Canbolat, Talat: İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı, KHÜ ve İstanbul Barosu tarafından ortaklaşa düzenlenen "İş Güvencesi ve İşe İade Davaları" Seminerine sunulan yayımlanmamış tebliğ, 18.

Doç. Dr. Kadriye BAKIRCI

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin İşyeri Bölümünün Devriyle Bağlantısı Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Kurulurken İş Sözleşmelerinin Feshi

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/17950

Karar No : 2009/19553

Tarihi : 06.07.2009

ÖZET

Dosya içeriğine göre davalı işverenin yardımcı iş niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işveren uygulaması ile temin etme işletmesel kararı aldığı ve uyguladığı, güvenlik hizmetinde çalışan tüm işçilerin iş sözleşmelerini feshettiği anlaşılmaktadır. İşverenin yardımcı hizmet niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işverene vermesi bu hizmetlerde çalışan işçilerin işten çıkartılması kurucu bir işveren kararıdır. Kurucu işveren kararı yasal temelini sözleşme ve işverenin girişim özgürlüğünde bulur. Bu karar sonucu istihdam fazlalığı meydana geleceği açıktır. Bu durumda

davalı işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığının somut olarak denetlenmesi gerekir.

DAVA

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi B. Kar tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, davalı işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı işçinin iş sözleşmesinin “5188 Sayılı Özel Güvenlik

Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik uyarınca bu hizmetin dışarıdan alınmasına karar verildiği” gerekçesi ile feshedildiğini, öncelikle davalı şirketin güvenlik hizmetlerini dışarıdan almasının, işveren bünyesindeki bir kısım hizmetlerin davalı dışındaki bir firmaya devri anlamına gelmekte olup İş Kanununun 6. maddesinde devreden veya devralan işverenlerin, iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemeyeceğini, davacının güvenlik görevlisi olarak çalışmak üzere yasa da aranan tüm vasıflara sahip olduğunu, bu hizmetin dışarıdan alınacak olmasının fesih için haklı gerekçe olarak kabul edilemeyeceğini, feshin son çare olması gerektiği ilkesi somut olayda gözetilmediğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının ifa ettiği güvenlik görevinin, yardımcı iş olarak tabir edilen ve doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin işlerden olduğunu, yardımcı işin özel bir firmaya yaptırılmasına karar verilmesinin işletmesel bir karar olup işverenin bu işletmesel kararının yargı denetiminin dışında olduğunu, davadaki hukuki durumun dava dilekçesinde belirtildiği gibi, İş Kanununun 6. maddesi çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini, davacının iş akdinin feshedildiği dönemde davalı şirket nezdinde davacının görevlendirilebileceği uygun bir iş olmadığı gibi aksine işçi çıkarıldığını, bu nedenle söz konusu ilkenin şirketçe göz ardı edildiğine dair iddianın yersiz ve mesnetsiz olduğunu, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin, 4857 sayılı İş Yasasının 2/6. maddesinde tanımlanan yardımcı iş niteliğindeki güvenlik işini, aldığı işletmesel karar sonucunda ve akdedilen “18.07.2008 tarihli Güvenlik Hizmet Sözleşmesi” gereğince Düzce ilinde faaliyet gösteren Çağ Özel Güvenlik Sanayi Ticaret

Limited Şirketine yüklediği, sözleşme gereği davalı şirketin ihtiyacı olan ve İl Özel Güvenlik Komisyonu tarafından uygun görülen hizmet alımı kapsamında dört adet özel güvenlik personeli ile güvenlik hizmetinin yerine getirileceği hususunda anlaşmaya varıldığı, davalı şirket tarafından, alınan işletmesel karar sonucu kadro fazlalığı meydana geldiği ve görevlendirileceği uygun bir iş olmadığı gerekçesiyle davacı ile birlikte davalı şirkete ait işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışan 7 özel güvenlik görevlisinin iş sözleşmelerinin feshedildiği ve fesihten sonra yeni işyerine yeni işçi alınmadığı kabul edilmekle birlikte, davalı işverenin, 5188 sayılı yasa gereği özel güvenlik hizmetini özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alınmak suretiyle sağlamasının yasal bir zorunluluk olmayıp ve ancak asal bir tercih olduğu, her ne kadar davalı işverenin aldığı işletmesel kararın amaç ve yerindelik denetimi yapılamaz ise de yasanın yürürlüğe girdiği 24.06.2004 tarihinden yaklaşık dört yıl sonra yasal zorunluluk bulunmamasına rağmen güvenlik hizmetlerinin 4857 sayılı Yasanın 2/6 maddesi kapsamında başka bir firmadan temin etmek girişimi ve tercihinin, Medeni Kanununun 2. maddesinde tanımını bulan iyi niyet kuralları ile Anayasanın 49. maddesinde “Devletin çalışanların çalışmayı desteklemek işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almak zorunlu olduğuna” ilişkin düzenlemesi birlikte değerlendirildiğinde; işletmesel kararın sadece işverenin ve ortakların menfaati yanında işçilerin de menfaatini gözetmesi başka bir deyişle sadece kar amaçlı olmayıp işletmenin de işçiler dahil işyerinin de tüm unsurlarını koruyan meşru bir karar olması gerekirken tam aksine yalnızca davalı işverenin maddi menfaatlerini korumaya yönelik, egemen olan az para-çok iş yaptırma kaygısı içinde çalışma barışı ve işçi menfaati gözetilmeksizin özel güvenlik hizmetini daha az giderle temin gayesiyle alt işveren

verilerek davacı işçinin tasfiyesine yönelik keyfi alınmış bir işletmesel karar olduğu, Medeni Kanunun 2. maddesi gereğince bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmasının mümkün olmadığı, davacı işçinin akdinin feshedildiği dönemde şirket nezdinde görevlendirilebileceği uygun bir iş olmadığını ileri sürmüşse de işçi çıkarımına gerekçe olan ekonomik kriz nedeniyle bölüm kapatma yerine işçi çıkarmayı yeğlediklerini açıkça beyan etmeleri karşısında feshin son çare olma ilkesi çerçevesinde işyerinde esnek çalışma veya kısa çalışma gibi uygulama başvurulması, fazla mesailerin kaldırılması gibi önlemleri tercih etmedikleri ve üstelik davalı şirket tarafından gönderilen işçi listesinde Mayıs 2008 tarihinde süreli olarak işe alındıkları anlaşılan dokuz işçinin iş sözleşmesinin Eylül 2008 tarihinde süre bitimi nedeni ile feshedilecekken 2002 yılında beri davalı şirkette çalışan davacı işçinin biraz evvel belirtilen alternatif uygulamalara gidilip başka bölümlerde veya süreli olarak çalıştırılan işçilerden boşalması muhtemel kadrolarda çalıştırılarak adil ve menfaatleri dengeleyici bir çözüm arayışına gidilmediği ve dolayısı ile davalı işverence feshin son çare olma ilkesinin gözetilmediği, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında olabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihle, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işlet-

me gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunumuzun 18'nci maddesi anlamında geçersiz kılmaz, işletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunumuzun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşçi fesihle sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverenedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin feshin baş-

ka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz. (Dairemizin 01.12.2008 gün ve 2008/6294 Esas, 2008/32601 Karar sayılı ilamı). 4857 sayılı İş Kanunu 18/3 maddesi sendika üyeliği veya sendikal faaliyette bulunma, hak aranılması, ayırimcılık yapılması, yasal zorunluluklar nedeni ile izin veya raporlu olunması nedenleri ile işçinin iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz neden sayılacağını düzenlemiştir. İşçi yasada sayılan nedenlerden olan sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia edecek ve kanıtlayacaktır. Kanıtlanması halinde ise, bu neden feshi geçersiz kılacağından, geçerli nedenle ispat yükü kendisinde olan işverenin geçerli neden savunması üzerinde durulmayacaktır. Zira bu nedenlerin ispat edilmesi halinde yasa gereği, fesih geçersiz kabul edilmelidir.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (06.10.2008 gün ve 2008/30274 Esas, 2008/25209 Karar, 11.09.2008 gün ve 2008/25324 Esas, 2008/23401 Karar sayılı ilamlarımız).

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil

eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir. İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkânına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır. Özellikle bölüm kapatılması veya alt işveren uygulaması sonunda kapatılan veya alt işverene verilen işte çalışan işçilerin başka bölümde değerlendirilmesi için değerlendirilecek yerde işçi istihdamına olanak bulunmalıdır. Bu anlamda istihdam fazlası işçilerin diğer bölümlerde başka işçilerin yerine ikamesi düşülemez. Bir başka anlatımla bu işçilerin diğer bölümlerde değerlendirilmesi için işverenden diğer bölümde çalışan işçilerin iş sözleşmesini feshetmesi beklenmemeli ve işverenden bu şekilde bir işletmesel karar alması istenmemelidir.

İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu ka-

nıtlamalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunumuzun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı yasanın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca yukarıda açıklanan ilkeler kapsamında denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kriter tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu, ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulmalıdır. Feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken, keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddiası da keyfilik denetimi kapsamında incelenmelidir.

Dosya içeriğine göre davalı işverenin yardımcı iş niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işveren uygulaması ile temin etme işletmesel kararı aldığı ve uyguladığı, güvenlik hizmetinde çalışan tüm işçilerin iş sözleşmelerini feshettiği anlaşılmaktadır. İşverenin yardımcı hizmet niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işverene vermesi bu hizmetlerde çalışan işçilerin işten çıkartılması kurucu bir işveren kararıdır. Kurucu işveren kararı yasal temelini sözleşme ve işverenin girişim özgürlüğünde bulur. Bu karar sonucu istihdam fazlalığı meydana geleceği açıktır. Bu durumda davalı işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığının somut olarak denetlenmesi gerekir.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işverenin yeni işçi almadığı gibi fesihten önce ve fesihten sonra diğer bölümlerden işçi çıkardığı tespit edilmiştir. Bu nedenle davalı işverenin tutarlı davrandığı kabul edilmelidir.

Mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığı yönünde hüküm kurulurken, fesihte işverenin keyfi davrandığından ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlayamadığından hareket edilmiştir. İşverenin keyfi davranmasına gerekçe olarak, "5188 sayılı yasa gereği özel güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alınmak suretiyle sağlanmasının yasal bir zorunluluk olmadığı ve davalı işverenin maddi menfaatlerini korumaya yönelik, egemen olan az para çok iş yaptırma kaygısı içinde çalışma barışı ve işçi menfaati gözetmeksizin özel güvenlik hizmetini daha az giderle temin gayesiyle alt işveren vererek davacı işçinin tasfiyesini amaçladığı" gösterilmiştir. Oysa bu gerekçeler yukarıda açıklandığı gibi yerindelik denetimini içermekte olup, işverenin aldığı kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığının incelenmesidir. İşletme gerekleri ile fesihte, feshe neden olan özellikle kurucu işveren kararında, bu kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı incelenemez. İş uyuşmazlığına bakan yargıcın bu yönde bir denetimi bulunmamaktadır. Bu şekilde bir denetimin uyuşmazlığın çözümünde yeri yoktur. Kararın yararlı ya da amaca uygun olmaması veya hatalı bir karara dayanması işverenin keyfi karar aldığı sonucunu da doğurmaz.

Diğer taraftan, feshin kaçınılmazlığı yönünden, işverenin işyerinde esnek çalışma veya kısa çalışma gibi uygulamalara başvurmadığı, fazla mesailerin kaldırılması gibi önlemleri tercih etmediği gibi Mayıs 2008 tarihinde süreli olarak işe alınan dokuz işçinin iş sözleşmesinin Eylül 2008 tarihinde süre bitimi nedeni ile feshedilmesi yerine 2002 yılında beri davalı şirkette çalışan davacı işçinin alternatif uygulamalara gidilip başka bölümlerde veya süreli olarak çalıştırılan

işçilerden boşalması muhtemel kadrolarda çalıştırılarak adil ve menfaatleri dengeleyici bir çözüm arayışına gidilmediği gerekçesine dayanılmıştır. Ancak yukarıda açıklandığı gibi güvenlik hizmetinin alt işverene verilmesi nedeni ile bu bölümde çalışan işçilerin istihdam fazlası olacağı açıktır. Diğer bölümlere işçi alınmadığı gibi yeri işçi de alınmamıştır. Davalı işverenin bu durum karşısında güvenlik hizmetinde çalışan işçileri başka bölümde değerlendirme olanağı da bulunmamaktadır, işverenden diğer bölümlerde süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi ve bu işçiler yerine güvenlik hizmetinde çalışan işçilerin değerlendirilmesi düşünülemez. Bu şekildeki bir değerlendirme istihdam fazlası olan işçi yerine, diğer bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini gerektiren bir değerlendirme olur ki bu doğru gerekçe değildir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

OLAY VE KARARIN ÖZETİ

Uyuşmazlık konusu olayda, işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı işçi, davalı işverenin güvenlik hizmetini bir özel güvenlik şirketine vermesinin işyeri devri niteliğinde olduğunu, devreden veya devralan işverenlerin iş sözleşmesini sırf işyerinin veya bir işyeri bölümünün devrinden dolayı feshedemeyeceğini, davalı şirket tarafından alınan karar sonucu kadro fazlalığı meydana geldiği ve görevlendirileceği uygun bir iş olmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesine son verildiğini, iş sözleşmesinin feshinin keyfi ve kötüniyetli olduğunu, işten çıkarılmasında feshin son çare olması ilkesinin gözetilmediğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel Mahkeme, davalı işverence feshin son çare olma ilkesinin gözetilmediği, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davacı işçi lehine hüküm vermiştir.

Yargıtay ise, feshin son çare olma ilkesinin

4857 sayılı İş Yasasınının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
 2. Davanın REDDİNE,
 3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
 4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 40.00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
 5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarife göre 575- TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
 6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,
- Kesin olarak 6.7.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

gözetildiği kanaatine vararak, Yerel Mahkeme kararını hatalı bulmuş ve Yerel Mahkeme kararını bozmuştur.

KARARIN İNCELENMESİ

I. Uyuşmazlık konusu olayda öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken husus, işverenin işyerinde yürüttüğü yardımcı işlerin (mevcut olayda güvenlik hizmetinin), alt işverene verilmesinin işyeri devri niteliğinde olup olmadığıdır.

Davacı vekili, davalı şirketin güvenlik hizmetlerini dışarıdan almasının işveren bünyesindeki bir kısım hizmetlerin davalı dışındaki bir firmaya devri anlamına gelmekte olup, İşK'nun 6. maddesi uyarınca devreden veya devralan işverenlerin iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemeyeceğini ileri sürmektedir.

Türkiye'de bir işyerinin kısmi devri veya bir işyeri bölümünün devri, ilk defa 2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İşK'nun 6. maddesinin

de yer alan “işyerinin bir bölümünün devri”¹ kavramı ile Türk hukuk mevzuatına girmiştir. 4857 sayılı İşK'nun kabulüne kadarki dönemde işyerinin devrine ilişkin genel nitelikte bir düzenleme mevcut değildi. Söz konusu dönemde hep işyerinin tümüyle devri söz konusu olmuş, bu konudaki boşluk, öğreti ve Yargıtay kararlarıyla BK'nun 179 ve 180. maddelerine² dayanılarak, bir ölçüde, doldurulmuştu. Devir halinde işyerinde çalışan işçilerin bireysel iş sözleşmelerinin³ durumu ise yalnızca DenİşK'nda sınırlı olarak düzenlenmişti (m.19)⁴ ve yine 4857 sayılı İşK'nun kabulüne kadarki dönemde öğreti ve Yargıtay kararlarında işyeri devredildiğinde işyerinde çalışmakta olan işçilerin iş sözleşmelerinin devirle birlikte yeni işverenle devam etmesi ilkesi benimsenmişti⁵.

4857 sayılı İşK düzenlenirken bu boşluğun doldurulması gereksinimi yanında AB mevzuatına uyumun da hedeflendiği belirtilerek⁶ İşK'nun 6. maddesinde bu konu düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu madde uyarınca,

“İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (f.1)/Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı baklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (f.2)/Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (f.3)/Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz (f.4)/Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturamaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yabut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır

(f.5)/Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz”.

Öte yandan İşK m.2'de asıl işveren-alt işveren ilişkisi de yeniden düzenlenmiş ve asıl işveren-alt işveren ilişkisine yeni sınırlamalar getirilmiştir.

1475 sayılı İşK m.1/5 asıl işveren-alt işveren ilişkisini “Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu Kanundan ve hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur“ biçiminde düzenlemişken, 4857 sayılı İşK m.2/f.6 ve f.7 uyarınca “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur (f.6)/Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez (f.7)”.

İşK'nun 2 ve 6. maddelerindeki bu düzenlemelerden sonra, bir işin alt işverene verilmesinin, işyeri bölümünün devri niteliğinde olup olmadığı, bu iki ilişkinin aynı anda kurulup kurulamayacağı konusu öğretilerde yoğun tartışma-

lara yol açmıştır.

Öğretideki bazı yazarlar bu soruya Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın (The Court of Justice of the European Communities) Süzen kararında⁷ yaptığı "ekonomik birlik" tanımını, Süzen davası ve izleyen davalarda ATAD'ın bir işyeri bölümünün devrinden söz edilebilmesi için aradığı ölçütleri gerekçe göstererek cevap vermişler, ATAD'ın Süzen davası ve izleyen davalardaki yorumlarını gerekçe göstererek Türk hukuku açısından da bir işin alt işverene verilmesinin işyeri devri niteliğinde olabileceğini, bu iki ilişkinin aynı anda kurulabileceğini, yürürlükteki (pozitif) hukuku göz ardı ederek Türk hukukunun da söz konusu ATAD yorumuyla bağlı olduğunu savunmuşlardır⁸.

Ancak aşağıdaki gerekçelerle bu görüşe katılmak hukuken olanaklı görünmemektedir. Çünkü:

1. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki ATAD, 14 Şubat 1977 tarihli 77/187/EEC sayılı "İşletmelerin İşyerlerinin Tümüyle veya İşyeri Bölümlerinin Devrinde İşçilerin Haklarının Gözetilmesi Hakkındaki Üye Devlet Mevzuatlarının Yakınlaştırılması Yönergesi", bunu değiştiren 29 Haziran 1998 tarihli ve 98/50/EC sayılı Yönerge ve bu iki yönergeyi birleştiren 12 Mart 2001 tarihli 2001/23/EC sayılı "İşletmelerin İşyerlerinin Tümüyle veya İşletme veya İşyeri Bölümlerinin Devrinde İşçilerin Haklarının Gözetilmesi Hakkındaki Üye Devlet Mevzuatlarının Yakınlaştırılması Yönergesi" uyarınca önüne gelen davalarda, Yönerge'de kullanılan işletme, işyeri, işletme veya işyeri bölümü kavramlarına iş hukuku bakış açısıyla açıklama getirmek yerine, ticaret hukuku bakış açısını benimsemiş ve bu kavramlara açıklık getirilmeden, "ekonomik birlik (economic entity)" kavramını kullanmış⁹, iş sözleşmelerinin sürekliliğinin sağlanması için ekonomik birliğin kimliğini koruyan bir şekilde devrini öngörmüştür. Devralan, varolan bir işletmeyi faaliyetlerini yürütmek üzere devralmış olmalıdır veya işletme devralana, en azından işletmenin eski faaliyetiyle aynı türden bir faaliyete olanak sağlamalıdır. ATAD, devirden sonra ekonomik birliğin kimliğini koruyup korumadığının saptanabilmesi için, işyerinde yürütülen faaliyetin devirden sonra yeni işveren

tarafından aynı veya özdeş biçimde sürdürülmesi¹⁰ ölçütü yeterli olmadığı için, Spijkers davasında olaya damgasını vuran bütün koşulları incelemek gerektiğine karar vermiş ve diğer bazı koşulların daha varlığını aramıştır.

Öğretiye "Spijkers Ölçütleri" olarak geçen¹¹ bu ölçütler uyarınca, işletme ya da işyerinin türüne göre;

- işyerinin bina veya taşınabilir eşya gibi maddi aktifleri/kıymetleri¹² ve maddi olmayan aktiflerinin/kıymetlerinin¹³ devredilip devredilmediği,
- devir esnasında maddi olmayan aktiflerin/kıymetlerin değeri,
- işyerinde çalışan işçilerin sayısı ve uzmanlık bakımından çoğunluğunun yeni işveren tarafından devralınıp alınmadığı,
- müşterilerin devredilip devredilmediği,
- devirden önce ve sonra gerçekleştirilen faaliyetler arasındaki benzerlik derecesi,
- işyerindeki faaliyetler askıya alınmışsa askıya alınma süresi

koşulları göz önünde tutulacaktır.

ATAD, her somut olayda bütünsel bir değerlendirme yapılması gerektiğini, yukarıda anılan koşulların yalnızca münferit ölçütler niteliğini taşıdığını belirtmektedir¹⁴. ATAD'a göre her davada bu ölçütlerin tümü açısından karar vermek, bu ölçütleri uygulamak, her davada bu ölçütlerin gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak ulusal mahkemelerin görevidir. Ancak her ölçütün ağırlık derecesinin ne olacağı konusundaki belirsizlik, bir işyeri devrinin var olup olmadığı konusunda karar vermek durumunda olan ulusal mahkemeler için, pek çok soruna yol açmıştır¹⁵.

Süzen kararına konu olan olayda, Almanya'daki (Bonn şehrinde) bir ortaokulun temizliğini üstlenmiş olan bir temizlik şirketinde çalışan Ayşe Süzen ve yedi arkadaşı, temizlik işlerinin başka bir şirkete verilmesi üzerine, bağlı oldukları şirket tarafından işten çıkarılmıştır. Bunun üzerine Ayşe Süzen bağlı olduğu temizlik şirketinin iş sözleşmesini fesih işleminin yeni işverenle olan iş ilişkisini ortadan kaldırmadığının tespiti için dava açmış, Bonn İş Mahkemesi burada bir işyeri devrinin söz konusu olup olmadığı hususunda ön ka-

rar yoluyla ATAD'a başvurmuş ve o dönem yürürlükte olan 14 Şubat 1977 tarihli 77/187/EEC sayılı İşletmelerin İşyerlerinin veya İşyeri Bölgülerinin Devrinde İşçilerin Haklarının Gözetilmesi Hakkındaki Üye Devlet Mevzuatlarının Yakınlaştırılması Yönergesi'nin yorumlanmasını talep etmiştir. ATAD bu kararında; önceki şirket ve sonraki şirket tarafından aynı hizmetin yürütülmesinin (hizmetin aynı olmasının) ekonomik bir birliğin devredildiği sonucuna varmak için yeterli olmadığı, ekonomik birliğin yalnızca bir faaliyet (activity) olarak anlaşılamayacağı, dolayısıyla tek başına işyerinde veya bir işyeri bölümünde yürütülen faaliyetlerin bir başkasına devrinin "ekonomik birliğin" devri anlamına gelmeyeceği, "ekonomik birliğin" devrinden söz edilebilmesi için işyerinde çalışan işçilerin çoğunluğunun da devredilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

ATAD bu kararında, özetle, maddi veya maddi olmayan kıymetlerin devrinin söz konusu olmadığı veya işyerinde çalışan işçilerin çoğunluğunun devredilmediği durumlarda işyeri devrinin söz konusu olmayacağı sonucuna varmıştır.

Bu yorum, öğretilerdeki bazı eleştirilerden¹⁶ etkilenen ATAD yargıçlarının, aşağıda sözü edilecek olan Schmidt kararından sonra, görüş değiştirerek geliştirdiği bir yorumdur.

2. Yönerge'nin amacı, iş sözleşmelerinin değiştirilmeden devredilenle mümkün olduğunca devamının ve işçilerin devir sonucu dezavantajlı duruma düşmemelerinin sağlanmasıdır.

Bu nedenle ATAD yargıçlarının Süzen davası ve izleyen davalardaki yorumları, Yönerge'nin işçiyi koruma amacına aykırı olduğu gerekçesiyle İngiliz öğretisinde eleştirilmiştir. ATAD yargıçlarının yorumunun kabulü halinde Yönerge'nin sağlamayı amaçladığı korumadan kaçınmak isteyen işverenlerin, işyerlerini çok az işçiyle veya hiç işçisi olmadan devralmayı tercih edecekleri vurgulanmıştır¹⁷. Nitekim İngiltere'de işyeri devredilirken, işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanmasını engellemek (kanunu dolanmak) amacıyla işgücü devredilmemiş ve işçiler işten çıkarılmışsa, işyeri devrine ilişkin hükümler uygulanmaktadır¹⁸. Belirtmek gerekir ki İngiliz mahkemeleri ATAD'dan

daha geniş yorumlar benimsemişlerdir¹⁹.

3. Yönerge'nin amacı, AB'nin tamamında ortak bir ölçüt çerçevesinde tek bir koruma düzeyi sağlamak²⁰, dolayısıyla üye ülkelere işçi açısından daha lehte düzenlemeler getirmeyi yasaklamak değildir. Yönerge ile asgari bir koruma düzeyi sağlanmak istendiği ve üye ülkelere işçi açısından daha lehte ulusal düzenlemeler getirme sınırlaması olmadığı için, bu konuda işçiyi koruyucu düzenlemeler ve Yönerge'nin uygulanması açısından üye ülke uygulamaları arasında farklılıklar vardır²¹.

Örneğin ATAD, Schmidt davasında işyeri devri koşullarını son derece geniş yorumlayarak farklı bir karar vermiştir. Bu karardaki yorumu işçi lehine olduğu için üye ülkeler tarafından benimsenebilir. Nitekim ATAD'ın Schmidt kararındaki yorumu, aşağıda üzerinde durulacak olan 2008 tarihli Maria Norma Abela v. Pater Holding Company Limited davasında hem Malta İş Mahkemesi, hem Malta Temyiz Mahkemesi tarafından benimsenmiştir.

Schmidt kararına konu olan olayda, Almanya'daki bir banka şubesinde temizlik işçisi olarak çalışan kadın işçi Christel Schmidt, temizlik işlerinin bir şirkete verilmesi üzerine işvereni tarafından işten çıkarılmıştır. Temizlik şirketi, Christel Schmidt'e, daha yüksek ücretle fakat çok daha büyük bir alanı temizlemesi için çalışmasını önermiştir. Ancak Christel Schmidt, çalışma saati ücretinin yapacağı işe oranlandığında düşeceği ve çalışma koşullarının ağırlaştırıldığı gerekçesiyle teklifi reddetmiş ve Alman Medeni Kanunu (BGB) §613a'daki fesih yasasına aykırılık nedeniyle dava açmıştır. Alman Federal İş Mahkemesi'nin bir işyeri devrinin söz konusu olabilmesi için maddi veya maddi olmayan kıymetlerin devrinin şart olduğu yönündeki içtihadı nedeniyle Schleswig-Holstein Eyalet İş Mahkemesi, ATAD'a bu olayda bir işyeri devrinin bulunup bulunmadığı sorusunu yöneltmiştir. Divan, devirden önce ve devirden sonra yürütülen temizlik faaliyetinin aynı türden olması nedeniyle, bir işyeri devri olduğu, Christel Schmidt'in Yönerge'nin sağladığı korumadan yararlanacağı sonucuna varmıştır. ATAD devredilenin bir faaliyet olması veya devirden önce yalnızca bir işçi tarafından yürütülmesinin

Yönerge'nin uygulanmasına engel oluşturmayacağına dile getirmiştir.

ATAD bu kararı ile faaliyetin devam ettirilmesinin işyerinin ayniyetinin korunmasının bir unsuru ve böylece Yönerge açısından işyeri devrinin bağımsız bir şekli olduğunu kabul etmiştir. ATAD'ın bu kararından çıkarılacak sonuç, işletmenin faaliyetlerinin bir bağımsız yönetime ve organizasyona sahip işletme birimine her türlü devrinin, bir işyeri devri olarak değerlendirileceğidir. Bu değerlendirme, bir holdingde fonksiyonların bir kardeş kuruluşa veya ana kuruluşa bırakılması halinde de geçerlidir.

Bu karar, Yönerge'nin kapsamın çok geniş olduğu görüşünde olan bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir²². Bunun üzerine yukarıda sözü edilen Süzen kararında ATAD bu görüşünden dönerek "ekonomik bir birliğin" devrinden söz edilebilmesi için bazı ölçütler getirmiştir.

Ancak 30.4.2008 tarihli Maria Norma Abela v. Pater Holding Company Limited davasında²³, hem Malta İş Mahkemesi, hem Malta Temyiz Mahkemesi temizlik işlerinin devrini, hiçbir maddi veya maddi olmayan aktif/kıymet veya işgücü devri olmamasına rağmen, işyeri devri olarak kabul etmiş ve İşyeri Devri Hakkındaki Düzenleme'nin (Transfer of Business Regulations, Legal Notice 433/2002) uygulanacağı sonucuna varmış ve ATAD'nın Schmidt kararına paralel bir karar vermiştir.

Söz konusu davada temizlik işlerinin bir şirkete verilmesi üzerine temizlik işlerini yapan iki işçi işten çıkarılmış, işten çıkarılan iki temizlik işçisinden biri olan Maria Norma Abela geçersiz fesih iddiasıyla dava açmıştır. Davalı işverenin hiçbir maddi veya maddi olmayan aktif/kıymet veya işgücü devri olmadığı için bir işyeri devrinin olmadığı yönündeki savunmasına rağmen, söz konusu mahkemeler işyeri devri olduğu sonucuna varmıştır.

Temyiz Mahkemesi, davacı işverenin çeşitli faaliyetler yürüttüğünü, İşyeri Devri Hakkındaki Düzenleme'nin bağımsız faaliyetlere sahip organize bir ekonomik birlik oluşturan bir işletme bölümünün devrini de kapsadığını, devirden önce var olan ve devirden sonra işletme içinde bağımsız bir hizmet olarak kimliğini sürdürme amacı olan bağımsız faaliyetleri yerine getiren

işçilere de işyeri devrine ilişkin düzenlemelerin uygulanacağını belirtmiştir.

Mahkeme, Düzenleme çerçevesinde bir işyeri devrinden söz edilebilmesi için esas olanın, sözleşme taraflarının devredilen faaliyeti bağımsız bir faaliyet olarak görmeleri ve söz konusu faaliyetin devredilince sürdürülmesi olduğu kanaatine varmıştır. Dolayısıyla hem İş Mahkemesi, hem Temyiz Mahkemesi bu durumda İşyeri Devri Hakkındaki Düzenleme'nin uygulanacağı ve faaliyeti devralan işverenin, işçileri de devralması gerektiği sonucuna varmıştır.

4. Öte yandan Türkiye daha AB üyesi bile olmadığı gibi, ne zaman üye olacağı da belli değildir. İşK'nda diğer AB üyesi devlet hukuklarından farklı olarak alt işverene ilişkin özel ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. İşK'nın 2. ve 6. maddelerinde işyeri devrine ve alt işverene birbirinden kesin çizgilerle ayrılan farklı hukuksal sonuçlar bağlanmıştır. Öğretide de vurgulandığı gibi, alt işveren asıl işverene ait işyerinden belli bir işi almıştır. Devralan işveren ise işyerini elde etmiştir. Devralan işveren mal veya hizmet üretimine dair iş organizasyonunu tamamen bağımsız bir biçimde oluşturabilir. Alt işveren açısından da bağımsız bir işyerinin varlığından söz edilse de alt işveren asıl işverenin ürettiği mal veya hizmet organizasyonuna dahildir. Dışarıdan bakıldığında üçüncü kişi hizmeti asıl işverenden almış görünmektedir. Hatta tüketici hakları bakımından asıl işverenle muhatap olunur. Asıl işverenin alt işverenle birlikte devamlı bir sorumluluğu söz konusu iken işyeri devrinde devreden işverenin devirden sonraki işçilik alacaklarından sorumluluğu söz konusu değildir. Ayrıca, alt işverene verilmede geçici bir durum söz konusudur²⁴.

5. Ayrıca unutmamak gerekir ki, 4857 sayılı İşK m. 6'nın gerekçesinde, İşK'nın genel hükümleri arasına işyerinin devrine ilişkin konular eklenirken, AB müktesebatının göz önünde tutulduğu ileri sürülmesine rağmen²⁵, İşK 6. maddede, 2001/23/EC sayılı AB Yönergesi ile bir uyum da söz konusu değildir. Örneğin sendikalaşma oranının çok düşük olduğu günümüz koşullarında işçilerin korunması açısından son derece önemli olan ve Yönerge'nin 7. maddesinde yer verilen, gerek devralan gerekse dev-

reden işverenlere işçi temsilcilerini, işyerinde işçi temsilcisi, yoksa işçileri işyeri devrinin etkileri konusunda bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin hükme; 4/2. maddesinde yer verilen işletmenin ya da işyerinin devri nedeniyle çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklikler ortaya çıktığında ve işçinin sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği durumlarda feshin işveren tarafından yapıldığı kabul edilerek sonuçlarından işverenin sorumlu olacağına ilişkin hükme, İşK m. 6'da yer verilmemiştir²⁶. Oysa Yönerge, dört önemli noktada toplanabilecek önlemleri içermektedir: Birincisi işletme veya işyeri devrinden etkilenen iş ilişkilerinin eski işverenden yeni işverene otomatik olarak intikal etmesi; ikincisi, işçinin feshe karşı korunması; üçüncüsü, işçi temsilcilerinin fonksiyonları ve statülerinin mümkün olduğunca korunması; dördüncüsü, devir konusunda işçi temsilcilerine bilgi verme, danışma prosedürüne uyulmasının sağlanmasıdır. Dolayısıyla AB'ye üyelik sürecinde, İşK'nın AB müktesebatıyla tam bir uyumunun sağlanması için, yeniden düzenlenmesi kaçınılmazdır.

Uyuşmazlık konusu olayda yardımcı bir iş olan güvenlik hizmetinin güvenlik şirketine verilmesi, İşK m.2 f. f.6 çerçevesinde bir asıl işveren-alt işveren ilişkisidir. İşK m.6 çerçevesinde bir işyeri devrinden söz edilemez.

II. Uyuşmazlık konusu olayda açıklığa kavuşturulması gereken ikinci husus, işverenin 2004 tarihli 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un yürürlüğe girmesinden dört yıl sonra yedi işçisi tarafından yürütülen güvenlik hizmetini alt işverene verme kararının yargı denetimine tabi tutulup tutulamayacağıdır.

Yerel Mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığı yönünde hüküm kurulurken, feshte işverenin keyfi davrandığından ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlayamadığından hareket edilmiştir. İşverenin keyfi davranmasına gerekçe olarak, "5188 sayılı Yasa gereği özel güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alınmak suretiyle sağlanmasının yasal bir zorunluluk olmadığı ve davalı işverenin maddi menfaatlerini korumaya yönelik, egemen olan az para çok iş yaptırma kaygısı içinde çalışma barışı ve işçi menfaatini gö-

zetmeksizin özel güvenlik hizmetini daha az giderle temin gayesiyle alt işverene vererek davacı işçinin tasfiyesini amaçladığı" gösterilmiştir.

Yargıtay'a göre, Yerel Mahkeme'nin bu gerekçesi yerindelik denetimini içermekte olup, işverenin aldığı kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığının incelenmesidir. İşletme gerekleri ile feshte, feshe neden olan özellikle kurucu işveren kararında, bu kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı incelenemez. İş uyuşmazlığına bakan yargıcın bu yönde bir denetimi bulunmamaktadır. Bu şekilde bir denetimin uyuşmazlığın çözümünde yeri yoktur. Kararın yararlı ya da amaca uygun olmaması veya hatalı bir karara dayanması işverenin keyfi karar aldığı sonucunu da doğurmaz.

Yargıtay bu saptamasında haklıdır. Çünkü öğretilerde²⁷ ve uygulamada, Anayasal girişim ve sözleşme özgürlüğü gerekçesiyle işletmesel kararın yerindelik denetimine bağlı tutulmaması kabul edilmektedir. Bir başka deyişle işletmesel kararlar, hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmışsa, yargısal denetime tabi tutulamaz. İşK m. 2 f. 6 bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerin alt işverene verilebileceğini düzenlemektedir. Yardımcı işlerin alt işverene verilmesi herhangi bir koşul, sınırlama veya denetime bağlı tutulmamıştır. Öte yandan 2004 tarihli 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun gereği özel güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alınması suretiyle sağlanması yasal bir zorunluluk olmamakla, iş sözleşmesi feshedilen güvenlik görevlisi 5188 sayılı Kanun'un özel güvenlik görevlilerinde aradığı koşullara (m.10) sahip olmakla birlikte, olayda işveren İşK m. 2 f. 6'nın kendisine tanıdığı bir olanağı kullanmıştır. Dolayısıyla işverenin bu olayda güvenlik hizmetini alt işverene vermesi hukuka uygundur ve bu kararın yerindeliği sorgulanamaz.

Somut uyuşmazlıkta İşK'ya uygun olarak güvenlik hizmetinin alt işverene verilmesi işletmesel bir karardır. Alt işverenlik uygulamasına bağlı olarak istihdam fazlalığı meydana geldiğinde ve işyerinde işçilerin çalışma ola-

naklarının ortadan kalktığı durumlarda, işletme içi geçerli nedenle fesih olanaklıdır (İŞK m.18).

III. Uyuşmazlık konusu olayda açıklığa kavuşturulması gereken üçüncü husus, işverenin kötüniyetli davranıp davranmadığıdır.

Davacı vekili, davalı işverenin 4857 sayılı İŞK'nun yürürlüğe girdiği tarihten yaklaşık dört yıl sonra yasal zorunluluk bulunmamasına rağmen güvenlik hizmetlerinin İŞK'nın 2/6 maddesi kapsamında başka bir firmadan temin etmek girişimi ve tercihinin, egemen olan az para-çok iş yaptırma kaygısı içinde çalışma barışı ve işçi menfaati gözetilmeksizin özel güvenlik hizmetini daha az giderle temin gayesiyle alt işverene verildiğini, işletmesel kararın davacı işçinin tasfiyesine yönelik keyfi alınmış bir karar olduğunu, MK'nın 2. maddesinde tanımını bulan iyi niyet kurallarının ihlali olduğunu, MK'nın 2. maddesi gereğince bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmasının mümkün olmadığını iddia etmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi, işverenin güvenlik hizmetini alt işverene vermesi hiçbir koşul, sınırlama ve denetime tabi olmaksızın İŞK ile işverene tanınmış bir olanaktır ve işveren bu olanağı hukuka uygun bir biçimde kullanma hakkına sahiptir. Ancak alınan işletmesel karar, kanunu dolanma (muvazaa) ve/veya işçilerin hukuk düzeni tarafından güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerinin kullanımını engelleyici ve/veya misilleme amaçlı ise ve tutarlı bir biçimde uygulanmamakta ise yargısal denetim devreye girer.

İşçinin işten çıkarılmasında kötüniyet iddiası, İŞK m.20/2 uyarınca davacı işçi tarafından kanıtlanmalıdır²⁸. Uyuşmazlık konusu olayda davacı işçi kötüniyet iddiasında bulunmakla birlikte, hukuk düzeni tarafından güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerinin kullanımını engelleyici veya misilleme veya kanunu dolanma amaçlı kötüniyet göstergesi olan somut bir olay gösterebilmiş değildir. Nitekim uyuşmazlık konusu olayda da kötüniyet göstergesi olan bir husus görünmemektedir. Çünkü güvenlik hizmetinin alt işverene verilmesi nedeniyle bu bölümde istihdam fazlası oldu-

ğu ortadadır, güvenlik hizmetini yürüten bütün işçiler işten çıkarılmıştır ve davalı işveren yeni işçi almadığı gibi fesihten önce ve fesihten sonra diğer bölümlerden işçi çıkarmıştır.

IV. Uyuşmazlık konusu olayda açıklığa kavuşturulması gereken dördüncü husus, işverenin güvenlik görevlisinin iş sözleşmesini feshederken feshin son çare olması ilkesine uyup uymadığıdır.

Öğreti ve uygulamada kabul edildiği gibi, işletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı önlemin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. Bir başka deyişle işveren, işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle aldığı fesih kararında işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İŞK ile işçilere sağlanmış olan iş güvencesi nedeniyle feshe, ancak başvurulabilecek başka hiçbir önlem kalmadığında başvurulabilir. Asıl olan, iş sözleşmesinin sürekliliğidir. İş sözleşmesinin feshinin alternatifi olabilecek daha hafif somut belirli önlemler varsa bunlara başvurulmalıdır. Ancak bunlar işyerinde uygulanabilir ve iş sözleşmesinin feshini önleyebilecek önlemler olmalıdır. Bu önlemlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, bir başka deyişle feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde işletmesel kararın gerekliliği yargısal denetime tabidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağının ortadan kalkıp kalkmadığı yönünde kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

Ancak Yargıtay, Yerel Mahkeme'nin "Feshin son çare olma ilkesi çerçevesinde işyerinde esnek çalışma veya kısa çalışma gibi uygulamalara başvurulmadığı, fazla mesailerin kaldırılması gibi önlemlerin tercih edilmediği" yönündeki gerekçesi üzerinde durmamıştır. Oysa Yargıtay 9. HD. 13.1.2005 tarihli kararında, "Öte yandan, işletme gerekleri ile varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile

esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak ve kısa çalışma ile amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca fesih “son çare olmalıdır” (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir²⁹ demektir.

Dolayısıyla esnek çalışma uygulamalarına gidilmesi veya fazla mesailerin kaldırılması önlemlerinin işyerinde uygulanabilmesi ve bu önlemlerin işten çıkarmayı önlemesi olanaklı ise, bu önlemlere başvurulmaması durumunda feshe son çare olarak başvurulduğu söylenemeyecektir. Ancak kuşkusuz ki işverenden işyerinde çalışmakta olan diğer işçilerin çalışma koşullarında esaslı değişikliğe yol açacak nitelikte esnek çalışma uygulamalarına gitmesi beklenemez³⁰. Esnek çalışma, istihdam fazlası oluşturan işçi veya işçiler açısından söz konusu olacaktır. Söz konusu işçi veya işçilerin çalışma koşullarında esaslı değişikliğe yol açacak esnek çalışma uygulamalarına gidilmesi durumunda işverenin İşK m.22 çerçevesinde hareket etmesi gerekecektir.

Öte yandan kısa çalışmanın³¹ işyerinde uygulanabilir olması için istihdam fazlalığının geçici olması gerekir. İstihdam fazlalığı kalıcı ise kısa çalışmaya başvurulmasının hiçbir yararı olmayacaktır. Nitekim uyuşmazlık konusu olayda güvenlik hizmetinin alt işverene verilmesi nedeniyle meydana gelen istihdam fazlalığı kalıcı bir istihdam fazlalığı olduğu için, kısa çalışma uygulamasına başvurulmasının hiçbir yararı olmayacaktır.

SONUÇ

Yerel Mahkeme kararında işçinin rızasıyla esnek çalışma uygulamalarına gidilmesinin veya fazla mesailerin kaldırılmasının işyerinde uygulanabilir önlemler olup olmadığı, uygulanabilir iseler bu önlemlere başvurulmasının feshi önleme etkisinin olup olmadığı hususu açık değildir ve Yargıtay kararında da bu hususlar irdelenmemiştir. Bu nedenle kanımca Yargıtay, Yerel Mahkeme kararını yetersiz araştırma nedeniyle bozmalıydı. Yerel Mahkeme’den, sözkonusu hususlarda gerekli araştırma yapıldıktan sonra karar vermesi talep edilmeliydi. Aksi halde feshe son çare

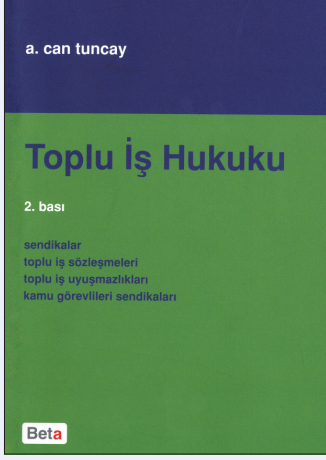
olarak başvurulduğu söylenemeyeceği için, Yargıtay’ın yukarıdaki kararına katılmak olanaklı görünmemektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Söz konusu kavram ve işyeri devriyle ilgili öğretilerde kullanılan diğer kavramların eleştirisi için bkz. Tankut Centel (2008), İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde Fiziki Mekan, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.9, Mart, s.5-9.
- 2 BK m.179-“Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur; şu kadar ki, iki yıl müddetle evvelki borçlu dahi yenisiyle birlikte müteselsilen mesul kalır; bu müddet muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar (f.1)/ Borçların bu suretle naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli akdinden doğan hükümlerin aynısıdır (f.2)”. BK m.80-“Bir işletme diğer bir işletme ile aktif veya pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilse, her iki işletmenin alacaklıları bir mamelekin devralınmasından doğan hakları haiz olup bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler (f.1)/ Evvelce hakiki veya hükmi tek bir şahsa ait olup da kolektif veya komandit şirket haline konulan bir işletmenin borçları hakkında da aynı hüküm tatbik olunur (f.2)”.
- 3 2822 sayılı TİSGLK m.8 - “...toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez”.
- 4 DenişK. m.19 - “Geminin Türk Bayrağını taşıma hakkı bulunduğu sürece mülkiyetin kısmen veya tamamen herhangi bir şahsa geçmesi hizmet aktinin feshini gerektirmez”.
- 5 Bkz. Münir Ekonomi (2000), İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi, Turhan Esener’e Armağan, Kamu-İş Dergisi, C.5, S.3, Nisan, s.325-361.
- 6 Bkz. TİSK (2003), 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, Ankara; ayrıca bkz. yukarıda aşağıda I(5) ve aşağıda dn.26.
- 7 Süzen (Ayşe) v. Zehnacker Krankenhausservice etc (ECJ case C-13/95), (1997) ECR I-1259; ayrıca bkz. Oy Liikenne Ab v Liskojarvi (ECJ Case 172/99) [2001] IRLR 171.
- 8 1475 sayılı İşK. döneminde işyeri bölümünün devri ile asıl işveren-alt işveren ilişkisinin birbirini dışlamadığı konusunda savunulan görüş için bkz. Ekonomi (2000), s.325-361; 2002 tarihli İş Kanunu Tasarısı tartışmaları sırasında aynı yöndeki görüş için bkz. Ömer Ekmekçi (2002), 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, s.88; Söz konusu görüşü, ATAD yorumlarıyla gerekçelendiren ve ATAD yorumlarının Türk Hukuku açısından da bağlayıcı olduğu yönündeki görüş için bkz. Gülsevil Alpagut (2004), 4857 Sayılı İş Yasası İle Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşverene Bakışı, Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, Ankara, İNTES Yayını, s.21-23; aynı yazar (2009), İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin

- Feshi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, 4 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayını, İstanbul, s. 290-300; Kübra Doğan Yenisey (2007), İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme, İstanbul, Legal Yayıncılık; aynı yazar (2009), İşyerinin Devri Bakımından “İşyeri” Kavramı, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, 4 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayını, İstanbul, s.162-167; Ercüment Özkaraca (2008), İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınları, İstanbul, s.80-163; Nurşen Caniklioğlu (2008), İstihdamda Yeni Eğilimler, II. Çalışma Yaşamı Kongresi Tartışma ve Panel Notları, İş Müfettişleri Derneği Ankara, s.29-30.
- 9 Bkz. Catherine Barnard (2006), EC Employment Law, Third Edition, New York: Oxford University Press, s.619-671.
- 10 Spijkers v. Benedik (Case 24/85) (1986) ECR 1119; Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Molle Kro (Case 287/86) (1987) ECR 5465; Dr Sophie Redmond v. Bartol (Case 29/91) (1992) ECR I-3189.
- 11 Barnard (2006), s.619-671.
- 12 Spijkers v. Benedik (Case 24/85) (1986) ECR 1119.
- 13 Bork International v. Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (Case 101/87) (1988) ECR 305; Dr Sophie Redmond v. Bartol (Case C-29/91) ECR I-3189; Tor Angeir Ask and Others v. ABD Offshore Technology AS and Aker Offshore Partner AS (Case E-3/96) Advisory Opinion of the Court 14 March 1997, OJ 1997, C1 36/7.
- 14 Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen (Case C-392/92, (1994)) ECR I-1311 para. 16; Süzen (Ayşe) v. Zehnacker Krankenhausservice etc, para. 14.
- 15 Paul Davies (2001), Transfers of Undertakings, Silvana Scaria (ed.) Labour Law in the Courts: National Judges and the European Court of Justice, Hart Publishing, Oxford, s.136; Barnard (2006), s.637.
- 16 Bkz. Brian Bercusson (1996), European Labour Law, London, s.234 vd.; A. Garde (2002), Recent Developments in the Law Relating to Transfers of Undertaking, 39 CMLRev., s. 523-524.
- 17 Davies (2001), s.136; Barnard (2006), s.637.
- 18 Steven Lorber (2005), “United Kingdom”, Transfer of Undertakings, Ius Laboris, Bruxelles, <http://www.eapm.org/index.php/en/content/download/177/738/file/6c-TransferofUndertakings.pdf>
- 19 Bkz. Robert Upex/Michael Ryley (2006), TUPE: Law and Practice, Jordan Publishing Ltd., United Kingdom.
- 20 Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. A/S Danmols Inventar, in liquidation Case 105/84, para. 26. http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=684J0105
- 21 Karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Ius Laboris (2005), Transfer of Undertakings, Bruxelles, <http://www.eapm.org/index.php/en/content/download/177/738/file/6c-TransferofUndertakings.pdf>
- 22 Bkz. dn. 16.
- 23 Maria Norma Abela v. Pater Holding Company Limited, U.C.I.M. Co. Ltd, and Clentec Cleaning Services Limited, April 2008 – Civil Appeal Number 32/2007.
- 24 Bkz. Ali Güzel (2004), İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/1, s. 57-58; Hamdi Mollamahmutoglu (2004), 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler, Kamu-İş, C.7, s.4-5; Osman Güven Çankaya/Şahin Çil (2006), 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül, S.3, s.63-64; Osman Güven Çankaya/Şahin Çil (2006), İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, s.183-184; Osman Güven Çankaya/Şahin Çil (2006), 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşyeri Devri, Yargıtay Dergisi, Temmuz, C. 32, S. 3, s.393-395; Fevzi Şahlan (2007), İşyeri Devri İle Asıl İşveren-Alt İşveren, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım, s.3; Sarper Süzek (2008), İş Hukuku, 4. Bası, Beta Yayını, İstanbul, s.189-190; Şahin Çil (2009), Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, 4 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayını, İstanbul, s.27; Nuri Çelik (2009), İş Hukuku Dersleri, 22. Bası, Beta Yayını, İstanbul, s. 45 vd.
- 25 Bkz. TİSK (2003).
- 26 Bkz. Ayşegül Eraltuğ Kökkılınç (2006), Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İşyeri ve İşletmelerin Devri Halinde İşçi Haklarının Korunması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, s.85-118; Nurhan Süral (2006), AB Uyum Sürecinde İş Mevzuatımızın Değerlendirilmesi, İşveren, C. 44, S.7, s.52-55; Ertan İren (2008), Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu, ÇEİS Yayını, Ankara, s.185-186.
- 27 Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul, s.72; Mustafa Alp (2002), Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İstanbul, s.91; Achim Seifert/Elke Funken-Hötzel (2005), Wrongful Dismissals in the Federal Republic of Germany, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 25, s. 487 vd.; Manfred Weiss/Marlene Schmidt (2008), Labour Law and Industrial Relations in Germany, Kluwer Law International, Netherlands, s. 271 vd.
- 28 Bkz. Kadriye Bakırcı (2006), İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.2, Haziran.
- 29 Yarg. 9. HD., 13.1.2005, E. 2004/33414, K. 2005/930.
- 30 Yargıtay da yukarıdaki kararında “...işverenden diğer bölümlerde süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi ve bu işçiler yerine güvenlik hizmetinde çalışan işçilerin değerlendirilmesi düşünülemez. Bu şekildeki bir değerlendirme istihdam fazlası olan işçi yerine, diğer bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini gerektiren bir değerlendirme olur ki bu doğru gerekçe değildir” demektedir.
- 31 Kısa çalışmanın feshe oranla daha hafif bir önlem olup olmadığı konusundaki bir çalışma için bkz. Muhittin Astarlı (2010), Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl.5, sayı.17, s.74-88.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. A. Can Tuncay tarafından hazırlanan ve ilk basısı 1999 yılında “**Toplu İş Hukuku**” adlı eserin ikinci basısı 2010 yılında yayımlanmıştır.

Kitabın ilk basısı ile ikinci basısı arasında geçen zaman zarfında Toplu İş Hukuku kapsamındaki belli başlı kanunlar olan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nda az da olsa bazı değişikliklerin yapılması, özellikle sendika üyeliğinin ve sendika işyeri temsilcisinin iş güvencesini 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine bağlayan hükümler getirilmesi, Anayasanın sendika ve toplu iş sözleşmesi hakları ile uluslararası antlaşmaların onaylanması ile ilgili maddesinde değişiklik yapılması ve ayrıca kamu görevlilerine sendikalaşma hakkı tanınması, yeni Yargıtay kararlarının çıkması söz konusu eserin güncellenmesi ihtiyacını doğurmuştur.

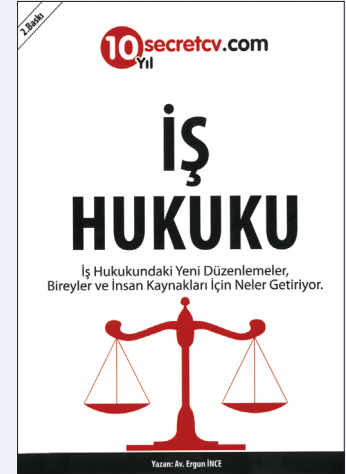
Eserde ayrıca, globalleşen bir dünya düzeninde farklı hukuk sistemlerinin de bu gelişmeden etkilenmesi ve AB’deki gelişmeler yanında, kabul edilen yeni ILO sözleşmeleri ve denetim mekanizmalarının sendikal haklara saygı teması üzerinde yoğun çabaları sonucunda hukukların birbirlerine gittikçe daha fazla yaklaşımları nedeniyle bundan önceki basıda olduğu gibi fakat ondan daha geniş ölçüde yabancı hukuka yer verilmesine neden olmuştur.

Bunun yanı sıra kitapta, 2821 ve 2822 sayılı kanunlara yönelik değişiklik tasarıları ve 2001 yılında yürürlüğe giren 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu ile ilgili bir bölüm de yer almaktadır.

Av. Ergun İnce tarafından hazırlanan ve birinci baskısı 2007 yılında yapılan “**İş Hukuku**” adlı eserin 2. baskısı 2010 yılında yayımlanmıştır. İş Hukukundaki Yeni Düzenlemeler, Bireyler ve İnsan Kaynakları İçin Neler Getiriyor alt başlığını taşıyan kitabın 2. baskısı, İş Kanunu’nda 2007 yılından bu yana yapılan değişiklikleri ve iş hukukunda ortaya çıkan yenilikleri ve gelişmeleri içermektedir.

Kitaba, 1. baskısından farklı olarak, eşit davranma ilkesi, belirli süreli sözleşmeler, kısa çalışma, iş güvencesi konusundaki yeni değişiklikleri açıklayan metinler eklenmiştir. Bunun yanı sıra yürürlükten kalkan konular kitaptan çıkarılmış ve ikale sözleşmesi, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yeni mevzuatla ilgili daha ayrıntılı bilgiler verilmiştir.

Kitabın, “Genel Olarak Bireysel İş Hukuku” adlı 1. bölümünde, bireysel iş hukuku kavramı ve kaynakları, iş yasalarının uygulanma alanları; “Bireysel İş Hukukunun Genel Kavramları” adlı 2. bölümünde, alt işveren ve ödünç iş ilişkisi, işyerlerinin açılması, kapatılması ve devri, iş sözleşmeleri, eşit işlem yapma ilkesi, çalışma koşullarında değişiklik kavramı incelenmektedir. “Çalışma Süreleri, Tatil ve İzinler” başlıklı 3. bölümde ise olağan çalışma süreleri, fazla süreli çalışma ve fazla çalışma, hafta tatili ve ücreti, Ulusal Bayram, genel tatiller ve ücretleri, yıllık ücretli izinler ve öteki izinler ile “Ücretler” başlıklı 4. bölümden sonra “İş Sağlığı ve İş Güvenliği” başlıklı 5. bölümde de, iş sağlığı ve iş güvenliği önlemleri, iş sağlığı ve güvenliği eğitimi, denetim ve yaptırımlar, işverenin sorumluluğu ve ödenen davaları ayrımı bulunmaktadır. “İş Sözleşmelerinin Sona Ermesi” başlıklı 6. bölümde ise sözleşmenin bozma dışındaki nedenlerle sona ermesi, belirli süreli sözleşmenin sona ermesi, belirsiz süreli sözleşmelerin bildirimli ve bildirimli olarak bozulması, toplu işçi çıkarma ve iş güvencesi ayrımlarına yer verilmektedir. Son bölümde ise “İş Denetimi ve İdari Para Cezaları” bulunmaktadır.



Yrd. Doç. Dr. N. Binnur TULUKCU

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri İle İş Sözleşmesinin Feshi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/1917
Karar No : 2009/29704
Tarihi : 02.11.2009

DAVA

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalı şirketle birleşen C...

Lojistik Hizmetleri ve Ticaret A. Şirketi'ne ait Mersin işyerinde Mersin Bölge Müdürü olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, C... Lojistik Hizmetleri ve Ticaret A. Şirketi'nin 02.08.2007 tarihi itibari ile davalı T... Cam San. A. Şirketi ile birleşerek tüzel kişiliğinin sona erdiğini, yapılan organizasyon çalışmaları sonucunda ana şirket Ş... şirketine bağlı grup şirketlerinin kendi lojistik ihtiyaçlarını kendilerinin karşılayacaklarının bildirildiğini, tüzel kişiliği sona eren C... şirket lojistik kadrolarında çalışanların başka işler ve işyerlerinde çalıştırabilirle olanaklarının araştırıldığını, davacı için unvan ve özlük hakları ile kendisinin istihdam edileceği boş ve yeni bir kadro bulunmadığını ve emeklilik hakkını da kazan-

dığı dikkate alınarak iş sözleşmesinin feshedildiğini, feshin geçerli işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan geçerli nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece dosya üzerinde hukukçu bilirkişiden rapor alınarak ve savunmaya değer verilerek, davacının iş sözleşmesinin işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenle feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Önemle belirtmek gerekirse, Anayasa'nın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK'nın 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Anılan yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu vurgulanmıştır. Böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2007/20517 Esas, 2008/12483 Karar sayılı ilamı). Öncelikle gerekçesiz karar verilmesi anılan düzenlemelere aykırıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda,

bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.

Diğer taraftan emeklilik olgusu, işçinin yeterliliği ile ilgili bir kavramdır. Salt emekliliğe hak kazanmak fesih için geçerli neden teşkil etmez. 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hali, geçerli bir fesih nedeni olarak belirtilmiştir.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. İşverenin fesih dışında daha hafif bir önlemlerle amaca ulaşması olanaklı ve beklenebilir bir durumda ise, feshi geçerli kılan bir işletme, işyeri ve iş gereği yoktur. Feshin son çare olması ilkesine uygunluğu denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve fesih yerine başvu-

rulacak somut tedbirler araştırılmalı ve açıklanmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (06.10.2008 gün ve 2008/30274 Esas, 2008/25209 Karar, 11.09.2008 gün ve 2008/25324 Esas, 2008/23401 Karar sayılı ilamlarımız).

Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbirleriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Bunun dışında aynı gruba bağlı şirketlerin ana şirket (Holding) etrafında birleştikleri, aynı gruba bağlı ana şirket dışında, ana şirketin asıl faaliyet alanına dahil asıl veya yardımcı işler dahil, değişik faaliyet alanlarında birden fazla şirket kurulduğu, özellikle ana şirket personel yönetmeliğinin tüm şirketlere uygulandığı, şirketler arasında bu yönetmelik kapsamında işçi nakilleri gerçekleştiği de bilinmektedir. Ana şirket veya Holdinge bağlı şirketlerin ayrı tüzel kişiliğe ve bu nedenle çalışanlarının çalıştığı şirket içinde değerlendirilmesi gerektiği, diğer bağlı şirketlerde istihdam için araştırma yapma zorunluluğu olmadığı genel bir olgu olmakla birlikte, yönetim şekli, aralarındaki organik bağ ve yaşanan işçi nakilleri nedeni ile istisnai olarak dikkate alınmalı ve diğer şirketlerde istihdam olanağı olup olmadığı araştırılmalıdır.

Dosya içeriğine göre davalı şirket ile birleşen ve bu şekilde tüzel kişiliği sona eren C... Lojistik Hizmetleri ve Ticaret A. Şirketi, davalı şirket gibi Ş... A. Şirketi ana şirketine bağlı grup şirkettir. Ana şirket Ş... A. Şirketine bağlı 51 şirket bulunmaktadır. Sigorta sicil kaydına göre davacı, davalı şirket dışında, birleşen ve tüzel kişiliği sona eren şirket yanında diğer şirketlerde de çalıştırılmıştır. Dava dışı ana şirket Ş...

A. Şirket Personel Yönetmeliğinin tüm şirketler için de uygulandığı ve davacının bu yönetmelik kapsamında diğer şirketlere nakledildiği, bir nevi grup şirketleri arasında hizmet akdi devri yaşandığı, davacının en son çalıştığı ve davalı şirket ile birleşen C... Lojistik Hizmetleri ve Ticaret A. Şirketi'nin de aynı grup tarafından yardımcı iş niteliğinde olan lojistik faaliyet alanı için kurulduğu, ancak bundan sonra her şirketin bu hizmeti kendi içinde karşılayacak olması nedeni ile davalı şirket ile birleştirildiği ve tüzel kişiliğine son verildiği, birleşmeden yaklaşık 4 ay sonra da davacının iş sözleşmesinin bu neden gösterilerek feshedildiği anlaşılmaktadır. Hükme esas bilirkişi raporunda, devrin 4 ay önce gerçekleştiği, fesih için makul sürenin aştığı belirtilmekle birlikte, holding bünyesinde birden fazla şirket olsa da her şirketin ayrı tüzel kişiliğe sahip olduğu, davalı şirketin diğer şirketlerde istihdam için araştırma yapma zorunluluğu olmadığı, feshin son çare olması ilkesinin yalnız davalı şirket bünyesinde aranması gerektiği, davacının emeklilik hakkını kazanması ve emekliliğin işletme gerekleri ile fesihte bir kriter olması nedeni ile feshin geçerli nedene dayandığı" şeklinde tespitlere yer verilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta yukarıda açıklandığı gibi davalı şirket ana şirketin bağlı olduğu personel yönetmeliği kapsamında kalmakta, personel bu yönetmeliğe göre işe alınmakta, diğer şirketlere nakledilmekte ve işten çıkarılmaktadır. Nitekim davacı da bu kapsamda aynı grup şirketlerinde farklı şirketlerde çalışmıştır. Birleşen şirketin tüm şirketlerin lojistik hizmetlerini temin etmek için kurulduğu, fesihten 4 ay önce lojistik hizmetin diğer grup şirketlerinin artık kendi içinde karşılamaları yönünde karar alınması nedeni ile bu şirketin davalı şirket ile birleştirildiği, tüzel kişiliğine son verildiği ve çalışanlarının da diğer şirketlere nakledildiği sabittir. Grup

şirketlerinden bir şirketin diğer şirketle birleşmesi ve tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde, istihdam fazlalığı meydana geleceği açıktır. Ancak açıklandığı gibi davacının birleşen şirket dışında diğer şirketlerde değerlendirme olanağının olup olmadığının somut olarak araştırılması gerekir. Zira ana şirket yönetmeliği bunu gerektirdiği gibi grup şirketleri kendi bünyesinde lojistik faaliyetine devam etmektedir. Kısaca lojistik faaliyetinde bulunan

şirket tüzel kişiliğini sona erdirse bile, lojistik faaliyeti devam etmektedir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.11.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

1. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Karara konu olan olayda, işveren iş sözleşmesini geçerli nedene dayalı olarak bildirimli feshetmiştir. Bunun üzerine işçi, feshin geçersiz olduğu iddiasıyla dava açmıştır. Davalı işveren, iş sözleşmesinin işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle feshedildiğini ve davanın reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yerel mahkeme, işçinin çalıştığı şirketin şirketler topluluğu içinde başka bir şirketle birleşmesi sonucunda tüzel kişiliğinin sona ermesi sebebiyle, feshin geçerli işletme ve işyeri gereklerine dayandığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını, aynı holding veya şirketler topluluğu içinde, bir şirketin diğer şirketle birleşmesi ve tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde, feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde diğer şirketlerde istihdam imkânının araştırılması gerektiği ve bundan dolayı eksik inceleme gerekçesiyle bozulmasına karar vermiştir.

Yukarıdaki kararı, şirket birleşmelerinde işletme gerekleri ile iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmesine ilişkin verilen çeşitli Yargıtay kararları ile birlikte ele alıp inceleyeceğiz.

2. Aynı holding veya şirketler topluluğuna dahil iki şirketin teknolojik alt yapılarının teke indirilmesi suretiyle birleşmesi halinde, doğal olarak tüzel kişiliği sona eren işyerinde

çalışan işçilerin bir kısmının istihdam imkânı sona ermektedir. İşveren tarafından her zaman bu yönde bir işletmesel karar alınabilmesi, girişim ve sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur. İş güvencesi açısından, işverenin girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasında çok yakın bir ilişki vardır. 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen iş güvencesine dair hükümlerin temel amacı işçilerin feshine karşı korunmasıdır. İş güvencesi açısından işverenin girişim özgürlüğü içinde kabul ettiğimiz işletmesel karar alabilme hakkının sınırının belirlenmesi, kararın değerlendirilebilmesi açısından çok önemlidir. Diğer bir husus, birleşen şirketlerde meydana gelen yeni yapılanmanın iş güvencesi açısından sonuçlarının ve bunun sınırlarının belirlenmesidir. Konunun belirli açılardan ele alınması ve bunun sonucunda kararın değerlendirilmesi daha uygun olacaktır.

A. İş Güvencesi Açısından İşverenin Şirket Birleşmesine İlişkin İşletmesel Karar Alma Hakkı ve Sınırları

Küreselleşme ile birlikte ortaya çıkan rekabet, şirketlerin devamını zorlaştırmaktadır. Faaliyetlerine devam edebilmeleri, bazı stratejik işletmesel kararların doğru zamanda ve doğru şekilde uygulanabilmesine bağlıdır. Bu durumda şirketler, zaman içinde çeşitli ortaklıklar kurmak ve stratejik işbirlikleri

yapmak zorunda kalmaktadırlar. İşletmeler varlıklarını koruyabilmek için maliyetleri, sermayeyi, teknolojiyi, iletişim ve pazarlara ulaşım imkanlarını ve girişim risklerini paylaşarak varlıklarını devam ettirmektedirler. Genel olarak, satın alma, birleşme veya işbirliği şeklinde ortaya çıkan yeni yapılanma, aynı işkolunda işyerleri olan işletmelerin, maliyet, kalite ve rekabet açısından daha verimli olmalarına imkan sağlamaktadır.

Birleşme, iki şirketin faaliyetlerinin birleştirilmesini açıklayan genel bir kavramdır. Birleşmenin gerçekleşebilmesi için hem ekonomik hem de hukuki açıdan şirketlerin bir birlik haline gelmeleri ve aynı zamanda mal varlıklarının da birleştirilmiş olması gerekmektedir¹. Birleşme, devralma veya yeni şirket kurulması yolu ile gerçekleştirilebilir.

Bir şirketin diğer bir şirketi devralması yolu ile birleşme halinde, devralınan şirketin tüzel kişiliği sona ermekte, devralan şirkete ise devam etmektedir. Türk Hukukunda, ticaret ortaklıklarının devralma yolu ile birleşmesi, en az bir ortaklığın, ortaklarının başka bir ortaklığa alınması karşılığında malvarlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak o ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılması olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda bir şirket sona ererken diğer şirket varlığını sürdürmektedir². Türk Ticaret Kanunu'nun 451. maddesi, bir anonim şirketin başka bir anonim şirket tarafından tasfiyesiz olarak devir alınması hususunu düzenlemektedir. Bu maddede, devralma işleminin aşamaları sayılırken, en önemli husus olarak, infisah eden anonim şirketin alacaklılarının korunması üzerinde özellikle durulduğu görülmektedir; devralınan şirketin varlıkları ve borçları devralan şirkete geçmektedir.

Yeni şirket kurulması yolu ile oluşan birleşmelerde ise, her iki şirketin tüzel kişiliği sona ermekte ve yeni bir tüzel kişilik oluşturulmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 452. maddesine göre, birden çok anonim şirketin tasfiye olmaksızın yeni bir şirket bünyesinde birleşmeleri durumunda malları, hakları ve yükümlülükleri yeni kurulan şirkete geçer. Bu durumu, en az iki ortaklığın ortaklarının

yeni kurulan bir ortaklığa alınmaları karşılığında malvarlıkları veya işletmelerini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak bu ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılması sonucunda iki veya daha çok ortaklığın tek bir ortaklık durumuna gelmesi olarak tanımlamak mümkündür³.

Her iki tür birleşmenin kuralları temel olarak aynıdır; sonuçta birleşen şirketlerin varlık ve borçları tek çatı altında toplanmaktadır. Bu yeni durum özellikle ticaret ve vergi hukuku mevzuatını ilgilendirmekle beraber, iş hukuku içinde iş güvencesi açısından da önemli sonuçlar doğurmaktadır. Nitekim, iki şirketin birleşerek tek tüzel kişi haline gelmesi, iş organizasyonu içerisinde bazı yapısal değişikliklerin yapılması gereğinin bir sonucu olabilir. Farklı şirketlere ait teknolojik yapının teke indirilmesi, verimliliği ve kârlılığı artırma veya masrafları ve maliyeti azaltma, yardımcı nitelikteki işlerin teminini sağlayan şirketin bu faaliyetinin artık mal ve hizmet üreten şirket tarafından yerine getirilmesi veya bu tür işlerin alt işverene yaptırılması ve böylece bu işi yapan şirketin faaliyetine artık ihtiyaç duyulmaması ihtimalleri ortaya çıkabilir. Yapısal anlamda gerçekleşecek bu önemli değişiklik, birleşmeye konu olan şirkette çalışanların iş sözleşmelerinin devamı (iş güvencesi) ve buna bağlı hakların korunması açısından bazı sonuçlara veya fesih zorunluluğuna sebep olabilecektir⁴.

Yeni şirket kurulması veya devralma yoluyla birleşmede, varlıklarını yitiren ortaklıklar, tasfiye edilmeden son bulur ve mal varlıkları devralan ya da yeni kurulan şirkete bir bütün olarak intikal eder. Bu durumda, işveren sıfatında değişiklik meydana gelmektedir⁵. Yeni şirket kurulması yoluyla birleşmede, birleşme öncesi işveren olan şirketlerin birleşme sonucu tüzel kişilikleri sona ermekte ve yeni kurulan şirket, tüm işçiler açısından işveren sıfatını kazanmaktadır. Devralma yoluyla birleşmede ise bünyesinde birleşmenin gerçekleştiği şirkette çalışan işçiler açısından işveren sıfatında bir değişiklik olmamakla beraber; katılan ya da devralınan şirket işyerinde çalışan işçiler açısından işve-

ren değişmektedir. Nitekim TTK. 151'e göre, birleşme işleminin kesinleşmesiyle devralan veya yeni kurulan şirket, ortadan kalkan şirketlerin yerine geçer; tüm hak ve borçlar, devralan veya yeni kurulan şirkete intikal eder. Bu hüküm, ortaklıkların birleşmesinde "külli halefiyet ilkesi"nin geçerli olduğunu göstermektedir⁶. Böylece, her iki tür birleşme açısından, tüzel kişiliği sona eren şirket veya şirketler, işveren sıfatını kaybetmekte; iş sözleşmeleri kendiliğinden yeni kurulan veya devralan şirkete geçmektedir⁷. Külli halefiyet ilkesinin yanı sıra, yeni kuruluş veya devralma yoluyla birleşmenin İş Kanunu'nun 6. maddesine göre işyerinin devri niteliğinde olduğunu kabul etmeliyiz. "İşyerinin veya bir bölümünün devri" başlıklı bu hükümde, öncelikle devre ilişkin hukuki sonuçlar düzenlendikten sonra, 4. fıkrasında "Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz." ifadesine yer verilmiştir. Hüküm bir bütün olarak değerlendirildiğinde, işyerinin veya bir bölümünün devrinin, devreden ve devralan işverenlerin, devir tarihinde muaccel olan işçilik alacaklarından birlikte sorumluluğu dışındaki tüm sonuçların, tüzel kişiliğin birleşmesi halinde de uygulanacağı açıktır⁸. Dolayısıyla birleşme durumunda, bütün iş sözleşmeleri açısından devralan veya yeni kurulan şirket, işveren sıfatına sahip olacaktır⁹.

İşyerinin veya bir bölümünün devrine ilişkin İşK.6 hükmünün temel amacı, işyeri devrinde iş ilişkilerinin devralan işverenle devam etmesi ve devreden ve devralan işverenlerin fesih haklarının sınırlandırılması suretiyle, işçiye iş güvencesinin sağlanmasıdır. Bu husus, İşK.6/5'te düzenlenmiştir; buna göre, "Devreden ve devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları

İşletme gereklerinin fesih için geçerli neden sayılacağına ilişkin düzenlemenin anayasal temeli, sözleşme ve girişim serbestisidir.

saklıdır." Devreden ve devralan işverenlerin salt devir olgusuna dayanarak iş sözleşmesinin feshini yasaklayan bu hüküm ile, kanun gereği devralan işveren ile iş ilişkisinin devamı güvence altına alınmaktadır. Ancak, ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı geçerli nedenlerin varlığı halinde, işverenin sözleşmeyi feshedebilmesi mümkündür. Şirketlerin birleşmesini devir niteliğinde kabul ettiğimiz zaman, İşK.6 gereğince devir sebebiyle iş sözleşmesinin feshi yasaktır; ancak bu hüküm, devirden bağımsız olarak her zaman gerçekleşebilecek risklere karşı özel bir koruma sağlamamaktadır. İşyerinin devri durumunda, iş güvencesinin kapsamına giren işçilerin iş sözleşmesi İşK.18 anlamında geçerli bir nedenin bulunması durumunda devreden veya devralan işveren tarafından feshedilebilecek; feshin geçerliliği İşK.18 vd. hükümlerine tabi olacaktır. Dolayısıyla, şirketlerin birleşmesi sonucunda işgücü fazlalığı ortaya çıkarsa, iş sözleşmesi geçerli nedenle dayanarak sona erdirilebilecektir¹⁰.

İşçi ile işveren arasındaki çalışma ilişkisinin varlığını korumak yani işçinin işini güvence altına almak iş hukukunun en önemli amaçlarından birisidir. Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflar iş ilişkisi kurup kurmamakta serbest olduğu gibi, iş sözleşmesinin feshinde de kural olarak serbesttirler. Ancak günümüzde bu serbesti "iş güvencesi sistemi" ile sınırlandırılmış; sözleşmenin feshi istisna, sözleşme ile bağlılık esas kabul edilmiştir¹¹. İşverenin fesih hakkının sınırlandırılması, iş ilişkisinin tarafları ve toplum yararları arasındaki dengenin korunabilmesi açısından önemli bir husustur. Sosyal devlet ilkesine göre, işverenin fesih hakkının sınırlandırılması suretiyle işçilerin korunması gerektiği kesin olmakla beraber, sınırların konulmasında işverenin girişim özgürlüğünün

İşvereni yapmak istemediği bir işe devam zorlamak, bu yönde işletmesel karar alma serbestisini sınırlandırmak hukuken mümkün değildir.

de değerlendirilmesi zorunludur. Nitekim bazı haklı veya geçerli sebeplerin varlığı halinde, işveren iş sözleşmesini serbestçe sona erdirebilmelidir.

İş Kanunu'na göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yerliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanması gerekir (İşK.18/1). Kanunda iş sözleşmesinin işletme gerekleri nedeniyle feshedilebileceği öngörülmüş, ancak bu kavram açıklığa kavuşturulmamıştır. Maddenin gerekçesinde, buna ilişkin nedenler iki grupta sayılmıştır. Birinci gruba giren nedenler, sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, iç ve dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi işyeri dışında ortaya çıkan ve işyerinde işin sürdürülmesini olanaksız kılan sebepler olarak belirtilmektedir. İkinci grupta ise işyeri içi geçerli nedenler, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması, bazı iş türlerinin kaldırılması olarak belirtilmiştir. Öğretideki görüşler ve özellikle yargı kararları ile genişletilen bu örneklerin genellikle ekonomik ve teknolojik nitelikli olduğu görülmektedir. Yani işletme gerekleriyle fesih, işçinin kişiliği ile ilgisi bulunmayan ekonomik güçlükler, verimlilik ve rekabet gereklerine, teknolojik değişimlere bağlı olarak, ekonomik nitelikli objektif nedenlerin varlığından dolayı, işyerinde işçinin veya işçilerin işinin ortadan kalkması veya nitelik değiştirmesi dolayısıyla çalışmaya devam edememeleri halidir. Böylece işçi-

nin çalışma imkanının kalmaması sonucunda ortaya çıkan işyerindeki işçi fazlasının yeni yapılanma ihtiyacına uyarlanması söz konusu olmaktadır¹². İşveren tarafından yapılan feshin geçerli bir nedene dayanabilmesi için, işletme gerekleri ile fesih arasında neden-sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Ayrıca, işletme gereklerinden kaynaklanan bir neden işçinin işine devam etmesini doğrudan veya dolaylı olarak etkileyecek nitelikte olmalıdır.

İşletme gereklerinin fesih için geçerli neden sayılacağına ilişkin düzenlemenin Anayasal temeli, sözleşme ve girişim serbestisidir (AY.48). Böylece, kişilerin ekonomik yaşama girişimci olarak katılabilmeleri güvence altına alınmış, ekonomik faaliyet yürütmek amacıyla üretim araçlarını örgütleyerek işletme kurulmasına imkan verilmiştir. Bu durum, beraberinde işletme faaliyetlerinin serbestçe yürütülebilmesi için girişimciye işletmesel karar alabilme serbestisini de getirir¹³. İşverenin sözleşme ve girişim serbestisi, sınırsız olmayıp, öncelikle kendi amacı ve konusu itibarıyla bazı sınırlamalara tabidir. Bunun yanında kanuni düzenlemelerle, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlükler arasında denge kurmak amacıyla ölçülülük ilkesi çerçevesinde sınırlandırılabilmesi de mümkündür. Elbette, ölçülülük ilkesinin hangisinin lehinde göz önünde tutulacağı ülkenin hukuk politikası ile yakından ilgilidir. Nitekim, Türk hukukunda işverenin girişim serbestisini sınırlayıcı nitelikte olan İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin düzenlenmesinde özellikle Türkiye'nin onayladığı ILO'nun "Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme"si etkili olmuştur.

İşveren tarafından iş sözleşmesinin işletme gerekleri nedeni ile feshi, hem işçinin çalışma hakkı (AY.49) dolayısıyla feshe karşı korunması hem de işverenin girişim serbestisi ile yakından ilgilidir. İş güvencesini düzenleyen hükümlerin kapsamı ile bu amaçla işverenin işletmesel karar serbestisinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı veya hangi ölçüde sınırlandırılacağı hususları önemlidir. Bununla beraber, günümüzde iş

hukukunun işçiyi koruma amacının yanında, ekonomik yapının ve iktisadi düzenin şekillenmesine yardımcı olma işlevinin bulunduğu da kabul edilmektedir. İşveren, sözleşme ve girişim serbestisinin doğal bir sonucu olarak mal ve hizmet üretimine ilişkin faaliyeti konusunda her zaman işletmesel karar alabilmelidir. Özellikle ekonomik krizin ortaya çıkması ve işletmenin mali yapısının bozulması, işvereni bir takım yapısal değişiklikler yapmaya zorlayabilir. İşyerinin kapatılması veya şirketlerin birleşmesi, işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi, kısa çalışma yaptırılması, çalışma saatlerinde ve ücretlerde kısıntıya gidilmesi, özelleştirilmesi, bazı işlerin alt işverenlere yaptırılması ve işçi sayısının azaltılması, farklı şirketler tarafından yürütülen faaliyetlerin tek bir şirket tarafından yürütülmeye devam etmesi söz konusu olabilir. Bunun yanında, işverenin almış olduğu işletmesel kararın doğruluğu veya yerindeliğinin değerlendirilmesi mümkün değildir. Nitekim, işvereni yapmak istemediği bir işe devam zorlamak, bu yönde işletmesel karar alma serbestisini sınırlandırmak hukuken mümkün değildir. Örneğin, işveren zarar ediyorsa veya zarar etmese bile devam etmek istemiyorsa, işyerini kapatmasını engelleyen bir düzenleme mevzuatımızda yoktur. Ancak bu kararının dürüstlük kuralı denetimine tabi olduğunu söylemek mümkündür. İşyerini ekonomik sebeplerle kapatıp işçilerin sözleşmesini fesheden işveren kısa bir süre sonra aynı alanda yeni işçilerle yeni bir işyeri açacak olursa, bu durumda iyi niyetten ve kanuna uygun olduğundan bahsedilemez. Her ne kadar işverenin aldığı işletmesel kararın yerindeliği denetlenemese de, iş güvencesi hükümleri, alınan bu kararın feshe sebep olması ve bunun hukuki sonuçları ile yakından ilgilidir. İşveren ister gerekli olsun ister olmasın, dilediği yönde işletmesi ile ilgili karar alabilecektir; ancak bu sebeple iş sözleşmesini feshederse alınan bu kararın gerçekten fesih için geçerli bir neden olup olmadığı hususunun iş güvencesini düzenleyen hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Açılan işe iade dava-

sı ile geçerli nedenin varlığı, nedene rağmen feshin son çare olma ilkesinin göz önünde tutulup tutulmadığı incelenecek; aksi halde feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilecektir.

Somut olay açısından değerlendirecek olursak, işverenin girişim serbestisi çerçevesinde faaliyetine bir başka şirket içinde devam etmek amacıyla birleşmek suretiyle tüzel kişiliğini sona erdirmesine dair işletmesel karar verebilmesi elbette mümkündür. Şirket birleşmeleri nedeni ile işletme gereği iş sözleşmesinin feshine ilişkin geçerli neden, işyeri içi nitelikte olup, iş organizasyonundaki değişiklik olarak ifade edilebilir. İşletmenin verimliliğini sağlamak veya masrafları ve maliyeti azaltmak amacıyla alınan işletmesel karar alabilme hakkı, daha önce belirttiğimiz gibi Anayasa'da düzenlenen işverenin girişim serbestisine dayanmaktadır. Bu durumda birinci aşamada böyle bir karar almasına dair herhangi bir sınırlama olmadığını kabul ediyoruz. Böylece, işverenin şirketlerin devralma yoluyla birleşmesine ilişkin aldığı işletmesel karar sonucunda, İŞK.6 gereğince işyeri devredilmiş olmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi devir tek başına sözleşmelerin feshi açısından geçerli neden değildir. Ancak, devirden bağımsız veya devir ile bağlantılı olmakla beraber kendi başına feshi geçerli kılacak nedenlerin varlığı halinde fesih mümkündür. Dolayısıyla değerlendirilmesi gereken, birleşme ile gerçekleşen devir sonucunda işgücü fazlası sebebiyle feshin gerekli olup olmadığıdır. Feshin kaçınılmaz olup olmadığına tespiti yapılırken, işletmesel kararın içeriğine ve amacına bakılarak, işverenin fesih ile bu amaca uygun davranıp davranmadığı denetlenebilir¹⁴. İşletmesel karar almakta serbest olan işverenin, bu kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını da ispatlaması gerekir¹⁵. Yargıtay da işverenin işletmesel karar alma serbestisini kabul etmekte, ancak feshe ilişkin keyfi kararının yargı denetimine tabi olacağı, bu nedenle işletmesel kararlarla varılmak istenen sonuca başka bir yöntemle başvurmak suretiyle ulaşabilecek ise feshin geçersiz sayılacağı görüşündedir¹⁶.

B. İş Güvencesi Açısından Birleşen Şirketlerde Meydana Gelen Yeni Yapılanmanın Sonuçları

İş Kanunu'nda açıkça yer verilmemekle beraber, 18. maddenin gerekçesinde, örneklandırma suretiyle, işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebebiyle yapılacak fesihlerde, fesih yerine geçebilecek şekilde işçiyi eğitime veya başka işte çalıştırma gibi bazı yöntemlere başvurulması ve bunların yetersizliği halinde feshin son çare olarak uygulanması esasına yer verilmiştir¹⁷. Son çare ilkesi özellikle işletme gerekleri ile yapılan fesihlerin geçerli olup olmadığının denetiminde önemli bir ölçüdür¹⁸. Dolayısıyla, fesih ile ulaşılmak istenen sonuca, ölçülülük ilkesi çerçevesinde sözleşmeyi sona erdirmeyen başka yöntemlerle ulaşmak mümkünse, yapılan fesih geçersiz sayılır. Geçerli nedenin varlığı araştırılırken, fesihten başka bir yolla kaçınma imkanının olup olmadığına bakılmalıdır. Elbette son çare olarak ancak uygun önlemler alınması beklenebilir; işverenden işçiye yeni istihdam imkanı yaratması istenemez¹⁹. Bu ilkenin uygulanabilmesi için somut olayın özelliklerinin göz önünde tutulması gerekir.

Feshin son çare olması ilkesinin sınırı, işverenin işletmesel kararı göz ardı edilmeden, fesih işlemi ile aynı ölçüde elverişli olabilecek önlemlerin alınmasıdır. Böylece işverenden işletmesel karar verme serbestisini ortadan kaldıracak, masraf ve maliyeti artıracak, zarar verecek yöntemlerin denenmesi, işçiye iş yaratılması beklenmemelidir²⁰. Son çareye yönelik imkanların araştırılması ve uygulamaya konulmasına rağmen fesih kaçınılmazsa, işletme gereğinden kaynaklanan nedenle yapılan fesih, mahkeme tarafından geçerli sayılmalıdır. Bunun dışında mahkemenin, işveren tarafından alınan yapısal değişikliğe ilişkin kararın yerindeliğini ve doğruluğunu denetleme yetkisi yoktur.

Karara konu olan olayda, şirketler topluluğu içinde, lojistik faaliyetleri yürüten bir şirket hakkında, bu faaliyetin bundan sonra ayrıca değil, mal ve hizmet üretimini gerçekleştiren şirket tarafından yerine getirileceği

Son çare ilkesi özellikle işletme gerekleri ile yapılan fesihlerin geçerli olup olmadığının denetiminde önemli bir ölçüdür.

gerekçesi ile birleşme kararı verilmiştir. Daha önce açıklandığı üzere, girişim serbestisi çerçevesinde ekonomik nedenlerle gerektiğinde işverenin işletmesel karar alma yetkisi vardır. Hakim verilen bu kararın gerçeği yansıtıp yansıtmadığını ve kötüniyetli olup olmadığını araştırabilir; uygunluk denetimi yapamaz²¹. Açılan işe iade davasında, mahkeme iş sözleşmesinin işletme gereklerinden kaynaklanan nedenle feshedildiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Yargıtay ise, bu konuda öncelikle işverenin işletmesel kararının varlığının aranması gerektiğini, sonra bu kararın iş ilişkisini etkileyip etkilemediği, bunun tutarlılık, keyfilik, ölçülülük ve feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu denetim yapılırken somut olayın özelliklerinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Böylece fesih yerine başvurulacak somut tedbirlerin araştırılması ve açıklanması gerekmektedir. Yapılan değerlendirmede belirtilen bu hususlarda eksik inceleme yapıldığı gerekçesi ile kararın bozulmasına karar verilmiştir.

Gerçekten mahkeme tarafından sadece birleşmeye ilişkin işletmesel kararın varlığı yeterli bulunmuş ve fesih geçerli sayılmıştır. İşveren, girişim ve çalışma serbestisi içinde bu kararı alabilir. Daha önce açıkladığımız üzere, şirketlerin birleşmesini devir niteliğinde kabul etmeliyiz. Bu durumda, İşK.6 gereğince iş sözleşmesinin devir sebebiyle feshi yasaktır; ancak devirden bağımsız olarak gerçekleştirilebilecek risklere karşı devreden veya devralan işveren, devredilen şirketteki işçilerin iş sözleşmelerini İşK.18 anlamında geçerli sebebe dayanarak feshedebilecektir. Önemli olan husus, birleşme kararı ile birlikte tüzel kişiliği sona eren ve diğer şirkete katılan işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi konusunda son çare ilkesinin uygulanıp uygulanmadığıdır. Bunun için bazı tespitler-

de bulunulması gerekmektedir. Öncelikle, işletme, şirketler topluluğu ve holding kavramlarının belirlenmesi gerekir. Böylece feshin yerine geçebilecek diğer yöntemler araştırılırken feshin son çare olması ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağına ve bunun uygulama alanına karar verilecektir.

İşletme, işyerine göre daha geniş ve ekonomik anlamda bir üniteyi içeren organize olmuş bir bütünü ifade etmektedir²². İşyeri, teknik bir birim olmasına rağmen, işletme üretim birimidir. Yani işletme ekonomik bir amacın gerçekleştirilmesi için aynı işverene ait birden fazla işyerinin bağlı bulunduğu örgütlenmiş birimdir; işyerine göre de daha geniş bir kavramdır²³. İşletmeye ilişkin işletmesel bir karar ile işyerlerinden birinin kapatılması durumunda, işveren iş sözleşmelerini feshedebilir. Ancak feshin son çare olması ilkesi işletmeyi bir bütün olarak kabul etmek suretiyle değerlendirilmelidir²⁴. İş Kanunu'nda buna ilişkin bir hüküm bulunmamakla beraber, iş güvencesinin özünde iş ilişkisinin varlığının korunması ve feshin son çare olarak kullanılması bulunmaktadır. İşveren, kapanan işyerinde yürütülen faaliyeti tamamen yok etmeyip, diğer işyerinde devam ettirecekse, işçilerin gördükleri işe ihtiyaç ortadan kalkmamış demektir. Böylece fesih son çaredir demek mümkün olmayacak, fesih halinde mahkeme feshi geçersiz sayacaktır. Ancak işletmesel karar sonucunda kapanan işyerindeki işe artık hiç ihtiyaç duyulmayacaksa veya yeni yapılanma sonucunda eski işçilere gerek kalmadan iş yürütülebiliyorsa, fesih son çare olarak görülebilecektir²⁵.

Şirketler topluluğu ve holding de aslında bir işletmedir²⁶. Şirketler topluluğu, grubu oluşturan şirketlerin faaliyetlerinin birbirini tamamlar nitelikte olduğu ve şirket grubunun ekonomik ve sosyal yönden bir bütünlük oluşturduğu organize işletmedir. Holding ise, üretim etkenlerinin bağımsız olarak bir araya getirildiği devamlılık arzeden katılma amacıyla ve diğer işletmelerin sevk ve idaresini yapmak suretiyle mal ve hizmet üretmek üzere kurulmuş iktisadi kuruluşur²⁷. Ana işletme ve onun sevk ve yönetim bakımından hakimiyeti

altında olan yavru işletmelerden meydana gelir. Görüldüğü üzere, her iki kavram arasında nitelik ve kapsam itibarıyla çok fazla farklılık yoktur. Modern işletme kavramı açısından bu kavramlar değerlendirildiğinde, farklı yerlerde ve her biri ayrı ortaklık olarak faaliyette bulunmakla beraber, üretim ve ticari bakımdan birbirini tamamlayan ortaklıkların bazı koşulların varlığında hukuksal bir bütünlük oluşturduğunun kabulü gerekmektedir²⁸.

Karara konu olan olayda, işletmesel karar sonucunda birleşen şirketlerin işletme içindeki konumlarının ve statülerinin tespiti gerekmektedir. Şirketler topluluğu içinde, birleşen şirketin tüm şirketlerin lojistik hizmetlerini temin etmek için kurulduğu anlaşılmaktadır. Reorganizasyon çerçevesinde lojistik hizmetlerin artık tüm şirketlerin kendi içinde karşılamalarına dair karar alınmış, dolayısıyla bu şirket tarafından faaliyetin yerine getirilmesine ihtiyaç kalmaması üzerine birleşme gerçekleşmiştir. Sonuç olarak birleşme ile tüzel kişiliği sona eren şirket, işveren sıfatını kaybetmiş, iş sözleşmeleri kendiliğinden devralan şirkete geçmiştir. Bu durumda salt devir olgusuna dayanarak iş sözleşmesinin feshi yasak olmakla beraber, İşK.6/5'e göre "... Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları saklıdır." Birleşme ile birlikte şirketler topluluğu içinde bir şirket, diğer bir şirketi devralmakta, mevcut iş sözleşmeleri bu şirkete geçmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, birleşme sonucunda devralınan şirketin tüzel kişiliği sona ermektedir. Eğer bu şirkette yürütülen faaliyete kesin olarak son verilmiş ve devralan şirkette de buna devam edilmeyecekse, bir anlamda işyerinin kapanmasına ilişkin hukuki sonuçlar ortaya çıkmış olmaktadır. İşyerinin kapanması, işyerinde yürütülmekte olan faaliyete kesin ve devamlı suretle son verilmesidir (İşK.29/VI). Böylece, işyerinde yürütülmekte olan faaliyet, işverenin iradesinden veya başka bir nedenle kesin ve sürekli olarak bırakılmaktadır. Sebebi ne olursa olsun, işyerinin kapanması işgücü ihtiyacını tamamen veya kısmen ortadan kaldırır.

İşletme birden çok işyerinden oluşuyorsa yani şirketler topluluğu veya holding söz konusu ise, fesihden önce işçinin son çare ilkesi gereğince diğer işyerlerinde iş ilişkisine devam edebilme imkanı araştırılmalıdır.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan işyeri içi nedenler örneklendirilirken, işyerinin daraltılması ve işyerinin bazı bölümlerinin kapatılmasına da yer verilmiştir. Yine gerekçede, feshe son çare olarak başvurulabileceği ve geçerli sebep kavramına uygun yorum yapılırken sürekli olarak fesihden kaçınma imkanının olup olmadığının araştırılması gerektiği ifade edilmiştir²⁹.

İşletme gereği olarak işyerinin kapanmasının geçerli neden olarak ileri sürüldüğü hallerde, feshin son çare olması ilkesinin uygulama alanının tespiti önemlidir. Nitekim, işyerinin kapanmasında bu ilkenin uygulanma imkanı işletmenin tek bir işyerinden oluşup oluşmadığına bağlıdır. Eğer tek bir işyerinden oluşuyorsa, işyerinin kapanmasından dolayı işletme gereği ile iş sözleşmesinin feshi geçerlidir; bu durumda feshin son çare olması ilkesinin uygulanması mümkün değildir. Ancak işletme birden çok işyerinden oluşuyorsa yani şirketler topluluğu veya holding söz konusu ise, fesihden önce işçinin son çare ilkesi gereğince diğer işyerlerinde iş ilişkisine devam edebilme imkanı araştırılmalıdır. Yani şirketler topluluğu veya holdingin işletme olarak bir bütün olduğunun kabulü gerekir³⁰. Eğer işçi faaliyet konuları aynı veya birbirini tamamlar ya da yardımcı nitelikte ve yönetim birliği içinde şirketler topluluğu veya holding bünyesinde yer alan bir şirkette çalışıyorsa, çalışma şartları itibarıyla bazı ortak düzenlemelerin uygulanması söz konusu olabilir. Bir şirket tarafından işe alınmış olsa bile, topluluk veya holding içinde başka bir işyerine nakledilebilir, ücreti ortaklık içinde

herhangi bir şirket tarafından ödenebilir, ortak alanlarda işgörme borcu yerine getirilebilir, karara konu olan somut olayda olduğu gibi tüm şirketler için tek bir işyeri içi yönetmeliği uygulanabilir. Böyle bir durumda, elbette iş sözleşmesinin tarafı olan işveren pozitif hukukun kriterleri göz önüne alınarak işçiyi işe alan şirket olarak belirlenecek olursa, çalışma şartlarının belirlenmesi ve iş güvencesi hükümleri açısından işçi aleyhine sonuçlar doğuracağı açıktır. Grup içinde her şirketin ayrı, birbirinden bağımsız ve farklı tüzel kişiler olduğunun kabulü, iş hukukunun işçiyi koruma ilkesine uygun düşmez³¹. Bu konuya ilişkin uygulamada ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü açısından, en kısa zamanda bu konunun iş mevzuatımızda açıkça düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böylece, işletme sınırı belirlenirken, şirketler topluluğu ve holding bir bütün olarak ele alınabilir; şirketlerden biri kapandığında topluluk veya holding bünyesinde son çare ilkesi işletilerek başka bir işe yerleştirilebilir³².

Somut olayda, birleşen ve tüzel kişiliği sona eren şirkette çalışan işçinin iş sözleşmesi feshedilmektedir. Geçerli sebebe ilişkin işletme gereğinin dayandığı işletmesel karar ise, bu şirket tarafından yapılan lojistik hizmetin şirketlerin kendi içinde gerçekleştireceği gerekçesiyle şirketlerin devralma yoluyla birleşmesidir. Salt devir olgusuna dayanarak fesih yasak olmakla beraber; istihdam imkanı kalmayan işçilerin iş sözleşmesinin yeni iş organizasyonunun gereği olarak feshedilmesini, işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle yapılmış bir fesih kabul etmek gerekir. Ancak feshin son çare olması ilkesi gereğince söz konusu işçilere diğer şirketlerde iş verme imkanının da bulunmaması gerekir. Aksi takdirde, geçerli fesihden söz edilemez³³.

Kararı değerlendirirken, şirketler topluluğu veya holdingi bir bütün kabul etmeliyiz. Dolayısıyla şirketlerin birleşmesi halinde işletme gereği geçerli nedene dayanarak sözleşmenin feshinden önce feshin kaçınılmazlığının tüm şirketler göz önünde tutularak araştırılması gerekir. Ayrıca şunu da belirtmeliyiz ki,

devrolunan şirkette yürütülen faaliyete ihtiyaç tamamen ortadan kalkmış değildir; yeni yapılanmanın sonucunda asıl mal ve hizmet üretiminin yapıldığı şirket tarafından yerine getirilmesine karar verilmiştir. Dolayısıyla bu faaliyet devralan şirket tarafından yerine getirilmektedir. Yeni yapılanmaya ilişkin bu karar sonucunda, birleşmek suretiyle tüzel kişiliği sona eren şirkette istihdam imkanı ortadan kalkmakta, birleşilen şirkette ise iş yükü artmaktadır. Bu nedenle, birleşme ile personel nakli mümkünken, işletme gereği sözleşmenin feshinin hukuka uygun olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

II. SONUÇ

Karara konu olan olayda, şirketler topluluğu ve holding diyebileceğimiz bir grup şirketten, diğer şirketlerin lojistik işlerini yerine getirmek üzere faaliyet gösteren bir şirket, bu işin her şirketin kendi içinde gerçekleştirileceği gerekçesi ile alınan bir işletmesel karar sonucunda diğer şirketle birleşmiş, tüzel kişiliği sona ermiştir. Devralma yoluyla birleşmenin İşK.6 gereğince işyerinin devri niteliğinde olduğunu kabul etmeliyiz. Dolayısıyla birleşme durumunda, bütün iş sözleşmeleri açısından devralan şirket işveren sıfatına sahip olmaktadır. Devreden veya devralan işveren devir sebebiyle iş sözleşmesini feshedemez; ancak ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı geçerli nedenlerin varlığı halinde fesih yasağı ortadan kalkmaktadır. İş hukuku anlamında, işverenin çalışma ve girişim serbestisi çerçevesinde böyle bir karar alması mümkündür. Ancak bu noktada işyerinin işletme özelliği ve işin niteliği ve yönetimi açısından bir grup içinde yer alıp almadığı hususu önemlidir. Kararda belirtilen bilgilere göre, birleşen şirket gerçekten bir grup şirketten birini oluşturmakta; faaliyetler arasında birbirini tamamlayıcı özellik bulunmakta, tüm şirketler hakkında aynı personel yönetmeliği uygulanmakta ve dolayısıyla bunlar arasında yönetim birliği bulunmaktadır. İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmemekle beraber, 18. maddenin gerekçesinde ifade edilen feshin son çare olma-

sı ilkesinin uygulanmasından sonra şayet feshin kaçınılmazlığına karar verirse, sözleşme işveren tarafından geçerli sebeple feshedilebilir. Bu ilkenin uygulama alanını, olayda olduğu gibi birden fazla şirketten oluşan toplulukta şirketlerden birinde fesih gerçekleşmesi halinde sadece bu şirket ile sınırlandırmak iş hukukunun amacına uygun düşmez. Dolayısıyla davacı işçinin birleşen şirket dışında değerlendirme imkanının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir.

Son çare olma ilkesinin uygulama alanına ilişkin mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamaktadır. Mukayeseli hukuka bakıldığında bu hususun açıkça düzenlendiği görülmektedir. Buna uygun bir şekilde ve en kısa zamanda bu yönde yapılacak bir düzenleme ile, iş ilişkilerinde ve bazı haklarda işletme sınırı aşılmalı, o işletmenin dahil olduğu şirketler topluluğu veya holding esas alınmalıdır. Böylece işçi aleyhine oluşabilecek uygulamaların önüne geçilebileceği kanaatindeyiz.

Devralma yoluyla birleşme sonunda faaliyete son verilen şirkette yerine getirilen lojistik hizmete diğer şirketlerde devam edileceği hususunun da göz ardı edilmemesi gerekir. Nitekim, alınan işletmesel kararlarla birleşen şirkette iş sözleşmeleri feshedilirken, birleşilen şirkette iş yükü artmaktadır. Dolayısıyla, feshin son çare olması ilkesi araştırılırken, işveren tarafından işgücüne ihtiyaç kalmadığının ileri sürülmesi mümkün değildir; işçinin diğer şirkette istihdam edilmesi imkanı varken sözleşme feshedilemez. Mahkeme, bir şirketin diğer bir şirketle birleşmesi halinde tüzel kişiliğin sona ermesi sebebiyle geçerli nedene dayanılarak sözleşmenin feshedildiği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay, birleşmenin şirketler topluluğu veya holding içinde gerçekleştiğini, şirketin tüzel kişiliği sona erse bile feshin son çare olması ilkesine göre işçinin diğer şirketlerde istihdamı imkanının araştırılması gerektiği ve bundan dolayı eksik inceleme gerekçesiyle kararın bozulmasına karar vermiştir. Sonuç olarak, iş hukukuna hakim olan işçiyi koruma ilkesi ve işçi lehine yorum ilkesi çerçevesinde değerlendirdiğimizde

Yüksek Mahkeme'nin kararının yerinde olduğunu belirtmeliyiz.

DİPNOTLAR

- 1 Ticaret şirketlerinin birleşmesi, Ticaret Kanunu'nun 146. maddesi ile Ticaret Sicil Nizamnamesi'nin 79. maddesinde tanımlanmıştır. Kanunda yer alan tanıma göre, "Birleşme iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarından veya bir yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesinden ibarettir." Daha geniş olan Nizamnamedeki tanıma göre, ticaret şirketlerinin birleşmesi, iki veya daha çok ticaret şirketinin aktif ve pasiflerini birleştirerek tüzel kişiliklerini sona erdirmek kaydıyla yeni bir ticaret şirket meydana getirmeleri veyahut bir veya daha çok ticaret şirketinin tüzel kişiliklerini sona erdirip aktif ve pasiflerini mevcut diğer bir ticaret şirketinin aktif ve pasifleriyle birleştirip o şirkete katılmaları şeklinde olur (m.79/1). Bu hükümlerin dışında mevzuatımızda yer alan birleşmeye ilişkin düzenlemeler hakkında geniş bilgi için bkz. İbrahim ARSLAN, Şirketler Hukuku Bilgisi, 11.B., Konya 2006, s.70 vd.; Hasan PULAŞLI, Şirketler Hukuku, 5.B., Adana 2007, s.70,71; Reha POROY/Ünal TEKİNALP/Ersin ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9.B., İstanbul 2003, s.112; Hanife DOĞRUSÖZ, Ticaret Ortaklıklarının Birleşme ve Nev'i Değiştirmelerinin Ferdi ve Toplu İş Hukuku Bakımından Temel Sonuçları, Doç Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s.598; Hikmet Sami TÜRK, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 45,46; Hamdi YASAMAN, Anonim Ortaklıkları Birleşmesi, Ankara 1987, s.34.
- 2 POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.108,114; YASAMAN, s.35; PULAŞLI, s.74; DOĞRUSÖZ, s.602; Ercüment ÖZKARACA, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s.64, 65.
- 3 Hülya COŞTAN, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması, Ankara 2009, s.9 vd.; ARSLAN, s. 71,72; Fatih ARICI, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s.47; Orhan ÇELİK, Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, Ankara 1999, s.127 vd.; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s.113,114; PULAŞLI, s.74; DOĞRUSÖZ, s.601; TÜRK, s.23; ÖZKARACA, s.64.
- 4 Fevzi ŞAHLANAN, Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklileri İle İş Akdinin Feshi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, Aralık 2006, s.13 vd.; Seracettin GÖKTAŞ, İşyeri Kapanmasının İş Güvencesine Etkisi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.16, Aralık 2009, s.70,71.
- 5 ÖZKARACA, s.65.
- 6 TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s.109; PULAŞLI, s.81; ÖZKARACA, s.66; YASAMAN, s.22 vd.; ARICI, s.47,48; TÜRK,s.160 vd.
- 7 Fevzi DEMİR, 4857 sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, Mercek, Temmuz 2003, s.101; Berin ERGİN, İşverenin Değişmesinin Hizmet Sözleşmelerine ve Toplu İş Sözleşmelerine Etkisi ve Yargıtay Kararları, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1991, s.105,106; ÖZKARACA, s.66.
- 8 Devrim ULUCAN, İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni ile Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.66; ÖZKARACA, s.67.
- 9 77/187 ve 2001/23 sayılı Avrupa Birliği Yönergelerinde, şirket birleşmeleri işyeri devri kapsamında ele alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKARACA, s.69, dn.245.
- 10 Yargıtay, birleşme sonucu işgücü fazlalığının ortaya çıkması nedenine dayanılarak yapılan fesihlerde, gerçekten işgücü fazlalığının bulunup bulunmadığının araştırılmasına karar vermektedir. Y. 9. HD., 19/2.2007, 32546/4329, Legal İHSGHD., 2007/15, s.1048-1050; Y. 9. HD., 11.12.2006, 24963/32630, Çalışma ve Toplum, 2007/2, s.198,199.
- 11 Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 22.B., İstanbul 2009, s.212; E. Murat ENGİN, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileri ile Feshi, İstanbul 2003, s.15,20.
- 12 Ali GÜZEL, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, s.69; Erol AKI/H.Olcay ALTINTAŞ/İbrahim BAHCIVANCILAR, Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul 2005, s.28-30; Nuri ÇELİK, İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s.9-11; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 2.B., İstanbul 2005, s.444; Şefik ÇALIK, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul 2005, s.166,167; İbrahim SUBAŞI, İşyerinin Kapatılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden ve İş Güvencesi İlişkisi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.7, Eylül 2007, s.49.
- 13 ŞAHLANAN, s.14; ENGİN, s.26 vd.
- 14 Yargıtay kararlarında da bu yönde deneyime gidildiği görülmektedir. Y. 9. HD., 27.3.2006, 5584/7867, Legal İHSD, S.11, 2006, s.976, 977; Y. 9. HD., 15.12.2003, 19696/21888, Y. 9. HD., 10.11.2003, 1816/18920, ŞAHLANAN, s.19, dn.4,5.
- 15 ÇELİK'e göre, " ... böyle bir kararın yargı denetimi dışında kaldığı sonucuna varılmalıdır. Ancak, mahkemece yukarıda belirtilen ve işçi çıkarma olanağı sağlayan sebeplerin gerçekten var olup olmadığı araştırılabilir ve bunların doğru ve makul olduğunun, keyfilige dayanmadığının işveren tarafından kanıtlanması istenebilir. Bkz. ÇELİK, s.228,229; ŞAHLANAN, s.17.
- 16 Y. 9. HD., 12.11.2005, 12373/522, Legal HD., Şubat 2005, s.714-716; Y. 9. HD., 1.2.2005, 30981/2829, Çalışma ve Toplum, 2005/2, s.281-284; Y. 9. HD., 16.5.2005, 3899/16747, Legal İHD., 2005/7, s.1252, 1253; Y. 9. HD., 10.4.2006, 6018/9381, Legal İHD., 2006/11, s.994, 995; Y. 9. HD., 4.12.2006, 23819/31666, Çalışma ve Toplum, 2007/2, s.219-221. Yargıtay, keyfilik denetimi ile birlikte feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde tutarlılık, ölçülülük ve gereklilik denetiminin de yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Y. 9. HD.; 19.11.2007, 22155/34394, Legal İHD., 2008/17, s.202-205.
- 17 ÇELİK, s.227; Öner EYRENCİ/Savaş TAŞKENT/Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, 3.B., İstanbul 2009, s.169; ENGİN, s.90 vd.; GÜZEL, s.77 vd.; Devrim ULUCAN,

- İş Güvencesi, 2.B., İstanbul 2003, s.61 vd.; Nizamettin AKTAY/ Kadir ARICI/E. Tuncay KAPLAN-SENYEN, İş Hukuku, 2. B., Ankara 2007, s.186,187; Hamdi MOLLAMAHTOĞLU, İş Hukuku, 2. B., Ankara 2005, s.565; SÜZEK, s.449. Yargıtay bir kararında, işçinin işverene ait diğer işyerlerinde çalıştırılması mümkün ise, fesih yoluna başvurunun doğru olmadığını belirtmiştir. Y. 9. HD., 27.10.2003, 18257/17985, Tühis, Kasım 2003, s.44-46.
- 18 Yargıtay'a göre feshin kaçınılmazlığından söz edebilmek için işletmesel karar ile öngörülen amaca fesih dışında başka bir yolla ulaşmak mümkün ve faydalı olmamalıdır. İşverenin fesih dışında daha hafif bir tedbirle amaca ulaşması mümkün ve beklenebilir ise feshi geçerli kılan bir işletme gereği yoktur. Y. 9. HD., 10.11.2003, 1816/18920, ŞAHLANAN, s.19, dn.5. Bir başka kararda, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesih dışında başka bir yolla ulaşmak mümkün ise, fesih için geçerli bir nedenden söz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Y. 9. HD., 16.12.2004, 27003/27998, Legal İHD., 2005/6, s.728.729; ayrıca aynı yönde Y. 9. HD., 20.12.2004, 14475/28303, Legal İHD., 2005/6, s.726.
- 19 SÜZEK, s.449, 450; ENGİN, s.62 vd.; SUBAŞI, s.50.
- 20 EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.169; ENGİN, s.91-92; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.187.
- 21 ÇELİK, s.228; ENGİN, s.60 vd.; Ali GÜZEL, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İB/GS Üniversitesi 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, s.68 vd.; Mustafa KILIÇOĞLU/Kemal ŞENOCAK, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s.223 vd.
- 22 Münir EKONOMİ, İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.424,425.
- 23 Ali Cengiz KÖSEOĞLU, İşyerinin Kapanması, MESS Sicil Hukuk Dergisi, S.4, Aralık 2006, s.46; SÜZEK, s.178, 179; Haluk Hadi SÜMER, İş Hukuku, 14.B., Konya 2008, s.22, 23; ÇELİK, s.68; Münir EKONOMİ, İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984, s.64; Tankut CENTEL, İş Hukuku, Cilt I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1984, s.73, 74; İbrahim AYDINLI, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramlarının Muhtevası ve Önemi, Kamu-İş, Ocak 1999, s.196, 197.
- 24 Seracettin GÖKTAŞ, İşyeri Kapanmasının İş Güvencesine Etkisi, MESS Sicil Hukuk Dergisi, S.16, Aralık 2009, s.71 vd.; Mustafa ALP, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s.159, 160; EKONOMİ, İşyerinin Kapanması, s.427.
- 25 KÖSEOĞLU, s.46; GÖKTAŞ, s.72. ŞAHLANAN'a göre, "... feshin kaçınılmazlığından söz edebilmek için işletmesel kararlar öngörülen amaca fesih dışında başka bir yolla ulaşmak mümkün ve faydalı olmamalıdır. İşverenin fesih dışında daha hafif bir tedbirle amaca ulaşması mümkün ve beklenebilir ise feshi geçerli kılan bir işletme gereği yoktur. Ancak önemle belirtelim ki feshin son çare olması ilkesinin sınırını işletmesel kararın amacı çizer. Bu amaca ulaşmak için fesihle aynı ölçüde elverişli olmayan tedbirleri almamış olması nedeniyle işverenin feshin son çare olması ilkesine aykırı davrandığı söylenemez.", s.17.
- 26 Holding ve şirketler topluluğu kavramları, 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesi ile ilk kez düzenleme içinde yer almıştır.
- 27 Münir EKONOMİ/Öner EYRENCİ, Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s.1202; KÖSEOĞLU, s.46; EKONOMİ, İşyerinin Kapanması, s.427.
- 28 EKONOMİ'ye göre, "Şirket toplulukları ve holdingde ayrı tüzel kişiler olarak hukuki varlıklarını devam ettiren şirketler (yavru şirketler), yönetim bakımından sermaye ağırlığına sahip olan şirketin yahut holdingin (ana şirket) hakimiyetine girmekte, toplulukta yukarıdan aşağıya doğru hiyerarşik yetki kullanımına dayalı bir organizasyon oluşturulmaktadır." İşyerinin Kapatılması, s.428.
- 29 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali GÜZEL, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s.57 vd.; Aynı Yazar, İşletmesel Kararların Keyfiliği Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Getirilmesi, Çalışma ve Toplum, S.4, 2005, s.181; ULUCAN, s.43 vd.; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.440 vd.; SÜZEK, s.538 vd.; MOLLAMAHTOĞLU, s.578-580; Süleyman BAŞTERZİ, Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD, S.3, 2005, s.58 vd.; E. Murat ENGİN, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileri ile Feshi, İstanbul 2003, s.60-65 EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.169.
- 30 EKONOMİ, İşyerinin Kapatılması, s.428.
- 31 "Uluslararası ve uluslararası sözleşmeler ve özellikle AB üyesi ülkelerin hukukundaki gelişmeler işçi ve işveren arasındaki bazı ilişkilerde sadece işyeri esasının değil, işletmenin esas alındığını, hatta bu aşarak "holding veya ortaklık toplulukları" düzeyinde düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Örneğin Fransız hukukunda, aynı gruba bağlı değişik ortaklıklar tek bir işletme olarak kabul edilmektedir." Bkz. KÖSEOĞLU, s.46.
- 32 KÖSEOĞLU, s.46, 47. Yargıtay'ın şirket birleşmesi ile ilgili bir kararında personel fazlalığı ile davacının işine ihtiyaç duyulmadığının işverence ispatlanamadığı, davacı konumunda olan birçok elemanın fesih tarihinde ve birleşmenin gündemde olduğu zamanda işe alındığı, davacıya başka birimde çalıştırma konusunda değerlendirme de yapılmadığı belirtilerek feshin geçerli nedene dayanmadığı belirtilerek feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılmıştır. Y. 9. HD., 7.2.2005, 15527/3279, Çalışma ve Toplum, 2005/2, s.246, 247. Başka bir kararda da grup şirketlerinde birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçi fazlalığı olup olmadığının şirketlerin tamamına göre belirleneceği belirtilmiştir. Y.9.HD., 22.12.2008, 44175/34718, Çalışma ve Toplum, 2009/2, s.316, 319.
- 33 ŞAHLANAN, s.18; KÖSEOĞLU, s.46; EKONOMİ, İşyerinin Kapanması, s.427.

Av. Kâzım Yücel DÖNMEZ

İşe İade Davalarında Kararın Kesinleşmesi ve Tebliği

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/16048

Karar No : 2008/9179

Tarihi : 18.04.2008

DAVA

Davacı, itirazın iptali ile % 40 icra inkâr tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi M.Başbayraktar Taşkın tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı, davalı tarafından iş aktinin haklı neden olmadan feshedildiği için açtığı işe

iade davasının kesinleştiğini, işe başlama talebinin artıniyetli olarak kabul edildiğini, dört aylık ücret alacağı hakkında yaptığı icra takibine itiraz edildiğini ileri sürerek itirazın iptalini talep etmiştir.

Davalı, davacının işe başlamasının kabul edilmesine rağmen gelip başlamadığını savunmuştur.

Mahkemece davacının internet ortamında öğrendiği tarih itibariyle işe başlatma talebinde bulunmasında yasal engel olmadığı kabul edilerek itirazın iptaline karar verilmiştir.

Bakırköy 1. İş Mahkemesi tarafından davacının iş aktinin feshinin geçersizliğine dair verilen karar Dairemizin 23.01.2006 tarihli kararıyla onanmıştır. Davacı internet ortamında onama kararını 14.02.2006 tarihinde öğrenip aynı tarihte işe başlama talebinde bulunmuştur. Davalı istemini kendine ulaşmasından sonra ilgili mahkemeden

21.02.2006 tarihli yazısıyla dosyanın temyiz incelemesinden dönmediğine ilişkin derkenar yazı almıştır. Onama kararı mahkemece davacıya tebliğ edildikten sonra yapılan işe başlama başvurusuna davalı olumlu cevap vermiş ancak davacı başka işte çalıştığı için başlamamıştır.

Uyuşmazlık internet ortamında öğrenilen onama kararının tebligat yerine geçip geçmediğine ilişkindir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/son maddesinde "işçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır..." hükmü bulunmaktadır. Yasa koyucu burada

mahkemece kararın davacıya tebliğini şart koşmuştur. Yazılı yapılacak tebligat aynı zamanda işverende de tereddüt yaratmayacak şekilde açık olacaktır. Somut olayda davalı kendine yasal sürede yapılan başvuruya olumlu yanıt vermiş ancak davacı işe başvurmamıştır. Bu nedenle davanın reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

1. GİRİŞ

İnceleme konusu karara göre; davacı işçi, davalı işveren tarafından iş akdinin haklı neden olmadan feshedildiği için açtığı işe iade davasının kesinleştiğini, işe başlama talebinin artniyetli olarak kabul edildiğini, dört aylık ücret alacağı hakkında yaptığı icra takibine itiraz edildiğini ileri sürerek itirazın iptalini talep etmiştir. Yerel mahkeme "Mahkemece davacının internet ortamında öğrendiği tarih itibarıyla işe başlatma talebinde bulunmasında yasal engel olmadığı kabul edilerek itirazın iptaline karar verilmiştir" gerekçesi ile isteği kısmen kabul etmiştir. Yargıtay yerel mahkemenin kararını, "Bakırköy 1. İş Mahkemesi tarafından davacının iş aktinin feshinin geçersizliğine dair verilen karar Dairemizin 23.01.2006 tarihli kararıyla onanmıştır. Davacı internet ortamında onama kararını 14.02.2006 tarihinde öğrenip aynı tarihte işe başlama talebinde bulunmuştur. Davalı istemin kendisine ulaşmasından sonra ilgili mahkemeden 21.02.2006 tarihli yazısıyla dosyanın temyiz incelemesinden dönmediğine ilişkin derkenar yazı almıştır. Onama kararı mahkemece davacıya tebliğ edildikten sonra yapılan işe başlama başvurusuna davalı olumlu cevap vermiş ancak davacı başka işte ça-

alıştığı için başlamamıştır. Uyuşmazlık internet ortamında öğrenilen onama kararının tebligat yerine geçip geçmediğine ilişkindir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/son maddesinde "işçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işveren başvuruda bulunmak zorundadır..." hükmü bulunmaktadır. Yasa koyucu burada mahkemece kararın davacıya tebliğini şart koşmuştur. Yazılı yapılacak tebligat aynı zamanda işverende de tereddüt yaratmayacak şekilde açık olacaktır. Somut olayda davalı kendine yasal sürede yapılan başvuruya olumlu yanıt vermiş ancak davacı işe başvurmamıştır. Bu nedenle davanın reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." gerekçesiyle bozmuştur.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay'ın bozma kararında açıkça ifade edildiği gibi hukuki sorun internet ortamında öğrenilen işe iade davasında verilen onama kararının tebligat yerine geçip geçmediğine ilişkindir. Yargıtay, internet ortamında yayınlanan kararın davacı işçi tarafından öğrenilmesini, "mahkemece kararın davacıya tebliği olarak

değerlendirmemiş”; ayrıca, “yazılı yapılacak tebligatın aynı zamanda işverende de tereddüt yaratmayacak şekilde açık olmasını” benimsemiştir.

Yerel mahkeme tarafından verilen karardan itibaren gerçekleşen aşamaların kısaca irdelenmesi, konunun aydınlatılması bakımından yararlı olacaktır.

1. Kararın Kesinleşmesi

İş Kanunu’nun işe iade davası ile ilgili 21. maddesi hükmüne göre, her şeyden önce işçinin işe başlama başvurusu için, verilen kararın kesinleşmesi gerekir¹. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 8. maddesine göre iş mahkemelerinin kararları tefhim tarihinden itibaren 8 gün içinde temyiz edilebilmektedir. Karar, tarafın ya da vekilinin yokluğunda verilmiş ise temyiz süresi tebliğ tarihinden itibaren başlamaktadır. Mahkemece verilen kısa kararın HUMK’nun 381–388. maddelerinde belirtilen unsurları taşıması halinde temyiz süresi, tefhim tarihinden değil, gerekçeli kararın tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlar, 8 günlük süre içinde temyiz edilmeden kararlar kesinleşir. Süresi içinde temyiz edilen kararlar Yargıtay’ca kesin olarak karara bağlanacağından (4857 s.K., m.20, III), Yargıtay’ın onama ya da mahkemenin red kararını bozarak ortadan kaldırıp verdiği işe iadeye ilişkin kararı da kesin olacaktır. İşçinin, kesinleşen işe iadeye ilişkin mahkeme veya hakem kararını ya da Yargıtay kararını tebliğ ettiği tarihten itibaren 10 işgünlük süre içinde işverene başvurması gerekmektedir².

Yargıtay’ca nasıl karar verilirse verilsin, buna karşı bir kanun yolu (daha somut bir ifadeyle karar düzeltme yolu) söz konusu değildir. Yüksek mahkemenin kararı, işe iade kararının kesinleşmesi anlamına gelir. Bu karar sonrasında dosya yerel iş mahkemesine iade edilecek, iş mahkemesi de Yargıtay kararını taraflara tebliğ edecektir. İş mahkemesince Yargıtay kararının işçiye tebliğ edilmesi ile kanunda öngörülen “kesinleşen kararın işçiye tebliği” söz konusu olacağından, kararın işe iade yönünden kesinleşmiş olması şartıyla, işçinin işverene başvuracağı on işgünlük

süre, tebliğden sonraki gün itibariyle işleme başlayacaktır³.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Yargıtayın iş davalarına ilişkin kararlarına karşı karar düzeltme (karar tashihi) yoluna başvurulamaz. Bu husus 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun, “Kararın temyizi” başlıklı 8. maddesinde, “İş mahkemesinin nihai kararları tefhim tarihinden itibaren sekiz gün içinde temyiz olunabilir. İş mahkemelerinde verilen kararlar, Yargıtay’ca iki ay içinde tetkik olunarak karara bağlanır. Yargıtay’ın bu kararlarına karşı karar tashihi istenemez” şeklinde ifade olunmuştur. Bununla birlikte uygulamada sıkça rastlandığı üzere, iş mahkemesi kararının onanmasına veya bozulmasına ilişkin Yargıtay kararlarında maddi hata yapılmışsa, bozma veya onama kararı, maddi hata nedeniyle yeniden inceleme konusu yapılabilmektedir⁴. Yargıtay, maddi hata yolu ile başvurulması halinde önceki kararın maddi hataya dayanmadığını tespit ettiğinde adeta karar düzeltme başvurusunu kabul etmiş olmaktadır⁵. Konu ile ilgili çok miktarda Yargıtay kararı bulunmaktadır⁶. Maddi hata nedeniyle karar düzeltme yoluna gidilebilmesi halinde de Yargıtay kararının yerel mahkemeye dönmesi ve taraflara tebliğ edilmesi şarttır. Aksi takdirde yerel mahkeme, henüz Yargıtay’dan dönmemiş bir dosyanın internette yayınlanmış kararına dayanılarak yapılacak karar düzeltme hakkında verilecek kararı kabul etmeyecektir.

İş mahkemelerinin kesinleşmiş kararlarına karşı yargılamanın iadesi (iadei muhakeme) yoluna başvurulması mümkündür. Yargılamanın iadesi, bazı ağır yargılama hatalarından ve noksanlarından dolayı, maddi anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesini ve daha önce kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan fevkalade bir kanun yoludur (HUMK m.445). Bir karar henüz kesinleşmemişse, m.445’teki sebeplerden biri mevcut olsa bile, hüküm kesinleşmeden önce yargılamanın iadesi yoluna gidilemez⁷. Yargılamanın iadesi isteminin duruşma yapılarak incelenmesi gerekir⁸. Yerel mahkemenin yargılamanın iadesi talebini kabul etmesi için

de dosyanın Yargıtay'dan yerel mahkemeye dönmüş olması şarttır. Bu noktada, yargılamanın iadesi davasını gören mahkemenin tehiri icra (yürütmenin durdurulması) kararı vermiş olması hali, kesinleşen işe iade davası bakımından önem arz eder.

Öte yandan uygulamada pek nadir de görülse bazı durumlarda Yargıtay'da dosyalar karışabilmektedir. Böyle durumlarda da karışma, ancak dosyanın yerel mahkemeye dönmesi ile anlaşılabilir. Tarafların dosyaların karışması durumuna itirazları da bu aşamada mümkün olabilmektedir.

Maddi hata nedeniyle karar düzeltme, yargılamanın iadesi ve dosyaların karışması gibi durumlarda da görüldüğü üzere, Yargıtay kararının verilmiş olması ve bunun internet ortamında yayınlanması kararın kesinleşmesi için yetmemektedir. Böyle durumlarda da İş Kanunu'nun 21. maddesinin V. fıkrasında "*işçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren 10 işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır...*" şeklinde belirtildiği üzere işe iade davalarında olduğu gibi, dosyaların yerel mahkemeye gönderilmesi ve Yargıtay kararının tarafların kendilerine tebliğ edilmesi zorunlu bulunmaktadır. Tebliğden sonra yasal süresi içinde taraflar haklarını kullanabileceklerdir. Başka bir deyişle yerel mahkeme kendisine Yargıtay'dan dava dosyası intikal etmeden herhangi bir işlem yapmayı kabul etmeyecektir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda iş mahkemesi kararlarının nasıl kesinleştirileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda açıklık bulunmayan durumlarda bu Kanunun 15. maddesi hükmüne göre Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Mahkeme kararlarının kesinleştirilmesine ilişkin hükümler HUMK'nun 443. maddesinin son fıkrasında "Hükmün kesinleştiği; ilamın altına veya arkasına yazılıp tarih ve mahkeme mührü konmak ve mahkeme başkanı veya hâkimi tarafından imzalanmak suretiyle belirtilir" şeklinde düzenlenmiştir⁹. Bu hükümlere göre iş mahkemesi kararları ister temyiz edil-

mediği için ister temyiz edildikten ve Yargıtay incelemesinden döndükten sonra kesinleşsin HMUK m.443/son hükmünde belirtilen şekli (usuli) işlemlerin tamamlanması gerekmektedir.

2. Kararın Tebliği

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile İcra ve İflas Kanunu'nda, kesinleşen mahkeme kararlarının tebliğ edilmesi ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin V. fıkrasında ise konuya ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükmüne göre "İşçi, kesinleşen mahkeme kararı veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır". Madde metninde ve Yargıtay'ın kararında gayet açık olarak ifade edildiği gibi yasa koyucu burada iki hususu bir arada aramaktadır. Bu hususlardan ilki ortada kesinleşen bir mahkeme kararının olması, ikincisi de bu kesinleşmiş kararın davacıya (işçiye) tebliğ edilmesidir¹⁰. Dolayısı ile davacı işçinin kendi olanakları ile Yargıtay kararını (Yargıtay'a giderek veya internet ortamından) haricen öğrenmesi tek başına yeterli olmayıp, bu kararın davacı işçiye usulüne uygun olarak tebliğ edilmesi de zorunlu bulunmaktadır. Aksi halde 10 işgünlük sürenin başlangıcı sorun yaratacaktır¹¹. Buna göre Yargıtay kararının yerel mahkemeye ulaşması, davacı tarafından HMUK m.443/son hükmüne göre kesinleşme işlemlerinin ikmal ettirilmesi ve kesinleştirilmiş bu kararın 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri doğrultusunda davacı işçiye tebliğ edilmesi, davacı işçi tarafından kararın tebliğlüğünden itibaren 10 işgünlük süre içinde işverene başvurulması gerekmektedir.

Öğretide de davacı işçinin şahsen veya vekili tarafından mahkeme kalemine gidilip bu işlemleri yapmasının gerektiği kabul edilmektedir¹².

3. İşverene Başvuru

Vurgulamak adına tekraren ifade edilecek olursa, işçi çıkarıldığı işte çalışmayı sürdürmek istediği takdirde, "kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden

itibaren 10 işgünü içinde işe başlamak için işveren başvuruda bulunmak zorundadır...” (4857 s.K. m.21, V).

İş Kanunu’nda işverene başvurunun nasıl yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Başvurunun yazılı veya sözlü olarak yapılması mümkündür. Yazılı başvuru yapılması halinde işveren veya yetkili birimine dilekçe verme yahut işverenin kullandığı elektronik posta adresine elektronik mektup göndererek veya işverenin (yetkilisinin) kullandığı cep telefonuna SMS (kısa mesaj) yoluyla da yapılması mümkün ve geçerlidir. Önemli olanı, işçinin tebliğ edilen yargı kararı gereği işe başlama isteğini kesin olarak içeren (kendisinden böyle bir anlam çıkarılan) bir irade açıklamasının yasal süresinde işverenin (veya işveren yetkilisinin) bilgisine bir şekilde sunulmasıdır. Ancak, ispat kolaylığı sağlamak bakımından noter kanalıyla yapılması önerilir¹³. Bildirimin telgraf veya iadeli taahhütlü mektup ile de yapılması da mümkündür¹⁴.

Davacı işçi on işgünlük süre içinde işverene başvuruda bulunmazsa, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur (4857 s.K. m.21, V). Bu, sorumluluk ise ihbar ve kıdem tazminatından oluşmaktadır. Fıkroda ifade edilen on işgünlük süre, hak düşürücü süre olup hâkim tarafından resen nazara alınır¹⁵.

Tebliğat bakımından işgünü olarak belirlenen sürelerin hesabında, tebliğin yapıldığı gün sayılmaz, ertesi gün, eğer işgünü ise o gün, ertesi gün işgünü değil de tatil günü ise onu takip eden ilk işgünü birinci gün sayılarak hesaplanır¹⁶. Burada tebliğden kasıt, hakkı kullanacak olan tarafa başka bir deyişle işe iade talebini yapacak olan işçiye yapılacak olan tebliğdir. Davayı kaybeden ve işçiyi işe başlatmak durumunda olan işverene yapılacak tebliğ tarihinin, on işgünlük sürenin başlangıcı bakımından herhangi bir önemi yoktur. Tebliğat Kanunu’nun 5. maddesine göre kesinleşen işe iade kararının tebliği için davacı işçinin gerekli masrafları yatırması gerekmektedir. Aksi takdirde kesinleşen işe iade kararının Tebliğat Kanunu hükümlerine

göre resen tebliği söz konusu olmayacaktır¹⁷. Bu konuda en sağlıklı çözüm, kararın tebliğ masraflarının davacı işçiden önceden alınmasıdır¹⁸. Bununla birlikte davacı işçi tarafından kararın kesinleşmesinden sonra da tebliğat giderlerinin yatırılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

İşçinin kararın kesinleşmesinden veya kesinleşen kararın tebliğinden önce başvurması halinde işverenin işe başlatma ya da tazminat ödeme yükümlülüğü doğmayacağı gibi boşta geçen süre ücretini ödeme yükümlülüğü de başlamayacaktır. İşçinin kararın kesinleşmesinden önce işe başlatılma konusunda yaptığı başvurunun kararın kesinleşmesinden sonra on işgünü içinde yapılması gereken başvuru yerine sayılması da mümkün değildir¹⁹.

Henüz kesinleşmemiş bir karar için (örneğin temyiz aşamasında) işe iade başvurusu yapılamaz. Böyle bir müracaat yapıldığı takdirde işverenin işe başlatma yükümlülüğü yoktur. İşe iadeyle ilgili kararlar kesinleşmedikçe icra olunamaz. Bu nedenle temyiz incelemesi sırasında icranın geri bırakılmasına gerek yoktur²⁰.

Yapılacak başvurunun aynı zamanda işverende tereddüt yaratmayacak şekilde açık olması da gereklidir. İş Kanunu’nun 21. maddesi V. fıkrasında “İşçi, kesinleşen mahkeme kararı veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde işverene başvuruda bulunmazsa, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur” denilmektedir. Hükme göre işçinin yaptığı başvurunun öncelikle “işe başlamak için” yapılması gerekli bulunmaktadır. Ancak başvurunun geçerli olabilmesi için de bu talep tek başına yeterli sayılmamaktadır. Başvurunun mahkeme kararının kesinleşmesi ve bunun tebliği gibi konularda da tereddüt yaratmayacak şekilde açık olması gerekmektedir. Nitekim inceleme konusu Yargıtay kararında belirtildiği gibi davacı işçinin internet ortamında öğrendiği onama kararının, tebliğat yerine geçip geçmediği davalı işveren nezdinde tereddüt yarattığı

için davalı işveren, davacı işçinin işe başlama talebinin kendisine ulaşmasından sonra ilgili mahkemeden 21.02.2006 tarihli yazısıyla dosyanın temyiz incelemesinden dönmediğine ilişkin derkenar yazı almıştır.

4. İnternet Ortamında Yayımlanmanın Bugünkü Hukuki Değeri

Bu vesileyle, internet ortamında yayımlanmanın bugünkü hukuki değerine ait bazı açıklamalar yapılması ilerisi için yararlı görülmektedir.

23 Mart 2000 tarihinde Lizbon'da yapılan Avrupa Konseyi toplantısında, Avrupa'nın gelecek 10 yılda dünyanın en rekabetçi ve dinamik bilgi tabanlı ekonomisi haline gelmesi stratejisi çerçevesinde 19–20 Haziran 2002'de Fieria'da Avrupa Girişimi başlatılmış ve buna ilişkin eylem planı hazırlanmıştır. e-Avrupa 2002'nin hedefleri olarak;

1. Daha ucuz, daha hızlı, daha güvenli internet,
 2. İnsan kaynağına yatırım,
 3. İnternet kullanımının teşvik edilmesi,
- hususları tespit edilmiştir.

Bu çalışmalar doğrultusunda 26–27 Şubat 2004 tarihinde Budapeşte'de düzenlenen Bilgi Toplumu Avrupa Bakanlar Konferansında e-Avrupa+ Eylem Planına ilişkin ilerleme raporunda çalışmalar memnuniyetle karşılanırken üye devletler ile aday ülkeler bakımından da Eylem Planının somut bir temel teşkil ettiği vurgulanmıştır. Mayıs 2004 tarihinde de Türkiye ile birlikte bazı aday ülkeler de e-Avrupa 2005'e taraf olmuşlardır²¹.

E-Avrupa kapsamında e-Dönüşüm Türkiye Projesi başlatılmış, projenin koordinasyonu, izlenmesi, değerlendirilmesi ve yönlendirilmesi ile ilgili olarak Devlet Planlama Teşkilatı bünyesinde Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı kurulmuştur. 27 Şubat 2003 tarihinde yayınlanan 2003/12 sayılı Başbakanlık Genelgesi²² ile e-Dönüşüm Türkiye Projesinin amaçları, kurumsal yapısı ve uygulama esasları belirlenmiştir. Genelgeye göre bu proje ile; bilgi ve iletişim teknolojileri politikaları ve mevzuatının, önce-

likle Avrupa Birliği müktesebatı çerçevesinde gözden geçirilerek yeniden düzenlenmesi, bu konuda e-Avrupa+ kapsamında aday ülkeler için öngörülen eylem planının ülkemize uyarlanması,

- Vatandaşın, bilgi ve iletişim teknolojileri yardımıyla, kamusal alanda karar alma süreçlerine katılımını sağlayacak mekanizmaların geliştirilmesi,
- Kamu idaresinin, şeffaf ve hesap verilebilir hale getirilmesinde katkıda bulunulması,
- Kamu hizmetlerinin sunumunda, bilgi ve iletişim teknolojilerinden azami ölçüde yararlanılarak iyi yönetim ilkelerinin hayata geçirilmesine katkıda bulunulması,
- Bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanımının yaygınlaştırılması,
- Bilgi ve iletişim teknolojisi alanında kaynak israfını azaltmak amacıyla, kamunun mükerrerlik arz eden veya örtüşen ilgili yatırım projelerinin bütünleştirilmesi, izlenmesi, değerlendirilmesi ve yatırımcı kamu kuruluşları arasında gerekli koordinasyonun sağlanması,
- Sektördeki özel sektör faaliyetlerine yukarıdaki ilkeler ışığında yol gösterilmesi, amaçlanmaktadır.

E-Dönüşüm Türkiye Projesi'nin bir ayağını oluşturan, "e-devlet" sisteminin bir parçası olacak olan "e-kurum" uygulamaları kapsamında "e-adalet" sisteminin kurulması için 1998 yılında Adalet Bakanlığı bünyesinde başlatılan ilk otomasyon çalışmalarına 1999 yılında Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı kurularak devam edilmiş, bu doğrultuda Bakanlık ve taşra birimleri donanım ve yazılım olarak otomasyona geçirilmiştir. Bu çalışmalar sonucunda ortaya çıkan Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) zaman içerisinde E-Dönüşüm Türkiye Projesinin hız kazanması ile "e-devlet" in bir uzantısı olan "e-kurum" uygulamalarına dönüşmüştür.

Yargıtay Kararlarının Yargıtay İnternet Sitesinde yayınlanması, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) kapsamında yürütülmekte olup, bu proje ile Adalet Bakanlığı ile yargı birimlerinde, merkez ve taşra teşkilatında, bağlı ve ilgili kuruluşlarında adalet hizmetlerinin daha etkin ve verimli şekilde yürütülmesi, iş süreçlerinin hızlandırılması, elektronik arşivin oluşturulması

amaçlamıştır. “e-Devlet” sisteminin bir parçası olan “e-Adalet” sisteminin kurulması için yüksek yargı organları ve yargı için bilgi temininde vazgeçilmez özellikte bulunan kurumlar da sisteme dahil edilerek, Bakanlık merkez teşkilatı ile birlikte tüm mahkemeleri, Cumhuriyet Başsavcılıklarını, adli tıp, ceza infaz kurumları ve icra dairelerine de içine alacak şekilde, bilgisayar ağının (network) kurulması, bilgi alışverişlerinin elektronik ortama taşınması, vatandaş ve avukatlara internet üzerinden online hizmet sağlanması, entegrasyon sağlanan dış birimlerden bilgilerin istenilen zamanda sistem tarafından hazır edilerek adli sistemin güvenilir, doğru ve hızlı işleyişinin sağlanması hedeflenmiştir²³. İnternet ile ilgili gelişmeler bu yönde olup, bunlar henüz Tebligat Kanunumuza yansımamış durumdadır.

III. SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, isabetli bulunan Yargıtay bozma kararına iştirak ediyorum.

DİPNOTLAR

- 1 Kar, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009, s.794.
- 2 Günay, Cevdet ilhan, İş Kanun Şerhi, Ankara 2009, s.1039. Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, Ankara 2006, s.291. Sarıbay, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, s.199.
- 3 Sarıbay, Gizem, İstanbul 2007, s.199–200.
- 4 Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, Altıncı Baskı, cilt V, s.4870.
- 5 Kar, Bektaş, Ankara 2009, s.718.
- 6 HGK, 19.03.2008, 2008/9-249 E., 2008/265 K., Kar, s.720–722. 9.HD, 12.05.2008/17705 E., 2008/12041 K., Kar, s.722–723. 9.HD, 15.10.2007, 2007/35155 E., 2007/30270 K., Kar, s.718–720. HGK, 30.03.1977, 9/1650–318. Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, Altıncı Baskı, cilt V, s.4870.
- 7 Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, Altıncı Baskı, cilt V, s.5165.
- 8 Kılıçoğlu, Mustafa, Şenocak, Kemal, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s.1171.
- 9 Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, Altıncı Baskı, cilt III, s.3174.
- 10 Yılmaz, Ejder, İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği, Sicil, Haziran 2009, sayı 14, s.131; Akyiğit, Erhan, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Ankara 2007, s.316;

- 11 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s.178; Akı/Altıntaş/Bahçıvanlar, Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul, 2005, s.152.
- 12 Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, s.480.
- 13 Günay, Cevdet ilhan, İş Davaları, Ankara 2009, s.1158.
- 14 Yılmaz, Ejder, İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği, Sicil, Haziran 2009, sayı 14, s.129; Akyiğit, Erhan, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Ankara 2007, s.316; Dönmez, Kazım Yücel, İş Hukukunda Tazminatlar, Ankara 2008, s.318.
- 15 Çankaya/Günay/Göktaş, s.293.
- 16 Çankaya/Günay/Göktaş, s.291.
- 17 Yılmaz, Ejder, İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği, Sicil, Haziran 2009, sayı 14, s.129.
- 18 Kar, Bektaş, s.794.
- 19 Günay, İş Kanunu Şerhi, s.1039, Çankaya/Günay/Göktaş, s.292.
- 20 Çil, Şahin, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2007, s.1414–1415.
- 21 <http://www.uyap.gov.tr/tarihce/tarih.html> (İndirilme Tarihi: 14.05.2010)
- 22 Başbakanlık, Personel ve Prensipier Genel Müdürlüğü, 27.02.2003 tarih ve B.02,0.PPG.0.12–320–3416.2003.12 sayılı “e-Dönüşüm Türkiye” Projesi Genelgesi.
- 23 Adalet Bakanlığı, Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı,09.02.2006 tarih ve B.03, 0.BİD.0.00.00.08/010.06.02/1,124 No.lu UYAP Uygulamaları Genelgesi.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Ali Güzel-Dr. Saim Ocak-Dr. Ercüment Özkaraca tarafından hazırlanan “**İş Kanunları - Sosyal Güvenlik Kanunları**” adlı kitap Ekim 2009 tarihinde yayımlanmıştır.

Ülkemizde diğer hukuk dallarından (örneğin medeni hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku) farklı olarak gerek iş hukuku ve gerekse sosyal güvenlik hukukunun tüm alanlarını kapsayacak genel nitelikli kanunlaş-tırmaların yapılmamış olması, mevzuatın dağınık bir görünüm sunması sonucunu doğurmakta ve bir bütünlük içinde izlenmesini güçleştirmektedir. İş hukuku ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin çok sayıdaki kanun metinlerinin sistematik bir bütünlük içinde öğrencilerin ve diğer ilgili çevrelerin hizmetine sunulması bir gereksinim olarak ortaya çıkmıştır.

Bu amaçla hazırlanan yayında; mevzuatta yer alan madde, fıkra, cümle ve ibarelerde değişiklik yapan kanunlar, sayı ve kabul tarihleri ile birlikte, ilgili yerlerde parantez içinde belirtilmiş ve sözü edilen değişikliğe ilişkin gerekli görülen hususlar madde sonlarında özel olarak notlandırılmıştır. Bunların yanı sıra, mevzuatta yer alan düzenlemelere ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin kararları, madde metinlerinde ilgili yerlerde parantez içinde ve madde sonlarında yer verilen özet bilgilerle belirtilmiştir. Ayrıca, madde sonlarında, ilgili Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarına kısaca yer verilmiş, gerekli olduğu ölçüde maddeler arasında ilgi kurulmuş ve mevzuat ile ilgili olarak önem arz eden diğer bazı hususlara da değinilmiştir.

Prof. Dr. Müjdat Şakar ve Yrd. Doç. Dr. Ayşe Yiğit Şakar tarafından hazırlanan “**İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku ve Vergi Hukuku Açısından İşçiye Ödenecek Tazminatlar**” adlı eser, Nisan 2010 tarihinde yayımlanmıştır.

İş sözleşmesine göre çalışan herkesin hukuki konum olarak “işçi” sayılması; sosyal güvenlik hukuku açısından da “sigortalı” olmaları, bu kimseleri çalıştıranların da “işveren” olmaları nedeniyle tüm bu kişilerin iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukunu öğrenmeleri gerekmektedir. İş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku, vergi hukuku bilgileri olmadan eksik kalacaktır. Zira yapılacak her ödemenin vergi hukuku bakımından durumunu bilmek özellikle işverenler açısından çok önemlidir.

Giderek karmaşıklaşan çalışma mevzuatında özellikle kıdem ve ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, iş güvencesi tazminatı gibi konularda hem çalışanlar, hem de işverenler tarafından cevaplanması gereken birçok soru bulunmaktadır. Kitap, uygulamada çalışanların ve işverenlerin en çok karşılaştıkları sorulara rehberlik etme amacını taşımaktadır.

Kitap, Kıdem Tazminatı, İhbar Tazminatı, Kötü Niyet Tazminatı ve Sendikal Tazminat, Cezai Şart Tazminatı, İş Güvencesi Tazminatı, Süresi Belirli İş Sözleşmesinin Feshinde Geriye Kalan Sözleşme Süresine İlişkin Tazminat ve İş Kazası Tazminatı başlıklı yedi bölümden oluşmaktadır.



Prof. Dr. A. Can TUNCAY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anayasanın İş Hukukuna İlişkin Bazı Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi

1. GİRİŞ

Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından hazırlanan ve 30.3.2010 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan T.C. Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi TBMM'nde ve kamuoyunda yoğun tartışmalara sahne olduktan sonra Mayıs ayları başlarında iktidar partisinin oylarıyla kabul edilerek kanun haline getirilmiş ve Cumhurbaşkanının jet imzasından sonra Resmi Gazetede yayımlanmıştır. AY'nın değiştirilmesi ile ilgili AY'nın 175 inci maddesine göre "Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlanır." Buna karşılık "Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunula-

bilir. Halkoyuna sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmi Gazetede yayımlanır." Demek oluyor ki, Anayasa değişikliklerine onay verenler Meclis üye tam sayısının beşte üçünü (330) oluşturur ya da üçte ikisinin (366) altında bir oyda kalır ise değişikliğin halkoyuna sunulması anayasal bir zorunluluktur. Siyasi iktidar da böyle yapmış ve gerçekleştirdiği anayasa değişikliğini halk oylamasına sunma kararı almıştır. Zira Anayasa değişiklikleri tüm maddelerde 330'u geçmiş fakat 366'nın altında kalmıştır. Yasa halkoyuna tümüyle sunulacaktır. Halk oylaması Yüksek Seçim Kurulu'nun belirlediği 12 Eylül 2010 tarihinde yapılacaktır. Anayasaya göre halk oylamasına sunulan Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun yürürlüğe girmesi, halk oylamasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olmasına bağlı tutulmuştur (md. 175/6) eğer o zamana kadar Anayasa Mahkemesi AY'nın değiştirilmesine ilişkin yasayı iptal etmez ise... Çünkü ana muhalefet partisi değişiklik yasasını Yüksek Mahkemenin önüne

getirmiştir. Hatırlatalım ki, Anayasa Mahkemesi “Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceler ve denetler (md. 148/1).” Esas ve muhteva bakımından Anayasaya uygunluk denetimi yapılamaz.

Konumuz Anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin yasanın ve değişiklik prosedürünün Anayasaya uygunluğunu araştırmak değildir. Bu husus esasen şu anda Yüksek Mahkemenin önündedir. Biz burada sadece Anayasa’da değişiklik yapan maddeler içinde iş hukukunu ilgilendirenler üzerinde kişisel görüşümüzü belirteceğiz. TBMM bu konuda sendika kurma hakkı ile ilgili 51 inci, toplu iş sözleşmesi hakkı ile ilgili 53 üncü, grev hakkı ve lokavt ile ilgili 54 üncü, bir de kamu görevlilerinin hak ve yükümlülükleri ile ilgili 128 inci maddelerinde bazı değişiklikler yapmıştır. 128 inci maddedeki değişiklik kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkı ile ilgilidir. Demek oluyor ki, Anayasa değişiklikleri esas itibarıyla toplu iş hukuku ile ilgili hususları içine almaktadır. Ancak değerlendirilecek maddeler arasına kanun önünde eşitlik ile ilgili 10 uncu maddeyi de eklemek gerekir. Zira bu maddede kadınlar, çocuklar, yaşlılar ve engelliler ile ilgili bazı “pozitif ayrımcılık” hükümleri getirilmiştir.

II. DEĞİŞİKLİĞİN GEREKÇESİ

Anayasa değişikliğinin genel gerekçesinin hemen başında 150 yıllık anayasa geleneğine sahip ülkemizde, halkın katılımı ve demokratik yöntemlerle Anayasa yapılamamış olmasının ülkemiz açısından büyük bir eksiklik olduğundan söz edilmiş ise de gerçekleştirilen bu değişikliğin halkın katılımı ve demokratik yöntemlerle yapıldığına inanmak zordur. Muhalefet partilerinin, sivil toplum kuruluşlarının, işçi ve işveren kuruluşlarının, meslek odalarının, bilim çevrelerinin ve halkın önemli bir kesiminin “üzerinde consensus sağlansın” talebine ve uyarısına rağmen iktidar partisi bu taleplere kulak tıkamış ve mecliste sahip olduğu çoğunluğa sırtını dayayarak kendi arzu ettiği biçimde yasayı meclisten geçirmiştir. Matematiksel bir bakışla ve Anayasa kuralları çerçevesinde bu mümkündür. Çünkü siyasi iktidar Anayasayı değiştirecek yeterli çoğunluğa neredeyse sahiptir. Ancak bunun ideal

1982 Anayasası’nın askeri bir darbe sonrası hazırlanan bir tepki Anayasası olduğunda hemen herkes hem fikirdir.

yolu demokratik, geniş katılımcı ve uzlaşmacı bir şekilde yukarıda sıraladığımız kurum ve kuruluşlarla tartışarak, görüşülerek yapılmış olmasındı. Batı demokrasilerinde yapılan da budur. Sonunda halkoylamasına gidilmesi oylamaya katılacak olanların eğitim ve bilgi düzeyi düşünülürse ve bu oylamanın bir tür genel seçim olarak algılanma ihtimalinin yüksek olması karşısında pek sağlıklı bir sonuç ortaya çıkmasına olanak vermez.

Aslında 1982 Anayasasının askeri bir darbe sonrası hazırlanan bir tepki Anayasası olduğunda hemen herkes hem fikirdir. Demokratik ve insan haklarına saygılı olmaya çalışılmışsa da temel özgürlükleri genel sınırlama hükmü (md. 13) ve hemen her temel hak ve özgürlüğe getirilen sınırlamalar ve yasaklamalar 1961 Anayasasındaki insan haklarına dayalı devlet anlayışını 1982 Anayasasında adeta insan haklarına temkinli saygılı devlet anlayışına bırakmıştır¹. Siyasi iktidar bu olumsuzluğu düzeltmek amacıyla AY’da bir dizi değişiklik tespit etmiş ve bunları şöyle belirlemiştir:

“Kadın-erkek eşitliğinin sağlanması; toplumun bazı kesimlerinin, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak daha iyi korunması ve gözetilmesi; kişisel verilerin korunması; bireylerin yurt dışına çıkmalarının sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin daraltılması; çocuk haklarının anayasal temele kavuşturulması; her türlü istismara karşı çocukların korunması; sendikal haklar ile grev hakkında öngörülen bazı sınırlamaların kaldırılması; memurlara ve diğer kamu görevlilerine toplu sözleşme hakkının tanınması; demokratik hayatın vazgeçilmez unsurları olan siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin hükümlerin, uluslararası belgelerde yer alan objektif kriterler de dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi; bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkının düzenlenmesi; bir siyasi partinin kapatılmasına sebep olan milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine son verilmesi; Yüksek

Askeri Şûra kararlarının yargı denetimine açılması; memur ve diğer kamu görevlilerine disiplin cezası olarak verilen uyarma ve kınama cezalarının da yargı denetimine açılması; askerî yargının görev alanının daraltılması ve sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmasının tamamen önlenmesi; mukayeseli hukuk uygulamaları ve ülkemizin ihtiyaçları göz önüne alınarak Anayasa Mahkemesinin yeniden yapılandırılması; üye sayısının artırılması; mahkeme üyelerinin belirli bir süre için bu göreve seçilmesi ve pek çok ülkede uygulanmakta olan bireysel başvuru müessesesinin yürürlüğe konulması; Askerî Yargıtayın bağımsızlığının güçlendirilmesi; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun demokratik, şeffaf ve geniş tabanlı bir yapıya kavuşturulması, hakim ve savcılarının da haklarında kararlar alan Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulunda temsili; ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında hükümete istişari nitelikte görüş bildirmek amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konseyin anayasal dayanağa kavuşturulması; demokratik hayata yapılan kabul edilemez müdahalelerde görev alanların cezai, mali ve hukuki sorumluluklarını kaldıran geçici 15 inci maddenin ilgası” gibi hususlar. Değişikliklerin hepsini, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısına ilişkin olanları tasvip olanağı yoktur. Yargıya ilişkin değişikliklerin yargıyı yürütmenin kontrolüne almaya yönelik olduğu izlenimi edinilmektedir ki, bu yöntem demokrasilerdeki güçler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bundan da öte, bu değişikliklerin AY'nın 2 nci maddesinde belirtilen “hukuk devleti” ilkesine de bir darbe vuracağı düşüncesindeyiz. Biz bu konuda daha fazla ileri gitmeden Anayasanın iş hukukuna ilişkin maddelerindeki değişiklikler üzerinde düşüncelerimizi açıklayalım.

III. İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

1) Genel Olarak

Anayasalarda yer alan temel hak ve özgürlükler esas itibarıyla iki kategoride toplanır. Bunlar klasik temel hak ve özgürlükler ile sos-

yal haklardır. Klasik temel haklar devletin buna karışmamasını, dokunmamasını isteyen negatif statü haklarıyla (kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, zorla çalıştırma yasağı, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme, seyahat, din ve vicdan, basın özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi) pozitif statü haklarından (ailenin korunması, eğitim, öğrenim hakkı, sağlık hakkı, temiz çevre, konut hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi) ibarettir. Pozitif statü hakları kişinin devletten bir şey yapmasını isteme haklarıyla ilgilidir. Sosyal haklar ise anayasalara sosyal devlet, sosyal adalet ilkesi gibi sosyal düşüncelerin önem kazanmasıyla girmiş ve bu durum 2 nci Dünya Savaşından sonra hızlanmıştır². Sosyal hakların temel özelliği, sosyal eşitsizliklere tepki, ekonomik yönden zayıf olanı güçlü olana karşı koruma amacıdır³. Sendika hakkı, toplu sözleşme ve grev hakları ile adil ücret ve sosyal güvenlik hakkı bu kategoriye dahildir. Sosyal hakların bir bölümü (sosyal güvenlik, adil ücret) pozitif statü haklarına benzer. Yani bunlar aynı zamanda devletten katkı, yardım beklentisi içeren haklardır⁴.

1982 Anayasamız bu hakların hemen hepsini tanımış ise de bunlara özellikle kollektif nitelikte olanlara (sendika, toplu sözleşme, grev) önemli sınırlamalar getirmiştir. Bunun gerekçesi de “geçmişten alınan ders” yani 1980 öncesi sosyal olaylarıdır⁵.

Yürürlükteki Anayasa hükümlerinde dikkat çeken bir başka özellik çok fazla ayrıntıya girerek, aslında yasalara bırakılması gereken bazı hususlara yer verilmiş olmasıdır. Anayasa yapma tekniğine pek uymamakla beraber bazı ülke anayasalarında çok fazla ayrıntılı hükümler bulunduğu da gözlenmektedir. Örneğin Brezilya AY'sının 194 ve 195 inci maddeleri uzun uzadıya sosyal refaha, 201 inci maddesi üç A4 sayfası uzunluğunda sosyal güvenliğe, 203 ve

Yürürlükteki Anayasa hükümlerinde dikkat çeken bir özellik çok fazla ayrıntıya girerek, aslında yasalara bırakılması gereken bazı hususlara yer verilmiş olmasıdır.

204 üncü maddeleri sosyal yardıma ayrılmıştır. Durum Meksika AY'sı bakımından pek farklı değildir. “İş ve Sosyal Güvenlik” başlıklı 123 üncü maddesi 45 paragraf altında yedi A4 sayfası genişliğinde yer kaplamaktadır. Venezuela Bolivar Cumhuriyeti Anayasası 350 madde, 18 geçici maddeden oluşmakta, sosyal haklara 75-97. maddeler arasında yer verilmektedir. Bu anayasada haftalık mesai süresinin 44 saati aşamayacağı, işten çıkarılan işçilere tazminat ödenmesi, gebe kadının korunması gibi sadece yasalarda bulunabilecek ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Buna karşılık İspanya, Belçika, Arjantin, Rusya anayasalarında yer alan çalışma hayatına ilişkin hükümler 3 veya 4'ü geçmez. Alman Anayasası en kısa hükme sahip olup bu konuda tam bir istisnadır. Nitekim “örgütlenme hakkı” başlıklı 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre “iş ve iktisadi şartlarını korumak ve iyileştirmek amacıyla örgütler kurmak hakkı

ve engelliler özel olarak koruma altına alınmak istenmiştir.

Eklenen hükümler şöyledir: “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar ve engelliler gibi özel suretle korunması gerekenler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılamaz.”

Kadın erkek eşitliği konusu 100 yıla yakın bir zamandır gelişmiş, gelişmemiş tüm ülkelerin ortak sorunu olmuş ve olmaya devam etmektedir. Özellikle çalışma hayatında kadın daima yedek (istisnai) işgücü olarak görülmüş, evin ekmeğini kazanma görevi genelde erkeğe tanınmıştır. Ayrıca kadınlar fiziki güç olarak erkeklerin gerisinde kaldıklarından onların verimliliğinin erkeklerinkinden az olduğu konusunda yaygın bir kanaat de vardır. Bu da çalışma şartları bakımından kadınların ikinci planda ve ücret elde etme bakımından da erkeğin gerisinde kalmalarına yol açmıştır. Ülke mevzuat ve uygu-

4857 sayılı İş Kanunumuz çalışma mevzuatı içinde eşitlik ilkesine ilk kez yer veren bir hüküm taşımaktadır.

herkese ve tüm mesleklere tanınmıştır.” Sendika hakkını garanti altına alan bu hükümde toplu sözleşme grev ve lokavt hakkının dahi saklı olduğu kabul edilir⁶.

2) Değişen Maddeler

Değişikliklerin madde gerekçelerine baktığımızda Hükümetin devletimizce onaylanan ILO'nun en önemli sözleşmeleri olarak kabul edilen 87, 98 ve 151 sayılı sözleşme hükümlerine uyma ve yıllarca ILO denetim organlarıncı ülkemize yöneltilen eleştirilere bir son verme amacı ile hareket ettiği gözlemlenmektedir.

- Kanun önünde eşitlik (Madde 10): Genel eşitlik kuralını düzenleyen bu maddenin ikinci fıkrası “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” şeklindedir. Bu hüküm 2004 yılında 5170 sK.'la eklenmiştir. Bu defa bu madde altına şu iki fıkra eklenerek kadın-erkek eşitliği sadece biçimsel anlamda değil içerik anlamında da güçlendirilmek ve çocuklar, yaşlılar

lamalarındaki yetersizlikler bu konuda ülkeleri dünyanın her yerinde geçerli uluslararası (supranational) belgeler kabul etmeye zorlamıştır. Bunlar Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, AB belgeleri, ILO sözleşmeleri ile sair uluslararası toplantı sonuç bildirimleri, sözleşmeleri ve bildirimlerinden oluşmaktadır. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Hakkında BM Sözleşmesi, Erkek ve Kadın İşçilerin Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücretlendirilmesine İlişkin 100 sayılı ILO Sözleşmesi, Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılığa İlişkin 111 sayılı ILO Sözleşmesi bunların başta gelenleri arasındadır⁷.

Kadınlar hakkında ayrımcılık doğrudan olabileceği gibi “dolaylı” da olabilir. Ancak her ikisi de hukuk dışı sayılır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunumuz çalışma mevzuatı içinde eşitlik ilkesine ilk kez yer veren bir hüküm taşımaktadır. Md. 5, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlere dayalı ayırım yapılamayacağını, işveren iş şartlarını oluşturmasında, uygulama-

Anayasaların temel ilkeler içermesi ve ayrıntılı hükümlerin yasalara bırakılması daha doğru olur.

sında ve sona ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle işçiye doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapamayacağını düzenlemiştir. Görülüyor ki, İş Kanunumuz doğrudan ayrımcılık yanında dolaylı ayrımcılığa da açıkça yer vermiştir. Bazen doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı önlemek kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yetmez. Örneğin hiçbir engelleme, yasak olmamasına rağmen TBMM'de temsil edilen kadın sayısı 50'yi geçmemekte, bu da TBMM'deki kadın sayısının % 9'u geçmemesi demektir. Bu durum çalışma hayatında da pek (kırsal kesimi hariç tutarak) iç açıcı değildir. 2009 verilerine göre kadınların ülkemizde işgücüne katılım oranı % 26'dır⁸. O zaman biçimsel eşitliğin sağlanması yanında özde eşitliğin sağlanması için birtakım farklı önlemler almak, birtakım girişimlerde bulunmak gerekir. Bir diğer ifade ile yasakları, ayrımcı uygulamaları kaldırmakla sorun çözülmekte, aktif önlemler gerekmektedir. Bunlar da genel de kadın kotaları, fırsat eşitliği sağlayıcı, kadın çalıştırmayı teşvik edici önlemler getirmek şeklinde ortaya çıkar ve buna olumlu (pozitif) ayrımcılık adı verilir. Olumlu ayrımcılık belli alanlarda az temsil edilen gruplara fırsat eşitliğini sağlayabilmek için olumlu anlamda bazı ayrımcılıklar yapılmasını sağlayan kurallara, programlara ve politikalara denmektedir⁹. Bu bir anlamda Aristoteles'in eşitlik felsefesindeki denkleştirici adalet ilkesine benzer ki eşitlik ilkesini zedelemeyiz. Olumlu eylem programı adı da verilen (Affirmative Action) bu tür önlem ve kurallar eşitlik ilkesinin ihlali sayılmamakta ve bu durum gerek Maastricht Antlaşmasında gerekse buna ekli Sosyal Politika Antlaşmasında ve özellikle Amsterdam Antlaşmasında (md. 2, 136/1, 141) ve bazı örnek nitelikteki AB Adalet Mahkemesi kararlarında da desteklenmektedir¹⁰.

Aynı düşünceler çocuklar, yaşlılar ve engelliler gibi özel olarak korunması gereken halk kesimleri için de geçerlidir. Yani bu kişilere yönelik olarak iyileştirici, düzeltici yönde alınacak

önlemlerin de eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı öngörülmüştür. Hatırlanmalıdır ki, AY md. 61 Devleti, sakatların, çocukların, yaşlıların, harp ve görev şehitlerinin, yetimlerinin ve gazilerin korunmasıyla ilgili özel önlemler almakla yükümlü tutmuştur. İşte bu yönde alınacak özel önlemler (pozitif ayrımcılık) eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmeyecektir.

Bu açıdan bakılınca AY md. 10'da yapılan değişikliğe olumlu bakıyoruz.

- Sendika hakkı ile ilgili madde 51: Çalışanların ve işverenlerin serbestçe sendika kurmaları, kurulmuş sendikalara serbestçe üye olma ve üye olunmuş ise bunlardan serbestçe çekilme hakkını düzenleyen bu madde bu hakkın nasıl kullanılabilceğinin ve nasıl sınırlandırılabilceğinin kanunla düzenleneceğini öngörmektedir. Anayasanın bu maddesi "Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz." hükmünü de taşımaktadır. Bundan maksat bir kimsenin aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olarak bu sendikaların yapmış olduğu farklı toplu iş sözleşmeleri varsa bunlardan yararlanmada sorun çıkmasını önlemek ve ayrıca sendika üyeliğini disiplin altına almaktır. Bu hükmün aynı 2821 sayılı Sendikalar K.'nin üyeliğin kazanılmasını düzenleyen 22 nci maddesinde yer almaktadır. Ay değişikliğinde md. 51'in bu hükmünün kaldırıldığı görülmektedir. Aslında bu sınırlamanın T.C.'nin de onayladığı 87 sayılı ILO Sözleşmesinin "çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler." şeklindeki 2 nci madde hükmüne (bu hüküm geniş yorumlandığında) aykırı olduğu söylenebilir¹¹. Esasen ILO'nun Sendika Özgürlüğü Komitesi de bu hükmün Sözleşmeye aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Bu nedenle olacak ki, AY değişikliği madde gerekçesinde de bu hükmün 87 sayılı Sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği için kaldırıldığı belirtilmektedir.

Bize göre böyle bir hükmün aslında AY'da yer alması esasen gereksizdi. Bu tür hükümlerin yasalarda yer alması daha doğrudur. Yukarıda da söylediğimiz gibi anayasaların temel ilkeler içermesi ve ayrıntılı hükümlerin yasalara bira-

Anayasa değişikliğinde idare ile kamu görevlileri arasındaki uyuşmazlığın çözümünde son söz tarafsız bir kurul olan Uzlaştırma Kurulu'na bırakılmaktadır.

kılması daha doğru olur. Nitekim 2821 sK.'daki benzer hüküm yürürlüktedir. Ancak itiraf edilmelidir ki, bu yasak kaldırıldığında ve işkolu sendikaları yanında işyeri ve meslek sendikalarına da izin verildiğinde ortaya kargaşa ve yetki sorunlarının çıkması kaçınılmaz olacaktır.

- Toplu iş sözleşmesi hakkını düzenleyen md. 53'te memurlara sendika hakkını tanımak amacıyla 1995 yılında bir değişiklik yapılarak daha doğrusu bir fıkra eklenerek kamu görevlilerinin nasıl sendikalaşacakları ve idare ile nasıl toplu görüşme yapacakları düzenlenmişti. Yeni hükme göre kamu görevlileri sendikalarının idare ile görüşmeleri sonucunda bir metin düzenlenecek ve altı taraflarca imzalanacaktır. Mutabakat metni adı verilen bu metin "uygun idari ve kanuni düzenlemenin yapılabilmesi için Bakanlar Kurulunun takdirine sunulur. Toplu görüşme sonunda mutabakat metni imzalanmamışsa anlaşma ve anlaşmazlık noktaları da taraflarca imzalanacak bir tutanakla Bakanlar Kurulunun takdirine sunulur. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usuller Kanunla düzenlenir." Bu hükme uygun olarak 25.6.2001 tarihinde 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. Yasa Anayasa hükümleri doğrultusunda düzenlenmiş ve kamu görevlileri sendikalarıyla idare arasındaki toplu görüşmelerin usul ve şartları belirlenmiştir. Fakat sonuçta taraflar arasında anlaşmalar ve bir mutabakat metni imzalasalar dahi bu konuda gerekli yasal düzenlemelerin yapılması için son sözü söyleyecek olan Bakanlar Kuruludur (md. 34). Taraflar arasında anlaşma olmazsa devreye Uzlaştırma Kurulu girecek ve onun hazırladığı bir anlaşma metni taraflarca kabul edilse dahi sonuç yine Bakanlar Kurulunun takdirine sunulacaktır (md.35). Bu usulün gerçek bir toplu görüşme daha doğrusu serbest toplu pazarlık usulü olmadığı açıktır¹². Aslında

Türkiye'nin de onayladığı 151 sayılı ILO Sözleşmesi, idare ile kamu görevlileri arasında çıkacak uyuşmazlıkların «ulusal koşullara uygun olarak» fakat tarafsız mekanizmalarca çözümlenmesini önermektedir (md. 8).

Bu hususlar göz önünde tutularak AY değişikliğinde idare ile kamu görevlileri arasındaki uyuşmazlığın çözümünde son söz tarafsız bir kurul olan Uzlaştırma Kuruluna bırakılmaktadır. Getirilen yeni hüküm şöyledir:

“Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptir. Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Uzlaştırma Kuruluna başvurabilir. Uzlaştırma Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir. Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Uzlaştırma Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.”

Yeni hüküm bizce olumludur. Çünkü ortaya çıkacak metin bundan böyle bir anlamda toplu sözleşme demektir. Bu hükümle kamu görevlileriyle idare arasında imzalanacak ya da Uzlaştırma Kurulunca ortaya çıkacak metindeki yeni hakların memur emeklilerine de yansıtılması öngörülmüştür ki bunu da isabetli bulmaktayız. Böylece bu Anayasa değişikliğinde ILO denetim organlarının yıllardır sürdürdüğü eleştiriler bu defa göz önünde tutulmuşa benzemektedir.

- Anayasa madde 128 kamu görevlilerinin atanma, yetki, hak ve yükümlülükleriyle ilgili olup burada kamu görevlilerinin yetki, hak ve yükümlülükleri ile sair özlük işlerinin kanunla düzenleneceği öngörülmektedir. Bu İdare Hukuku ilkelerine, kamu görevlilerinin çalışma şart ve usullerine özgü bir sonuçtur. Bu hükme “Ancak, mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.” cümlesi eklenmiştir. Bu eklemeyi md. 53'te yapılan yeni düzenlemenin doğal sonucu olarak nitelendirmekteyiz. Zira md. 53'te kamu görevlilerine (mali ve sosyal haklarında iyileşme sağlanması) için toplu sözleşme yapma hakkı tanındıktan sonra kamu görevlilerinin aylık ödenek ve sair özlük haklarının kanunla düzenleneceğine dair 128 inci

Aynı işyerinde hem işkolu hem de işyeri toplu iş sözleşmesinin kabul edildiği 275 sayılı önceki TİSGLK döneminde toplu iş sözleşmesi hükümlerinin çatışması sorunu çıkmış ve bu uzun süre işçi, işveren ve sendika çevrelerini sıkıntıya düşürmüştür.

maddesi çelişki yaratacağı. Bu çelişkiye engel olmak için kamu görevlilerini mali ve sosyal haklarına ilişkin toplu sözleşme haklarının saklı olduğu hükme bağlanmaktadır. Sonuç itibarıyla bu maddedeki değişiklik aleyhine söylenecek bir söz bulunmamaktadır.

AY md. 53'te yürürlükten kaldırılan bir başka sınırlama da "Aynı işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz." hükmüdür. Bu hükmün de ILO'nun 98 sayılı Sözleşmesinin 4 üncü maddesinde düzenlenen ve çalışan ile çalıştıranların aralarında serbestçe ve gönüllü olarak toplu iş sözleşmesi imzalayabileceklerine ilişkin hükme aykırı olduğu için kaldırıldığı ifade edilmektedir. Fakat biz bu konuda aynı fikirde değiliz. Çünkü 98 sayılı Sözleşmenin 4 üncü maddesinde üyelerin "gerektiğinde ulusal şartlara uygun önlemler" alacakları da belirtilmiştir. Gerçekten her ülkenin şartları farklıdır. Bizde aynı işyerinde hem işkolu hem de işyeri toplu iş sözleşmesinin kabul edildiği 275 sayılı önceki TİSGLK döneminde toplu iş sözleşmesi hükümlerinin çatışması sorunu çıkmış ve bu uzun süre işçi, işveren ve sendika çevrelerini sıkıntıya düşürmüştür. O dönemde pek çok uygulama sorunları çıkmıştır. Bu bakımdan 2822 sK.'la getirilen düzenleme ve AY'nın bu hükmü yerindedir ve ülke şartlarına da uygun bir çözümdür. Yerleşmiş bu uygulamanın kaldırılmasının iş ilişkilerinde kaosa özellikle toplu sözleşme uygulamasında karışıklıklara yol açacağı endişesini taşımaktayım.

- Değişikliklerden grev hakkı ve lokavtı garanti altına alan 54 üncü madde de nasibini almıştır. Nitekim bu maddenin 3 üncü fıkrasında

yer alan "grev esnasında greve katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddi zarardan sendika sorumludur." şeklindeki hükümlerle, 7 nci fıkrasında yer alan "siyasi amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavtı, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verim düşürme ve diğer direnişler yapılamaz." hükmü kaldırılmaktadır. Buna gerekçe olarak da sendikal haklar ile grev ve lokavt hakkının kullanılabilmesinin kolaylaştırılmak istenmesi gösterilmiştir. Zarardan sorumlulukla ilgili hükmün aynıısının 2822 sayılı TİSGLK'nun 47/son maddesinde; siyasi, genel grev ve lokavt ile dayanışma grev ve lokavtının, direnişlerin yasak olduğuna dair hükmün aynıısının da 2822 sK.'un 25/3 ve 26/3 üncü maddelerinde mevcut olduğunu hatırlatalım. Anayasadan bu hükümleri kaldırma gerekçesinin inandırıcı olduğu söylenemez. Bu adeta "yasa dışılığı kaldırıyorum, dilediğiniz gibi özgürce dilediğiniz grev ve lokavtı yapın." demekten başka bir şey değildir. Oysa sistemimiz grev ve lokavt hakkını tanımışsa da ciddi zararlara yol açabilen bu toplu eylemlere en son çare olarak, belli şartlara bağlı olarak başvurulmasında ve bunların bir disiplin içinde yürütülmesinde toplumsal yarar vardır.

Aslında zararlardan sorumluluk ile ilgili maddenin bir Anayasa metni içinde yer alması pek alışılmış bir düzenleme tarzı değildir. Bu hüküm pekala özel yasada yer alabilirdi. Özel yasada yer almasa dahi zarardan kimin nasıl sorumlu olacağı genel hükümler çerçevesinde çözümlenebilirdi. Dolayısıyla bu hükmün AY'dan kaldırılması önemli bir sonuç doğurmayacaktır.

Ancak aynı şeyi siyasi amaçlı grev veya lokavt, genel grev veya lokavt, dayanışma grevi ve lokavtının yasak olması için söyleyemeyeceğiz. Zira hayat deneyimleri bu eylemlerin çoğunlukla iktisadi ve sosyal amaçlarla değil, siyasi amaçlarla ya da başka amaçlarla yapıldığını göstermektedir. Bırakınız genel grevi, siyasi grevi, direnişin, işyeri işgalinin hangi hukuk ilkesiyle bağdaştığını söylemek mümkün değildir. Böyle bir düzenleme serbest toplu pazarlık sistemine gölge düşürecek, grev hakkının savunulabilirliğini büyük ölçüde zora sokacaktır.

Siyasi grevin, genel grevin, dayanışma grevi ve işyeri işgalinin AY'deki hüküm kaldırılmış olsa dahi yasal olarak yapılması mümkün değildir.

Siyasi grevin, genel grevin, dayanışma grevi ve işyeri işgalinin AY'deki bu hüküm kaldırılmış olsa dahi yasal olarak yapılması mümkün değildir. Grev ve lokavtı sıkı şekil ve süre şartlarına bağlayan TİSGLK sistemimizin yapısı bu eylemlere kapalıdır. Aslında siyasi grev, dayanışma grevi, işyeri işgali, direniş gibi eylemler TCK bakımından da suç sayılmıştır (md. 117).

Ne var ki, ILO Aplikasyon Komitesi 2009 Raporunda, Uzmanlar Komitesi 2010 Raporunda açıkça siyasi grevleri, genel grevi ve dayanışma grevini yasaklayan Anayasa hükmünün sendikaların üyelerinin iktisadi ve sosyal hak ve çıkarlarını koruma hakkını sınırladığı gerekçesiyle kaldırılmasını istemişlerdir. Siyasi iktidar da bu isteğe uymuş ve sadece bu tür grevleri değil işyeri işgali ve sair direnişleri de yasaklayan Anayasa hükmünü tümüyle kaldırmıştır. Bunu isabetli saymamız mümkün değildir.

Anayasa değişikliğinde göze çarpan son bir yenilik de "Planlama" başlığı altındaki 166 ncı maddeye Ekonomik ve Sosyal Konseyin dahil edilmesidir. Maddeye eklenen son fıkraya göre "Ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında hükümete istişari nitelikte görüş bildirmek amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulur. Ekonomik ve Sosyal Konseyin kuruluş ve işleyişi kanunla düzenlenir." 11.4.2001 tarih ve 4641 sayılı Kanunla kurulmuş olan bu Konsey ekonomik ve sosyal konularda hükümet, işçi ve işveren üst kuruluşları arasında görüşmeler yaparak uzlaşma temeli üzerinde ortak bir karar alır. Kararları bağlayıcı olmayan bu Konsey üst düzeyde bir sosyal diyalog modeli oluşturmaktadır. Konseye anayasal bir statü kazandırmak isteyen Hükümet sosyal diyaloga, uzlaşmaya verdiği önemi göstermek istemiştir. Anayasadaki bu değişikliği isabetli bulmaktayız. Fakat ne tuhaf bir çelişkidir ki, bu düşünceye sahip siyasi iktidar Anayasa değişikliğine

giderken ne sosyal diyaloga ihtiyaç duymuş ne de uzlaşmacı bir tavır takınmıştır.

IV. SONUÇ

Anayasadaki değişikliklerin Anayasanın gösterdiği şart ve usulde yapıldığına bir kuşku yoktur. İş hukukuna ilişkin bazı değişiklikler de olumludur. Ancak aynı işkolunda aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olunamayacağına ve aynı işyerinde aynı dönemde birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamayacağına dair hükümlerin kaldırılması TİSGLK değişiklik Taslağında yasal ifadeye kavuşturulduğu takdirde çalışma hayatında sendika üyeliğinde kargaşa ve toplu iş sözleşmesinde yetki sorunlarının baş göstereceği düşüncesindeyiz. Aynı kaygıyı siyasi ve genel grevlerle, dayanışma grevi, işyeri işgali ve direnişlerin yasaklanmasına dair hükmün kaldırılması için de taşıyoruz. Öyle anlaşılıyor ki, Hükümet AB ile üyelik görüşmeleri çerçevesinde yeni açılan sosyal politika paragrafının gereğini yerine getirmek istemiştir. Böylece AB'ye üye olmanın yolu ILO'ya ters düşmemeye bağlıdır düşüncesinden hareketle bu radikal değişikliklere gitmiştir. Ulusal şartlarımıza uygun olup olmadığı artık tartışma konusu yapılmamıştır bile. Hayırlı olsun.

DİPNOTLAR

- 1 Karş. S. Batum, 99 Soruda Çağdaş Bir Anayasa, İstanbul 2009, 332.
- 2 İ. Kaboğlu, Anayasa Hukuku, İstanbul 2008, 53; Batum, 325.
- 3 B. Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978, 79.
- 4 Bu konuda bak. B. Tanör/N. Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2000, 178-179.
- 5 Kaboğlu, 218.
- 6 Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl., München 2008, 349, 425.
- 7 Bunlar hakkında bak. N. Moroğlu, Uluslararası Belgelerde Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul, 2005.
- 8 Toprak İşveren, Mart 2010, 9.
- 9 Bak. G. Burcu Seratlı Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, 83 vd.
- 10 M. Onaran Yüksel, Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, 317 vd.
- 11 Karş. M. Gülmez, Sendikal Haklarda Uyum Sorunu, Ankara 2006, 70.
- 12 C. Tuncay, Toplu İş Hukuku, 2. bası, İstanbul 2010, 391.

Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Sendikanın Başka Bir Sendikaya Katılması veya Sendikaların Birleşmesi

274 sayılı eski Sendikalar Kanunu'nda "katılma" kavramından hiç bahsedilmemiş, sadece "birleşme" konusu düzenleme altına alınmıştır. Sendika ve konfederasyonların gerek katılması, gerekse de birleşmesi 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre; "Sendikaların bir başka sendikaya veya konfederasyonların bir başka konfederasyona katılması halinde katılan sendika veya konfederasyonun bütün hak, borç, yetki ve menfaatleri katıldığı sendika veya konfederasyona kendiliğinden geçer. Birleşen sendika veya konfederasyonların bütün hak, borç, yetki ve menfaatleri birleşme sonucu meydana getirdikleri yeni tüzelkişiliğe kendiliğinden geçer. Bu madde hükümleri gereğince katılan veya birleşen sendika ve konfederasyonların üyeleri, ayrıca bir işleme tabi tutulmaksızın katılan veya yeni meydana getirilen sendika veya konfederasyonun üyesi olurlar. Katılma veya birleşme ile ilgili usul ve işlemler konusunda da 26 ncı madde hükmü uygulanır".

Doktrinde sendikaların ya da konfederasyonların birleşmesi ya da birbirlerine katılmalarının, güçlü sendikacılığın oluşmasında önemli bir faktör olduğu ifade edilmiştir¹. Gerçekten de dünyaya aynı noktadan bakan ve ortak birtakım değerleri paylaşan çalışma hayatının aktörlerinin birlikte olması, kendileri açısından avantaj olarak değerlendirilebilir.

Görüldüğü üzere, maddede hem katılma hem de birleşme durumu hüküm altına alınmıştır. Birleşme halinde, ilgili işkolunda kurulu sendikaların veya konfederasyonların kendi tüzel kişiliklerini sona erdirmeleri ve yeni bir tüzel kişilik kurarak faaliyetlerini bu yeni çatı altında sürdürmeleri söz konusudur. Katılmada ise, bir veya birden fazla sendikanın ya da konfederasyonun tüzel kişiliklerine son vermeleri ve mevcut bir başka sendikaya ya da konfederasyona dahil olmaları söz konusudur. Katılmanın ya da birleşmenin vuku bulabilmesi için sendikaların ya da konfederasyonların genel kurullarının ayrı ayrı bu

Katılmanın ya da birleşmenin vuku bulabilmesi için sendikaların ya da konfederasyonların genel kurullarının ayrı ayrı bu yönde karar vermiş olmaları gerekmektedir.

yönde karar vermiş olmaları gerekmektedir. Bu karar ise her iki kuruluşun genel kurulunda üye veya delege tam sayısının salt çoğunluğuyla alınabilecektir². Ancak tüzükte daha yüksek bir nisap da tespit edilebilecektir³. Bu husus ise Sendikalar Kanunu md. 27/4'de, katılma veya birleşme ile ilgili usul ve işlemler konusunda da 26. madde hükmünün uygulanacağı hükmünden çıkmaktadır. Zira gönderme yapılan Sendikalar Kanunu md. 26'nın ilk fıkrasında, bir konfederasyona üye olmanın sendikanın genel kurul kararına bağlı olduğu, bu kararın da sendikanın genel kurul üye veya delege tam sayısının salt çoğunluğu ile alınacağı, sendika tüzüğünde daha yüksek bir nisabın tespit edilebileceği ifade edilmektedir.

Yargıtay'ın bu husustaki bir kararına konu olayda, sendikada işçi olarak çalışan davacı, ücret, ikramiye ve sosyal yardımdan doğan alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yüksek Mahkeme kararında; "2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 26 ve 27. maddeleri hükmünce sendikaların bir başka sendikaya veya konfederasyonun bir başka konfederasyona katılmasının veya birleşmesinin gerçekleşmesi için iki sendikanın veya her iki konfederasyonun Genel Kurulları'nın katılma veya birleşmeye karar vermiş olmaları gerekir. Olayda davacının işçi olarak çalıştığı sendikanın davalı sendikaya katılma kararı varsa da, davalı sendikanın bu katılmanın kabulüne ilişkin Genel Kurulu'nca verilmiş bir kararı yoktur. Böyle olunca katılmadan ve dolayısıyla davalı sendikanın davacının çalıştığı sendikanın borç ve alacaklarından sorumlu olduğundan söz edilemez. Sendikaların Yönetim Kurulları tarafından yapılan protokolde katılma gerçekleşmediğine göre davalı sendikayı

bağlamaz"⁴ şeklinde hükme ulaşmıştır.

Yüksek Mahkeme'nin konuyla ilgili daha yakın tarihli bir kararına göre de; "Sendikaların bir başka sendikaya veya konfederasyonun bir başka konfederasyona katılmasının veya birleşmesinin gerçekleşmesi için her iki sendikanın veya her iki konfederasyonun Genel Kurullarınca katılma veya birleşme kararı verilmiş olmaları gerekir". Yargıtay'ın bu kararına konu olayda, davacı Ankara Valiliği, 23.07.2003 tarihinde kurulan davalı sendikanın kurucu üyelerinden bazılarının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen sendika kurucu üyesi olma şartlarını taşımamaları nedeniyle aynı Yasanın 6. ve 54. maddesi gereğince davalı sendikanın faaliyetinin durdurulması ve kapatılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece kurucu üyelerden ...'in mahkûmiyetinin bulunması ve ...'in başka bir işkolunda çalışması nedeniyle kurucu üyelik şartlarını taşımadıklarından dolayı yasada belirtilen koşulları taşıyan en az 7 gerçek kişi ile kurulma şartı gerçekleşmediğinden davalı sendikanın faaliyetinin durdurulmasına ve kapatılmasına karar verilmiştir. Davalı sendika, 28.05.2008 tarihli ek temyiz dilekçesinde, mahkeme kararından sonra 03.05.2008 tarihinde toplanan olağanüstü genel kurul toplantısında Öz Tarım-İş Sendikası'na 2821 sayılı Kanununun 27. maddesi uyarınca katılma kararı alındığını, Öz Tarım İş Sendikası'nın da aynı gün yapılan olağan genel kurul toplantısında kendilerinin katılma taleplerinin kabul edildiğini, böylece Tarım Orman-İş Sendikasının tüzel kişiliğinin sona erdiğini ve bu davanın konusuz kaldığını belirterek kararın bozulmasını istemiştir. Yargıtay burada, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 26 ve 27. maddeleri hükmünce sendikaların bir başka sendikaya veya konfederasyonun bir başka konfederasyona katılmasının veya birleşmesinin gerçekleşmesi için her iki sendikanın veya her iki konfederasyonun Genel Kurullarınca katılma veya birleşme kararı verilmiş olması gerektiğini, davalı sendikanın başka bir sendikaya katılma kararının esas hakkında karar verildikten sonra gerçekleştiğinin iddia edildiğini, mahkemece bu hukuki

Katılan ya da birleşen sendika ya da konfederasyonların üyeleri ise yeni bir işlem gerekmez, katılma durumunda katılan, birleşme durumunda yeni oluşturulan sendika veya konfederasyonun üyesi olacaktırlar.

olguların yasal dayanakları ile birlikte araştırılması gerektiğini, deliller toplanarak dosya kapsamı ile birlikte değerlendirilip hüküm kurulması için kararın sair hususlar incelenmeksizin bozulması gerektiğini hüküm altına almıştır⁵.

Yargıtay burada ayrıca usule ilişkin de önemli bir hususa işaret ederek, 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın 54. maddesinde sendikanın faaliyetlerinin durdurulması ve kapatılması davasının kimler tarafından açılabilirliğinin sınırlı şekilde belirtildiğini, fer'i müdahillğine karar verilen sendikanın davada taraf olma sıfatı bulunmadığından, fer'i müdahilin, katıldığı tarafla birlikte hareket ettiğinden tek başına kararı temyiz etmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Katılma durumunda, katılan sendika ya da konfederasyonun tüm hak, borç, yetki ve menfaatleri katıldığı sendika ya da konfederasyona kendiliğinden geçer. Birleşme durumunda ise, birleşen sendika ya da konfederasyonların tüm hak, borç, yetki ve menfaatleri, birleşme sonucunda oluşan yeni tüzel kişiliğe kendiliğinden geçer. Böylece, bir külli halefiyet durumu söz konusudur⁶. Nitekim Yargıtay da, katılan sendikanın önceden açmış olduğu davaya, kendisini bünyesine alan sendikanın devam edebileceğini hüküm altına almıştır⁷. Bu durumlarda, katılan ya da birleşen sendika ya da konfederasyonların üyeleri ise yeni bir işlem gerekmez, katılma durumunda katılan, birleşme durumunda ise yeni oluşturulan sendika veya konfederasyonun üyesi olacaktırlar.

Söz konusu hak, borç, yetki ve menfaatlere, katıldığı sendika ya da konfederasyona

kendiliğinden geçmesinin anlamını irdeleyen Yargıtay, katılma ya da birleşmenin iyi niyetli olup olmadığının kıstasını tartışma konusu yapmış ve yakın tarihte vermiş olduğu bir kararda, öncelikle kanun metnine uygun olarak, sendikanın bir başka sendikaya katılması halinde katılan sendika veya konfederasyonun bütün hak, borç, yetki ve menfaatlerinin, katıldıkları sendika veya konfederasyona geçtiğini hüküm altına almıştır. Karara konu olayda, Tarım Orman İş Sendikası, Öz Orman İş Sendikasına katılmıştır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu md. 26 ve 27'ye uygun şekilde sendika veya konfederasyonun başka sendika ve konfederasyona katılması veya birleşmesi yönünde, her iki sendikanın veya her iki konfederasyon genel kurulları katılma veya birleşmeye karar verdiği halde, mahkemece katılmanın kötü niyetle alınmış bir karar olduğu şeklinde kabulünün Yasaya açıkça aykırı olduğundan kararın bozulması istenmiştir.

Yargıtay'a göre; anılan katılma yasal prosedüre uygun olarak yapılmıştır. Yüksek Mahkeme, katılmanın iyi niyet kurallarına aykırı olduğu gerekçesine 27. maddesinin açık düzenlemesi karşısında katılmanın mümkün olmadığını, kaldı ki, mahkemenin yorumunun kabulü için sendikaların Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinde sözü edilen "Sendika; işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerin korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzel kişiliğe sahip kuruluşlara denir" düzenlemesinin göz ardı edilmesi gerektiğini, başka bir anlatımla önemli olan sendika bünyesi içerisindeki işçilerin hak ve menfaatleri olduğunu belirtmiştir⁸.

Burada son derece önemli olan husus ise, katılmanın ya da birleşmenin ancak aynı işkolundaki sendikalar arasında olabileceğidir⁹. Bu durum elbette işkolu esasına göre sendikalaşmanın doğal bir neticesi olarak değerlendirilmelidir. Diğer yandan, her ne kadar Kanunda

Katılma ya da birleşme ancak aynı işkolundaki sendikalar arasında olabilecektir.

Katılma veya birleşme sonucunda, ilgili kuruluşun üyelerinin durumu da açık bir şekilde düzenleme altına alınmaktadır.

birleşme ya da katılma işlemlerine konu olan işçi ve işveren kuruluşlarının türü belirtilmemişse de, sendikalaşmanın genel ilkelerinden ve birleşme ile katılmanın hukuki sonuçlarını düzenleyen hükümlerin mahiyetinden, birleşecek ya da katılacak olan kuruluşların aynı türden olacağı hususunda bir tereddüt olmadığı söylenebilir¹⁰.

Birleşmede, Sendikalar Kanunu md. 6 çerçevesinde, kuruluşa dair işlemler gerçekleştirilmelidir¹¹. Bir başka deyişle, yeni kurulan sendikanın kurucuları, sendika merkezinin bulunacağı ilin valiliğine makbuz karşılığında, dilekçelerine ekli olarak sendika tüzüğünü, kurucuların nüfus cüzdanlarının suretlerini, ikametgah belgelerini, meslek ve sanat özgeçmişlerini, sendikanın kurulacağı işkolunda fiilen çalışmakta olduklarını kanıtlayan belgeler ile sabıka kayıtlarını, ilk genel kurula kadar kuruluşu sevk ve idare edecekler ile bunların eşleri ve velayetleri altındaki çocuklarına ait noterden tasdikli mal bildirimlerini vermek zorundadırlar. Konfederasyonun kurulmasında da yine Sendikalar Kanunu md. 6 hükmü çerçevesinde, ilgili ilin valiliğine gerekli belgeleri makbuz karşılığında vermek durumundadırlar. Bu işlemler de elbette Sendikalar Kanunu md. 8 uyarınca ilan edilerek resmi makamlara bildirilecektir.

Katılmada ise elbette yeni bir tüzel kişilik oluşturulmadığından, Sendikalar Kanunu md. 6'da ifadesini bulan prosedürün uygulanmasına ihtiyaç bulunmayacaktır. Ne var ki, katılan sendika veya konfederasyonun katılma ile ilgili genel kurul kararları Sendikalar Kanunu md. 8 uyarınca ilan edilmeli ve resmi makamlara da bildirilmelidir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, Sendikalar Kanunu md. 27/4'de katılma veya birleşme ile ilgili usul ve işlemler konusunda da 26. madde hükmünün uygulanacağı belirtilmektedir. Nitekim söz konusu 26. maddenin 4. fıkrasında da kararların Sen-

dikalar Kanunu md. 8 hükmüne göre ilan edileceği ve resmi makamlara bildirileceği ifade edilmektedir.

Sendikalar Kanunu md. 27/3'de, katılma veya birleşme sonucunda, ilgili kuruluşun üyelerinin durumu da açık bir şekilde düzenleme altına alınmaktadır. Buna göre; katılan veya birleşen sendika ve konfederasyonun üyeleri, ayrıca herhangi bir işlem olmaksızın doğrudan katılan ya da yeni oluşturulan sendika ya da konfederasyonun üyesi olacaklardır. Böylece üyelik için ayrıca bir işlem yapılmayacak ve üyelikler kolayca devam edebilecektir. Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir ki; katılma ya da birleşme durumundaki bu kanuni, doğrudan geçiş, üye için elbette bir zorunluluk olarak algılanmamalıdır. Zira Kanundaki "üyelikten çekilme"ye ilişkin usule uygun olarak üyenin üyelikten ayrılabilmesi de her zaman mümkündür. Aslında bu husus, pozitif ve negatif sendika özgürlüğünün bir sonucu olarak telakki edilmelidir. Zira örneğin, kişinin üyesi olduğu sendikanın tüzel kişiliği ortadan kalkmakta ve sendikası bir başka sendikaya dahil olmaktadır ya da üyesi olduğu sendika bir başka sendikayla birleşmekte ve yepyeni bir tüzel kişilik doğmaktadır. Bu durumda, elbette kişiden katılan ya da birleşme sonucunda yeni kurulan sendikaya üyeliğinin devam etmesini mutlaka kabul etmesi beklenemez. Bu nedenle, usulüne uygun olarak üyelikten çekilmesi imkanı her zaman mevcuttur.

Tunçomağ, Sendikalar Kanunu md. 27/3'ün yeterince açık olmadığını belirtmiştir. Yazara göre; "Bu hükümden, katılan veya birleşen sendikanın üyelerinin mutlaka katılan ve yeni kurulan sendikanın üyesi olacakları anlamı çıkmaktadır, oysa katılan ve birleşen sendika üyeleri kabul etmedikleri takdirde, katılan veya yeniden kurulan sendikanın üyesi olmazlar. Çünkü hiçbir üye derneğin, sendikanın amacını değiştiren kararı kabul zorlanamaz. Medeni Kanun md. 67'de yer alan bu hüküm, sendikalara da uygulanmak gerekir. Bu yüzden katılan veya birleşen sendikanın üyeleri, ancak açık veya zımni surette itiraz etmedikleri takdirde sendikanın üyesi olabileceklerdir"¹².

Katılan ya da birleşen kuruluşun tüzel kişiliği sona erdiğinden, ilgili kuruluşun yöneticilerinin de bu görevleri doğal olarak sona erecektir.

Narmanlıoğlu ise eski Medeni Kanun md. 67'deki durumun, yani derneğin amacının değiştirilmesi olgusunun katılma veya birleşme şeklindeki işlemlere uygulanmasının kabil olmadığını, Sendikalar Kanunu bünyesindeki sendikal kuruluşların amaçlarının değiştirilmesinin mümkün olmadığını, derneklerden farklı olarak amacın kanunen özelleştirildiğini ifade etmektedir¹³. Sendikalar Kanunu md. 27/3'ün son derece sarıh hükmü karşısında, Narmanlıoğlu'nun görüşüne iştirak etmenin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca eklemek gerekir ki, katılan ya da birleşen kuruluşun tüzel kişiliği sona erdiğinden, ilgili kuruluşun yöneticilerinin de bu görevleri doğal olarak sona erecektir. Yoksa üyeliğin devamı, yöneticiliğin de katılınan ya da yeni kurulan tüzel kişilikte devam edeceği anlamına gelmeyecektir. Ancak elbette, bu yöneticilerin, katılınan ya da yeni kurulan kuruluşta, genel kurulların alacağı kararlarla yeni tüzel kişilikte yönetici olmaları elbette her zaman mümkün olabilecektir¹⁴.

DİPNOTLAR

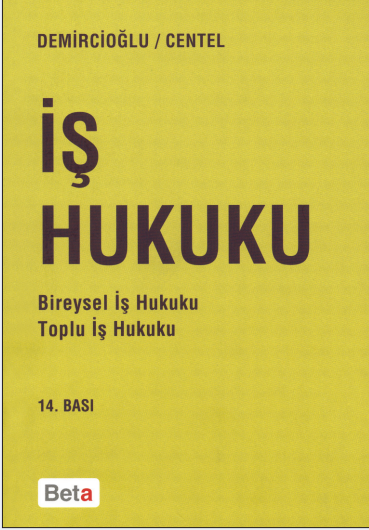
- 1 Sur, M.: İş Hukuku-Toplu İlişkiler, 2. Bası, Ankara, 2008, s.149.
- 2 Sur, s.149.
- 3 Tuğ, A.: Sendikalar Hukuku, Ankara, 1990, s.158.
- 4 Yargıtay 9.HD., 01.06.1989, E.1989/2737, K.1989/5098, Legalbank.
- 5 Yargıtay 9.HD., 12.06.2008, E.2008/19966, K.2008/15567, Legalbank.
- 6 Sur, s.149.
- 7 Yargıtay 9.HD., 24.10.1975, E.28372, K.48414, İHU., Send.K.13, No:1.
- 8 Yargıtay 9.HD., 17.07.2009, E.2009/20456, K.2009/21114, Legalbank.
- 9 Tuncay, C.: Toplu İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2010, s.100; Esener, T.: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1978, s.373 vd. ; Şahlanan, F.: Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1995, s.212; De-

- mir, F.: Sendikalar Hukuku, 4. Bası, İzmir, 1999, s.151 vd.
- 10 Narmanlıoğlu, Ü.: İş Hukuku II-Toplu İş İlişkileri, İzmir, 2001, s.211.
- 11 Sur, s.149.
- 12 Tunçomağ, K.: İş Hukuku, C.II, B.2, İstanbul, 1985, s.123.
- 13 Narmanlıoğlu, s.213, dn.525.
- 14 Narmanlıoğlu, s.214, dn.527.

KAYNAKÇA

- Demir, F.: Sendikalar Hukuku, 4. Bası, İzmir, 1999.
- Esener, T.: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1978.
- Narmanlıoğlu, Ü.: İş Hukuku II-Toplu İş İlişkileri, İzmir, 2001.
- Sur, M.: İş Hukuku-Toplu İlişkiler, 2. Bası, Ankara, 2008.
- Şahlanan, F.: Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1995.
- Tuğ, A.: Sendikalar Hukuku, Ankara, 1990.
- Tuncay, C.: Toplu İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2010.
- Tunçomağ, K.: İş Hukuku, C.II, B.2, İstanbul, 1985.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu-Prof.Dr. Tankut Centel tarafından hazırlanan “**İş Hukuku**” adlı yayının Gözden Geçirilmiş 14. Basısı Şubat 2010 tarihinde yayımlanmıştır. Eserin bireysel iş hukukuna ilişkin ilk bölümü Prof. Dr. Tankut Centel ve toplu iş hukukuna ilişkin ikinci bölümü de Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu tarafından kaleme alınmış, daha sonra her iki bölüm, her iki yazar tarafından birlikte gözden geçirilmiştir.

Böyle bir çalışmayı doğuran nedenler, ikilidir. Bunlardan birincisi, ülkemizde şimdiye kadar iş hukuku alanında yazılmış ders kitaplarında, Batı’daki ders kitabı-şerh ayrımı anlayışına dayanılmayıdır. Nitekim çok geniş ve ayrıntılı bilgileri içeren kalın hukuk ders kitapları, iktisadi ve idari bilimler ile mühendislik fakülteleri öğrencileri için sorun yaratmaktadır. Oysa, Batı’daki ders kitaplarında, bilginin az ve öz olması asıldır. Ders kitabının başarısı da, uygulamada öğrencinin az ve öz bilgiyi kullanabilecek duruma rahatlıkla gelmesine bağlıdır. İkinci olarak, iş hukuku, özellikle mühendislik fakültelerindeki öğretim için giderek artan bir önem kazanmıştır. Bunda, iş hukukunun işletmelerde işçi çalıştırılması yüzünden mühendisler için taşıdığı önemin payı büyüktür. Kitap, İş Hukuku Kavramı ve İş Hukukunun Niteliği’nin açıklandığı Giriş bölümünü takiben Genel Bilgiler, Bireysel İş Hukuku, Toplu İş Hukuku başlıklı üç bölümden oluşmaktadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Şahin Çil tarafından hazırlanan “**Açıklamalı-İçtihatlı Kıdem Tazminatı**” adlı eser, Ekim 2009 tarihinde yayımlanmıştır.

Kıdem tazminatının Türk iş hukuku açısından 73 yıllık bir geçmişi vardır. Kıdem tazminatı ilk olarak 1936 yılında 3008 sayılı ilk İş Kanunu ile çalışma yaşamımıza girmiş ve yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunu hariç olmak üzere tüm iş kanunlarında kıdem tazminatıyla ilgili düzenlemeler yer almıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun hazırlığı sırasında sosyal taraflar anlaşamadığı için 1475 sayılı İş Kanunu’nun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi yürürlükte bırakılarak çözüme gidilmiştir. Yasalardaki işe iade ve işsizlik sigortası hükümlerine rağmen iş güvencesi sağlayan kurumların başında kıdem tazminatı gelmektedir.

Kıdem tazminatına hak kazanma, hesap ve ödenmesi ile ilgili tartışmalar iş yargısını en fazla meşgul eden konular arasındadır. Söz konusu eserde, bütün yönleriyle kıdem tazminatı ele alınmış ve eski ve köklü bir kurum olan kıdem tazminatıyla ilgili öğreti görüşlerine ayrıntılı biçimde yer verilmiştir. Özellikle Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından 2008 ve 2009 yıllarında kıdem tazminatlarıyla ilgili olarak verilmiş ilke kararları bazı başlıklar altında sıralanmış, aynı zamanda tarihsel süreci ortaya koymak için Yargıtay’ın bazı önemli eski kararları da kitaba alınmıştır. Yine Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu açısından kıdem tazminatı ayrıntılı biçimde incelenmiş ve ilgili Yargıtay kararlarına da yer verilmiştir.



Doç. Dr. Kübra DOĞAN YENİSEY

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi Kazanılmış Hakların Korunması

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/48194

Karar No : 2010/432

Tarihi : 19.01.2010

KARAR

Davacı, ücret, ilave tediye ile ikramiye fark alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Ş.Çil tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı işçi, davalı bakanlığa ait işyerinde sendika üyesi işçi olarak çalışmaya devam ettiğini ve 11, 12, 13 ve 14. dönem toplu

iş sözleşmesi hükümlerinin tam olarak uygulanmaması sebebiyle ücretlerinin eksik ödendiğini, yine 14. dönem toplu iş sözleşmesinin bitiminden itibaren iyileştirmelerin yapılmadığını ileri sürerek, ücret, ilave tediye ve ikramiye farkı alacaklarının ödetilmesi isteğiyle bu davayı açmıştır.

Davalı işveren ücret artışlarının toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre yapıldığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece isteklerin kabulüne karar verilmiş, kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Taraflar arasında temel uyumsuzluk, ücret artışlarının toplu iş sözleşmesi hükümleri uyarınca tam olarak yapıp yapılmadığı ve 31.12.2004 tarihinde süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin art etkisi noktasında toplanmaktadır.

Hükme esas alınan bilirkişi tarafından 1.1.2005 tarihinden sonraki dönem için de her altı ayda bir % 5 ücret artışı uygulanarak

bir hesaplama yapıldığı anlaşılmaktadır. Dosya içeriğine göre 14. dönem toplu iş sözleşmesinin süresi 31.12.2004 tarihinde sona ermiş ve yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanmamıştır. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 6. maddesinde, süresi sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği şeklindeki düzenleme, kazanılmış hakların korunması amacıyla yöneliktir. Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından işverenin yürürlüğü sona eren hükümlere göre yeniden ücret artışı yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu itibarla mahkemece 1.1.2005 tarihinden sonraki dönem için, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinde her altı ayda bir zam öngörüldüğü gerekçesiyle ücret artışına gidilmiş olması hatalı olmuştur,

Dosyada istek konusu dönemlere ait 11, 12, 13 ve 14. dönem toplu iş sözleşmeleri bulunmamaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda 1998 yılı için her ay % 2.40 ile % 7.2 oranları arasında değişen ücret zamlarının uygulandığı, 1999 yılı sonrasında ise altı aylık periyotlarla ücret artışlarına gidildiği ve ilave olarak % 5 ek zamların uygulandığı anlaşılmaktadır. Ücret artışlarında gözetilen enflasyon oranlarının dayanakları da dosya

içinde bulunmamaktadır. Sözü edilen ücret artışları, aynı mahiyette olup Dairemizce inceleme konusu yapılan davalarda alınan bilirkişi raporları ile de uyumlu değildir.

Mahkemece istek konusu döneme ait toplu iş sözleşmeleri getirilmeli, ücret artışının öngörüldüğü dönemlere ait enflasyon oranları belirlenmeli buna göre bilirkişi raporu aldırılmalıdır.

Davalı vekili bilirkişi raporuna itirazında mevsimlik işçi olarak çalışılan dönem için kıdem terfi zammı uygulanamayacağı yönünde itirazda bulunmuş olup, mahkemece anılan itiraz üzerinde durulmamıştır.

Mahkemece, iki hukukçu ve bu işlerden anlayan Türkiye İstatistik Kurumu uzmanından oluşan bilirkişi heyetinden denetime elverişli şekilde rapor alınmalı ve alınacak rapor bir değerlendirmeye tabi tutularak isteklerle ilgili karar verilmelidir. Eksik incelemeyle sonuca gidilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 19.1.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. Hukuki Sorun

Karara konu uyuşmazlıkta davacı işçi davalı bakanlığa ait işyerinde sendika üyesi işçi olarak çalışmaya devam ettiğini, birbirini takip eder biçimde bağtlanan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin tam olarak uygulanmaması nedeniyle ücretlerinin eksik ödendiğini, ayrıca son toplu iş sözleşmesinin bitiminden sonra iyileştirmelerin yapılmadığını ileri sürerek dava açmış, ilk derece mahkemesi isteklerin kabulü yönünde karar vermiştir.

Yargıtay tarafından tespit edildiği üzere dava konusu uyuşmazlık iki ana kısımdan

oluşmaktadır: Toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü süresince ücret artışlarının tam yapılmaması ve sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin ard etkisi. Yürürlüğü sona eren bir hukuki işlem olarak toplu iş sözleşmesinin ard etkisi 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Yüksek mahkeme inceleme-yeye konu kararında 6. maddede yer alan bu düzenlemenin kazanılmış hakların korunması amacıyla yönelik olduğu, bu nedenle süresi sona eren toplu iş sözleşmesi ardından işverenin yürürlüğü sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre yeniden ücret artışı yapma zorunluluğu bulunmadığını belirtmiştir. Bu ifade ard etkinin hukuki temeliyle yakından

ilgilidir. Öte yandan zam hükümlerinin ard etkisi toplu sözleşme hükmü olarak bazı özelikleri bünyesinde barındırabilmektedir. Bu amaçla yapılacak incelemede öncelikle ard etkinin hukuki temeline değinildikten sonra, kazanılmış hak kavramı ele alınacak, toplu iş sözleşmesinin uygulanması sırasında bir hakkın ne zaman kazanılmış hak olarak nitelendirilebileceği, ard etkinin kazanılmış hak ile açıklanıp açıklanamayacağı sorunlarına değinilecek, son olarak zam hükümlerinin niteliği üzerinde durulacaktır.

II. Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi ve Kazanılmış Hak Kavramı

1. Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisinin Hukuki Temeli

Kapsamı içindeki işyeri, işyerleri veya işletmedeki çalışma koşullarını düzenleyen toplu iş sözleşmesinin sona ermesi¹ iki ayrı tür problem ortaya çıkarır. Bir yanda toplu sözleşme düzeyinde sona ermenin yarattığı sorunlar; öte yanda içeriği toplu iş sözleşmesiyle şekillenmiş iş sözleşmelerinin durumu². Bu sorunlardan ilki eski ve yeni toplu iş sözleşmesi arasındaki ilişkiyle bağlantılıdır. İkincisi toplu iş sözleşmesinin ard etkisine yönelik hükümlerle düzenlenmiştir. Yeni sözleşme için yetki alınması ve toplu görüşmelerin sonuçlanması uzun sürdüğü takdirde eski sözleşme ile tanınmış hakların ortadan kalkmasıyla ortaya çıkacak boşluğun yarattığı sakıncalı durum sona eren toplu sözleşme hükümlerinin ard etkisi tanınarak giderilmeye çalışılmıştır³. Toplu iş sözleşmesinin diğer sözleşmelerden farklı olarak tarafları dışında üçüncü kişilere ilişkin düzenlemeler getirmesi, sona eren toplu sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkmasını önlemiştir⁴. Sonraya etkinin tanınması hem sona eren toplu iş sözleşmesiyle getirilen sosyal haklarda bir gerilemeye yol açılmamasına, hem de içeriği toplu sözleşmeyle şekillenmiş iş sözleşmelerinin bir anda tüm içerik hükümlerini kaybetmemesine yol açacaktır. Bu yolla işçilerin toplu sözleşme öncesi çalışma koşullarıyla karşı karşıya kalması önlenecek⁵, bu durum iş barışının

korunmasına yardımcı olacaktır⁶. Yargıtay işçilerin yararlarına getirilen hükümlerinin uygulanmalarının sürdürülmesini sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak nitelendirmiştir⁷.

Toplu sözleşme düzeninin sona ermesi halinde mevcut haklarda gerilemeye yol açacak, ani ve sert bir geçiş genel olarak kabul edilmese de, bu geçiş döneminin nasıl düzenleneceği farklı tartışmaları bünyesinde barındırmaktadır⁸. Konuyu özel olarak düzenleyen Alman hukukunda kanunun açık hükmüyle (§ 4 Abs. 5 TVG), toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanana kadar hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir. Fransız İş Kodunun L. 2261-13 maddesi uyarınca, feshedilen toplu sözleşme ihbar sürelerinin sonundan itibaren bir yıl içinde bir başka toplu iş sözleşmesi ikame edilmezse, bu sürenin sonunda toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işletmede çalışan işçiler bu toplu sözleşmeden kaynaklanan bireysel avantajlarını korurlar. Toplu iş sözleşmesi, sona ermesinden itibaren bir yıl müddetle eskisi gibi uygulanmaya devam eder. Bu bir yıllık sürenin sonunda halen yeni bir toplu sözleşme bağlanamamışsa, işçiler toplu sözleşmenin yürürlüğü sırasında fiilen elde etmiş oldukları bireysel avantajlarını korurlar⁹. Fransız sistemi kolektif rejimden bireysel rejime geçerken elde edilen avantajın niteliğinden kaynaklanan ince bir ayırımı esas almıştır. Kolektif karakter taşıyan avantajlar bir yıllık sürenin dolması ile sona ererken, bireysel nitelik taşıyan ve işçinin fiilen yararlandığı menfaatler iş sözleşmesinin bir parçası olarak toplu sözleşme sona erdikten sonra da varlığını koruyacaktır. Kazanılmış avantajların yanı sıra beklenen avantajların da bu korumadan yararlanıp yararlanmayacağı noktasında Fransız Yüksek Mahkemesi kazanılmış avantajın, işçinin bireysel olarak yararlandığı, beklenen değil kazanılmış ücret veya bireysel bir hak olabileceğini belirtmiştir. Ayrıca bir hakkın kazanılmış olması için yalnızca işçinin fiilen yararlanması yeterli olmayıp, hakkın yapısı itibarıyla sürekli ve dönemsel (ücret hakkı, tatil primi gibi) bir hak olması gerekir. Arızı bir olayın gerçekleşmesine bağlanmış haklar

(doğum izni, emeklilik tazminatı, feshe ilişkin tazminatlar gibi) kazanılmış avantaj olarak nitelendirilmez¹⁰.

İsviçre hukukunda sona eren toplu sözleşmenin etkisine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre öğretisi toplu sözleşmenin posthume etkisini açıklarken çeşitli teoriler geliştirmiştir¹¹; bunlardan toplu sözleşmenin sona ermesinden sonra iş sözleşmelerinin içeriğini iş sözleşmelerinin yorumu ile belirleme biçiminde yaklaşan ve sona eren toplu sözleşmelerin etkisini tarafların sözleşme iradesi, tarafların zımni kabulü ile sözleşmeyle bütünleşme, işyeri uygulaması, tarafların varsayılan iradeleri gibi teorilerle açıklayan görüşler Federal Mahkeme kararlarında ve öğretilerde kabul görmüştür¹². Tüm bu teorilerin ortak noktası sona eren toplu sözleşmenin iş sözleşmesinin bir parçası haline gelmesinde kendini göstermektedir¹³.

Hukumumuzda TSGLK m. 6/son hükmüne bakıldığında toplu iş sözleşmesi sona erdiğinde toplu sözleşme normları ile iş sözleşmesi normları arasındaki doğrudan ve emredici etki ortadan kalkmakta ve toplu sözleşme normu yeni bir toplu sözleşme yürürlüğe girene kadar hizmet akdi hükmü gibi varlığını sürdürmektedir¹⁴. Ard etkinin hukuki kaynağı TSGLK m. 6/son hükmüdür. Bu hüküm her ne kadar toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bir takım hakların korunmasını amaçlamaktaysa da Yüksek Mahkemenin belirttiği gibi toplu iş sözleşmesinin ard etkisini kazanılmış hakların korunması temeline dayandırarak açıklayabilmeyen yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

2. **Kazanılmış Hak Kavramı ve Yasaların Geriye Yürüme Yasağı**

Kazanılmış haklara saygı hukuk devleti ilkesinin gereklerinden ve hukukun genel ilkelerinden biridir¹⁵. Kavram, hukukun hemen tüm alanlarında özel bir önem taşıyıp, pek çok halde kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin problemler nedeniyle karşımıza çıkar. Bu açıdan bakıldığında toplu iş hukukunda da kazanılmış haklar sorununun eski ve yeni toplu iş sözleşmeleri arasındaki ilişki çerçevesinde karşımıza çıkması doğaldır.

Kazanılmış hakka ilişkin çeşitli tanımlar bulunup, tanımların bir kısmı kavramın “hak” yönüne ağırlık verirken, diğerleri kanunların zaman bakımından uygulanması açısından konuya yaklaşmaktadır¹⁶. Anayasa Mahkemesi kazanılmış hakkı “... kişinin bulunduğu hukuki statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir.” biçiminde tanımlamıştır¹⁷. Bu hakkın eski kanunun yürürlük döneminde ve hukuka uygun bir işlemle elde edilmesi esastır. Kazanılmış hak, bir yasa kuralının yürürlüğü sırasında kişinin o kurala uygun olarak bütün hüküm ve sonuçlarıyla elde ettiği, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır¹⁸.

Kazanılmış hakla birlikte anılan diğer bir kavram beklenen hak kavramıdır. 864 sayılı Tatbikat Kanunu’nun 4. maddesinde, eski yasa zamanında ortaya çıkıp da yeni yasanın yürürlüğe girmesinden önce kazanılmış bir hak doğurmayan olayların yürürlüğe girmesinden itibaren yeni yasaya bağlı olacağı belirtilmiştir. Beklenen haklar eski yasa döneminde henüz doğmamış, ancak doğması muhtemel haklardır¹⁹. Kişi açısından henüz tahakkuk ederek kesinleşmemiş, ancak ileride kişisel alacak niteliğine dönüşeceği beklenen hakların hukuk düzeninde ne ölçüde korunacağı oldukça tartışmalıdır²⁰.

Kazanılmış haklar sorunu pek çok halde yeni bir yasanın yürürlüğe girmesi ile ortaya çıkar. Yasaların geriye yürüme yasağı hukuk devletinin temel gereklerinden biri olup, istisnaları bulunmakla beraber kural olarak yasal düzenlemeler geçmişe yürümez, yürürlüğe girdikten sonra ortaya çıkan olaylara uygulanır²¹. Anayasa Mahkemesinin belirttiği üzere “Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. “Yasaların geriye yürütülmesi ilkesi” uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uy-

Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan hak, işçi açısından tahakkuk ettiği, kişisel alacak hakkı niteliği kazandığı takdirde kazanılmış hak halini alır.

gulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir²².

Yasaların geriye yürüme yasağı, gerçek geriye yürüme ve gerçek olmayan geriye yürüme olarak ikiye ayrılır. Gerçek geriye yürüme, yürürlüğe giren yeni bir düzenlemenin tüm hukuki sonuçlarıyla doğmuş ve ortaya çıkmış bir hakkı olumsuz etkilemesidir²³. Hukuk devletinin bir gereği olan kazanılmış haklara saygı ilkesine aykırılık teşkil eden gerçek geriye yürümedir. Buna karşılık, yeni yürürlüğe giren düzenlemenin henüz hukuki sonuçlarını doğurmamış olay ve hukuki ilişkileri geleceğe dönük bir biçimde etkilemesi gerçek olmayan bir geriye yürümedir²⁴.

3. Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Hakların Kazanılmış Hak Niteliği ve Ard Etki

Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan haklar toplu iş sözleşmesinin uygulanmaya başlaması ile kazanılmış hak niteliği kazanmaz. Toplu iş sözleşmesi ile uygulandığı iş sözleşmeleri arasındaki hukuki ilişki kanunlarla sözleşmeler arasındaki ilişkiye benzer biçimde doğrudan ve fakat emredici bir biçimde düzenlenmiştir (TİSGLK. m. 6). Bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğü girdiği andan itibaren uygulanma alanına giren iş sözleşmelerine başka herhangi bir hukuki işleme gerek kalmaksızın doğrudan uygulanır. Ancak yukarıda da belirtmeye çalıştığımız gibi kazanılmış hak doğası itibarıyla bireyin hukuki alanında doğmuş haklarını ifade eder. Bu açıdan bakıldığında toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan hak, işçi açısından tahakkuk ettiği, kişisel alacak hakkı niteliği kazandığı takdirde kaza-

nılmış hak halini alır. Bir başka deyişle toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan hak, ancak toplu iş sözleşmesinde belirlenen koşulların tamamlanıp, hakkın işçinin bireysel hakimiyet sahasında ortaya çıkması ile doğar, kazanılmış hak niteliği kazanır²⁵. Örneğin, 1.1.2007-1.1.2010 dönemi için yürürlükte bulunan bir toplu iş sözleşmesinde ilk altı aylık ücret zammı olarak % 4 öngörülmüşse, Ocağın 15'ine kadar çalışmış bir işçi açısından % 4 zamlı ücret, muaccel hale gelmese de kazanılmış hak oluşturur²⁶. Buna karşılık aynı toplu iş sözleşmesinde yer alan doğum yardımı, eşi veya kendisi doğum yapmayan bir işçi açısından kazanılmış değil, beklenen hak niteliği taşır. Benzer şekilde kıdem tazminatı hesabında her yıl için 45 günlük ücret tutarında kıdem tazminatı ödeneceğine dair bir düzenleme işçi işten çıkartılmadığı sürece kazanılmış hak niteliği kazanmaz. O halde toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi toplu sözleşmeden doğan hakların kazanılmış hak niteliği kazanmasına yol açmaz. Toplu iş sözleşmesinden doğan hangi hakların kazanılmış hak olarak niteleneceği her bir işçi açısından ayrı ayrı belirlenecektir.

Hukukumuzda toplu sözleşme ard etkisini, toplu sözleşme hükümleri uygulandığı iş sözleşmelerinde işçiler açısından kazanılmış haklar oluşturduğu için değil, kanunun açık hükmü uyarınca sürdürmektedir. Kanun koyucu ard etkinin doğması için toplu sözleşmenin sona ermiş olması ve yeni bir sözleşmenin yürürlüğe girmemesi dışında başka bir şart aramamıştır. Öte yandan, toplu iş sözleşmesinin ard etkisi tanınmamış olsaydı da teknik anlamda bakıldığında toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan kazanılmış haklar varlığını korurdu. Bu açıdan baktığımızda Yüksek Mahkemenin ard etki ile kazanılmış hakların korunması arasında kurduğu doğrudan ilgiyi paylaşmıyoruz.

Öte yanda toplu iş sözleşmesinin ard etkisinin, kazanılmış hakları koruma amacıyla açıklanması kazanılmış hak niteliği kazanmamış toplu sözleşme hükümlerinin böyle bir etkisinin bulunup bulunmayacağı sorununu yaratacaktır. Bir başka deyişle işçi ancak ken-

disine uygulanan toplu sözleşme hükümlerinin ard etkisinin korunmasını talep edebilecektir. Nitekim öğretide yürürlük süresi içinde uygulanmamış toplu sözleşme hükümlerinin ard etkisi bulunmayacağı görüşü ileri sürülmüştür²⁷. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bazı kararlarında da bu görüşün izlerine rastlanmaktadır. Geçmiş tarihli bazı kararlarında 9. Daire bir toplu iş sözleşmesi hükmünün hizmet akdi olarak devam edebilmesi için o hükmünde yer alan hakkın toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde gerçekleşmiş olması gerektiğini belirtmişken²⁸, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu yönde ve aksi yönde kararları bulunmaktadır²⁹.

Kanımızca sona eren toplu sözleşmenin etkisini sürdürmesi için önceden uygulanmış olması şartını aramak, yasanın açık hükmü karşısında kolay değildir³⁰. Ayrıca böyle bir kabul halinde, toplu sözleşmenin sona ermeyle ilişkin hükümlerinin hiç birinin ard etkisinden söz edilemeyecektir. İş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin toplu sözleşme normlarının da ard etkisinin bulunmadığı düşünülürse³¹, sona eren toplu sözleşme normlarının ard etkisi yalnızca hizmet akdinin içeriğine ilişkin normlarla sınırlanmış olacaktır. Ayrıca bu tip bir kabulde ard etki her iş sözleşmesi için ayrı ayrı tartışılacak, dolayısıyla toplu sözleşmenin uygulandığı iş sözleşmeleri açısından uygulanan toplu sözleşme hükmüne göre farklı hükümlerin ard etkisi söz konusu olacaktır. Bu nedenlerle kanımızca toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri sözleşmenin yürürlük süresince iş sözleşmesine ister uygulansın ister uygulanmasın TSGLK. m.6/son'un açık hükmü de dikkate alınarak toplu sözleşme sona erdikten sonra ard etkisini sürdürecektir³². Kazanılmış hak, ard etkinin hukuki temelini açıklamak için uygun bir temel değildir.

4. Eski Toplu İş Sözleşmesi-Yeni Toplu İş Sözleşmesi İlişkisi

Kazanılmış hakların korunması eski ve yeni toplu sözleşme arasındaki hukuki ilişkinin incelenmesi bakımından sıklıkla başvurulanan bir kavramdır. Sorun; sona eren toplu sözleşme ile işçiye sağlanan hakların yeni toplu iş sözleşmesiyle ne ölçüde korunacağı noktasında toplanmaktadır.

leşmesiyle ne ölçüde korunacağı noktasında toplanmaktadır.

Toplu pazarlık sisteminin doğası gereği bir toplu iş sözleşmesi kendisinden sonra gelen diğer toplu iş sözleşmesini bağlamaz. Aslında toplu iş sözleşmesinin işlevleri arasında kabul edilen çalışma koşullarının değişen koşullara ayak uydurmasını sağlama işlevi ancak bu sayede hayata geçebilir³³. Hemen bütün ülkelerde uygulanma alanı bulan bu ilke, Alman hukukunda düzen ilkesi (Ordnungsprinzip) biçiminde ifade edilmiştir. Düzen ilkesi, toplu iş sözleşmesinin kendi uygulanma alanında yer alan iş sözleşmelerini aynen bir yasa hükmü gibi düzenlemesini, yeni toplu iş sözleşmesinin bir bütün olarak eski toplu sözleşmenin yerine geçmesini ifade için kullanılmaktadır. Yeni toplu sözleşmenin işçinin daha lehinde olmasının herhangi bir önemi yoktur³⁴.

Alman hukukunda geliştirilen düzen ilkesi başlangıçta işyerindeki çalışma koşullarının toplu iş sözleşmeleriyle değil, devletin sorumluluğu altında belirlenen düzenlemelerle belirlenmesini öngören bir sistem içinde, işçi lehine olup olmadığı önemli olmaksızın getirilen her kuralın eskisini yürürlükten kaldırması biçiminde anlaşılmıştır³⁵. Bu ilke, sonraki dönem Alman öğretisi ve yargı içtihatlarını büyük ölçüde etkilemiş, toplu iş hukukuna ilişkin hukuk kaynakları arasındaki ilişkinin düzenlenmesinde, eski ve yeni toplu sözleşme arasındaki ilişkinin açıklanmasında da düzen ilkesinden yararlanılmıştır³⁶. Aslında aynı seviyedeki iki hukuki norm arasındaki hukuki ilişkiyi açıklamak için düzen ilkesine ihtiyaç olmayıp, sonraki kuralın önceki kuralı yürürlükten kaldırması esassından (lex posterior derogat legi priori) hareketle eski ve yeni toplu iş sözleşmeleri arasındaki hukuki ilişki açıklanabilir³⁷.

Yargıtay da yakın tarihli bir kararında düzen ilkesini Alman hukukundaki biçimiyle tanımlamıştır. Yüksek Mahkemeye göre düzen ilkesi her yeni toplu iş sözleşmesinin iş ilişkisini yeniden düzenleyebileceği ve yeni toplu iş sözleşmesinin eski toplu iş sözleşmesine göre daha az işçi yararına hükümler getirebileceği anlamına gelir³⁸. Yeni toplu sözleşme bütün

hükümleriyle eski toplu sözleşmenin yerini alır. Ayrıca, toplu iş sözleşmesi belirli bir süre için yürürlüğe girmiş olup, önceki toplu sözleşmede yer alan hakların hiçbir biçimde geri alınmayacağına kabulü toplu iş sözleşmesi özerkliğine müdahale teşkil edecektir³⁹. Toplu iş sözleşmesinin ard etkisini sürdüren hükümleri açısından bakıldığında, bu hükümler yeni toplu iş sözleşmesi döneminde işçi açısından kazanılmış hak teşkil etmeyeceği gibi, önceki ve sonraki toplu sözleşme hükümleri arasında işçi lehine ve aleyhine olması açısından da bir farklılık düşünülemez⁴⁰.

Eski ve yeni toplu iş sözleşmesi arasındaki ilişkinin incelenmesinde kazanılmış hak kavramı bazı durumlarda Yüksek Mahkemenin toplu iş sözleşmesinin düzen ilkesiyle ve belirttiğimiz kararı ile çelişen kararlar vermesine yol açmıştır. Geçmiş dönemdeki bazı kararlarında Yüksek Mahkeme, düzen ilkesi gereği toplu iş sözleşmesi ile bir kısım uygulamalara ve haklara son verilmesi olanağının bulunduğunu belirttikten sonra, “Yeter ki yeni sözleşme hükümleri eskisinden daha fazla haklar öngörmüş olsun” biçiminde bir şart getirmiştir⁴¹. Aynı dönemdeki bir başka kararında ise, “TİS hukukunda düzen ilkesi gereği yeni sözleşmelerle birçok haklar tanınabileceği gibi bazı hakların uygulamadan kaldırılması da kararlaştırılabilir. Yeter ki genelde son toplu sözleşmenin öngördüğü haklar öncekinden az olmasın”⁴² şeklinde her iki toplu sözleşmenin bütünü itibarıyla karşılaştırılması gerektiğini belirtmiştir⁴³. Ancak bir dönem yoğunlaşan bu kararlar dışında Yüksek Mahkemenin düzen ilkesi uyarınca önceki ve sonraki toplu sözleşmeler arasında bazı ödemelerde azaltma ya da değişiklik yapılmasının mümkün olduğunu ve kazanılmış hak ilkesi düşüncesiyle farkların talep edilemeyeceğini belirttiği görülmektedir⁴⁴.

Yukarıda belirtmeye çalıştığımız üzere kazanılmış hak doğası itibarıyla bireysel olup, toplu iş sözleşmeden doğan hakların kolektif olarak kazanılması olası değildir. Teknik tanımla ele alındığında yeni toplu sözleşmenin yürürlüğe girmesi eski toplu iş sözleşmesi döneminde kazanılmış hakları hiçbir zaman or-

tadan kaldırmaz. İşçinin bireysel alanına dahil olup, alacak hakkı niteliği kazanmış haklar üzerinde toplu sözleşme taraflarının tasarruf yetkisi yoktur⁴⁵. Burada gerçek anlamda yasaların geriye yürümesi yasağına benzer bir hukuki durum vardır. Ancak beklenen hakların korunması açısından yasaların uygulanmasından farklı bir biçimde yeni toplu sözleşme ile eski toplu sözleşme hükümleri daha mutlak bir biçimde birbirinden yalıtılmıştır. Geçmiş dönemde uygulanmış toplu iş sözleşmesi döneminde beklenen hak niteliği taşıyan hakların korunabilmesi için yeni toplu iş sözleşmesinde daha önceki toplu sözleşmeden doğan hakların korunacağına ilişkin bir kayda ihtiyaç vardır⁴⁶. Çalışma koşullarının düzenlenmesinde arzu edilen işçiler lehine düzenlemeler olsa da elde edilen kazanımlar açısından bir takım geri gidişlerin bulunması da olağandır. Özellikle kriz dönemlerinde imzalanan toplu iş sözleşmeleri önceki toplu sözleşmelere oranla işçi hakları açısından önemli sınırlamalar getirebilir.

Toplu iş hukukunda kazanılmış hak kavramının kullanımına bir bütün olarak bakıldığında, bazen bu kavramın teknik anlamda kullanıldığı, diğer zamanlarda ise toplu iş sözleşmesiyle işçi yararına getirilen hakların bütünü ifade ettiği görülmektedir. Kazanılmış hakla kastedilen eski toplu sözleşmenin yürürlüğü sırasında şartlarının gerçekleştirilmesi suretiyle edinilmiş haklar⁴⁷ ise bu takdirde kazanılmış hakların korunması esastır. Yeni toplu iş sözleşmesiyle de eski toplu sözleşme döneminde kazanılmış haklara müdahale edilemez. Buna karşılık eski ve yeni toplu iş sözleşmeleri arasındaki ilişkinin ele alındığı hemen bütün kararlarında Yüksek Mahkemenin kazanılmış hakla, toplu sözleşmede yer alan özellikle ücret zammı, ikramiyeler gibi kazanımların korunmasını ifade ettiği görülmektedir⁴⁸. Teknik olmayan bu kullanım tartışmalı sorunların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bu nedenle doktrinde Fransız hukukunun etkisiyle bu ikinci halde “kazanılmış avantaj” kavramının kullanılması önerilmiştir⁴⁹. Bu ifade mevcut karışıklığı önleyecek olsa⁵⁰ da kazanılmış avantaj hukukumuzda yabancı bir

kavram olup, bu kavramın Fransız hukukundaki kapsamı ile hukukumuzdaki kapsamı arasında önemli farklar bulunması nedeniyle başka sakıncalar doğurması muhtemeldir.

Toplu sözleşmeden doğan kazanılmış hakların korunmasını sağlayan yol, toplu sözleşmenin geçmişe etkili değiştirilememesidir. Toplu sözleşme tarafları toplu sözleşme özerkliği çerçevesinde mevcut bir toplu sözleşmenin süresine ilişkin hükümleri dışındaki hükümlerini her zaman değiştirebilir veya ortadan kaldırabilir. Uygulamada genellikle protokol adı verilen metinlerle yapılan bu değişiklikler ileriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Toplu sözleşme erki çerçevesinde yapılan bu değişikliklerde işçinin beklenen haklarının korunması söz konusu değildir⁵¹. Yukarıda verdiğimiz örnekte toplu iş sözleşmesi tarafları doğum yardımını kaldıran veya kıdem tazminatının hesabında yasal esasları benimseyen bir uygulamayı kararlaştırıp, yürürlüğe koyabilir. Buna karşılık toplu sözleşmede yapılacak bir değişiklikle geçmişe etkili olarak bir takım hakların ortadan kaldırılması mümkün değildir⁵². Örneğin; doğum yardımını kaldıran hükmün yürürlüğünü geçmişe götürerek bundan yararlanmış işçilerden ödenmiş doğum yardımlarının talebi mümkün değildir.

III. Zam Hükümlerinin Yapısı ve Ard Etki Sorunu

İnceleme konusu kararda tartışılan diğer bir konu toplu sözleşme sona erdikten sonra da gerekli iyileştirmelerin yapılmamasıdır. İşçi ücretlerine zam hükümlerinin ard etkisi olup olmayacağı ve varsa ne şekilde uygulanacağı sorunu bir dönem Yargıtay kararlarında önemli bir yer işgal etmiştir. Toplu iş sözleşmesinde yer alan ücret zammı hükümleri nitelikleri itibariyle iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümlerden olup zam hükümleri “bu sözleşmenin yürürlük süresi içinde” belirli bir dönemle sınırlı olarak konabileceği gibi⁵³ herhangi bir sınırlamaya yer vermeksizin “her yıl” veya “her altı aylık dönemde” belirli bir oranda zam yapılacağı biçimde de düzenlenebilir. Zam hükümlerinin ard etkisi sorunu toplu iş

sözleşmesindeki hükmün düzenleniş biçimi esas alınarak çözülmüştür. Eğer toplu sözleşmedeki hüküm belirli bir süre veya tarihle sınırlanmışsa ard etki söz konusu olmayacaktır. Ancak bu tip bir sınırlama bulunmaması halinde sona eren toplu sözleşme normları hizmet akdi hükmü haline gelecektir⁵⁴.

İnceleme konusu kararda zamma ilişkin hükmün yapısına dair herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Zam hükmü “toplular iş sözleşmesinin yürürlük süresi” ile sınırlanmışsa bu takdirde karara katılmamak mümkün değildir. Ancak her yıl yapılacak ücret zammı toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi ile sınırlanmamışsa bu takdirde zam hükmünün de ard etkisinin bulunması gerektiği kanısındayız. Örneğin işçiye her yıl enflasyon oranında zam yapılacağına dair toplu sözleşmeye bir hüküm konmuş ve bu hükmün uygulanması toplu sözleşmenin yürürlük süresi ile sınırlanmamışsa bu takdirde enflasyon oranında zam yapılmasına ilişkin hükmün de ard etkisinin bulunması gerektiği düşüncesindeyiz.

Tartışılması gereken sorun sosyal tarafların ücret zammını yürürlük süresi ile sınırlayarak toplu sözleşmenin ard etkisini ortadan kaldıracı düzenlemelere yer verip veremeyeceği noktasındadır. Toplu iş sözleşmesinin ard etkisinin sınırlanabilmesi ya da ortadan kaldırılması sorunu TSGLK m. 6/3 hükmünün hukuki niteliği ile doğrudan ilgili olup, hüküm emredici nitelikte bir norm olarak değerlendirilirse, tarafların toplu sözleşmeye konulacak bu tür normlarla ard etkiyi sınırlaması kabul edilemez⁵⁵. Ancak söz konusu hükmün bir yedek hukuk normu olduğu kabul edilirse, bu takdirde ard etkinin toplu sözleşme taraflarınca sınırlanmasına bir yasal engel bulunmamaktadır. Bu konuya değinen yazarların çoğunluğu normun lafzının verdiği izlenimin aksine, Türk hukukunda TSGLK m. 6/son'un yedek hukuk kuralı niteliği taşıdığını kabul ederek, toplu iş sözleşmesinde sosyal tarafların ard etkiyi sınırlayabileceklerini kabul etmiştir⁵⁶.

SONUÇ

Sonuç olarak hukukumuzda toplu iş sözleşmesinin ard etkisinin hukuki kaynağı

TİSGLK m. 6/son hükmüdür. Bu hüküm her ne kadar toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bir takım hakların yeni bir toplu sözleşme yürürlüğe girinceye kadar korunmasını amaçlamaktaysa da Yüksek Mahkemenin belirttiği gibi toplu iş sözleşmesinin ard etkisini kazanılmış hakların korunması temeline dayandırarak açıklayabilmenin en azından kazanılmış hak kavramının teknik anlamıyla bakıldığında mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Kazanılmış hakların korunması eski ve yeni toplu sözleşmeler arasındaki ilişkide karşımıza çıkıp, işçinin bireysel alanına dahil olup, kazanılmış hak teşkil eden haklar toplu sözleşmenin geçmişe etkili değişiklik yasağı ile korunmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Toplu sözleşmenin sona erme nedenleri hakkında bkz. E. Akyiğit, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinde Sonraya Etki Problemi", TÜHİS; Kasım 1991, s. 9-13; E. Özdemir, Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümleri ve Bunları Hizmet Akdine Etkileri, İstanbul 1999, (yayımlanmamış doktora tezi), s. 376-378.
- 2 Haener, E.X., Das Arbeitsverhältnis nach der ersatzlosen Beendigung des Gesamtarbeitsvertrages, Basel, 1984, s. 92.
- 3 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 22. Bası, İstanbul 2009, s. 543; aynı yazar, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi", 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 167; T. Esener, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 514; Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s. 474-475; A. C. Tuncay, Toplu İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010, s. 201; E. İren, Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri ve Hizmet Akitleri Üzerindeki Etkileri, Ankara 1998, s. 75; Özdemir, s. 375; M. Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 3. Bası, Ankara, 2009, s. 289 ; K. Doğan Yenisey, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği Üzerine Bir Deneme", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 612-613; H. Keser, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Ard Etkisi", Sicil, Haziran 2007, s. 106.
- 4 F. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 115-116; Özdemir, s. 374-375.
- 5 Çelik, s. 543; aynı yazar, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi", s. 167; M. Ekonomi, İHU 1985/I, TSGLK. 6 (No. 4); Şahlanan, s. 116; İren, s. 75; Keser, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Ard Etkisi", s. 106-107.
- 6 Yarg. HGK., 14.9.1988, E. 1988/9-162, K. 1988/685, Kazancı Bilişim Sistemleri, TSGLK. m. 6
- 7 Yarg. 9. HD. 1.2.2000, E. 1999/19079, K. 2000/775, C. İ. Günay, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, İstanbul 1999, s. 1182-1184.
- 8 Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Yenisey, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği", s. 615 vd.
- 9 J. Pélissier./ A. Supiot./A. Jeammaud, Droit du Travail, 24. éd., Paris 2008, no. 1064.
- 10 Pélissier/Supiot/Jeammaud, no.1064; M. Despax,, "Dénonciation d'une convention collective et sort des avantages acquis en matiere de rémunération", DS 1990, s. 161;E. Dockes, , "L'avantage individuel acquis", s. 827-828.
- 11 Bkz. Haener, s. 105 vd.
- 12 Bkz. Haener, s. 112 vd.; Staehelin, /F. Vischer., Obligationenrecht, Teilband V 2c Art. 319-362 OR Zürich 1996, Art. 356c no. 41 vd.
- 13 Haener, s. 138 vd.
- 14 Ard etkisini sürdüren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hukuki niteliği hakkında bkz. Doğan Yenisey, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği", s. 611 vd.
- 15 AYM, 15.10.2009, E. 2007/44, K. 2009/148, RG. 28.4.2010, No. 27565; Y. Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003, s. 35 vd.
- 16 Tartışmalar için bkz. Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı, s. 24 vd.
- 17 AYM, 3.4.2001, E. 1999/50, K. 2001/67, RG. 7.11.2001, No. 24576; 15.10.2009, E. 2007/44, K. 2009/148, RG. 28.4.2010, No. 27565; ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr
- 18 Oğurlu, Kazanılmış Haklara Saygı, s. 25; S. Ediz, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Basım, Ankara 1997, s. 177; A. Zevkliler/B. Acarbey/K. E. Gökyayla,, Zevkliler Medeni Hukuk, Ankara 2000, s. 78; H. Ergin, "5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'nın Geçici Hükümlerine İlişkin Bir İnceleme", Legal-İSGHD, 2007, S. 13, s. 224-225.
- 19 Ediz, s. 178-179; Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 79-80.
- 20 Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı, s. 219 vd. ; Ergin, "5510 Sayılı Yasanın Geçici Hükümlerine İlişkin Bir İnceleme", s. 225.
- 21 Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı, s. 46.
- 22 AYM, 9.7.2009, E. 2007/31, K. 2009/109, RG. 7.10.2009, No. 27369.
- 23 Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı, s. 48
- 24 Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı, s. 52 vd.
- 25 G. Alpagut, "Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Vazgeçme Mümkün müdür?", Legal YKİ Dergisi, 2007/6, s. 459.

- 26 Hakkın doğması ve muacceliyeti farkı için Alpagut, "Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Vazgeçme Mümkün müdür?", s. 459.
- 27 S. Reisoğlu, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmeleri, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s. 116; Günay, s. 194; Narmanlıoğlu, İHU 1984/II, TSGLK. 6 (No. 2); Tuncay, Toplu İş Hukuku, s. 202.
- 28 Yarg. 9. HD., 29.2.1984, E. 1489, K. 2091, Egemen/Temiz, s. 599-600; 22.5.1984, E. 5085, K. 5676, karar ve F. Sağlam'ın incelemesi, İHU 1984/II, TSGLK. 6 (No. 3); 15.10.1985, E. 7074, K. 9457, Egemen/Temiz, s. 606.
- 29 Yarg. HGK, 2.4.1986, E. 9-802, K. 329, Egemen/Temiz, s. 583-585, 629-631; 14.9.1988, E. 9-162, K. 685, Kazancı Bilişim Sistemleri, TSGLK. m. 6 ; 25.1.1988, E. 11492, K. 423, Egemen/Temiz, s. 619-620; konuya ilişkin Yargıtay kararlarının gelişimi için bkz Doğan Yenisey, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği", s. 618 vd.
- 30 Doğan Yenisey, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği", s. 619; Keser, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Ard Etkisi", s. 110.
- 31 Çelik, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi", s. 170; Şahlanan, s. 119; H. Mollamahmutoğlu, "Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde "Kazanılmış Hak", "Kazanılmış Avantaj" Kavramları", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 569.
- 32 Doğan Yenisey, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği", s. 619; Keser, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Ard Etkisi", s. 110.
- 33 A. Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Auf., Tübingen 1959, s. 427-428; ayrıca bkz. Çelik, s. 547.
- 34 Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, 18. Auf., 2009, Ordnungsprinzip; Çelik, s. 547; Tuncay, Toplu İş Hukuku, s. 201.
- 35 P. Soyer, Genel İş Koşulları, İzmir 1987, s. 184-185.
- 36 Soyer, Genel İş Koşulları, s. 185-186; düzen ilkesine yönelik eleştiriler hakkında bkz. Soyer, Genel İş Koşulları, s. 192 vd.
- 37 Soyer, Genel İş Koşulları, s. 194 ; Esener, s. 528.
- 38 Yarg. 9. HD., 24.2.2009, E. 2008/39440, K. 2009/3951, karar ve F. Şahlanan'ın karar incelemesi için, Sicil, Haziran 2009, s. 214 vd.
- 39 Yarg. 9. HD., 24.2.2009, E. 2008/39440, K. 2009/3951, karar ve F. Şahlanan'ın karar incelemesi için, Sicil, Haziran 2009, s. 214 vd. ; Mollamahmutoğlu, "Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj", s. 564.
- 40 Reisoğlu, s. 118; Ekonomi, İHU 1985/I, TSGLK. 6 (No.4); Şahlanan, s. 120; Akyiğit, "Sonraya Etki Problemi", s. 21; İren, s. 85; Özdemir, s. 388-390; s. 400; Tuncay, Toplu İş Hukuku, s. 203-204.
- 41 Yarg. 9. HD., 2.7.1996, E. 3189, K. 15158, Günay, s. 226.
- 42 Yarg. 9. HD., 7.3.1996, E. 1995/36398, K. 1996/4764, Günay, s. 230-231.
- 43 Bu kararlar hakkında bkz. Doğan Yenisey, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği," s. 624 vd.
- 44 Yarg. 9. HD., 27.3.1985, E. 2859, K.3284, Egemen/Temiz, s. 605-606 ; 30.9.1985, E. 6189, K. 8750, Günay, s. 248-249; 29.2.2000, E. 1999/20164, K. 2000/2384, Günay, s. 1181-1182; 16.5.2001, E. 5554, K. 8449, Günay, s. 1177; 24.4.2003, E. 2002/22489, K. 2003/6876, Tekstil İşv. Der., Ağustos 2003, s. 284; Yarg. 9. HD., 24.2.2009, E. 2008/39440, K. 2009/3951, karar ve F. Şahlanan'ın karar incelemesi için, Sicil, Haziran 2009, s. 214 vd.
- 45 Alpagut, "Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Vazgeçme Mümkün müdür?", s. 461.
- 46 Yarg. 9. HD., 24.2.2009, E. 2008/39440, K. 2009/3951, karar ve F. Şahlanan'ın karar incelemesi için, Sicil, Haziran 2009, s. 214 vd.
- 47 Narmanlıoğlu, s. 475; aynı yazar, İHU 1984/II, TSGLK. 6 (No. 2); Mollamahmutoğlu, "Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj", s. 566.
- 48 Örnek olarak bkz. dn. 43'de belirtilen kararlar.
- 49 Mollamahmutoğlu, "Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj", s. 570-572.
- 50 Doğan Yenisey, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği", s. 624, dn. 56.
- 51 Yarg HGK, 28.11.2007, E. 2007/9-872, K. 2007/899 karar ve M. Engin'in incelemesi, Sicil, Mart 2009, s. 142 vd.; Çelik, s. 573 vd.; Tuncay, Toplu İş Hukuku, s. 238-239; Sur, s. 274 vd..
- 52 Çelik, s. 574; Narmanlıoğlu, II, s. 364; Tuncay, Toplu İş Hukuku, s. 239; Ö. Ekmekçi, "Toplu İş Sözleşmesinde Tarafların İradeleriyle Sonradan Değişiklik Yapılması", Çimento İşv. Der., Eylül 1996, s. 18 vd.; karş. P. Soyer, "İktisadi Kriz Döneminde Toplu İş Sözleşmesinin Taraf İradelerine Göre Uygulanması", İstanbul Barosu ile Galatasaray Üniversitesi tarafından düzenlenen "Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi" konulu 2002 Yılı Toplantısı, s. 155- 169; Sur, s. 276.
- 53 Yarg. HGK, 2.4.1986, E. 9-802, K. 329, Egemen/Temiz, s. 583-585 629-631; 14.9.1988, E. 9-162, K. 685, Kazancı Bilişim Sistemleri.
- 54 K. Oğuzman., Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, C. 1, 4. Bası, İstanbul 1987, s. 85, dn. 98a; aynı yazar, "Toplu İş İlişkileri", Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-1983, İstanbul 1985, s. 259-260; Çelik, s. 511; aynı yazar, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmelerinin Etkisi", s. 171-178; C. Tuncay, Karar İncelemesi, Çimento İşv., Mayıs 1989, s. 25-26; Akyiğit, "Sonraya Etki Problemi", s. 16; İren, s. 82-83; Sur, s. 291-292; Karş. Sağlam, İHU 1984/II, TSGLK. 6 (No. 3); Ü. Narmanlıoğlu, İHU 1984/II, TSGLK. 6 (No. 2); (6.2 6.3); Özdemir, s. 397-398.
- 55 Esener, s. 515; Sağlam, İHU 1984/II, TSGLK. 6 (No. 3); nisbi emredici olduğu yönünde, Tuncay, Karar İncelenmesi, Çimento İşv., Mayıs 1989, s. 24-25.
- 56 Özdemir, s. 396-397; tamamının olmasa da bir grup normatif hükmün ard etkisinin sınırlanabileceği yolunda Akyiğit, "Sonraya Etki Problemi", s. 17.

Prof. Dr. Yusuf ALPER

Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

5510 Sayılı Kanun'da Primlerin Karşılık Olma Özelliği ve Çırakların ve Mesleki Eğitim Gören Öğrencilerin Sosyal Güvenliği

Genel Olarak

5510 sayılı Kanun, Kanunun genelinde olduğu gibi finansman (primler ve prime esas kazançlar) ile ilgili hükümler bakımından da büyük ölçüde yürürlükten kaldırdığı 3 sosyal sigorta rejimi arasında “sosyal sigortacılık” ilkelere daha uygun olan ve “külfet-nimet” ilişkisini güçlendiren bir işleyişe sahip olan 506 sayılı Kanun esaslarını benimsemiştir. Bu tercih bir yandan, reformun farklı çalışan grupları arasında “norm ve standart birliği” sağlanması hedefine hizmet ederken, diğer yandan özellikle Emekli Sandığı mensupları bakımından “ödenen prim-sağlanan fayda” ilişkisini güçlendirmeyi amaçlamıştır.

5510 sayılı Kanun'da primlerle ilgili hususlarda genel olarak 506 sayılı Kanun esasları benimsenmekle birlikte;

- Farklı çalışan grupları ile ilgili sosyal sigorta rejimlerinin tekleştirilmiş bir mevzuatla düzenlenmesinden kaynaklanan zorunlu sebepler ve

- Temel prensip olarak primlerin karşılık olma özelliği öne çıkarılmasına rağmen uygulama kolaylığı sağlama (pragmatik amaçlar) amacıyla genel ilkelerin dışına çıkarak primin karşılık (fiyat) olma özelliğini zayıflatan veya ortadan kaldıran düzenlemeler dolayısıyla 506 sayılı Kanun'da hakim olan genel ilkelerin dışında hükümler yer almıştır. Bu iki sebebe bağlı farklılıklar, 5510 sayılı Kanun'un uygulama sürecinde bazı problemler ortaya çıkarmıştır. Bu problemlerin biri de, 5510 sayılı Kanun'la bazı sigorta kolları bakımından “kısmen” sigortalı sayılan (md.5/1-b) çıraklar ve mesleki eğitimi gören öğrencilerin hastalık sigortasından ve genel sağlık sigortasından faydalanması ile ilgili düzenlemelerde ortaya çıkmıştır. Yazının sonraki kısımlarında açıklanmaya çalışılacağı gibi bu problemlerin bazıları, Kanunun yazımı aşamasında öngörülemeyen ve/veya boşlukları giderici paralel düzenlemelerin yapılmamasından kaynaklanmış giderilmesi kolay problemler niteliğindedir. 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden

bu yana geçen yaklaşık 2 yıllık süre dikkate alınca, kamuoyunda tartışılan, özellikle de akademisyenler ve ilgili sosyal taraflarca dile getirilen hususları, Kurumun uygulamada karşılaştığı güçlükleri de dikkate alarak Kanunun. Kurum temsilcilerinin de yer alacağı bir akademik komisyon oluşturularak gözden geçirilmesi zamanı gelmiş görünmektedir. Bu değerlendirme süreci sonucunda, bu yazının konusunu oluşturan çıraklar ve meslek lisesi öğrencilerinin sosyal güvenliği ile ilgili sorunlar da dahil olmak üzere benzer nitelikteki çok sayıda problemin bir bütünlük içinde çözümü mümkün olacaktır.

Çıraklar ve mesleki eğitim gören öğrencilerin sosyal güvenliği ile ilgili problemler bu yazıda genel sosyal sigortacılık ilkeleri bakımından ve primlerin karşılık (fiyat) olma özelliği öne çıkarılarak ele alınacaktır.

A) Sosyal Sigortaların Finansman Vasıtası Olarak Primler ve Primlerin Karşılık (Fiyat) Olma Özelliği

Bir sosyal güvenlik sisteminin finansman (gelir) kaynaklarının ne olduğu, sistem içinde yer alan programların niteliğini de belirler. Nitelik, sosyal güvenlik sistemleri ile ilgili en yaygın ayırimlardan biri sistemin gelir kaynakları esas alınarak yapılır ve bu ayırım çerçevesinde sosyal güvenlik sisteminin en önemli ayağını oluşturan sosyal sigortalar; primlerle finanse edilen “primli rejimler”; prim dışı gelirlerle (vergiler vb.) finanse edilen sistemler de “primsiz rejimler” olarak adlandırılırlar. Daha önce sosyal güvenlik mevzuatımızda primsiz ödemeler kavramı hiç yer almamış olmasına rağmen, 4 bileşenli yeni sosyal güvenlik sisteminin bir ayağı “primsiz ödemeler ve sosyal yardımlar” olarak belirlenirken ve 5502 Sayılı “Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu”nda da Kurumun idari yapısı içinde ana hizmet birimlerinden biri “Primsiz Ödemeler Genel Müdürlüğü” olarak belirtilmiştir.

Sosyal sigortaların temel gelir kaynağını oluşturan prim kısaca “tahsisi vergi” anlamında kullanılan parafiskal¹ gelir olarak tarif edilir.

Bu kısa tanımın dışında sahip olduğu özellikler dolayısıyla prim değişik açılardan yaklaşılarak;

- Sosyal sigortaların sağladığı sosyal güvenlik garantisinden faydalanmanın bir fiyatı (bedeli, karşılığı),
- Ücret ve benzeri gelirler üzerinden, ücretin bir parçası olarak belirli bir yüzde nispetinde hesaplanarak tahsil edilen “geciktirilmiş, geri bırakılmış ücret”,
- Kamu otoritesi kullanılarak zorunlu olarak alınması dolayısıyla bir vergi olarak da tarif edilir. Prim yukarıda belirtilen her üç yaklaşımı da haklı kılacak ortak özellikleri bünyesinde taşıyan “kendine has özellikleri” olan bir finansman vasıtasıdır.

Bir finansman vasıtası olarak primlerin vergilere göre çok sayıda avantajı vardır ve bu sebeple sosyal güvenliğin finansmanında en yaygın olarak kullanılan finansman aracıdır. Primler; ödeyenlere göre (sigortalı, işveren ve devlet primleri); kazançla ilişkisine göre (nispi ve mutlak prim), alınma amacına göre (net ve brüt prim) ve nihayet kullanılma yerine göre (tek prim-çoklu prim) olarak sınıflandırılabilir.

Primlerin fiyat veya vergi olma özelliğini tayin eden en önemli faktör sigorta kollarının finansmanında tek prim veya her sigorta kolu için ayrı prim (çoklu prim) uygulamasıdır. Bütün sigorta kolları için tek prim uygulanması primlerin vergi özelliğini güçlendirir ve kapsama alınan ve sosyal güvenlik garantisi sağlanan kişilerin ödediği primle sağladığı fayda arasındaki “kulfet-nimet” ilişkisi zayıflar. Çoklu primde ise, her sigorta kolu için ayrı prim alınması dolayısıyla primlerin fiyat olma özelliği daha güçlü olarak ortaya çıkar. Çoklu prim uygulaması “sosyal güvenliğin finansman yüküne katlanma”yı kolaylaştırma ve “prim ödemekten kaçınma” eğilimlerini azaltma gibi olumlu etkileri dolayısıyla daha çok tercih edilen bir yöntem olduğu görülmektedir. Bu avantajları olmakla birlikte çoklu prim uygulaması daha çok uygulama zorunluluklarından dolayı tercih edilmekte, ILO'nun 1952 tarih ve 102 Sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Sözleşmesi'nde belirtilen 9 sosyal sigorta kolunun bir çok ül-

kede farklı tarihlerde kurulması ve her yeni kurulan sigorta kolu için de yeni ve ayrı prim alınması kaçınılmaz olarak çoklu prim uygulamasını beraberinde getirmektedir.

B) Türk Sosyal Sigorta Sisteminde Çoklu Prim Uygulaması ve 5510 Sayılı Kanun'da Primler

Türkiye, Emekli Sandığı uygulaması hariç sosyal sigorta sistemlerini çoklu primle finanse etme uygulamasını tercih etmiştir. 5434 sayılı Kanun kapsamında olanlar için işveren tarafından ödenen %20 (karşılık) ve sigortalı tarafından ödenen %16 (kesenek) olmak üzere toplam %36'lık tek prim oranı ile Kanunla sağlanan bütün sosyal sigorta yardımları finanse ediliyordu. 1479 sayılı Kanun, başlangıçta yalnızca uzun vadeli sigorta kolları (malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları) bakımından koruma garantisi sağlarken tek prim uygulaması söz konusu idi. Ancak, sağlık sigortası kapsama alınca bu sigorta kolu için de ayrı prim alınması söz konusu oldu ve çoklu prim uygulamasına geçildi. Benzer uygulama 2926 sayılı Tarım Bağ-Kur'u kapsamındaki sigortalılar için de uygulandı.

Türkiye'de çoklu prim uygulaması en belirgin şekilde 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanlar için uygulanmıştır. Kısa vadeli sigorta kollarından her biri için (iş kazaları ve meslek hastalıkları, hastalık ve analık) ayrı prim alınırken uzun vadeli sigorta kolları için (malullük, yaşlılık ve ölüm) tek prim alınmış ancak sistem bir bütün olarak çoklu prim uygulaması ile finanse edilmiştir. Bu tercihin doğal bir sonucu olarak 1999 yılında 4447 sayılı Kanun'la işsizlik sigortası oluşturulduğu zaman bu sigorta kolu için de yeni ve ayrı bir prim alınmıştır. Benzer uygulama, isteğe bağlı sigortalı olanlar hariç çıraklar ve meslek lisesi öğrencileri de dahil olmak üzere 506 sayılı Kanun kapsamında kısmen sigortalı sayılanlar için de geçerli olmuş, bu gruplar hangi sigorta koluna tabi iseler o sigorta kolu/kolları ile ilgili primleri ödenmiştir.

5510 sayılı Kanun esas olarak primler ve

prime esas kazançlarla ilgili hükümler bakımından 506 sayılı Kanun esaslarını benimsemiş ve sigorta kollarının finansmanında çoklu prim ilkesinden hareketle her sigorta kolu için (kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası, GSS) ayrı prim alınması öngörülmüştür (md.79 ve 81). Ancak, farklı çalışan gruplarını tek bir sigorta rejimi altında toplama ve uygulama kolaylığı sağlama açısından "pragmatik" sebeplerle bu temel tercih terk edilerek bazı sigorta kolları ve sigortalılar bakımından adeta karma bir sistem yaratılmıştır.

5510 sayılı Kanun'da çoklu primle finansman ilkesi doğrultusunda primlerin fiyat olma özelliğini güçlendiren düzenlemeler kısaca şunlardır:

- Nüfusun tamamını kapsama alan genel sağlık sigortası ile daha önce vergi gelirleri ile finanse edilen ödeme gücü olmayanların (yeşil kartlılar) primleri devlet tarafından ödenerek GSS kapsamına alınmış, sistem tamamen primli hale getirilmiştir (m.80/4).

- Yalnızca ödeme gücü olmayanlar değil, sınırlı ödeme gücüne sahip olanlar da yapılacak gelir testine bağlı olarak kademeli, ancak mutlaka prim ödeyerek GSS kapsamına alınmıştır (m.80/4).

- Uzun vadeli sigorta kollarında fiili hizmet süresi zammı uygulanacak işler için %20'lik prim oranı kamu ve özel sektör ayırımı yapılarak ve tamamı işveren tarafından ödenmek üzere %1.5 ile %10 arasında ilave yapılmıştır (m.81/1-b).

- 4/c kapsamındaki sigortalılara bağlanacak vazife malullüğü aylıkları ile ve hak sahiplerine ödenecek ölüm aylıklarının karşılığı olmak üzere kamu idarelerinden %20 oranında ek karşılık primi alınacaktır (m.81/1-h).

- İsteğe bağlı sigortalı olanlar uzun vadeli sigorta kollarının yanı sıra GSS kapsamında sigortalı sayılacaklar ve %20'lik prime ilaveten %12 oranında GSS primi ödeyeceklerdir (m.51/1).

- Devlet, açık kapatmaktan ziyade mümkün olan her durumda prim ödeyerek sistemin üçüncü tarafı olarak finansmana katılmıştır.

5510 sayılı Kanun'da çoklu primle finansman ilkesinden ilk sapma, 506 sayılı Kanun'da

3 ayrı sigorta kolu olarak değerlendirilen ve her biri için ayrı prim alınan İKMH, hastalık ve analık sigortalarının² 5510 sayılı Kanun'da "kısa vadeli sigorta kolları" adı altında tek bir sigorta kolu olarak değerlendirilmesi ve tek primle finanse edilmesi ile ortaya çıkmıştır. Nitekim, İKMH, hastalık ve analık sigortalarından oluşan kısa vadeli sigorta kolları için alınacak primin, yapılan işin İKMH bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre %1 ile 6.5 arasında değişen oranlarda belirleneceği ve tamamının işveren tarafından ödeneceği belirtilmiştir (5510, m.81/1-c). Bu 506 sayılı Kanun uygulamasında yalnızca İKMH sigorta kolu için alınan primlerle ilgili geçerli olan bir esastır. Öte yandan, 5510 sayılı Kanun, işyerlerine uygulanacak prim tarifesi ile işyerlerinin dahil olacağı tehlike sınıf ve derecelerinin belirlenmesi ile ilgili esaslar bakımından da 506 sayılı Kanun uygulamasını benimsemiştir. Temel farklılık, daha önce İKMH, hastalık ve analık sigortaları için ayrı ayrı alınan primlerle bu sigorta kolları ile ilgili parasal yardımların yanı sıra sağlık hizmetleri de sağlanırken, 5510 sayılı Kanun'da parasal ödemelerle sağlık yardımları ayrılaştırılmış, parasal ödemelerin kısa vadeli sigorta kollarından, sağlık yardımlarının ise GSS kapsamında sağlanması esası getirilmiştir. Bu amaçla, GSS için ayrıca %12.5 oranında prim alınması öngörülmüştür. Bu ayırım, 5510 sayılı Kanun'un genel yaklaşımı açısından doğru gibi görünmekle birlikte, kısa vadeli sigorta kolları bakımından ortaya çıkan yeni durum dolaşısıyla kapsam boşluklarını giderecek paralel düzenlemelerin yapılmaması bu yazının da konusunu oluşturan çıraklar ve meslek eğitimi gören öğrencilerin sosyal güvenliği ile ilgili problemlerin de (hastalık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği alınamaması ve GSS'den yararlanma) kaynağını oluşturmuştur.

Kısa vadeli sigorta kollarının hepsi için tek prim alınması primlerin karşılık olma özelliğini ortadan kaldırmasının yanı sıra 506 sayılı Kanun uygulamasında görülmeyen problemleri de ortaya çıkarmıştır. Nitekim, 506 sayılı Kanun uygulamasında, İKMH hastalıkları sigortası için ayrı prim alınması, sigortalının bu riskle karşılaşmasının söz konusu olmadığı durum-

larda, (mesela, ücretli izin dönemlerinde) bu sigorta kolu için prim ödenmemesine imkân veriyordu. Ancak, 5510 sayılı Kanun uygulamasında her üç sigorta kolu için tek prim alınması Kanunun uygulanması sürecinde ilk problemi bu konuda ortaya çıkarmış ve Kurum, "Kısa vadeli sigorta kolları için alınan primin yalnızca İKMH sigorta kolundan sağlanan haklar için değil, hastalık ve analık sigortasından sağlanan hakları da kapsadığını, bu sebeple sigortalı için İKMH riskinin olmadığı ücretli izin dönemlerinde de kısa vadeli sigorta kolları primlerinin ödeneceğini" belirterek³, bu problemi ötelemiştir. Toplam prim oranlarında bir değişme söz konusu olmadığı için işverenler de bu açıklamaya dayanan çözüme "yüksek sesle" itiraz etmemişlerdir.

5510 sayılı Kanun, kişi olarak koruma kapsamının genişletilmesi ve uygulama kolaylığı sağlanması bakımından aşağıda sayılan gruplar için prim oranlarını 4. madde kapsamında bütün sigorta kolları bakımından zorunlu sigortalı sayılan aktif sigortalılar için geçerli olan oranlardan farklı oranlarda belirlemiş ve primlerin karşılık (fiyat) olma özelliğini zayıflatmıştır. Nitekim Kanununun 5. maddesi kapsamında;

- İKMH ve hastalık sigortalarına tabi olan çıraklar ve meslek lisesi öğrencileri,
 - İKMH sigorta koluna tabi olan zorunlu staja tabi tutulan yüksek öğrenim öğrencileri,
 - İKMH sigorta koluna tabi olan Türkiye İş Kurumu tarafından meslek edindirme kursuna tabi tutulan kursiyerler,
 - İKMH sigorta koluna tabi olan 2547 sayılı Kanun'un 46. maddesi gereğince kısmi zamanlı olarak çalıştırılan ancak gelirleri prime esas kazancın alt sınırından düşük olan yüksek öğrenim öğrencileri,
- tabi oldukları sigorta kolları dikkate alınmaksızın %1 oranında prim ödenerek, 5510 sayılı Kanun'a göre tabi oldukları sigorta kolları bakımından 4/a'lı sigortalı statüsünde sigortalı sayılmışlardır (md.5/1-a,b,e). Bu kesimler için bu oranın uygulanacağı prime esas kazançlarla ilgili düzenlemeler de dikkate alındığı zaman uygulama kolaylığı açısından böyle bir tercih yapıldığı görülmektedir. Öte yandan, aynı grupta bulunan ve İKMH ve analık sigor-

alarına tabi olan ceza infaz kurumları ile tutuklevleri bünyesinde oluşturulan tesis ve atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular için kısa vadeli sigorta kolları prim oranı zorunlu sigortalılar gibi %1-6,5 arasında değişen oranlarda uygulanacaktır.

C) 5510 Sayılı Kanun'da Çıraklar ve İşletmelerde Mesleki Eğitim Gören Öğrencilerin Sosyal Güvenliği ve Problemler

1. 5510 Sayılı Kanun Öncesi Dönem

5/6/1986 tarih ve 3308 sayılı "Mesleki Eğitim Kanunu"⁴, ile mesleki eğitime getirilen yenilikler Türk eğitim sisteminin en önemli ve en başarılı sonuç veren eğitimle ilgili reform hareketlerinden birini oluşturmuştur. Çırak, kalfa ve ustaların eğitimi ile okullarda ve işletmelerde yapılacak mesleki eğitime ilişkin esasları düzenleme amacıyla çıkarılan Kanun, kamu ve özel sektöre ait kurum, kuruluş ve işyerleri ile mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarındaki eğitim ve öğretimi kapsamıştır.

Kanunun, 3. Kısmının, "Ücret, sosyal güvenlik ve izin" başlıklı 3. bölümünde yer alan 25 ve 26. maddelerinde, aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrencilerin sosyal güvenliği ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre aday çırak, çırak ve mesleki eğitim gören öğrencilere;

- Yaşlarına uygun asgari ücretin %30'undan az ücret ödenmeyecektir.
- 506 sayılı Kanun kapsamında iş kazaları ve meslek hastalıkları ile hastalık sigortası kapsamında sigortalı sayılacaktır.
- Sigorta primleri, yaşlarına uygun asgari ücretin %50'si üzerinden MEB bütçesine konulan ödenekten karşılanarak ödenecektir.
- Primler, 506 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde İKMH için ve hastalık sigortası için ayrı ayrı hesaplanacak, İKMH primleri genel esaslara göre hastalık sigortası primi ise zorunlu sigortalılar için uygulanan %11 oranından farklı olarak, %2 işveren ve %2 sigortalı hissesi olmak üzere toplam %4 oranında uygulanacaktır (506, m.73).

Yukarıdaki düzenlemelere ilaveten özellikle belirtilmesi gereken diğer bir husus ise 3308 sayılı Kanun'la getirilen düzenleme gereği (md.25/son), çıraklar ve öğrencilerin sosyal güvenlik hakları bakımından 506 sayılı Kanun'un 23, 24, 35 ve 42. maddeleri hükümlerinin uygulanmayacağı hükmüdür. Bu hükümler;

- İKMH sonucu ölüm halinde hak sahiplerine aylık bağlanması (md.23),
- Sigortalının (İKMH dolayısıyla) ölümü halinde ana ve babaya gelir bağlanması (md.24),
- Eş ve çocuklara (hastalık sigortası kapsamında) sağlık yardımı yapılması (m.35),
- Ana ve babaya (hastalık sigortası kapsamında) sağlık yardımı yapılması (md.42) olarak sıralanmıştır. Bu istisnalar, çıraklar ve meslek lisesi öğrencilerine sağlanan sigortalılık statüsüne bağlı olarak ilgili sigorta kollarından sağlanan hakların yalnızca kendilerine yönelik olduğu, söz konusu sigortalılık ilişkisinin onlara ailenin geçimini sağlamakla yükümlü kişi statüsünü kazandırmadığı ve varsa "eş, çocuk, ana ve babaları" için bağımlı (bakılmakla yükümlü olunan) kişiler sıfatı ile gelir veya aylık bağlanamayacağı, sağlık yardımı yapılamayacağı anlamına gelmektedir. Bu istisnalardan özellikle hastalık sigortası ile ilgili olanlar hastalık sigortasının parasal yardımlarla sağlık yardımlarının tek bir sigorta altında düzenlenmesinden kaynaklanmıştır. Çıraklar ve meslek lisesi öğrencileri kapsamında oldukları İKMH ve hastalık sigortasının kendilerine yönelik bütün parasal yardımlarının yanı sıra ilgili sigorta kollarının sağlık yardımlarından da kendi sigortalılık ilişkilerine bağlı olarak faydalanabilmislerdir.

2. 5510 Sayılı Kanun'da Çırakların ve Mesleki Eğitim Gören Öğrencilerin Sosyal Güvenliği ve Problemler

5510 sayılı Kanun'da çıraklar ve mesleki eğitim gören öğrencilerin sosyal güvenliği ile ilgili düzenlemelere "Bazı sigorta kollarının uygulanmayacağı" başlıklı 5. maddede yer verilmiş ve "5/6/1986 tarih ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenci-

ler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası...” uygulanır denilmiştir. Bu hüküm ile aynı madde içinde sosyal güvenlikleri düzenlenen diğer gruplardan (zorunlu staj yapan yüksek öğrenim öğrencileri, üniversitelerde kısmi süreli çalışan öğrenciler ve İŞKUR kursiyerleri gibi) farklı olarak İKMH'nin yanı sıra hastalık sigortasından sağlanan haklardan da faydalanmalarına imkân verilmiş ve 506 sayılı Kanun dönemine göre “sosyal güvenlik haklarında geriye gidış” anlamına gelecek sonuçlar doğmasına yol açılmamıştır.

5510 sayılı Kanun, çıraklar ve meslek eğitimi gören öğrenciler için ödenecek prim oranını, herhangi bir sigorta kolu ayırımı yapmaksızın %1 olarak belirlemiş, ayrıca bu grupta bulunanların prime esas kazançlarının ilgili Kanun'da (3308) belirtilen şekilde (yaşlarına uygun asgari ücretin %50'si esas alınarak) belirleneceğini belirtmiştir (m.81/1). Bu yeni düzenlemenin dikkat çeken özelliği, 506 sayılı Kanun uygulamasından farklı olarak hastalık sigortası için ayrıca bir prim belirlenmemiş olmasıdır.

Öte yandan, kısa vadeli sigorta kollarının yeni tanımına uygun olarak sağlık hizmetlerinin alınması konusunda çıraklar ve mesleki eğitim gören öğrenciler için GSS'nin kapsamını belirleyen 60. maddede özel bir düzenleme yapılmamış, bugün uygulanan şekli ile; sigortalı olan anne-babalarının bakmakla yükümlü oldukları kişiler olarak (5510, md.3/10), 20 yaşına kadar veya anne-baba sigortalı değilse 18 yaşına kadar primleri devlet tarafından ödenerek GSS'den faydalanmaları öngörülmüştür.

5510 sayılı Kanun'da “çıraklar ve mesleki eğitim gören öğrencilerin sosyal güvenliği” ile ilgili düzenlemeler bir bütün olarak değerlendirildiği zaman;

- 506 sayılı Kanun ve 3308 sayılı Kanun hükümleri arasında paralellik ve uyum sağlayan düzenlemelerin 5510 sayılı Kanun'da yapılması (unutulması),

- Kısa vadeli sigorta kollarının yeniden tanımlanması dolayısıyla parasal yardımlarla sağlık yardımlarının ayrılması ve GSS'nin ayrı bir sigorta kolu olarak düzenlenmesine bağlı bu ayırımın ortaya çıkaracağı boşlukları giderecek hükümlere de yer verilmemiş olması,

sebebiyle bu grubun sosyal güvenlik hakları ile ilgili problemler ortaya çıkmıştır. Bu problemler;

- Çıraklar ve mesleki eğitim gören öğrencilerin GSS'den faydalanmaları, kendi sigortalılık ilişkilerine bağlı olarak mı yoksa bakılmakla yükümlü olunan kişiler olarak mı sağlanacaktır?

- Çırakların ve öğrencilerin İKMH nedeniyle ölümleri halinde bu sigorta kolundan sağlanan ölüm halinde eş, çocuk ve anne-babaya gelir bağlanması söz konusu olacak mıdır?

- Hastalanmaları halinde, 5510 sayılı Kanun'la kapsamında oldukları belirtilen, hastalık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği alabilecekler midir?

başlıkları altında toplanabilir. 5510 sayılı Kanun'daki mevcut düzenlemelerden hareketle bu soruların hepsine evet cevabı verilebilir. Ancak, 506 sayılı Kanun uygulaması dikkate alınır ve Kanun koyucunun da bu hakların devamını sağlama niyetinde olduğu göz önüne alınırsa, kolaylıkla yasa koyucunun arzu ettiği sonucu bu olmadığı kanaatine varılabilir. Bu sonuç, çok yalın olarak ifade etmek gerekirse, Kanunun yasalaşması sürecinde bazı hususların gözden kaçırılması ve 3308 sayılı Kanun'da ilgili değişikliklerin yapılmamış olmasından dolayı ortaya çıkmış görünmektedir⁵.

5510 sayılı Kanun'da bu sorunların ortaya çıkmasına yönelik belirsizliği doğuran düzenlemeler ve boşluklar şunlardır:

- Kısmen sigortalı sayılan grupların kapsamı genişletilmiş ve kısa vadeli sigorta kollarının tamamının uygulanmamasına rağmen tabi oldukları sigorta kolları bakımından 5510 sayılı Kanun'a göre 4/a kapsamında sigortalı sayıldıkları belirtilmiştir (m.5/1-a, b, e ve g). Bu hükme göre, aksine ve açıkça bir hüküm yer almadıkça 5. madde kapsamındaki sigortalılar tabi oldukları sigorta kolları ile ilgili hak ve yükümlülükler bakımından 4/a kapsamındaki sigortalılarla aynı hükümlere tabi olacaklardır.

- İKMH'nin tanımı, bildirilmesi ve soruşturulması ile ilgili 13 ve 14. maddelerde 5. madde kapsamında kısmen sigortalı sayılanlarla ilgili özel hükümlere yer verildiği halde hastalık ve analık halinin düzenlendiği 15. maddede bu kesimle ilgili olarak kapsam dışında bırakılma-

larını gerektiren özel bir hükme yer verilmiştir.

- Kısa vadeli sigorta kollarından sağlanan hakların düzenlendiği 16. maddede, 5. madde kapsamındaki sigortalıların bu madde ile belirtilen bazı haklardan faydalanmasını önleyecek istisnalara yer verilmemiştir.

- Geçici iş göremezlik ödeneğinin düzenlendiği 18. maddede, 4/b kapsamındaki sigortalılar hariç olmak üzere, 4/a kapsamındaki sigortalıların yanı sıra 5. madde kapsamındaki sigortalıların hastalanmaları halinde önceki 1 yıl içinde 90 gün prim ödemeleri şartıyla hastalık haline bağlı iş göremezlik ödeneği alabilecekleri açıkça belirtilmiştir (m.18/1-b). Hatırlamak gerekirse, 5. madde kapsamındaki sigortalılardan yalnızca çıraklar ve işletmelerde meslek eğitimi gören öğrenciler İKMH'nin yanı sıra hastalık sigortası kapsamındadırlar.

- 5510 sayılı Kanun, bazı sigortalı gruplarının faydalanamayacağı hakları özellikle belirtmiştir. Nitekim, analık sigortasından sağlanan haklardan genel olarak 4/a ve 4/b kapsamındaki sigortalıların faydalanacağı belirtilirken, 4/b kapsamında olmakla birlikte 4/1-b-3 kapsamında sigortalı sayılan şirket ortaklarının bu haklardan faydalanamayacağı açık olarak dile getirilmiştir. (m.18/1-c ve d). İKMH ve hastalık sigortaları için benzer istisnai düzenlemeler 5. madde kapsamındaki sigortalılar için yapılmamıştır.

- İKMH bağlı nedenlerle ölen sigortalıların hak sahiplerine aylık bağlanması, evlenme ve cenaze ödeneklerinin düzenlendiği 20. maddede 5. madde kapsamındakilerle ilgili istisnai düzenlemelere yer verilmemiştir. 4/b kapsamındaki sigortalıların haklardan faydalanmak için prim borcunun olmaması şartı ilgili her yerde özellikle belirtilirken 5. madde kapsamındakilerin bu haklardan faydalanamayacağı ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

- 5510 sayılı Kanun'da gerekli düzenlemelere yer verilmemesi bir yana 3308 sayılı Kanunun 25. maddesinde, 506 sayılı Kanun uygulamasında olduğu gibi, çıraklar ve mesleki eğitim gören öğrenciler bakımından hangi hakların uygulanamayacağı ile ilgili istisnaları belirten değişiklikler yapılmamıştır.

- 506 sayılı Kanun uygulamasının aksine,

uygulama kolaylığı sağlanması için 5. madde kapsamında bulunan bütün gruplar için hangi sigorta kollarına tabi olduklarına bakılmaksızın yalnızca %1 oranında prim alınması, doğal olarak çıraklar ve meslek eğitimi alan öğrencilerin GSS bakımından sigortalı sayılanların belirtildiği 60. maddede bu kesimle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemesine yol açmıştır. Kurum tarafından da kabul edilen bu boşluk uygulamada Kurum yorumuyla çözülmeye çalışılmıştır.

Yukarıda belirtilen sebeplerle ortaya çıkan sorun 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra fark edilmiş, gerek MEB'in, gerekse sendikaların Kurumla karşılıklı yazışmalarında⁶ sorunun çözümüne yönelik arayışlar dile getirilmiştir. Bugünkü şekliyle sorunun hastalık sigortası ile ilgili boyutu; çıraklar ve meslek eğitimi gören öğrencilerin 60. madde kapsamında belirtilen GSS sigortalıları arasında sayılmamaları dolayısıyla GSS kapsamındaki haklardan ana-babalarının bakmakla yükümlü olduğu kişi statüsüyle faydalanabilmeleri, kendi sigortalılık ilişkilerine bağlı olarak GSS'den faydalanamadıkları için de hastalık sigortasından sağlanan geçici iş göremezlik ödeneğini alamamaları ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Problemin bu boyutu bir ölçüde sistemin işleyişi ile ilgili belge ve kayıt sisteminden (aktivasyon işlemleri) kaynaklanmakta, çıraklar ve öğrencilerin hastalık halinde çalışan sigortalılar gibi istirahat raporu alamamaları sonucu geçici iş göremezlik ödeneğini alamamaları sonucunu da doğurmaktadır.

D) 5510 Sayılı Kanun'da Yeni Düzenleme Yapma İhtiyacı ve Çırakların ve Meslek Eğitimi Gören Öğrencilerin Sosyal Güvenliği

Çırakların ve meslek eğitimi gören öğrencilerin sosyal güvenliği bakımından ortaya çıkan ve yukarıda belirtilen problemler, 5510 sayılı Kanun'la ilgili ilk yasal düzenleme çalışmalarını başlatıldığı zaman kolaylıkla çözülebilecek problemler niteliğindedir. Ancak, benzer sorunların tekrarını önlemek için sorunu sosyal si-

gortaların temelini oluşturan “primlerin karşılık (fiyat) olma özelliğini” güçlendirerek çözmek en isabetli yol olacaktır. Bu çerçevede yapılabilecek düzenlemeler şu esaslar altında toplanabilir.

1. Çıraklar ve mesleki eğitim gören öğrenciler, Kanunun 5. maddesinde yer alan diğer öğrenci gruplarından farklı olarak, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'na göre bu eğitimi gördüğü işyerlerinden yaşlarına uygun asgari ücretin %30'undan az olmamak üzere ücret geliri elde eden bir anlamda aktif sigortalı statüsündedirler. Bu sebeple, öncelikle İKMH sigorta kolu bakımından alınacak prim oranı diğer sigortalılar gibi %1-6.5 oranları arasında değişecek şekilde değiştirilebilir. İkinci olarak, ücret geliri elde eden sigortalı statüsünde oldukları dikkate alınarak, 506 sayılı Kanun uygulamasında olduğu gibi, kendi sigortalılık ilişkilerine bağlı olarak GSS kapsamına alınmaları için diğer sigortalılar için alınan %12.5 oranından daha düşük oranda belirlenen bir GSS primi alınabilir ve bu primler, bu eğitimi yürütmek ve teşvikten sorumlu Milli Eğitim Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanabilir. Tabii oldukları her iki sigorta kolu için de ayrı prim alınması çıraklar ve meslek eğitimi öğrencilerinin GSS bakımından kendi sigortalılık sicil numaraları üzerinden aktivasyonlarının yapılmasına imkân vereceği için İKMH veya hastalık sebebiyle iş göremez oldukları dönemlere ait işlemleri daha kolay yürütülecektir. Bu düzenleme, bu kişilerin GSS bakımından sigortalı sayılmaları ile ilgili olarak Kurum tarafından yapılması gereken çok sayıda karmaşık işlemi (ana-babası üzerinden bağımlı statüde sağlık hizmetlerinden faydalanmaları, yoksa 18 yaşına kadar primleri devlet tarafından ödenerek GSS kapsamına alınmaları veya bu yaşı geçerse gelir testine bağlı olarak GSS kapsamına alınmaları gibi) ortadan kaldıracaktır.

Primlerle ilgili düzenlemeler yapıldıktan sonra cevaplandırılması gereken iki önemli soru daha vardır. Bunlardan ilki, çırak veya mesleki eğitim gören öğrencinin İKMH'na bağlı olarak ölümü halinde ana-babasına veya evli ise eş ve çocuğuna aylık bağlanacak mıdır? 506 sayılı Kanun uygulamasında 3308 sayılı Kanun'un 25. mad-

desinin son fıkrasında yapılan düzenleme ile bu haklardan faydalanamayacağı özellikle belirtilecek sorun çözülmüştü. 5510 sayılı Kanun'da prim oranı şimdi olduğu gibi %1 olarak devam ettirilirse bu istisnalar getirilerek sorun çözülebilir. Ancak, yukarıda önerildiği gibi bu gruptakiler için de kısa vadeli sigorta kolları için zorunlu sigortalılarla aynı oranda prim alınırsa bu istisnaların gerekçesi zayıflar. Çıraklık ve mesleki eğitim görme evlenmeye ve çocuk sahibi olmaya engel bir durum değildir ve diğer sigortalılar gibi bu tehlikelere maruz kalmaları halinde hak sahipleri mağdur olabilir. Bu durum değişik boyutları dikkate alınarak tartışılması gereken bir sorun olarak gündeme alınmalıdır.

İkinci soru, çıraklar ve mesleki eğitim gören öğrencilerin, ayrı bir GSS primi ödenerek 5510 sayılı Kanun'un 60. maddesi kapsamında aktif sigortalı olarak sigortalılık ilişkilerinin kurulması halinde, ana-baba ve/veya eş ve çocuklarına bakmakla yükümlü oldukları kişiler statüsünde sağlık yardımı sağlanacak mıdır? Bu grup için belirlenecek prim oranının diğer sigortalılardan daha düşük oranda belirlenmesi halinde primlerin karşılık olma özelliği zayıflayacağı için GSS'den sağlanan hizmetlerden yalnızca kendisinin faydalanmasına imkân veren düzenlemelerin yapılması 5510 sayılı Kanun'un genel yaklaşımına ters bir uygulama olmaz. Ancak, diğer sigortalılar gibi %12.5 oranında bir GSS primi alınarak sigortalı olmaları halinde İKMH için geçerli olan ve yukarıda dile getirilen sorun burada da söz konusu olacaktır.

2. Eğer prim yükünün artırılmaması gibi sebeplerle çıraklar ve meslek eğitimi gören öğrenciler için alınan %1'lik prim oranında değişiklik yapılmaksızın devam edilmek istenirse çözüm için birkaç ihtimal ortaya çıkmaktadır. Bunlar;

- 506 sayılı Kanun uygulamasından geri adım atma anlamına gelecek bir çözümle, çıraklar ve meslek eğitimi gören öğrenciler de 5. madde kapsamında kısmen sigortalı sayılan diğer gruplar gibi yalnızca İKMH bakımından sigortalı sayılırlar ve hastalık sigortası kapsamı dışında bırakılırlar. Doğrudan 5510 sayılı Kanun'da yapılacak düzenlemelerle veya daha önce olduğu gibi 3308 sayılı Kanun'un

25. maddesinde gerekli değişiklikler yapılarak İKMH'na bağlı ölüm halinde hak sahiplerine aylık bağlanması ile ilgili hükümler bakımından istisnalar getirilir.

- Eğer çıraklar ve mesleki eğitim gören öğrencilerin İKMH ve hastalık sigortasından birlikte faydalanmaları konusunda bir geri adım atılmak istenmez ve kısa vadeli sigorta kolları için alınan %1'lik prim oranı da değiştirilmez ise ilaveten düşük oranlı bir GSS primi alınarak kendi sigortalılık ilişkilerine bağlı olarak GSS kapsamında sigortalı sayılmaları imkânı sağlanır. Bu değişiklikler de primin karşılık olma özelliğini zayıflatığı için İKMH ve GSS bakımından ana-baba ve eş-çocukların faydalanmaları ile ilgili istisnai düzenlemeler yapılabilir.

3. Çıraklar ve meslek eğitimi gören öğrencilerle ilgili olarak ortaya çıkan sorunlardan hareketle bu kesimle ilgili olarak yapılacak düzenlemelere paralel şekilde, 5510 sayılı Kanun'un 5. maddesi, kapsam, sağlanan haklar ve prim oranı bakımından yeniden düzenlenmelidir. Bu çerçevede, eğer zorunlu staj yapan yüksek öğrenim öğrencileri, üniversitelerde kısmi süreli çalışan öğrenciler ve İŞKUR kursiyerleri için İKMH kapsamında sigortalı sayılmaları için %1 oranında prim alınmaya devam edilecekse bu kişiler için İKMH'na bağlı sebeplerle ölümleri halinde hak sahiplerine gelir ve aylık bağlanması ile ilgili düzenlemeler değiştirilmelidir. Kişisel görüşüm, %1'lik prim oranı karşılık olma özelliği taşımadığı için bu kişilerin ölümleri halinde hak sahiplerine yönelik yardımların yapılması sınırlandırılabilir. Daha doğru olacak yaklaşım, kısa vadeli sigorta kolları için alınan prim oranının diğer sigortalılar gibi %1-6.5 oranına yükseltilerek statüleri ne olursa olsun Kanunla sağlanan haklardan bütün haklardan faydalanmalarını sağlamaktır.

Son Söz Olarak

Çıraklar ve mesleki eğitim gören öğrencilerin durumunda olduğu gibi, 5510 sayılı Kanun'un yasalaşması sürecinde gözden kaçan boşluklar/eksiklikler dolayısıyla Kanunun uygulama sürecinde ortaya çıkan benzer sorunları çözecek tedbirleri almak, 65 yılı aşan bir sosyal güvenlik hukuku uygulama tecrübesi olan Türkiye için zor değildir. Ancak,

benzer problemlerin tekrarına yol açmamak ve 5510 sayılı Kanun'un genel yaklaşım ve sistematikliğini bozacak yeni düzenlemelere yol açmamak için, 2 yıla yaklaşan uygulama sonuçlarını da dikkate alarak, yasa koyucunun işini kolaylaştırmak üzere, Kurum temsilcilerinin de dahil olacağı akademik bir çalışma komisyonu oluşturularak 5510 sayılı Kanun'un yeniden gözden geçirilmesi ve yapılması gereken değişikliklerin belirlenmesi daha isabetli olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Para-fiskal gelirler; "Devletin ekonomik ve sosyal hayata yönelik müdahale alanlarının genişlemesine bağlı olarak arta kamu harcamalarının karşılanması amacıyla kamu veya yarı kamusal nitelikteki mal ve hizmetlerin üretimi amacıyla oluşturulan ekonomik, sosyal ve mesleki örgütlerin (kurum ve kuruluşların) bu amaçlarını gerçekleştirmeleri için ihtiyaç duydukları finansmanı temin etmek üzere zorunlu olarak tahsil edilen bütçe dışı gelirler" olarak tarif edilir.
- 2 506 sayılı Kanun uygulamasında, İKMH sigorta kolu için işyerlerinin tehlike sınıf ve derecelerine göre %1.5-7 arasında değişen 12 ayrı prim tarifesi uygulanırken, hastalık sigortası için (sağlık yardımları dahil) %11 ve analık sigortası içinse %1 oranında prim alınıyordu.
- 3 Kurumun 28/09/2008 tarihli "Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul ve Esaslar Hakkındaki Tebliğ" esaslarına göre 506 sayılı Kanun uygulamasında olduğu gibi yıllık ücretli izinlerde kısa vadeli sigorta kolları (IKMH) primi ödenmemesi yönünde bir düzenlemeye yer verilmesine rağmen, ortaya çıkan boşluk fark edilince 23/11/2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan değişiklik Tebliği ile bu muafiyet kaldırılarak bu dönemlerde kısa vadeli sigorta kolları primi ödenmesi esası getirilmiştir.
- 4 Kanun, 2001 yılında 4702 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce "Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu" adı ile çıkarılmıştı.
- 5 3308 sayılı Kanun'un 25. maddesinde yer alan hükümler 506 sayılı Kanun ve ilgili maddelerine doğrudan atıfla düzenlendiği için "Diğer Kanunlarda bu Kanunla getirilen hususlara aykırı hükümlerin geçersiz olacağı yönündeki genel yaklaşım" bu konu ile ilgili sorunları çözmek için yeterli değildir.
- 6 SGK'nın Milli Eğitim Bakanlığı ile 2009 yılı içinde yapmış olduğu yazışmalarda bu durum "Bu itibarla, mülga 506 sayılı Kanun uygulamasında olduğu gibi, bu sigortalıların genel sağlık sigortası primlerinin Milli Eğitim Bakanlığınca ödenmesi kaydıyla sağlık yardımlarından yararlanmaları konusunda yasal düzenleme yapılması hususu uygun mütalaa edildiğinden aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrencilerin genel sağlık sigortası kapsamına alınması konusu Kurumumuzca 5510 sayılı Kanun'da yapılacak yasal düzenleme sırasında değerlendirilecektir." açıklaması ile vurgulanmıştır.

Ücret Garanti Fonundan Yararlanmak İmkânsızlaşıyor Mu?

Mahkeme tarafından res'en bilirkişi olarak seçildiğimiz bir dosyada Türkiye İş Kurumu'nun Ücret Garanti Fonundan yararlanmak üzere, bir kısım başvuru sahiplerinin başvurularını reddettiği tespit edilmiştir. Bu ret kararlarının yerinde olup olmadıklarının incelenmesi sırasında, Ücret Garanti Fonuna ilişkin yasal düzenleme ve özellikle son olarak yürürlüğe giren Yönetmelik hükümlerinden bazılarının, Fondan yararlanmayı önemli ölçüde güçleştirdiği ve ülkemizdeki mahkeme uygulamaları nedeni ile neredeyse imkansızlaştırdığı fark edilerek, bu duruma dikkatleri çekmek amacıyla aşağıdaki tespitlere ve sonuçlara ulaştığımız çalışmanın yapılmasına neden olmuştur.

1. ÜCRET GARANTİ FONUNA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER

Ücret Garanti Fonuna ilişkin yasal düzenleme şu şekilde gelişim göstermiştir. İlk kez 4857 sayılı Kanun'un 33. maddesinde düzenlenmiş

olup, "işverenin konkordato ilan etmesi, işveren tarafından aciz vesikası alınması veya iflası nedenleri ile işverenin ödeme gücüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan son üç aylık ücretlerini karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir Ücret Garanti Fonu" oluşturulması esası kabul edilmiştir. Bu fonun çalışma esaslarının belirlenmesi bakımından bir yönetmelik çıkarılacağı belirtilmiş ve buna uygun olarak 18.10.2004 tarihli ve 25617 sayılı RG'de yayımlanan yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

Ancak 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun'un 37. maddesi ile İş Kanunu'nun 33. maddesi yürürlükten kaldırılmış ve böylece Ücret Garanti Fonuna ilişkin uygulama İş Kanunu'ndan çıkarılarak aynı Yasanın 17. maddesi ile 4447 sayılı işsizlik sigortasını da düzenleyen Kanuna Ek 1. madde olarak eklenmiştir.

"İşverenin ödeme aczine düşmesi" başlıklı Ek 1. madde uyarınca: "Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işverenin konkordato ilan etmesi, iş-

veren için aciz vesikası alınması, iflası veya iflasın ertelenmesi nedenleri ile işverenin ödeme gücüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan üç aylık ödenmeyen ücret alacaklarını karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir Ücret Garanti Fonu oluşturulur. Bu madde kapsamında yapılacak ödemelerde işçinin, işverenin ödeme gücüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işyerinde çalışmış olması koşulu esas alınarak temel ücret üzerinden ödeme yapılır. Bu ödemeler 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 78 inci maddesi uyarınca belirlenen kazanç üst sınırını aşamaz.

Ücret Garanti Fonu, işverenlerce işsizlik sigortası primi olarak yapılan ödemelerin yıllık toplamının yüzde biridir. Ücret Garanti Fonunun oluşumu ve uygulanması ile ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.”

Ücret Garanti Fonunun oluşturulması ve uygulanmasına ilişkin esasları belirleyen Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği 28.06.2009 tarihli 27272 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca: (1) Kurum tarafından ücret alacağının ödenebilmesi için iş sözleşmesinin devam edip edilmediğine bakılmaksızın,

a) İşveren hakkında aciz vesikası alınması durumunda, icra dairesinden alınan aciz vesikası veya 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 105 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca alınacak hacze kabil mal bulunmadığına ilişkin haciz tutanağı ve işveren tarafından düzenlenen işçi alacak belgesi,

b) İşverenin iflası durumunda, mahkemece verilen iflas kararı veya İcra ve İflas Kanunu'nun 166 ncı maddesi uyarınca iflas kararının ilan edildiğini gösteren belge ve iflas dairesi veya iflas idaresi tarafından onaylanan işçi alacak belgesi,

c) İşverenin iflasının ertelenmesi durumunda, mahkemece verilen iflasın ertelenmesi kararı veya İcra ve İflas Kanunu'nun 166 ncı maddesi uyarınca iflasın ertelenmesinin ilan edildiğini gösteren belge ve kayyım tarafından onaylanan işçi alacak belgesi,

ç) İşveren hakkında konkordato ilan edilmesi durumunda, mahkemece verilen konkordato

mühlet kararı veya İcra ve İflas Kanunu'nun 288 inci maddesi uyarınca konkordato mühlet kararının ilan edildiğini gösteren belge ve konkordato komiseri veya konkordato tasfiye memuru tarafından onaylanan işçi alacak belgesi ile birlikte işçinin Kurum birimine başvurması gerekir.

Ödemeye ilişkin usul ve esaslar ise 9. maddede yer almakta olup, bu madde uyarınca:

(1) Ek-1'de yer alan İşçi Alacak Belgesi işverenin ödeme gücüne düştüğü tarihten önceki ücret alacaklarına ilişkin olmalıdır.

(2) İşçinin, işverenin ödeme gücüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işyerinde çalışmış olması gerekir.

(3) Günlük ücret alacağı 5510 sayılı Kanunun 82 nci maddesi uyarınca belirlenen günlük kazanç üst sınırını aşamaz.

(4) Ücret alacağı, işçinin Kuruma başvuru tarihini izleyen ayın sonuna kadar ödenir.

(5) Bu kapsamda yapılacak ödemeler, Fon kaynaklarıyla sınırlıdır. Ödemeler, Kuruma başvuru sırasına göre yapılır.

II. TÜRKİYE İŞ KURUMU TARAFINDAN ÜCRET GARANTİ FONUNDAN YARARLANMA TALEPLERİNE İLİŞKİN UYGULAMA ÖRNEKLERİ VE BU UYGULAMALARA İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZ

Türkiye İş Kurumu'nun son zamanlarda Ücret Garanti Fonundan yararlanma konusundaki talepleri “işçinin, işverenin borç ödemediği aciz vesikası karar tarihinden önceki bir yıl içinde ilgili işyerinde” çalışmamış olması nedeniyle reddettiği gözlemlenmektedir. Nitekim Yönetmelikte yapılan bu düzenlemeden sonra Türkiye İş Kurumu'na ait internet sayfasında yer alan rakamların tablo haline getirilmesi ile, Yönetmelik değişikliğinden sonra, Ücret Garanti Fonundan yararlananların sayısında ciddi bir düşüş yaşandığı söylenebilecektir.

Bu sebeple Kurum'un sözü edilen gerekçesinin yerinde olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca Ücret Garantisi Fonuna başvurulması durumunda geçerli kabul edilecek belgeler sınırlı şekilde sayılmıştır. Bunlar arasında işveren hakkında alınacak aciz vesikası, iflas kararı, iflasın ertelenmesi kararı veya konkordato kararı yer almaktadır. Yönetmeliğin 9. maddesinin 2. bendinde “İşçinin, işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işyerinde çalışmış olması gerektiği” belirtilmektedir. Bu hüküm 4447 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddeye uygundur. Çünkü burada da, “Bu madde kapsamında yapılacak ödemelerde işçinin, işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işyerinde çalışmış olması koşulu esas alınarak temel ücret üzerinden ödeme yapılır.” hükmü yer almaktadır. Her iki düzenlemede de “işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden” söz edilmektedir. Yasada ödeme güçlüğüne düşme tarihinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen Yönetmeliğin 4. maddesinin (d) bendinde “Ödeme Güçlüğüne Düşme Tarihi: İflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato kararının verildiği tarihi veya aciz vesikası alınması durumunda belge tarihini; Temel Ücret: İşçinin 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel

Sağlık Sigortası Kanununun 80 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendi gereğince sigorta primine esas tutulan kazancı üzerinden hesaplanan net ücreti,” ifade ettiği belirtilmiştir. Dikkat edilecek olursa iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato durumlarından birinin varlığı halinde karar tarihi esas alınırken, aciz vesikasının alınması durumunda, belge tarihi esas alınmaktadır. Yönetmeliğin bu düzenlemesinin Yasanın amacına ve ruhuna uygun olmadığı düşünülmektedir. Ayrıca yasada yer almayan ve düzenlenmeyen bir konunun yönetmelikle düzenlenmesi mümkün değildir. Yönetmelik ancak yasada yer alan konuların nasıl uygulanması gerektiğini gösterebilir.

Yönetmeliğin 4. maddesinin d bendinde yer alan hüküm, 4447 sayılı Yasa’da işverenin acizini düzenleyen maddede yer almayan biçimde, aciz vesikası alınması durumunda, işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü tarih olarak, aciz vesikasının alındığı tarihin esas alınması gerektiğini düzenlemiş bulunmaktadır. Bunun gibi iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato durumunda da Yasada yer almayan şekilde, Yönetmelikte bu kararların verildiği tarih esas alınmıştır. Bunun sonucu olarak, 4447 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. madde ve Yönetmeliğin 9. maddesinin

ÜCRET GARANTİ FONU

TARİHLER	ÖDEMELER TOPLAMI	ÖDEMELER TOPLAMI DEĞİŞİM ORANI	YARARLANAN KİŞİ SAYISI	YARARLANAN KİŞİ SAYISI DEĞİŞİM ORANI	YARARLANANLARA YAPILAN ÖDEMELER	YARARLANANLARA YAPILAN ÖDEMELER DEĞİŞİM ORANI
Mart 09	102.870.531,50	-	784	-	1.288.116,17	-
Nisan 09	103.960.052,03	1,05%	978	19,84%	1.564.934,42	17,69%
Mayıs 09	103.827.115,61	-0,13%	1812	46,03%	2.982.748,20	47,53%
Haziran 09	104.110.969,09	0,27%	1.303	-39,06%	2.496.450,57	-19,48%
Temmuz 09	101.373.870,16	-2,70%	1.543	15,55%	2.737.098,93	8,79%
Ağustos 09	106.783.776,00	5,07%	1.823	15,36%	3.381.444,12	19,06%
Eylül 09	104.398.224,00	-2,29%	2.155	15,41%	5.242.507,92	35,50%
Ekim 09	106.411.032,00	1,89%	569	-278,73%	761.240,92	-588,68%
Kasım 09	108.526.888,00	1,95%	743	23,42%	818.577,43	7,00%
Aralık 09	110.520.448,00	1,80%	596	-24,66%	982.939,99	16,72%
Ocak 10	111.979.696,00	1,30%	929	35,84%	1.548.555,21	36,53%
Şubat 10	113.011.392,00	0,91%	980	5,20%	1.736.822,95	10,84%
Mart 10	114.491.448,00	1,29%	832	-17,79%	1.409.348,07	-23,24%

uygulanması durumunda, aciz vesikasının alındığı, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato kararlarının verildiği tarihten önceki bir yıl içinde işyerinde çalışmayan işçinin Ücret Garanti Fonu uygulamasından yararlanması mümkün olmayacaktır. Elbette ki kanun koyucunun gerçek amacı bu olamaz. Zira kanun koyucunun amacının da bu olduğu kabul edilirse, Türk yargı sistemi içerisinde aciz vesikası, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato kararlarının alınmasının genellikle bir yıldan daha uzun süre tutacağı göz önüne alındığında, bu yolla alacağına kavuşmak isteyen her işçi, bu durumların varlığını belgeleyen belgeleri, aldığı tarihten önceki bir yıl içinde işyerinde çalışmış olma şartını yerine getirmeyeceği için Ücret Garanti Fonundan yararlanması mümkün olmayacaktır. Oysa burada kanun koyucunun amacı, gerçekte işyerinin işçisi olmayan birtakım kimselerin, işyeri işçisiymiş gibi, işe alınmaları sureti ile gerçekte hiç çalışmamış olsalar bile Ücret Garanti Fonundan yararlanmalarını engellemektir. Sorun, Yönetmeliğin ödeme gücüne düşmeden aciz vesikasının alındığı, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato tarihlerinin esas alınmasından kaynaklanmaktadır. Oysa Ek Geçici 1. madde bunu sadece “işverenin ödeme gücüne düşmesinden önceki bir yıllık süreden beri aynı işyerinde fiilen çalışıyor olması” şeklinde değerlendirmiş ve düzenlemiştir. Bu sebeple ücret alacağının doğduğu tarihten itibaren, ki kanımızca bu da işverenin ücreti ödeme konusunda temerrüde düştüğü tarihtir, beş yıl içerisinde Fona müraaat edilmesi mümkün olmalıdır.

III. İŞ KURUMU'NUN ÜCRET GARANTİ FONUNDAN YARARLANMA TALEBİNİN REDDİ YÖNÜNDEKİ KARARINA KARŞI NEREYE BAŞVURULMALIDIR?

İşsizlik sigortasını düzenleyen 4447 sayılı Kanun'da görevli ve yetkili mahkeme ile ilgili özel bir düzenleme yer almamaktadır. Kanunun 54. maddesinin 2. fıkrasındaki “İşsizlik sigortası uygulamasına ilişkin işlemlere karşı sigortalıların ve işverenlerin yapacakları itirazlardan Sos-

yal Sigortalar Kurumuna verilen görevlerle ilgili olanlar adı geçen Kuruluşa, diğerleri ise Kuruma yapılır. İtirazların, işlemin tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde yapılması ve 30 gün içinde sonuçlandırılması zorunludur. Yapılan itirazlar daha önce yapılmış bulunan işlemlerin uygulamasını geciktirmez. İtiraz yoluna başvurulmuş olması ilgililerin yargı yoluna başvurma haklarını ortadan kaldırmaz.” hükmü başvurulabilecek mahkeme hakkında bir bilgi vermemektedir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda olduğu gibi, 5510 sayılı Kanun'un 101. maddesinde “Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür.” hükmü getirilmiştir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin işsizlik sigortasından yararlanma konusunda yapılan başvurulara ilişkin uyuşmazlıkları incelediği bilinmektedir¹.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde, bir davanın iş mahkemesinde görülebilmesi için tarafların İş Kanunu'na tabi işçi ve işveren olması ve aralarındaki uyuşmazlığın iş sözleşmesinden veya İş Kanunu'na dayanan bir hak iddiasından doğması gerektiği belirtilmiştir. Bu sebeple, Kurumun sigortalının Ücret Garanti Fonundan yararlanma talebini reddetmesine yönelik kararına karşı nereye başvurulması gerektiği sorulabilecektir. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan koşullar sağlanmamış olsa da, Kurumun bu işlemine karşı idare mahkemesine değil, yine iş mahkemesine başvurulması gerektiği düşünülmektedir. Çünkü 4447 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasında “Bu Kanunun 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4 ncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile ikinci fıkrası kapsamında olanlardan bir hizmet akdine dayalı olarak çalışan sigortalıları ve 506 sayılı Sosyal Sigortalılar Kanunu'nun Geçici 20 nci maddesinde açıklanan sandıklara tabi sigortalıları” kapsadığı belirtilmiştir. Özetle 4447 sayılı Kanun sigortalı kavramından hareket etmektedir. Sigortalıları ilgilendiren uyuşmazlıkların iş mahkemesinde çözülmesi gerektiği 5510 sayılı Kanun'un 101. maddesinde kabul edildiğine göre, bu sıfatı taşıyan kimseler hakkında

İdari uyuşmazlıklar bakımından Danıştay'dan iptali istenmeyen bir yönetmelik veya yönetmelik hükmünün mahkemeler tarafından uygulanmayabileceği konusunda kararlar verilmektedir.

ihhtisas mahkemesi niteliğinde olan iş mahkemelerinin bakmasının daha uygun ve yerinde olacağı kanaatindeyiz.

IV. YASAYA AYKIRI YÖNETMELİK HÜKMÜNÜ İŞ YARGICI UYGULAMAK ZORUNDA MIDIR?

Bu durumda Yasada düzenlenmeyen, ama Yönetmelikte yer alan ve Yasaya aykırı olan bir düzenlemenin bulunması nedeniyle, İş Kurumu tarafından verilen kararın uygulanıp uygulanmaması gerektiği sorunu ortaya çıkacaktır. Yönetmelikte düzenlenen ve Yasaya aykırı olan bir düzenlemenin Danıştay'da iptalinin istenmesi gerekir. İdari uyuşmazlıklar bakımından Danıştay'dan iptali istenmeyen bir yönetmelik veya yönetmelik hükmünün mahkemeler tarafından uygulanmayabileceği konusunda kararlar verilmektedir.

Anayasa'nın 124. maddesiyle Başbakanlık, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerine kendi görev alanlarını ilgilendiren konularda yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir. İdareler bu yetki çerçevesinde yönetmelik çıkarabilecekleri gibi, kamu hizmetinin daha etkin ve verimli yürütülmesi amacıyla yönetmeliklerde değişiklikler de yapabilirler. Yönetmeliklerin Anayasa, Yasa, Tüzük ve hukukun genel ilkelerine aykırı hükümler içermemesi ve öngörülen şekil şartına uyularak çıkarılması dışında; söz konusu düzenleme yetkisinin kullanılmasına kamu hukuku yönünden herhangi bir engel bulunmadığı açıktır. İdare mahkemeleri, yasaya aykırı yönetmelik hükmünü uygulamayarak, yargıcın doğrudan doğruya yasa hükmünü uygulayabileceği yönünde kararlar vermektedirler. Aynı esasın adli yargıda görülen davalar bakımından kabul

edilmesinin mümkün olup olmayacağı tartışılabilecektir. Gerçekten yönetmeliklerin iptaline ilişkin davalar Danıştay'da görülmekte ise de, yönetmeliklerin, adli yargının görev alanına giren uyuşmazlıkları ilgilendirmesi de mümkündür. Dava konusu olayda idarenin bir işlemi nedeniyle açılan bir dava söz konusudur. 4447 sayılı Yasa'dan kaynaklanan bu uyuşmazlığın iş mahkemesinde görülmesi gerekir. Ancak iş mahkemeleri ve adli yargıdaki diğer mahkemelerde görevli yargıçların, idare mahkemesi gibi, yasaya aykırı da olsa yönetmelik hükmünü göz ardı edip, yasayı uygulaması konusunda tereddüt ettikleri görülmektedir. Bu tereddütün yerinde olmadığını göstermek konusunda başka gerekçeler de ileri sürülmesi mümkündür.

Ücret Garanti Fonundan yararlanmaya ilişkin düzenlemelerin temel esası işçi ücretinin korunmasına yöneliktir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün ücretin korunmasına ilişkin kabul ettiği sözleşme ve tavsiye kararları bulunmaktadır. Ücretin korunmasına ilişkin 95 sayılı Sözleşme 24.10.1952 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türkiye bu sözleşmeyi 29.03.1991 tarihinde onaylamıştır. Sözleşmenin 11. maddesinde, bir müessesenin iflası veya mahkeme kararıyla tasfiyesi halinde bu müessesede çalışan işçilerin, gerek iflasa veya mahkeme kararıyla tasfiyeye dayanan, milli mevzuatla tayin edilen bir müddet zarfında geçen bazı hizmetleri dolayısıyla kendilerine borçlanılan ve gerekse milli mevzuatla tayin edilen miktarı geçmeyen ücretler için, imtiyazlı alacaklı mevkiini iştigal edecekleri, hüküm altına alınarak, işçi alacaklarının korunmasının önemi ifade edilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, işçinin milli mevzuat uyarınca başvuru hakkının belli bir süreyle sınırlanabileceği belirtildiğinden, Yasada ve Yönetmelikte yer alan bir yıllık sınırlamanın bu anlamda geçerli olduğu ileri sürülebilecektir.

İşverenin Ödeme Güçlüğüne Düşmesi Halinde Alacakların Korunmasına İlişkin 173 Sayılı Sözleşme 1992 yılında kabul edilmiştir, ancak Sözleşme Türkiye tarafından onaylanmamıştır. Sözleşme ile işçi alacaklarının imtiyazlı alacak olması esas kabul edilmiş ve "imtiyaz, iş sözleşmesinin sona ermesine kadar veya işverenin acze düştüğü yıl içerisinde işçinin çalışarak elde

Avrupa Birliği yönergelerinde de hiçbir şekilde işçilerin başvuru haklarının aciz vesikasının, iflas, iflas erteleme veya konkordato kararının alındığı tarihle sınırlandırılması söz konusu değildir.

ettiği” haklar bakımından söz konusudur. Burada “acze düştüğü yıl içerisinde çalışarak elde ettiği haklar” ifadesinden, bizdeki düzenlemenin aksine çalışarak elde edilen ama işveren tarafından belirli tarihte ödenmesi gerekip de ödenmeyen alacakları ifade ettiği daha açık anlaşılmaktadır.

20.10.1980 tarihinde Avrupa Birliği Komisyonu’nun kabul ettiği ve Ekim 1983 yılından beri uygulanan 80/897 sayılı Yönerge, işverenin acze düşmesi halinde üye ülkelerin işçilerinin korunması için üye ülke mevzuatının uyumlu kılınması amacıyla oluşturulmuştur. Yönergede üye ülkelerin oluşturmakla yükümlü kılındığı garanti fonunun yapısı, finansmanı ve işleyişi konusunda üye ülkeler serbest bırakılmışlardır. Üye devletler, işçilerin garanti fonundan yararlanma zamanının başlangıcı olarak şu üç alternatiften birini seçebilirler:

- İşverenin ödeme gücüne düştüğü an,
- İş ilişkisinin işverenin ödeme gücüne düşmesi ile sona erdiği an,
- İşverenin ödeme gücüne düşmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği an.

Garanti fonunun ödeyeceği miktar konusunda da üye devletler şu seçeneklere sahiptirler:

- İşverenin ödeme gücüne düşmesi veya ödeme gücüne düşmesi nedeniyle iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda, ödeme gücüne düşülmesinden itibaren altı aylık dönem dahilinde olmak üzere ödenmeyen son üç aya ilişkin ücretler,
- İşverenin acze düşmesi nedeniyle, iş sözleşmesi fesholunan veya iş ilişkisi sona erdirilen işçilerin son üç aylık ücret alacakları,
- Ödeme aczine düşülmesinden önceki dönemde iş ilişkisinden doğan ve ödenmeyen son

18 aya ilişkin ücret talepleri.

Görüldüğü gibi Avrupa Birliği yönergelerinde de hiçbir şekilde işçilerin başvuru haklarının aciz vesikasının, iflas, iflas erteleme veya konkordato kararının alındığı tarihle sınırlandırılması söz konusu değildir.

Tüm açıklanan bu düzenlemeler adli yargılamada mahkemelerce dava konusu uyuşmazlık bakımından yaptırım olarak uygulanabilecek nitelikte değildirler. Yani hakim UÇÖ’nün 95 sayılı Sözleşmesi dışında açıklanan diğer sözleşme ve direktiflerle bağlı değildir. Bu sebeple hakimin yasaya aykırı yönetmelik hükmünü uygulamak zorunda olmaması ile ilgili başka argümanların da ileri sürülmesi gereklidir.

Çağımızda, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında ve iç hukuk normlarının yorumunda uluslararası sözleşmelerle oluşan hukuk, doğrudan ya da dolaylı olarak etkili olmaktadır. Devletler hukukunda, sözleşmelere taraf devletler, ayrıca, ulusal üstü organlar ve uluslararası sivil toplum kuruluşları, ahde vefa ilkesine dayanarak devletleri, yaptıkları sözleşmelerle bağlı olmaya zorlamaktadırlar. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)’nde olduğu gibi, kimi uluslararası sözleşmelere uymama, devleti bir yaptırımla karşı karşıya getirmektedir. Böylece günümüzde, iç hukuk kuralları kademesi yanında, kimi uluslararası hukuk kurallarının, özellikle insan haklarının, iç hukukun üzerinde yer alması olgusu yaşanmaktadır. Viyana’da 1969 yılında imzalanan “Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi” ile (m. 53), uluslararası hukukta, kurallar kademesinde önde geldiği kabul edilen “buyruk kurallar” arasında insan haklarını koruyucu kurallar ilk sırada sayılmıştır.

Yaşanan bir başka olgu, insan hakları söz konusu olduğunda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi gibi kimi ulusal üstü organların kararlarının, iç hukuk uygulamalarını etkilemesidir.

Böylece, günümüzde, ulusal düzeyde anayasaya; uluslararası boyutta kimi sözleşmelere üstünlük tanınması ve bunlara uygunluğun yargı yoluyla sağlanması yoluyla temel hak ve özgürlüklerin ve azınlığın çoğunluk karşısında korunması, hukuk devleti uygulamasının ve hukukun üstünlüğü ilkesinin yaşama geçirilmesinin belirleyici özelliği olmuştur. Hukuk devletinde, ana-

yasaya uygunluk ilkesine, “ulusal üstü hukuka bağlılık” ilkesinin eklenmesi ve böylece normlar kademesine gidilmesi temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli bir adımdır.

Bu özellik, iç hukuk kurallarının yorumunda ve iç hukuktaki boşlukların doldurulmasında, ulusal normlar kadar uluslararası sözleşmeden doğan hukukun da etkili olması sonucu kazanılmıştır. Bu etki, insan haklarının, tüm uygar devletlerce kabul edilen ve korunması gereken ortak değer niteliğini kazanması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve ek protokoller gibi bölgesel ve Birleşmiş Milletlerin 1948 tarihli İnsan Hakları Bildirgesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, UÇÖ sözleşmeleri gibi evrensel nitelikli Sözleşmeler ve Avrupa Birliği uygulamaları yoluyla giderek önem kazanmıştır.

1961 ve 1982 Anayasaları'nda, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nden birçok alıntı yapılarak, bir çok uluslararası normun, kimi sınırlamalarla iç hukuk kuralı haline dönüşümü sağlanmıştır. Ayrıca, Türkiye'nin, 10.3.1954 günlü, 6366 sayılı Yasa'yla onayladığı ve 19.3.1954 /8662 tarihli Resmi Gazete'de yayımlayarak kendi yönünden yürürlüğe soktuğu “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme” (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi) (İHAS)'nin 1. maddesine göre Türkiye, âkit taraflardan biri olarak, “işbu Sözleşmenin birinci bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri” vatandaşlarına tanıma yükümü altına girmiştir. Türkiye, 22.1.1987 günlü, 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla da “kişisel başvuru hakkını”, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini ise 1989 yılı Aralık ayında tanımıştır. Bu yetkiler üçer yılda bir uzatılmaktadır.

Bu çerçevede insan hakları birçok bakımdan tasnife tabi tutulmaktadır. İsteme hakları olarak nitelendirilen ve kişilere devletten olumlu bir davranış, hizmet ve yardım isteme hakkı vermekle devleti insanlara müdahale eden aktif bir konuma getirmektedir. Bu haklar, diğer Avrupa ülkeleri anayasalarında olduğu gibi, bizim 1961 ve 1982 Anayasaları'nda da Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler arasında düzenlenmiş sosyal

içerikli haklar olmaktadır. Bu haklar arasında ailenin korunması, eğitim ve öğrenme hakkı, çalışma ve sözleşme özgürlüğü, çalışma hakkı, dinlenme hakkı, sendika kurma hakkı, toplu iş sözleşmesi hakkı, grev hakkı, konut hakkı gibi haklar sayılmaktadır. Kişisel-Siyasal-Sosyal-Ekonomik-Kültürel Haklar ve Ödevler şeklinde yapılan beşli ayırımında sosyal haklar ve ödevler, ailenin korunması; mülkiyet hakkı; çalışma hakkı ve ödevi; dinlenme ve adil ücret hakkı; sendika kurma hakkı; toplu sözleşme ve grev hakkı; sosyal güvenlik hakkı; sağlık hakkı; kooperatifçilik ve tarımın korunması olarak kabul edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, üye ülkelerin iç hukuklarını doğrudan etkileyen 1950'li yıllarda kabul edilmiş bir uluslararası sözleşme olarak, bir yandan ek Protokollerle günün şartlarına uydurulmaya çalışılırken, diğer yandan da, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı kararlarıyla bu kuralların kapsamı genişletilmekte, birtakım ilkeler ve içtihatlar ortaya konularak, insan hak ve özgürlükleri daha da somut güvencelere bağlanmaktadır.

İdarenin işlem ve eylemleri iç hukukta ceza davasına konu oluşturan işlem ve eylemlerle idari davalara konu oluşturan idari işlem ve eylemler olarak adli yargının veya idari yargının görev alanına girmelerine göre ayırma tabi tutulurken, AİHS açısından konu, sözleşmede korunan hakları ihlal edip etmeme açısından değerlendirilmekte, sözleşmeye aykırı sayılan işlem ve eylemler İnsan Hakları Mahkemesi'nce çoğu zaman maddi ya da manevi yaptırıma konu olurken, bazen de ilgili devletin mevzuatını değiştirmesi yükümlülüğünü içermektedir.

Bir kısım idari uyuşmazlıkların nitelik ve anlamı dikkate alınıp, örnekseme yoluyla medeni hak ve yükümlülük uyuşmazlıkları kapsamına Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi tarafından içtihatlarla dahil edilerek, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil ya da dürüst yargılama kurallarına aykırılık yönünden denetim tabi tutulması sağlanmıştır.

Bu doğrultuda, Avusturya'da tarım arazisinin imara açılması istemine ilişkin bölge komisyonu kararının adil ya da dürüst yargılama kurallarına aykırılık içerip içermemesiyle ilgili 16.7.1971

tarihli Ringeisen davasında Alman İdare Mahkemesi önünde yapılan yargılamanın makul sürede yapılıp yapılmadığına ilişkin 28.6.1978 tarihli König davasında, Portekiz İdare Mahkemesi önünde yapılan yargılamanın makul sürede yapılıp yapılmadığına ilişkin 8.7.1987 tarihli Barona davasında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi, AİHS'nin 6. maddesinin sadece özel hukukun klasik anlamdaki uyuşmazlıklarını kapsamayacağını, bir başka deyişle gerek özel hukuk kişileri arasında, gerekse bir özel hukuk kişisiyle devlet arasındaki uyuşmazlıkların (bu uyuşmazlıklarda devlet, ister bir özel hukuk kişisi gibi davranmış olsun, isterse kamu gücünü kullanmış olsun) bu kapsama dahil olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca bu tür uyuşmazlıklar konusunda ister, genel görevli mahkeme veya isterse bir idari organ ya da mahkeme görevli olsun bu önemli değildir. Önemli olan söz konusu hakkın niteliği ve anlamıdır. Bu yüzden idari işlem ve eylemlerden bazıları yukarıda belirttiğimiz gibi, 6. madde anlamında medeni hak ve yükümlülükler niteliğinde sayılıp, 6. madde kapsamında Strazburg makamlarının önüne götürülebileceği kabul edilmiştir. Bu türden sayılan idari işlemler arasında:

a- Mal varlığına ve kişisel haklara zarar veren işlemler: Bunlar arasında kamulaştırma kararının aldığı uzun süreye karşı etkili bir yargı yolunun öngörülmemesi Sporrong ve Lönnroth davasında 6. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

b- Bir meslek, sanat veya başka bir iktisadi faaliyetin yürütülmesi ile ilgili idari kararlar,

c- Reşit olmayan çocukları ana-babadan ayrılarak korunması amacı ile idari önlemler alınması,

d- Çalışma hayatı, sosyal sigorta, iş sözleşmesinin bozulması, işten çıkartma ile ilgili işlemler,

d- İdarenin kusurundan doğan zararlar,

e- Taşınmaz devrine ilişkin işlemin yetkili idari makamca onanması hakkına ilişkin uyuşmazlık yer almaktadır.

Kamu hizmetlerini yerine getirmek için örgütlenip faaliyet gösteren idare bu amaç doğrultusundaki örgütlenmeyi ve faaliyetleri idari işlem ve eylemlerle gerçekleştirir. Bu işlemler

ise, bir defa uygulanmakla tükenmeyen, soyut ve nesnel özelliklere sahip genel (veya düzenleyici) işlemler veya belli bir kişi veya duruma uygulanan bireysel işlem niteliğine sahip olabilirler.

İdarenin tüzük, yönetmelik vb. işlemleri genel (veya düzenleyici) işlemler kapsamında yer alırken, memuriyete giriş gibi genel bir hukuki durumun içine girme (veya çıkma ya da onun içinde bulunma) durum veya koşul işlemlerle bir kişiye vergi salınması gibi kişisel ve özel yeni bir durum doğuran öznel işlemler ise bireysel işlemler kapsamında yer alır. Sözleşmeden ayrılan işlemler hariç, idari sözleşmeler de bu sonuncu kapsamda değerlendirilebilir.

Hukuk sistemimizde Anayasa'nın 125. maddesiyle "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmüne yer verilerek, öncelikle hukuk devleti gereklerine idarenin uyması sağlanmak istenmiştir.

İdarenin AİHS'de korunan haklara ilişkin işlem ve eylemleri ise, prensip olarak, iç hukuk yollarının bulunması ve işletilmeye müsait olması hallerinde bu yolların tüketilmesinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunulabilir. Bu çerçevede kamu görevlilerinin AİHS'de korunan temel haklara ilişkin işlem ve eylemlerinden yargı yolu kapalı olanlara veya iç hukukta hiçbir sonuç vermeyeceği kabul edilenlere doğrudan, kapalı olmayanlara iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunulabilir.

Anayasa'nın 90. maddesine yapılan eklemeyi de dikkate alarak yukarıdaki açıklamalardan çıkan sonuçları şu başlıklar altında toplayabiliriz:

1. Ulusal yasa hükmü ile, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların aynı konuda farklı hükümler içermeleri nedeniyle çıkması olası bir çatışmada, insan haklarına ilişkin kural, yasaya üstün sayılarak yargı yerleri ve yönetsel makamlar tarafından kendiliğinden, "esas" alınarak uygulanmalıdır.

Uygulama için, antlaşmaları ulusal hukuka katan özel yasa ya da yönetsel düzenlemenin varlığı aranmamalıdır. Anayasa'nın 90. maddesine eklenen tümce, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların, bir iç hukuk düzenlemesi

Anayasanın, antlaşma ile uyumlu olması, yasayla çatışması durumunda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma hükmü esas alınmalıdır.

ile ulusal hukuka aktarılması koşulu aranmaksızın kendiliğinden ve doğrudan yargı yerleri ve yönetsel makamlarca uygulanması yükümü getirmiştir.

Anayasanın, antlaşma ile uyumlu olması, yasayla çatışması durumunda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma hükmü esas alınmalıdır. Ayrıca anayasaya aykırı yasaya karşı anayasa yargısı yolu işletilebilir.

2. Antlaşma ile yasanın çatıştığı alanda anayasada açık hüküm olmaması halinde çözüm antlaşmaya göre yapılacak, anayasadaki boşluk, insan haklarına ilişkin sözleşme hükmüyle doldurulacaktır.

3. Yasa, anayasayla uyumlu ancak antlaşma ile çatışmakta ise; başka bir deyişle anayasa kuralı ile uluslararası hukuk arasında bir çatışma olması durumunda, anayasanın, antlaşmaya uygun yorumlanması yoluna gidilmelidir. Çatışma açık ve uyumsuzluk yorumla giderilemiyor ise, getirilen ek kural bu hususu çözümleyemez. Bu durumda, anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği anayasa uygulanmalıdır. Antlaşmanın ihmalî durumunda, son söz ulusal üstü ya da uluslararası yargı yerlerine bırakılmış olacak, devlet tazminat ödemeye mahkum edilecektir. Anayasanın ihmalî durumunda da “anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri” zedelenmiş olacaktır.

V. SONUÇ

Çalışma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerle düzenlenen içeriğinde yer almamakla birlikte, yukarıda açıklandığı gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında açıkça temel bir hak ve insan hakkı olarak nitelendirilmiş bulunmaktadır. Çalışma hakkının içeriğinde yer alan ücret hakkı da bu bağlamda değerlendirilmelidir. Ücret Garanti Fonuna ilişkin Yönetmelik 4447 sayılı Yasa'da

Ücret Garanti Fonuna ilişkin olarak yer alan hükmü uygulanamaz veya büyük ölçüde güçleştirecek duruma getirmiş bulunmaktadır. Yönetmelikler yasanın uygulanma şeklini gösteren hukuk belgeleridir. Bu hali ile sözü edilen yönetmelik yasal hükmü uygulanamaz duruma sokmakla Anayasa'nın 90. maddesinin uygulanmasını gerektirecek bir durum yaratmaktadır görüşünderiz. Çünkü Yönetmeliğe uygun olarak hareket edilmesi durumunda, başvuru sahibinin ücretine kavuşmaması sonucunda, iç hukuk yollarını tüketmesinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurusu mümkün olacaktır. Bu başvuru neticesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulanması gerekecek ve hatta Türkiye'nin tazminat ödemesi gündeme gelebilecektir. Halbuki iş mahkemesi yargıcının yasaya aykırı yönetmelik hükmünü uygulamaktan kaçınması durumunda, Yasa'daki düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık taşımadığı için, yargıcın bu hükmü uygulaması ve işçinin Ücret Garanti Fonundan yararlanmasının mümkün olduğunu tespit eden bir karar vermesinin mümkün olacağı düşünülmektedir.

DİPNOT

- 1 Bak. Yarg. 10. HD. 20.06.2006 tarih ve E. 2006/7506, K. 2006/9287 sayılı kararı; 06.02.2007 tarih ve E. 2006/19645, K. 2007/1675 sayılı kararı, Çalışma ve Toplum Dergisi, s. 14.

Mustafa KESKİN

Sosyal Güvenlik İzmir İl Müdürü-Başmüfettiş

Sosyal Güvenlik Mevzuatında İşveren Yükümlülükleri

1. GİRİŞ

31.05.2006 tarihli 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 01.10.2008 tarihi itibarıyla tüm yönleriyle fiilen yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Anılan Kanunun yürürlük tarihinden önce işveren mevzuatına ilişkin hususlar mülga 506 sayılı Kanun'da belirtilen hükümler doğrultusunda işlem görmekte idi. 5510 sayılı Kanun'da, işverene yüklenen yükümlülükler açısından bazı değişiklikler haricinde mülga 506 sayılı Kanun paralelinde düzenlemeler yapılmıştır.

Bu çalışmamızda 5510 sayılı Kanun'da düzenlenen işveren yükümlülüklerini ana başlıklar halinde kısaca izah etmeye çalışacağız.

II. 5510 SAYILI KANUN'DA İŞVERENLERE YÜKLENEN YÜKÜMLÜLÜKLER

1. Sigortalı İşe Giriş Bildirgesi Verme Yükümlülüğü

Sigortalıların hak ve yükümlülükleri, bir işyerinde çalışmaya, mesleki eğitime veya zo-

runlu staja başladıkları tarihten itibaren başlar. İşverenlerin, işyerinde çalışmaya başlatacağı sigortalı ile ilgili olarak "sigortalı işe giriş bildirgesi" düzenleyerek bildirme yükümlülüğü 5510 sayılı Kanunun 8 inci maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle işyerlerinde sigortalı çalıştıracak olan işverenler, sigortalının işyerinde çalışmaya başladığı tarihten en az bir gün önce SGK'ya (Sosyal Güvenlik Kurumu) internet ortamında (e-sigorta yoluyla) bildirmekle yükümlüdür.

Kamu işverenleri ilk defa veya tekrar çalıştırmaya başlattıkları 4/c kapsamındaki sigortalıların sigortalılık başlangıç tarihinden itibaren onbeş gün içinde "Sigortalı İşe Giriş Bildirgesi" ile e-sigorta yoluyla SGK'ya bildirmekle yükümlüdürler.

(4/a) kapsamında sigortalı çalıştırmaya başlayan işverenlere, sigortalı işe giriş bildirgesini SGK tarafından belirlenen şekle ve usule uygun vermemeleri veya Kurumca internet, elektronik veya benzeri ortamda göndermekle zorunlu tutulduğu halde anılan ortamda göndermemeleri veya 5510 sayılı Yasada belirtilen süre içinde vermemeleri halinde, 5510 sayılı Kanunun 102 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ge-

reği idari para cezası verilmektedir.

5510 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 5. fıkrası gereği (4/c) kapsamında sigortalı çalıştıran işverenlere sigortalı işe giriş bildirgesi verme yükümlülüğünü yerine getirmemeleri halinde herhangi bir cezai müeyyide uygulanmamaktadır.

2. Sigortalı İşten Ayrılış Bildirgesi Verme Yükümlülüğü

İşverenler, 4/a kapsamında çalıştırdığı sigortalılar ile ilgili olarak, sigortalının hizmet akdinin sona erdiği tarihi takip eden 10 gün içerisinde "sigortalı işten ayrılış bildirgesi" ile e-sigorta ortamında vermekle yükümlüdür

5510 sayılı Kanun'un 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendine tabi sigortalılar için düzenlenen "sigortalı işten ayrılış bildirgesi", sigortalılığın sona ermesini takip eden on gün içinde işe giriş bildirgesini düzenlemekle yükümlü kamu idaresince e-sigorta ile SGK'ya bildirilir.

Buna göre hizmet akdine istinaden çalışanlardan sigortalılığı sona erenlere ilişkin bildirimlerin, süresi içinde ya da SGK'ca belirlenen şekle ve usule uygun olarak yapmayanlar veya internet, elektronik veya benzeri ortamda göndermekle zorunlu tutulduğu halde anılan ortamda göndermeyenler hakkında, her bir sigortalı için asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanacaktır. Bu uygulama 1/8/2009 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

(4/c) kapsamında sigortalılar için işten ayrılış bildirgesi vermekle yükümlü olan işverenler için idari para cezası uygulanmamaktadır.

3. İşyerini Bildirme (İşyeri Bildirgesi Verme) Yükümlülüğü

5510 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen "İşveren, örneği Kurumca hazırlanacak işyeri bildirgesini en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte, Kuruma vermekle yükümlüdür." hükmü gereği, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi (SSK'lı) ve (c) bendi (memur) kapsamında sigortalı çalıştıran, böyle

İşyeri bildirgesinin verilmemesi veya yasal süresi dışında verilmesi, 5510 sayılı Kanun'da belirtilen hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz.

bir işyerini devir alan veya bu nitelikte işyeri kendisine intikal eden işverenlerin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından belirlenen ve matbu olan işyeri bildirgesini usulüne uygun olarak düzenleyerek en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte bağlı olduğu Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğüne/Sosyal Güvenlik Merkezine vermeleri gerekmektedir. Kanun hükmünde "Kurumca hazırlanacak" ibaresi bulunduğundan, işverenlerin Sosyal Güvenlik Kurumunca hazırlanan örneği Sosyal Sigorta İşleri Yönetmeliği ekinde bulunan belgeyi düzenleyerek vermeleri gerekmektedir.

İşyeri bildirgesinin verilmemesi veya yasal süresi dışında verilmesi, 5510 sayılı Kanun'da belirtilen hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz. Yasal süresi dışında verilmesi veya hiç verilmemesi nedeniyle Kurumca re'sen düzenlenmesi halinde yahut Sosyal Güvenlik Kurumunca işyeri bildirgesinin e-sigorta ile internet ortamında verilmesi zorunlu tutulmasına karşın kağıt ortamında verilmesi ve yahut da işyeri bildirgesinin şekle ve usule uygun verilmemesi halinde, 5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereği idari para cezası uygulanmaktadır.

4. İş Kazasını Bildirme Yükümlülüğü

5510 sayılı Kanun ile iş kazası olayının bildirilmesi belirli bir standarda bağlanmıştır. Mülga 506 sayılı Kanun hükümlerine göre kaza olayının yazı ile bildirilmesi yeterli olurken, 5510 sayılı Kanun ile iş kazasının SGK'ya bildirimini "İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bildirgesi" ile yapılması benimsenmiştir. İş kazasının SGK'ya bildirilmesi hususu 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinin ikinci fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Anılan fıkraya göre iş kazasının 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile 5. madde

kapsamında bulunan sigortalılar bakımından bunları çalıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal ve Kuruma da en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde “iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi” ile doğrudan ya da taahhütlü posta ile SGK’ya bildirilmesi zorunlu tutulmuştur.

İş kazası olayının, Kanunda belirtilen sürelerde işverence bildirilmemesi halinde uygulanacak müeyyide 5510 sayılı Kanun’un 21. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Anılan fıkra gereği, sigortalıların iş kazası geçirmeleri hâlinde, belirtilen sürelerde işverence bildirim yapılmaması durumunda, bildirim SGK’ya yapılacağı tarihe kadar sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği SGK tarafından işverenden tahsil edilmektedir.

5. Meslek Hastalığını Bildirme Yükümlülüğü

Meslek hastalığının bildirilmesi yükümlülüğü iş kazası olayının bildirilmesi ile paralellik taşımakta olup iş kazasından ayrılan farkı meslek hastalığının kolluk kuvvetlerine bildirme yükümlülüğü bulunmamasıdır. İşverenler meslek hastalığını sadece SGK’ya bildirmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülük ise meslek hastalığını öğrendiği tarihten itibaren başlamaktadır. Meslek hastalığının bildirimini de iş kazasında olduğu gibi “iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi” ile yapılması gerekmektedir.

Meslek hastalığının bildirilmesinin süresi 5510 sayılı Kanun’un 14. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan sigortalılar ile Kanunun 5. maddesinin (a), (b), (c) ve (e) bendinde sayılan sigortalıların meslek hastalığına yakalanmaları halinde, işverenleri tarafından bu durumun öğrenildiği günden başlayarak üç iş günü içinde, Kanunun 5. maddesinin (g) bendinde sayılan sigortalının meslek hastalığına yakalanmaları halinde işvereni tarafından bu durumun öğrenildiği günden başlayarak üç iş günü içinde, aynı süre içinde sigortalı tarafından Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü/Sosyal Güvenlik Merkezleri-

ne bildirilmesi gerekmektedir.

Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen veya yazılı olarak bildirilen hususları kasten eksik ya da yanlış bildiren işverenden Kurumca bu olayla ilgili yapılmış bulunan tedavi giderleri, yol parası ve zaruri masraflar ile diğer harcamalar, ödenmişse geçici iş göremezlik ödeneği tahsil edilmektedir. Görüldüğü üzere iş kazası olayında sadece geçici iş göremezlik ödeneği işverenden tahsil edilirken meslek hastalığının bildirilmemesi veya bildirilen hususların gerçeği yansıtmaması halinde sadece ödenekler değil yapılan tüm masraflar ilgililerden tahsil edilmektedir.

6. Vazife Malullüğüne Neden Olan Kaza Olayını Bildirme Yükümlülüğü

Kamu idareleri, vazife malullüğüne sebep olan olayı, yetkili kolluk kuvvetlerine veya kendi mevzuatlarına göre yetkili mercilere derhâl, SGK’ya olayın meydana geldiği tarihten itibaren en geç on beş iş günü içinde bildirmekle yükümlü tutulmuştur.

Kaza olayının belirtilen sürelerde işverence bildirilmemesi halinde uygulanacak müeyyide 5510 sayılı Kanun’un 102. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Anılan maddenin “g” fıkrasında “ 47. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen kurum ve kuruluşlar ile tüzel kişilere, aylık asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanır.” hükmü yer almaktadır.

7. İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Sigortalıların Sağlığını Koruma ve İş Güvenliği İle İlgili Mevzuat Hükümlerine Uyma ve Kastlı Davranmama Yükümlülüğü

5510 sayılı Kanun mülga 506 sayılı Kanun’la paralellik arz eden bir düzenleme ile işverenlere sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda gerekli önlemleri alma yükümlülüğü

İşverenler tehlike sınıf ve derecesini etkileyebilecek her türlü değişikliği 1 ay içinde SGK'ya bildirmekle yükümlüdür.

vermiştir. Bu yükümlülükteki asıl amaç sigortalının canının ve sağlığının korunmasıdır.

8. Geçici İş Göremezlik Ödeneği Ödeme Yükümlülüğü

Geçici iş göremezlik, sigortalının iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hâllerinde Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurulu raporlarında belirtilen istirahat süresince geçici olarak çalışmama hâlidir. Geçici iş göremezlik ödeneği ise, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hâllerinde 5510 sayılı Kanun'da belirtilen geçici iş göremezlik sürelerinde verilen ödenektir.

İşverene bu yükümlülük SSİY'nin 95. maddesi ile verilmiştir. İşveren, geçici veya sürekli görevle yurt dışında görevlendirdiği ya da yurtdışına götürdüğü sigortalının, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hâllerinde, SGK tarafından işe el konuluncaya kadar, 5510 sayılı Kanun'a göre hak kazandığı geçici iş göremezlik ödeneğini ödemekle yükümlüdür. SGK, yukarıda izah edilen ve 5510 sayılı Kanun'a uygun olarak yapılan ve belgelere dayanan geçici iş göremezlik ödenekleri tutarını işverene geri ödemektedir.

9. Tehlike Sınıf ve Derecesi Değişikliklerini Bildirme Yükümlülüğü

İşverenler tehlike sınıf ve derecesini etkileyebilecek her türlü değişikliği 1 ay içinde SGK'ya bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim üzerine SGK, yaptıracağı incelemeler sonunda tehlike sınıf ve derecesini değiştirebilir. Tehlike sınıf ve derecesini etkileyebilecek değişiklik 1 ay içinde bildirilirse bu konuda SGK tarafından verilecek karar, değişikliğin meydana geldiği tarihten sonraki aybaşından başlanarak uygulanır.

10. Prime Esas Kazançların Tespitinde Uyulması Gereken Yükümlülükler

Sigortalılar ile ilgili SGK'ya ödenecek prim tutarı, ay içerisinde elde edilen kazançlar dikkate alınarak hesaplanmaktadır. Prim tutarının belirlenebilmesi için matrahın yani sigorta prime esas kazanç (SPEK) tutarının sağlıklı bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle 5510 sayılı Kanun, işverene, yanında çalıştırdığı sigortalıların çalışmaları karşılığı elde ettiği kazançlardan SPEK'e dahil olanları SGK ya bildirme yükümlülüğü vermiştir. Sigortalının ay içerisinde çalışma karşılığı elde ettiği bazı kazançları prime tabi tutulurken, bazı kazançları prime tabi tutulmamaktadır. İşveren bu gelirlerin ayırımını yaparak her ay her bir sigortalı için SPEK tutarını aylık prim ve hizmet belgesinin ilgili bölümüne kaydederek SGK'ya bildirmekle yükümlü tutulmuştur.

11. Prim Gün Sayısına İlişkin Yükümlülük

5510 sayılı Kanun uygulamalarında sigortalıların bazı haklarını alabilmesi için belirli prim gün sayısı aranmaktadır. Bu nedenle işverenler, ay içerisinde çalıştırdığı sigortalıların çalışma gün sayılarını SGK'ya bildirmekle yükümlü tutulmuşlardır.

12. Eksik Gün Çalışmalarının Belgelendirilmesi Yükümlülüğü

Sigortalıların işyerinde çalıştığı süre göz önünde bulundurularak gün sayılarının bildirilmesi esastır. İşveren tam ay çalışan sigortalıların 30 gün bildirmekle yükümlü tutulduğu gibi ay içerisinde 30 günden az çalışanların çalıştığı gün süresi kadar bildirmesi de işverenin yükümlülükleri arasındadır. Ancak bu eksik bildirilen günlerin nedenini belgelendirmesi de ayrı bir yükümlülüktür. Bu belgelendirmede kanun koyucu işverenin isteğine bırakmamış ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde, eksik gün bildirim belgeleri tek tek sayılmıştır. Ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret öden-

İşverenler tarafından, sigortalıların fiili hizmet süresi zammı kapsamında geçen çalışmalarına ait prim ödeme gün sayıları ile prime esas kazançları aylık prim ve hizmet belgesi ile bildirilir.

mediği beyan edilen sigortalıların, 30 günden az çalıştıklarını ispatlayan ve yönetmelikte belirtilen belgelerin işverence (Kamu idareleri ve toplu iş sözleşmesi imzalanan işyerleri hariç) ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin verilme süresinin sonuna kadar SGK'ya verilmesi gerekmektedir.

13. Aylık Prim ve Hizmet Belgesini Verme Yükümlülüğü

Aylık prim ve hizmet belgesi (4/a) ve (4/c) kapsamındaki sigortalılar için işverenleri tarafından verilmektedir. 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen "İşveren bir ay içinde 4. ve 5. maddeye tâbi çalıştırdığı sigortalıların ve sosyal güvenlik destek primine tâbi sigortalıların;

a) Ad ve soyadlarını, T.C. kimlik numaralarını,

b) 80 inci maddeye göre hesaplanacak prime esas kazançlarını,

c) Prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını, gösteren ve örneği Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenen asıl veya ek aylık prim ve hizmet belgesini, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındakiler için en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar, diğer sigortalılar için ise ait olduğu ayı takip eden ayda Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma vermekle yükümlüdür." hükmü yer almaktadır.

Aylık prim ve hizmet belgesinin verilme süresi, (4/a) kapsamında sigortalı çalıştıran özel sektör işverenleri için, en geç belgenin ilişkin olduğu ayı izleyen ayın 23'üdür. 4/a kapsamında sigortalı çalıştıran resmi nitelikteki işyeri işverenleri için ise, en geç belgenin ilişkin olduğu dönemi izleyen ayın 7'sidir.

5510 sayılı Kanun'a göre ilk defa 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar ile 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi olup Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle (4/c) kapsamında sigortalı sayılanları çalıştıran işverenler, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalılara ilişkin aylık prim ve hizmet belgesini en geç maaş ödemelerinin yapılması gereken tarihi takip eden 10'uncu günü sonuna kadar e-sigorta kanalı ile SGK'ya göndermekle yükümlü tutulmuştur.

14. Fiili Hizmet Zammı Uygulamasındaki Yükümlülükler

5510 sayılı Kanun'la, 506 sayılı Kanun'un itibari hizmet süresine ilişkin ek 5. maddesi ile 5434 sayılı Kanun'un fiili hizmet süresi zammına ilişkin 32 nci maddesi yürürlükten kaldırılmış olup 5510 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile fiili hizmet süresi zammı olarak yeniden düzenlenmiştir. Fiili hizmet zammı süresi, ağır, tehlikeli ve yıpratıcı işlerde çalışanlara yaşlılık/emeklilik aylığının daha kısa sürede hak etmelerini sağlamak amacıyla prim ödeme gün sayılarına, fiili çalışmaya dayanmayan gün eklenmesidir. 506 sayılı Kanun'un mülga ek 5. maddesine istinaden itibari hizmet süresi sigortalılık süresine ilave edilmekte ayrıca prim ödeme gün sayısına ilave edilmemekte idi. 5510 sayılı Kanun ile bu uygulamanın tam tersi bir hüküm benimsenerek, fiili hizmet zammı süreleri prim ödeme gün sayısına ilave edilirken sigortalılık süresine ilave edilmemektedir.

İşverenler tarafından, sigortalıların fiili hizmet süresi zammı kapsamında geçen çalışmalarına ait prim ödeme gün sayıları ile prime esas kazançları aylık prim ve hizmet belgesi ile bildirilir.

15. İtibari Hizmet Süresinin Bildirilmesine İlişkin Yükümlülükler

İtibari hizmet sürelerinden, 5510 sayılı Kanun'a göre ilk defa tescil edilen ve sadece kamu idarelerinde çalışan (4/a) ve (4/c) kap-

samındaki sigortalılar yararlanabilmektedir.

İtibari hizmet süresi, kamu idarelerinde (4/a) kapsamına tabi olarak çalışan, pilot olan ve olmayan uçucu, denizaltıcı, dalgıç, kurbağa adam ve paraşütçülere 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren verilmeye başlanmıştır.

İşverenler tarafından Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olanların yıl içindeki itibari hizmet süreleri “yıllık itibari hizmet süresi prim belgesi” ile, (a) bendi kapsamındaki sigortalılar için ise “aylık prim ve hizmet belgesi” ile çalışmanın olduğu yılın son ayında tespit edilerek e-sigorta ortamında bildirilmesi gerekmektedir.

5434 sayılı Kanun’un mülga 35, 36 ve 37 nci maddeleri ve 3160 sayılı Kanun’un 15. maddesine göre itibari hizmet süresine müstehak kadro ve görevlerde bulunmakta iken 5510 sayılı Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında çalışmaya devam edenlerin, itibari hizmet süreleri ile ilgili bildirimleri 5434 sayılı Kanun’un mülga hükümlerine göre yapılmakta olup itibari hizmet sürelerine ilişkin bildirim “Yıllık İtibari Hizmet Süresi Prim Belgesi” ile yapılmaktadır.

16. Sigorta Primlerini Ödeme Yükümlülüğü

İşverenlerin 4/a kapsamındaki sigortalılara ait sigorta primi ödeme yükümlülüğü, 5510 sayılı Kanun’un 88. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olup 506 sayılı mülga Kanun hükümleriyle paralellik arz etmektedir. İşverenler, bir ay içinde çalıştırdıkları si-

Ödeme süresinin son gününün resmi tatile rastlaması halinde, prim tutarları, en geç son günü izleyen ilk iş günü içinde ödenmesi halinde yasal süresinde ödenmiş sayılmaktadır.

gortalıların prime esas kazançları üzerinden hesaplanacak sigortalı hissesi prim tutarlarını sigortalıların ücretlerinden keserek, kendi hissesine isabet eden prim tutarlarını da bu tutarlara ekleyerek en geç takip eden ay/dönemin sonuna kadar ödemekle yükümlü tutulmuştur. Ödeme süresinin son gününün resmi tatile rastlaması halinde ise, prim tutarları, en geç son günü izleyen ilk iş günü içinde ödenmesi halinde yasal süresinde ödenmiş sayılmaktadır.

İşverenler, 2008/Ekim ayı başından itibaren 5510 sayılı Kanun’un (4/c) kapsamında ilk defa sigortalı olanların primleri ile Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi olup, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla (4/c) kapsamına alınanların kesenekleri, karşılıkları ve %100 artış farklarını,

- Her ayın 15’i ile müteakip ayın 14’ü arasındaki maaşını ayın 15’inde peşin alan sigortalılar için maaş ödemelerinin yapılması gereken takvim ayının son gününe kadar,

- Her ayın 1’i ile 30’u arasındaki maaşını ayın 1’inde peşin alan sigortalılar için, maaş ödemelerinin yapılması gereken ayın 15’inci günü sonuna kadar,

- Her ayın 15’i ile müteakip ayın 14’ü arasındaki maaşını müteakip ayın 15’inde çalıştıktan sonra alan sigortalılar için, maaş ödemelerinin yapılması gereken takvim ayının son gününe kadar,

- Her ayın 1’i ile 30’u arasındaki maaşını müteakip ayın 1’inde çalıştıktan sonra alan sigortalılar için maaş ödemelerinin yapılması gereken ayın 15’inci günü sonuna kadar, ödemek zorundadırlar.

17. Beş Puanlık Prim İndirimine İlişkin Yükümlülükler

Beş puanlık sigorta primi indirimi aşağıdaki şartların birlikte sağlanması halinde uygulanmaktadır.

- İşverenlerin özel sektör işvereni olması ve (4/a) kapsamında sigortalı çalıştırması,
- Aylık prim ve hizmet belgesinin Kuruma yasal süresi içinde verilmesi,
- İşveren hissesi (Hazinece karşılanan tutar hariç) ile sigortalı hissesine düşen sigorta

primlerinin yasal süresi içinde ödenmesi,

- İşverenin, SGK'ya borcunun bulunmaması gerekmektedir.

18. Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin İşyerinde Asılma Yükümlülüğü

İşverenlerin aylık prim ve hizmet belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumunca onaylanan bir nüshasını, müteakip belgenin verilmesi gereken sürenin sonuna kadar sigortalıların görebileceği yere asması zorunludur. Anılan belgeyi asmayan işverenler hakkında denetim elemanlarınca yapılan tespit tarihindeki geçerli asgari ücretin iki katı tutarında idari para cezası uygulanmaktadır.

19. İşyerinde Sigortalı Çalıştırmaya Son Verilen Tarihi Bildirme Yükümlülüğü

İşverenler işyerinde sigortalı çalıştırmaya son verdiği veya sigortalının işten çıkması durumlarında, sigortalının işten ayrıldığı tarihten itibaren 15 gün içinde durumu ilgili üniteye bildirmekle yükümlü tutulmuşlardır.

20. Yaşlılık/Emeklilik Aylığı, Malüliyet Aylığı, Sürekli İş Göremezlik Geliri, Vazife Malüllüğü Alan Kişilerin Çalıştıran İşverenin Yükümlülüğü

5510 sayılı Kanun'un amir hükmü gereği 1/5/2008 tarihinden itibaren ilk defa tescilli yapılan sigortalılardan yaşlılık aylığı veya vazife malüllüğü (bazı malullükler hariçtir) aylığı almakta olanların aylıklarını kestirmeksizin (4/a) ve (4/c) kapsamında çalışmaları mümkün değildir. Ancak bunlardan kendi adına tarımsal faaliyette bulunanlar (4/b-4) haricindeki, (4/b) kapsamında bir faaliyette bulunanlar aylıkları kesilmeksizin sosyal güvenlik destek primi (SGDP) ödeyebileceklerdir. Bunlardan almakta oldukları aylıklarının % 15'i oranında sosyal güvenlik destek primi kesilmekte olup ayrıca kısa va-

deli sigorta kolları primi alınmamaktadır. Bu %15'lik oran 2011 tarihinden itibaren uygulanacaktır. 2008 yılında %12, 2009 yılında %13 ve 2010 yılında %14 olarak uygulanacaktır. Kesilecek olan bu tutar, (4/b) kapsamındaki sigortalılara ilgili yılın Ocak ayında ödenen en yüksek yaşlılık aylığından alınabilecek sosyal güvenlik destek priminden fazla olamaz.

5510 sayılı Kanun'un amir hükmü böyle olmakla birlikte, Kanun yürürlüğe girmeden önce SGDP'ye tabi olarak (4/a) kapsamında çalışma hakkına sahip olanların hakları 5510 sayılı Kanun'da düzenlenen geçici madde ile korunmuştur. 5510 sayılı Kanun'un geçici 14. maddesi ile 1/5/2008 tarihinden önce mülga Kanunlara göre tescilli yapılanlardan sonradan aylık bağlananlar ile yaşlılık/emeklilik aylığı, vazife malüllüğü aylığı almakta olanların aylıklarını kestirmeksizin sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma hakları korunmuştur.

21. Yasal Kayıtları Denetim Elemanına İbrahim Etme Yükümlülüğü

5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin ikinci fıkrasında "İşveren, işyeri sahipleri; işyeri defter, kayıt ve belgelerini ilgili olduğu yılı takip eden yıl başından başlamak üzere on yıl süreyle, kamu idareleri otuz yıl süreyle, tasfiye ve iflâs idaresi memurları ise görevleri süresince, saklamak ve Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilen memurlarınca istenilmesi halinde onbeş gün içinde ibraz etmek zorundadır." hükmüne istinaden işverenlerin kayıt ve belgelerini inceleme yapılmak üzere denetim elemanına sunma yükümlülüğü bulunmaktadır.

22. İşyeri Kayıtlarını Geçerli Tutma Yükümlülüğü

İşverenler yasal kayıt ve belgeleri düzenlerken kanun ve yönetmelikte belirtilen usul ve esaslara göre düzenlemesi gerekmektedir. İşverenlerin tutmak zorunda oldukları defterlerle dayanağı belgeler, aylık prim ve hizmet belgesinin, yıllık fiili hizmet süresi zam-

10 ve üzeri işçi/gemi adamı/gazeteci çalıştıran işverenler ücretleri banka kanalı ile ödemekle yükümlü tutulmuştur.

mı prim belgesinin, aylık fiili hizmet süresi zammı prim belgesinin ve yıllık itibari hizmet süresi prim belgesinin dayanağı belgeler niteliğinde sayılmaktadır.

23. Ücret Tediye Bordrosu Düzenleme Yükümlülüğü

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 112. maddesi gereği işverenler, SGK'ya verdikleri prim belgesinde yazılı olanları doğrulayıcı nitelikte olmak üzere aylık ücret tediye bordrosu düzenlemekle yükümlüdürler.

24. Kurumun Denetim ve Kontrolle Görevlendirilmiş Memurlarına Görevlerini Yaparken Engel Olmama Yükümlülüğü

SGK müfettişleri ve sosyal güvenlik kontrol memurlarının, 5510 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğan inceleme ve soruşturma görevlerini yerine getirmeleri sırasında işverenler görevlerini yapmasına engel olmazlar. Görevlerini yapmasını engellemek amacıyla işverenler cebir ve tehdit kullanmazlar.

25. Kurumun Denetim ve Kontrolle Görevlendirilmiş Memurlarına Bilgi Verme ve Diğer Konularda Çağrılarına Cevap Verme Yükümlülüğü

5510 sayılı Kanun'un 59. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi gereği, işverenler ve sigortalılar işyeri sahipleri, tasfiye ve iflas dairesinin memurları, işle ilgili gerçek ve tüzel kişiler, SGK müfettişleri ve Sosyal Güvenlik kontrol memurlarına bilgi verilmek üzere çağrıldıkları zaman gelmek, gerekli olan defter, belge ve delilleri getirip göstermek ve

vermek, görevlerini yapmak için her türlü kolaylığı sağlamak ve bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlüdürler.

26. Sigortalılara Ait Ücretlerin Bankaya Yatırılmasına İlişkin Yükümlülük

Ücretlerin banka kanalı ile ödeme yükümlülüğü her ne kadar 5510 sayılı Kanun ile düzenlenmemiş olsa da, sosyal güvenlik mevzuatını yakından ilgilendirmesi nedeniyle konuya burada yer verilmiştir. 10 ve üzeri işçi/gemi adamı/gazeteci çalıştıran işverenler ücretleri banka kanalı ile ödemekle yükümlü tutulmuştur.

27. Sigortalıların Bünyeye Elverişli İşlerde Çalıştırma Yükümlülüğü

5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinin üçüncü fıkrası gereği, işveren, sigortalıyı alacağı rapor doğrultusunda bünyeye elverişli olduğu işlerde çalıştırmakla yükümlüdür. Çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde, böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girmeden önce var olduğu tespit edilen veya bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı nedeniyle, SGK tarafından sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği işverene ödettirilir.

28. Sağlık Raporu Almadan veya Rapora Aykırı Çalıştırmama İle Sigortalı Raporlu İken Çalıştırmama Yükümlülüğü

İşveren, ilgili kanunlar gereği sağlık raporu alınması gereken hallerde sigortalı için sağlık raporu alarak çalıştırmak zorundadır. Ayrıca alınan raporlarda çalıştıracağı işte çalışması tıbbî yönden elverişli olmadığı belirtilmiş ise anılan işlerde çalıştırmama yükümlülüğü de bulunmaktadır. Sağlık kurulu raporu ile belli bir işte çalışamayacağı belgelenen (4/a) kapsamındaki kişiler raporda belirtilen işte çalıştırılmazlar.

29. Sigortalıların İş Kazasına Uğraması ve Meslek Hastalığına Tutulması Halinde Sağlık Hizmeti Yardımında Bulunma Yükümlülüğü

İşveren iş kazasına uğrayan ya da meslek hastalığına tutulan sigortalının sağlık hizmetlerini SGK devralana kadar sağlamaz ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki ihmalden veya gecikmesinden dolayı, sigortalının tedavi süresinin uzamasına veya malûl kalmasına veya malûllük derecesinin artmasına neden olursa, Kanunun 76. maddesinin ikinci fıkrası gereği, SGK'nın bu nedenle yaptığı her türlü sağlık hizmeti giderini ödemekle yükümlüdür.

30. Ücretlerden Kesinti Yapılmamasına İlişkin Yükümlülük

5510 sayılı Kanun'un 98. maddesinin birinci fıkrası gereği, işverenler, sosyal sigortalar ve genel sağlık sigortası için kendisine düşen yükümlülükler nedeniyle, sigortalıların ücretlerinden kesinti yapamazlar.

31. Fazla ve Yersiz Yapılan Ödemeleri İade Etme Yükümlülüğü

5510 sayılı Kanun'un 96. maddesi gereği, SGK tarafından işverenlere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemeler, işverenin kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden; SGK'nın hatalı işlemlerinden kaynaklanmışsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, işverene tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içinde yapılacak ödemelerde faizsiz, üç aylık sürenin dolduğu tarihten sonra yapılacak ödemelerde ise bu süre sonundan, itibaren hesaplanacak olan kanunî faizi ile birlikte,

işverenin SGK'dan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup edilir, alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınır.

KAYNAKÇA

- Sosyal Güvenlik Açısından "İşveren Yükümlülükleri ve Uygulama Esasları", İzmir Mart 2010, 1. Baskı, Mustafa KESKİN, SGK İzmir İl Müdürü, Naci ŞAHİN, SGK İzmir İl Müdür Yardımcısı.

Doç. Dr. Coşkun SARAÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İşyeri Dışında Meydana Gelen İş Kazası Nedeniyle Sorumluluk-İşverenin Önlem Alma Yükümlülüğü-Uygun İliyet Bağı

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No : 2010/21-36

Karar No : 2010/67

Tarihi : 03.02.2010

DAVA

Taraflar arasındaki “Maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 6. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 16.7.2008 gün ve 2000/1020 E., 2008/569 K. sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili, davalılardan Ltd. Şti vekili, dahili davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 3.3.2009 gün ve 2008/20034 E., 2009/3026 sayılı ilamı ile; (...Dava 10.03.2000 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu ölen sigortalının hak

sahiplerinin maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece bir kısım davalılara yönelik davanın kusurlarının bulunmadığından bahisle reddine, davacıların maddi tazminat istemlerinin kısmen kabulü ile hüküm altına alınan maddi ve manevi tazminatların davalılar ... Tic. Ltd. Şti'den tahsiline karar verilmiş ve bu karar süresinde davacılar ile aleyhine hüküm kurulan davalılar ... Kooperatifi ile ... Tic. Ltd. Şti avukatları tarafından temyiz edilmiştir.

İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık buyruğudur.

Davacılar murisi olan ... davalı ... Tic. Ltd. Şti'ne ait su dağıtım işyerinde dağıtım

elemanı olarak çalıştığı, 10.03.2000 tarihinde saat 13.00'te önceden teslim ettiği su bedelini almak üzere işverence ... isimli alışveriş merkezinde bulunan Derneği'ne gönderildiği, asansör bozuk olduğu için asansör kabini katta bulunmadığı halde asansör kapısının açılması sonucu kabininin katta olup olmadığını kontrol etmeden adımını içeri atarak 4. kattan asansör boşluğuna ve alt katlarda bulunan kabinin üzerine düşerek öldüğü, saat 15.00 sıralarında işverene ölüm haberinin bildirildiği, asansör kapısında uyarıcı levha bulunmadığı dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği Yargıtay'ın önceki kararlarında da benimsediği görüşe göre, kusura dayanmaktadır. İsviçre ve Türk hukuk sisteminde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. İşverenin kusurlu eylemi ile zarar arasında uygulanır illiyet bağı yoksa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez.

Kusur sorumluluğunda 3 halde illiyet bağı kesilebilir. Bunlar, mücbir neden, zarar görenin ve 3. kişinin ağır kusurudur. Öğretide illiyet bağını kesen nedenlerin bütün sorumluluk halleri için olduğu vurgulanmaktadır. Kusurlu olmadığı halde işvereni, meydana gelen zarardan sorumlu tutmak adalet ve hakkaniyet duygularını incitir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.3.1987 tarih 1986/9-722 Esas, 203 Karar sayılı kararı da aynı doğrultudadır.

İlliyet bağı sorumluluğun temel ögesiştir. Zararla eylem arasında illiyet bağının mevcut olması, zararın eylemin bir neticesi olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin kesin olarak bilinmesidir. Hiçbir hukuk düzeni mantık yasalarına göre mevcut olmayan illiyeti yaratamaz. Mantık bakımından bu illiyete sonsuz zincir halinde neticeler bağlanabilir. Hukuki netice olarak zararın tazmin sorumluluğunun kabulü için, bir sebebe illi olarak

bağlanan neticeler silsilesinin içinde hangi kesimin gerekli ve yeterli olacağını belirlemek yine hukuk düzeninin görevidir. (Tandoğan, Mesuliyet, s. 74)

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 58. maddesinde uygun nedensellik bağı "Yaşam deneyimlerine ve olayın akışına göre, bir zarar belli bir fiilin beklenen uygun sonucu ise, zarar ile fiil arasında nedensellik bağı vardır" şeklinde tanımlanmıştır. Sorumluya yüklenen davranış veya olayın zararlı, sonucun zorunlu şartı olması gerekir.

Hükme dayanak alınan 05.12.2005 tarihli bilirkişi raporunda; olay tarihinde bina maliki olarak tapuda kayıtlı bulunan davalı kooperatifin %70, davacılar murisinin su bedelini tahsile gittiği işyeri kiracısının %10, işveren Tic. Ltd. Şti'nin %10, işçinin ise %10 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği işverenin işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için alınması gereken sağlık ve güvenlik tedbirleri ile işyerinde bulundurması gereken araç ve gereçleri belirlemiştir. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda; bilirkişiler, İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları göz önünde tutarak ve özellikle işyerinin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin, işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelemek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranını hiç bir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptadıkları, işverenin İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2. ve 4. maddesine aykırı davranması nedeniyle işverene kusur izafe etmiş iseler de Tüzüğü'nün 2. ve 4. maddesindeki düzenlemelerin işverence işyerinde alınacak tedbirler ve bulundurulması gereken araç ve gereçlerle ilgili olduğunun gözetilmediği görülmektedir. Somut

olayda kazanın gündüz saat 13.00-15.00 sıralarında işyeri dışında meydana geldiği, su satışı yapan işverenin su dağıtımını yapan elemanını para tahsiline göndermeden önce gideceği her binanın durumunu, asansörünü kontrol etmesinin beklenemeyeceği, kaldı ki kontrol edilse dahi bu tür tesisatların kontrol anından hemen sonra arızaya geçmesi de büyük bir olasılık dahilinde olduğundan kazanın meydana gelmemesi için işverenin İş Kanunu'nun 77. maddesi ile iş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği hükümleri gereğince alması gerekli bir önlem söz konusu değildir. Diğer bir deyişle işverenin kusursuz olduğu açıktır. Bu duruma göre de, işverene kusur izafe eden raporun İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları içerdiği giderek hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez. Olayın üçüncü kişiler ile kazalının müşterek kusurlu eylemleri sonucu meydana geldiğinin ve illiyet bağının kesildiğinin anlaşılmasına göre "işverenin kusursuz sorumluluğunun" da söz konusu olmadığı ortadadır. Hal böyle olunca davalı işveren Tic. Ltd. Şti'ne yönelik davanın reddi gerekirken yazılı şekilde tazminattan sorumlu tutulması usul ve yasaya aykırı olmuştur.

Öte yandan iş mahkemelerinin görevi 5521 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile düzenlenmiştir. Anılan maddede; işçiyle işveren veya işveren vekili arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının iş mahkemelerinde çözümleneceği hükmü öngörülmüştür. Madde de belirtildiği üzere, iş mahkemesinin görevli olabilmesi için uyuşmazlığın taraflarının işçi ve işveren veya işveren vekili olması, uyuşmazlığın iş sözleşmesinden veya İş Kanunu'ndan kaynaklanması koşuldur.

Mahkemelerin görevi kamu düzeni ile ilgili olup kıyas veya yorum yolu ile genişletilemez yahut değiştirilemez.

Somut olayda, davacılar ile Tic. Ltd.

Şti. dışındaki davalılar arasındaki davanın yasal dayanağı Borçlar Kanunu'nun 41 ve devamı maddelerinden kaynaklanan tazminat davası olup sigortalı ile bu davalılar arasında hizmet sözleşmesi bulunmamaktadır.

Mahkemece yapılacak iş; davalı Tic. Ltd. Şti'nin kusura ya da kusursuz sorumluluğa dayalı bir sorumluluğunun bulunmadığından anılan davalıya yönelik davanın reddine karar verilmek,Tic. Ltd. Şti dışındaki davalılar bakımından 5521 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin öngördüğü koşulların bulunup bulunmadığı değerlendirilmek ve sonuca göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın ve özellikle, işverene kusur veren, inandırıcı güç ve nitelikte olmayan 77. maddenin öngördüğü koşulları içermeyen kusur raporunun hükme dayanak almak suretiyle, kamu düzenine ilişkin olan görev konusu göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalı işveren Tic. Ltd. Şti'nin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN

Davalılardan Ltd. Şti vekili, dahili davalı Kooperatifi vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, iş kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davalı işveren Şirketinde su dağıtıcısı olarak çalışan davacıların murisi ...'in 10.3.2000 günüda 4. katta bulunan dava dışı Derneği'ne bir gün önce götürdüğü su bedelini tahsil etmek için gitti-

ği ve dönüşte bozuk olan asansörün katta olmamasına rağmen kapısının açılması sonucu, asansöre binmek istemesi üzerine asansör boşluğuna düşmesi nedeniyle ölümün gerçekleştiği dosya içeriğindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında, gerçekleşen bu ölüm olayının 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 11. maddesine göre bir iş kazası olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık, davalılardan işveren olan şirketinin olayda sorumluluğunun bulunup bulunmadığı noktasındadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, bir olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi, işverenin her durumda bu kazadan sorumlu tutulmasını gerektirmez. Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir iş kazasından işverenin sorumlu olması için, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma ve özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışı veya ihmal göstermesi sonucu kaza meydana gelmiş olmalıdır. Diğer bir deyişle, Özel Daire bozma ilamında da değinildiği üzere oluşan kazadan sorumlu olabilmesi için işverenin kusurunun kanıtlanmış olması gerekir.

Yerel Mahkemece, kusur oranlarını belirlemek için alınan her iki bilirkişi raporunda da davalı şirketinin, "...1475 sayılı İş Kanunu Madde 73, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü Madde 2, 4'e aykırı hareket ettiği, bu firmanın, kazalının can güvenliği için su getirip götürdüğü, tahsilat için gönderdiği yerlerin durumunu kontrol etmesi, aydınlatması yetersiz olan kısımlara girilip çıkılması durumunda çalışanlarına el feneri gibi, aydınlatma kararı vermeli ve de bunlarla bu gibi yerlere gidilmesini temin etmesi gerektiği.." bildirilerek meydana gelen iş kazasından az da olsa sorumlu olduğu belirlenmiştir.

Bilindiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. (Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 73. maddesinde); "Her işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak

için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlüdür."

Yine İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2. maddesi "Her işveren, işyerinde işçilerinin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için, bu Tüzükte belirtilen şartları yerine yetirmek araçları noksansız bulundurmak gerekli olanı yapmakla yükümlüdür." 4. maddesi ise "...işverenin, işyerinde, teknik ilerlemelerin getirdiği daha uygun sağlık şartlarını sağlaması; ...iş kazalarını önlemek üzere işyerinde alınması ve bulundurulması gerekli tedbir ve araçları ve alınacak diğer iş güvenliği tedbirlerini devamlı surette izlemesi esastır." diyerek işverenin işyerinde, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili her türlü tedbirleri alması ve izlemesi gerektiği bildirilmektedir.

Bu bilgiler ışığında tartışılması gereken husus, somut olayda iş kazasının oluşması için işverenin ne gibi bir tedbir alması gerektiği meselesidir. Kaza geçiren işçi, şirketinde 3 hafta önce işe başlamış olup, işi, sipariş, üzerine çeşitli işyeri, ev gibi yerlere su götürmektir. Elbette işini yaptığı sırada işveren tarafından alınması gerekli tedbir, bulundurulması gereken araç varsa işveren bunları temin etmekle yükümlüdür. Örneğin, işçi eğer su götürmek için araçla gittiği sırada işverenin araçta gereken bakımları yapmaması sonucu bir kaza oluşmuşsa ya da motosiklet gibi bir araçla başlıksız su götürmesine göz yumması, başlık temin etmemesi, ehliyeti olmadığı halde araç kullanımına izin verilmesi gibi durumlarda işverenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Eldeki davada ise, dosya içindeki bilgi ve belgelerden; olay tarihinde kayden dahili davalı Kooperatifi'ne ait olan yapının 4. katında bulunan asansörün bozuk olduğu, kata kabinsiz geldiği, merdiven boşluklarının ışıklandırılmadığı, asansör önüne uyarıcı levha konulmadığı belirlenmiş olduğuna göre, bilirkişilerin raporların-

da bildirdiği gibi işverenin işçisine el feneri gibi aydınlatma aracı vermesi İstanbul gibi bir yerde bulunan binada pek de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Bilirkişi raporunda belirtildiği gibi işverenin işçinin her gittiği binayı önceden kontrol etmesi de hayatın olağan akışına aykırı olup, kendisinden beklenemez. Aksi halde, asansöre normal şartlarda binilse dahi içerisinde iken de bakımının yapılmaması ya da asansörün teknik arızası nedeniyle ipinin kopması, asansör kurallarına uymayarak ara boşluklarına sıkışması gibi sebeplerle bir kazanın gerçekleşmesinde de davalı işvereni aynı düşünce ile sorumlu tutmak gerekecektir ki, bu sınırsız bir sorumluluk anlamını doğuracaktır. Gerçekleşen kazada işverenin işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili alabileceği bir tedbir bulunmadığı görüşü Kurul görüşmelerinde çoğunluk bulduğundan, işverene kusur yükleyen bilirkişilerin görüşünü esas alan Yerel Mahkemenin bu yöndeki gerekçesine iştirak edilmemiştir.

O halde, Özel Daire bozma ilamında ve yukarıda açıklanan gerekçelerle, davalı işveren şirketine kusur yüklenemeyeceğinden, davalı işverene karşı açılan davanın reddine karar verilmeli, diğerleri hakkında da oluşan bu sonuca göre değerlendirme yapılarak hüküm kurulması gerekmektedir.

Öte yandan, eldeki dava, iş kazası nedeniyle davalı işveren ile birlikte genel hükümlere göre sorumlu buldukları iddia edilen diğer davalılara karşı birlikte açılmış olup, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır. İhtiyari dava arkadaşlığı durumunda, davalılardan biri hakkındaki dava genel mahkemenin, diğeri hakkındaki dava özel bir mahkemenin görevine giriyorsa, özel nitelikteki mahkemede davanın görülmesi gereklidir. Somut olayda, davacılar iş kazası geçiren işçinin mirasçıları, davalı Şirketi ise işvereni numunda olup, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca işveren

ile işçi arasındaki iş aktinden kaynaklanan veya İş Kanunu'na dayalı iddiaların özel yetkili iş mahkemesinde görülerek, davanın sonuçlandırılması gerekli olduğundan, diğer davalılar yönünden de iş mahkemesi olarak davaya bakılmaya devam edilmelidir. Dava birlikte açıldığından dava, açıldığı zamanki duruma göre değerlendirileceğinden, işverenin, kusurlu olmamasının belirlenmesi göreve değil, davanın sonucuna etkilidir. Açıklanan bu gerekçelerle, Özel Dairenin bozma ilamındaki bu görüş isabetli değildir.

Açıklanan bu değişik gerekçeyle ve yasa aykırı bulunan direnme kararının bozulmasına bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

1- Davalı Ltd. Şti. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının değişik gerekçe ile H.U.M.K.'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine,

2- Diğer temyiz itirazlarının bozma nedenine göre incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 3.2.2010 gününde, ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Somut olayda Tic. Ltd. Şti.'de üç haftayı aşkın bir süre çalışmaktadır. 9.3.2000 tarihinde su bedelini almak için gittiği binanın 4. katında asansörün kapısının erken açılması sonucunda düşerek ölmüştür. Asansörün bozuk olduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda diğer sorumlular yanında işverene %10 kusur verilmiştir.

Mahkemece bu kusur oranına değer verilmiştir.

Yüksek Özel Daire işverenin kusursuz olduğunu kabul etmiştir.

Uyuşmazlık işverenin ölüm olayında ku-

suru olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Cismani zarar ve ölüm olaylarında işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği önem taşır. Roma Justinianus Hukukunda başlayıp günümüze uzayan süreçte kusur sorumluluğu genel olarak kınamayı gerektiren bir insan davranışı olarak ele alınmaktadır. Bu sorumluluk türünde kusur tek başına sorumluluk için yeterli değildir. Zira sorumluluğun subjektif koşulunu kusur meydana getiriyor ise de, hukuka aykırılık objektif koşulunu meydana getirmektedir.

Öte yandan tazminat isteminde bulunan failin kusurunu ispatla yükümlüdür. (Bkz. Koçhisarlıoğlu; Cengiz; Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi” Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1978, sh. 175-28, Koçhisarlıoğlu, Cengiz; Haksız Eylem Konusu (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), C I/II, Ankara 1990; Rado, Türkan; Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1992, s.37).

Tehlike sorumluluğu, işletme tesis ve şeylerin kullanılması veya işletilmesiyle doğan zararlardan, işletenlerin kusurları bulunmaz ve her türlü özeni gösterecekler dahi sorumlu tutulma olayıdır.

Bu tür sorumlulukta sorumluluk koşulları sorumlular aleyhine ağırlaştırılmıştır. Burada bir işletme faaliyet ve nesneye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesi ile sonuç doğar. Tehlike sorumluluğu modern çağın teknoloji devriminin ürünüdür. (Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: II, Ankara 1989, sh. 230). Yargıtayın kusur sorumluluğundan kusursuz sorumluluğa geçişin hukuki alt yapısı ilk olarak 27.3.1957 gün 1-3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile BK. 55 kapsamında belirlenmiştir. Başka bir anlatımla Yargıtay ekonomik ve kültürel anlamdaki gelişmelere paralel kusur ve akdi sorumlulukları yetersiz görmüş, tehlike sorumluluğunda karar kılmıştır. (Yargıtay HGK, 18.3.1987, E9-722/K 2003).

Yine Yargıtay tehlike sorumluluğunda

mini bir sebep, zarar görenin tam kusurlu olması halinde işvereni sorumluluktan kurtaracağı üçüncü kişinin kusuru zarara neden olacak etkenlerden biri ise illiyet bağının kesilmeyişi nedeniyle işverenin sorumlu tutulacağını kararlarında ifade etmiştir. (Y. 9 HD, 4.11.1985 E. 7797, K. 1089).

Görüleceği üzere Yargıtay kademeli bir süreç içerisinde nedensellik bağını yorumlamıştır. (Tüm sorumluluk tipleri için Bkz. Kılıçoğlu Mustafa; Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri; Doktora Tezi, Ankara 1997, sh 23-57.)

Tehlike sorumluluğu özel yasalarda düzenlenmekle beraber yetersizliği göz önünde tutulduğunda kazuistik bir düzenleme ihtiyacı bulunmaktadır. Borçlar Kanunu Tasarısı bu konuda atılan bir ilk adımdır.

Üçüncü kişinin ağır kusurunun nedensellik bağını kesme olgusuna gelince; kimse kural olarak kimse üçüncü kişinin kusurlu oluşu nedeniyle sorumluluktan kurtulamaz. Nedensellik bağının kesilebilmesi için üçüncü kişinin kusurunun zararlı sonucun tek nedeni olmalıdır. Büyük tehlike arz eden işletmelerin sorumluluğunda üçüncü kişinin kusuru nedenselliği kesmez. Örneğin uçak işletmelerinde, atom santrallerinde. O halde tehlike sorumluluğunda üçüncü kişinin kusurunda kaçınılmazlık kavramına yer verilmesi adil olacaktır. (Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, A.6, İstanbul 1998 sh. 551).

Olay 2000 yılında oluşu nedeniyle o günkü geçerli 1475 sayılı Kanun 73 ve devamı maddelerine bakıldığında geniş bir sorumluluk alanı göze çarpmaktadır. Özellikle tartışmalar sırasında olayın işyeri dışında olduğu 73. maddenin işverenin “işyerinde” söz edildiği dolayısıyla sorumluluk doğmayacağı ifade ediliyor ise de aynı Kanunun 1/1’de “... İşin yapıldığı yere işyeri denir...” söz dizimi göz ardı edilmektedir, işverenin talimatı ile iş yapmaya giden işçinin uğradığı zararda sebep - sonuç ilişkisi gerçekleşmiş sayılır. İşverenin sorumluluğunun işyeri ile sınırlı olması

yasaya aykırı bir yorumdur.

Öncelikle işçiye güvenlik eğitimi verilecektir. Somut olayda böyle bir eğitim verilmediği tartışmasızdır. Bu durum tek başına bir sorumluluk nedenidir. Olumsuz sonucu rastlantısal olarak kabul edilip kadere bağlamak sosyal adalet ve iş hukukunun işçiye koruyucu karakteriyle bağdaşmaz.

Diğer Yüksek Mahkeme kararlarına göz atıldığında konunun sorumluluk hukukuna uygun olarak çözüldüğünü görürüz. Örneğin, bir askerın diğer bir askeri kaza ile öldürmesinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin "Davacının uğradığı zararların hizmet kusuru olmasa dahi kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idare tarafından, karşılaması gerektiği sonucuna varılmıştır." (AYİM, 2D, 25.2.2004 T, 2001/283 E., 2004/250 K.).

Teröristler tarafından patlatılan bir bombanın verdiği zararı sosyal risk ilkesi gere-

ğince tazminine karar verirken risk teorisini kusursuz sorumluluğun ağırlaştırılmış şekli olarak kabul etmiştir. (Dan. 10. D, 25.1.2001 T, 1998/2268 E. 2001/245 K.).

Görüleceği üzere her iki Yüksek Mahkeme sorumluluğunun yaygınlaştırılması ve kapsamının derinleştirilmesi konusunda bir çabası gözlemlenmektedir. Nedensellik olayın niteliği, toplumsallığı ve yaratılan tehlikenin ağırlığı ölçüsünde ele alınmaktadır.

Öte yandan 1475 sayılı Kanun zamanındaki düzenleme 4857 sayılı Kanun döneminde (m 77 vd) daha da genişletilerek "... işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirerek ve gerekli iş sağlığı ve eğitimini vermek zorundadır" gibi yükümlülükler yüklemiştir. Çağdaş eğilim bu yöndedir.

Yukarıdaki gerekçe ile direnme uygun daireye düşüncesindeyim.

1. İNCELEME:

Maddi ve manevi tazminat davasına konu olayda, davalı işveren Tic. Ltd. Şti.'nde su dağıtım elemanı olarak çalışan işçi, 10.03.2000 tarihinde saat 13.00'te önceden teslim ettiği su bedelini almak üzere işverence gönderildiği davalı.... Sanayi ve Yapı Kooperatifi'ne ait olan binanın 4. katında asansöre binmek isterken, asansörün bozuk olmasından dolayı kabini katta bulunmadığı halde kapısının açılmasıyla, kapısında uyarıcı levha bulunmayan asansör kabininin katta olup olmadığını kontrol etmeden adımını içeri atması sonucunda, asansör boşluğuna ve alt katlarda bulunan kabinin üzerine düşerek vefat etmiştir.Yerel Mahkeme, "Davalı işverenin 1475 sayılı İş Kanunu Madde 73, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü Madde 2, 4'e aykırı hareket ettiği, bu firmanın, kazalının can güvenliği için su getirip götürdüğü, tahsilat için gönderdiği yerlerin durumunu kontrol etmesi, aydınlatması yetersiz olan kısımlara girilip çıkılması durumunda çalışan-

larına el feneri gibi, aydınlatma aracı vermesi ve de bunlarla bu gibi yerlere gidilmesini temin etmesi gerektiği.." yönünde işvereni kusurlu bulan bilirkişi raporları çerçevesinde, işverenin meydana gelen iş kazasından ötürü az da olsa sorumlu olduğuna karar vermiştir.

Temyiz üzerine Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 3.3.2009 tarih, 2008/20034 E., 2009/3026 K. sayılı ilamıyla "İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliğinin kusura dayandığı; kusurlu eylem ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa, işverenin sorumlu tutulamayacağı; kusur sorumluluğunda mücbir neden, zarar görenin ve üçüncü kişinin ağır kusurunun illiyet bağını keseceği; olay tarihinde bina maliki olarak tapuda kayıtlı bulunan davalı kooperatifin %70, davacılar murisinin su bedelini tahsile gittiği işyeri kiracısının %10, işveren Tic. Ltd. Şti'nin %10, işçinin ise %10 oranında kusurlu olduğu bilirkişilerce tespit edilmişse de, bilirkişi raporunda İş Kanunu'nun 77. maddesi kapsamında ve

özellikle işyerinde uygulanması gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri incelenerek, işverenin, işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelemek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptanmadığı; işverene kusur izafe edilmişse de İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2. ve 4. maddesindeki düzenlemelerin işverence işyerinde alınacak tedbirler ve bulundurulması gereken araç ve gereçlerle ilgili olduğunun gözetilmediği; kazanın işyeri dışında gerçekleştiği, su satışı yapan işverenin su dağıtımını yapan elemanını para tahsiline göndermeden önce gideceği her binanın durumunu, asansörünü kontrol etmesinin beklenemeyeceği, kaldı ki kontrol edilse dahi bu tür tesisatların kontrol anından hemen sonra arızaya geçmesi de büyük bir olasılık dahilinde olduğundan kazanın meydana gelmeme için işverenin İş Kanunu'nun 77. maddesi ile İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği hükümleri gereğince alması gerekli bir önlemin bulunmadığı; dolayısıyla işverenin kusursuz olduğu; kaza üçüncü kişiler ile kazazedenin müşterek kusurlu eylemleri sonucu meydana geldiğinden ve illiyet bağı kesildiğinden, işverenin kusursuz sorumluluğunun da olmadığı..." gerekçesiyle bozularak geri çevrilmiş ve yeniden yapılan yargılama sonunda yerel mahkeme kararında direnmiştir.

Direnme kararını tetkik eden Hukuk Genel Kurulu 03.02.2010 tarih, 2010/21-36 Esas, 2010/67 sayılı kararında "Dava konusu olayın 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 11. maddesine göre bir iş kazası olduğu yönünde uyuşmazlık olmadığı; uyuşmazlığın, davalı işveren şirketinin olayda sorumluluğunun bulunup bulunmadığı noktasında toplandığı; iş kazasından işverenin sorumlu tutulması için, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma ve özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışı veya ihmal göstermesi sonucu kazanın meydana gelmiş olması gerektiği; somut olayda iş kazasının oluşmaması için

işverenin İş Kanunu m. 77 ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2. maddesi çerçevesinde ne gibi tedbirler almakla yükümlü olduğunun belirlenmesi gerektiği; şirketine 3 hafta önce işe başlayan kazazedenin işinin, sipariş üzerine çeşitli işyeri, ev gibi yerlere su götürmek olduğu; işini yaptığı sırada işveren tarafından alınması gerekli tedbir, bulundurulması gereken araç varsa işverenin bunları sağlamakla yükümlü olduğu; davada ise olay tarihinde kayden dahili davalı Sanayi Yapı Kooperatifi'ne ait olan binanın 4. katındaki asansörün bozuk olduğu, kata kabinsiz geldiği, merdiven boşluklarının ışılandırılmadığı, asansör önüne uyarıcı levha konulmadığı belirlenmiş olduğuna göre, işverenin işçisine el feneri gibi aydınlatma aracı vermesi İstanbul gibi bir yerde bulunan binada pek de hayatın olağan akışına uygun düşmediği; işverenin işçinin her gittiği binayı önceden kontrol etmesi hayatın olağan akışına aykırı olup, kendisinden beklenemeyeceği; aksi halde, asansöre normal şartlarda binilse dahi içerisinde iken de bakımının yapılmaması ya da asansörün teknik arızası nedeniyle ipinin kopması, asansör kurallarına uymayarak ara boşluklarına sıkışması gibi sebeplerle bir kazanın gerçekleşmesinde de davalı işverenin aynı düşünce ile sorumlu tutulması gerekeceği ki, bunun sınırsız bir sorumluluk anlamını doğuracağı; gerçekleşen kazada işverenin işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili alabileceği bir tedbirin bulunmadığı" gerekçesiyle direnme kararını bozmuştur.

Genel Kurul kararındaki karşı oy yazısında; "Tazminat hukukunda sorumluluğun subjektif koşulunu kusurun objektif koşulunu ise hukuka aykırılığın meydana getirdiği; ancak modern çağın teknoloji devrimi paralelinde işletme tesis ve şeylerin kullanılması veya işletilmesiyle doğan zararlardan, işletenlerin kusurları olmasa ve her türlü özeni gösterseleler dahi sorumlu tutulmalarını doğuran tehlike sorumluluğu ilkesinin, kusur ve akdi sorumlulukları yetersiz gören Yargıtay kararlarında da uygulanmaya başladığı; Yargıtay kararlarında tehlike sorumluluğunda mücbir sebep, zarar görenin tam kusurlu olması

halinde işverenin sorumluluktan kurtulacağını; üçüncü kişinin kusuru zarara neden olacak etkenlerden biri ise illiyet bağının kesilmeyişi nedeniyle işverenin sorumlu tutulacağını kabul edildiği; nedensellik bağının kesilebilmesi için üçüncü kişinin kusurunun zararlı sonucun tek nedeni olması gerektiği; büyük tehlike arz eden atom santralleri gibi işletmelerin sorumluluğunda, üçüncü kişinin kusurunun nedenselliği kesmeyeceği; kazanın işyeri dışında olduğu, ancak 73. maddede işverenin “işyerinde” denilmesine rağmen, Kanununun 1/1. maddesinde de “... İşin yapıldığı yere işyeri denir...” sözcüklerinin geçmesi nedeniyle işverenin talimatı ile iş yapmaya giden işçinin uğradığı zararda sebep-sonuç ilişkisi gerçekleşmiş sayılacağından, işverenin sorumluluğunun işyeri ile sınırlı olmasının yasaya aykırı bir yorum olacağı; ayrıca olayda işverence işçiye güvenlik eğitimi verilmediği tartışmasız olduğundan; bu durumun tek başına bir sorumluluk nedeni sayılacağı” düşüncelerine yer verilmiştir.

II. DEĞERLENDİRME:

Davalı işveren su dağıtım şirketinde ev ve işyerlerine su dağıtmakla görevli müteveffa işçinin tahsilat için gittiği dahili davalı Yapı Kooperatifine ait binada arıza nedeniyle kata gelmeyen asansörün boşluğuna düşmesiyle sonuçlanan kazanın, o tarihte yürürlükte olan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 11/A maddesi uyarınca Sosyal Sigortalar Kurumu'na edim yükümlülüğü getirir nitelikte bir iş kazası olduğu tartışmasızdır. Kararda üzerinde durulması gereken asıl yön, bu iş kazasının oluşumunda davalı işverenin iş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerine aykırılık nedeniyle hukuken sorumlu olup olmadığıdır.

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı yardımlarından yararlanması sonucunu doğuran zarar verici her olay, işverenin de söz konusu hukuki olaydan (kazadan) sorumlu tutulması sonucuna yol açmaz. 506 sayılı Yasa m. 11'e göre bir iş kazası veya meslek hastalığı olarak kabul edilen durumun, işve-

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı yardımlarından yararlanması sonucunu doğuran zarar verici her olay, işverenin de söz konusu hukuki olaydan (kazadan) sorumlu tutulması sonucuna yol açmaz.

renin de sorumluluğuna neden olması için; işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğüne (gözetim borcuna) aykırı davranışta bulunması; gözetim borcuna aykırılık ile meydana gelen kaza arasında (ve ayrıca, kaza ile zarar arasında) bir uygun illiyet ilişkisinin bulunması gerekmektedir¹. Gözetim borcu, unsurlarını genel bir çerçevede toplayan bir tanıma göre; “İşverenin hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı işçisini korumak, onun çıkarları doğrultusunda gördüğü iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri almak, işçinin çıkarlarının zedelenmesine yol açabilecek zarar verici davranışlardan kaçınmak gibi yükümlülüklerden oluşur”². Hukukumuzda gözetim borcu, genellikle iş sağlığı ve güvenliğine yönelik önlemler içerir bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir³. Gözetim borcunun yasal dayanağını özel hukukta Borçlar Kanunu m. 332'deki “İş sahibi, akdın hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede, çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaza ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi birlikte ikamet etmekte ise, sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur.” hükmü; kamu hukukunda ise dava tarihinde yürürlükte olan 1475 sayılı İş K. m. 73-82 arasındaki hükümler oluşturmaktadır. İş K. m. 73'e göre; “Her işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlüdür. İşçiler de, bu yoldaki usullere ve şartlara uyum zorundadırlar”. BK. 332 ile İş K. 73-82.

maddeler arasındaki temel farklılık, BK. m. 332'nin işçi ile işverenin; İş K. m. 73-82'nin ise, ayrıca işveren ile devlet arasındaki yükümlülükleri düzenlemesi ve birincisine aykırılık halinde özel hukuk müeyyidelerinin; ikincisine aykırılık halinde de, kamu hukuku müeyyidelerinin uygulanacak olmasıdır⁴. Ayrıca, 332. maddeye göre yükümlülüğün kapsamı belirlenirken işverenin sadece hakaniyet uyarınca alması gereken bir önlemin olup olmadığı dikkate alınırken, İş K. m. 73, işvereni işyerinin objektif açıdan iş sağlığı ve güvenliği bakımından gerektirdiği her türlü önlemi almak, bu önlemleri denetlemek ve gereken araçları noksatsız bulundurmaya yükümlü kılmıştır⁵. Bu gözetim ve denetim önlemlerinin yanı sıra, işveren işçilerini eğitmekle de yükümlüdür⁶.

Ancak buraya kadar değinilen gözetim borcunun yer itibarıyla sınırını olay tarihinde yürürlükte olan 1475 sayılı Yasa m. 1'de düzenlenen "işyeri" çizmektedir; zira İş Kanunu m. 73'de işverenin "işyerinde" işçilerin sağlığını ve güvenliğini sağlayacak tedbirleri alma zorunluluğundan söz edilmektedir. 1475 sayılı Yasa dönemindeki Yargıtay kararlarında da işyeri sınırları dışında işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almasının istenemeyeceği hususuna vurgu yapılmıştır⁷. Buna karşın 4857 sayılı İş Kanunu döneminde verdiği 2006 tarihli bir kararda Yargıtay, işverenin işyeri sınırları dışında da iş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini almakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır⁸. Fakat yükümlülük getiren bu 2006 tarihli karara konu olayda, gazete muhabiri olarak çalışmakta olan davacı işçi tarafından hazırlanan ancak işveren gazete yönetimi tarafından haber başlığı belirlenerek gazetede basılan haber ve haber başlığı nedeniyle olay günü 19:00 sularında işten ayrıldıktan sonra saat 22:00 sularında evinin önünde dava dışı üçüncü kişiler tarafından silahla vurularak sol dizinden yaralanması söz konusudur. Yargıtay olayda gazetede yayımlanan haber ve yorumlar nedeniyle davacı işçinin tehdit edildiğine dair başvurularının ve gelen telefonların işverence önemsenmediği, işverenin önceden öngörebileceği bir olay için gerek-

li önlemleri almadığından kusurlu olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla 2006 tarihli kararda işçinin gördüğü iş ve öngörülebilir yakın tehlike nedeniyle kişiselleştirilmiş (olaya münhasır) istisnai bir karar verildiği, daha doğrusu Yüksek Mahkeme'nin işvereni işyeri dışında iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almakla yükümlü kılmama uygulamasından aslında ayrılmadığı sonucuna varmak mümkün görünmektedir. İşyeri dışında önlem alma yükümlülüğünün öngörülmemesi aslında işverenin işyeri dışında işçisinin çalıştığı alanda bir kontrol yetkisine sahip olmamasıdır⁹. Bu kontrol yetkisi de, işyeri olarak sayılacak fiziksel alanı, işverenin işçiler veya 3. şahıslar tarafından kullanılmasına izin verme yetkisi olup olmamasına göre belirginleşecektir. 1475 sayılı Yasa m. 1/1'de işin yapıldığı yere işyeri denilmekteyse de, gözetim borcu bakımından bu yer doğal olarak işin görüldüğü her yer değil, işverenin kontrolündeki yerlerdir. Ancak mesaisi tamamen veya büyük ölçüde işyeri dışı farklı farklı mekanlarda geçen satıcı, harita uzmanı, anketör gibi işverenin kontrolü dışındaki yerlerde çalışan işçiler yönünden işverenin işyeri dışındaki kontrol yetkisizliği, onun gözetim borcunu tamamen ortadan kaldırmayacak, işverenin işçisine gerekli eğitimi sağlama yükümlülüğü bir ölçüde bu eksikliği kapatacaktır.

İncelemeye konu kararda, müteveffa işçi su dağıtım elemanı olarak görev yapmaktayken, işverenin işyeri dışındaki bir mahalde iş kazasına uğradığı için, davalı işveren şirketin almakla yükümlü olduğu iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bulunmadığından, işverenin sorumlu olmadığı yönündeki kararında Hukuk Genel Kurulu değinilen önceki benzer kararlarındaki görüşünü sürdürmekte ve bu yönden karardaki gerekçelere katılmak mümkün ise de, karşı oy yazısında da belirtildiği gibi, Genel Kurulun davalı işverence iş sağlığı ve iş güvenliğine yönelik herhangi bir eğitim verilmediği sabit olan işçisinin uğradığı iş kazası nedeniyle gözetim borcuna (iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğüne) aykırı davranan davalı işverenin salt bu kusurlu davranışı yüzünden hukuken

sorumlu olduğu sonucuna varmamış olması kanımızca da isabetli değildir.

Olayda işçiye iş sağlığı ve güvenliği eğitiminin verilmiş olduğunu bir an için varsayacak olduğumuz takdirde, bu kez kararda ve karşı oy yazısında işverenin iş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerine aykırı kusurlu davranışı olmasa dahi kusursuz sorumluluk prensiplerine göre sorumlu olup olmayacağı konusundaki görüş ayrılığına da değinmek gerekecektir.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında işverenin gözetim borcuna aykırılığı temelde iki esasa dayandırılmaktadır: Kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk. Kusur sorumluluğunu kabul eden yazarlara göre İş Kanunu'nda işverenin hukuki sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme olmadığından, işverenin bu konuda genel hükümlere ve özellikle Borçlar Kanunu'nun 96 ve 332/1. maddelerine göre sorumlu tutulması gerekir. Borçlar Kanunu'nda işverenin genel anlamda kusursuz sorumluluğu yer almadığı içindir ki, işverenin Borçlar Kanunumuzda da esas olan, kusura dayalı sorumluluk sistemine tabi olduğunu kabul etmek zorunludur¹⁰. Yargıtay da, 1967 yılına kadar, iş kazalarından dolayı işveren sorumluluğunu "kusurlu sorumluluk" olarak nitelendirmiştir¹¹. İşverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak nitelendiren görüş ise, sorumluluğun dayanağını BK. m. 332'de değil; İş K. m. 73 hükmünde görmekte ve 73. maddenin işverenin kusursuz sorumluluğunu düzenlediğini öne sürmektedir. Buna göre; işveren, işyerinde gereken sağlık ve güvenlik önlemlerini almamışsa; ister kusurlu olsun, isterse de kusursuz olsun, tazmin borcu doğacaktır¹². Özellikle failin bir taşınmazın maliki olması; bir motorlu taşıt aracını veya nükleer enerji santralini işletmesi gibi olay ve durumlardan kaynaklanan sebeplerden ötürü bir zararın doğmuş olması ve bu zarar ile olay veya durum arasında bir uygun illiyet ilişkisinin bulunması; sorumluluğun tesisi için yeterli görülmektedir¹³. 1967 yılında, Y. 9. HD., 13.3.1967, 2341/1970 sayılı kararıyla¹⁴, işverenin kusursuz sorumluluğunu

kabul etmiş ve söz konusu görüşe dayalı içtihatlar, daha sonrasında yaygın hale gelmiştir. Yargıtay, verdiği kararlarında; her iki tarafın veya yalnız işverenin kusurunun bulunmadığı hallerde, işverenin kusursuz sorumluluk çerçevesinde zararın tümünden sorumlu tutulması yerine, BK. m. 43/I doğrultusunda, hakkaniyet uyarınca tazminat miktarından indirim yapılması gerektiğini de kabul etmiştir. Ancak, kusursuz sorumluluk da, tehlikenin işyeri ve işin niteliği ile ilgili olmasıyla sınırlıdır¹⁵. Öte yandan illiyet ilişkisini kesen sebepler "mücbir sebep", "zarar görenin kusuru" ve "üçüncü şahsın kusuru" olarak, üç grupta toplanmaktadır. Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Zarar görenin tam (%100) veya ağır kusuru da, illiyet ilişkisini kesen diğer bir sebeptir¹⁶. Üçüncü şahsın kusurunun illiyet ilişkisini kesebilmesi için, üçüncü şahsın kusurunun, davalının kusurunu arka plana itecek kadar daha ağır derecede olması gerekmektedir¹⁷.

Değinen sebeplerle, olayda davalı işveren şirketin kusurlu olmadığı, zararın doğmasında kazazede işçi ile 3. şahısların kusurunun rol oynadığı belirlenmiş olduğundan, karşı oy yazısındaki görüşün aksine, kararda işverenin kusursuz sorumluluğu yoluna gidilmemiş olması; asansör kazası yönünden bir mücbir sebep veya kazazede işçinin %100 ya da ağır kusuru olmamakla birlikte, bilirkişi raporlarındaki kusur oranları dikkat alındığında, (kusursuz varsaydığımız) işverenin 3. şahsın ağır kusuru nedeniyle illiyet bağı kesilmiş olacağından, hakkında kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmasına gidilmemiş olması da yerindedir.

III. SONUÇ:

İncelemeye çalıştığımız Hukuk Genel Kurulu kararı, esasen Yüksek Mahkeme'nin, yürütülen işin taşıdığı risk itibarıyla gerçekleşmesi olası yakın bir tehlikenin olması

Üçüncü şahsın kusurunun illiyet ilişkisini kesebilmesi için, üçüncü şahsın kusurunun, davalının kusurunu arka plana itecek kadar daha ağır derecede olması gerekmektedir.

(haber nedeniyle tehdit alan gazete çalışanı) gibi bazı istisna durumlar dışında, işvereni işyeri sınırları dışında iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almakla yükümlü kılmayan kararlarındaki istikrarlı uygulamanın bir devamı niteliğinde olup, kanımızca karara katılmak mümkündür. Aynı katılım kusursuz sorumluluk ilkeleri yönünden de, kusurlu sorumlulukta olduğu gibi üçüncü şahısların ağır kusurunun işveren açısından illiyetti keseceğine dair uygulama bakımından da geçerlidir. Buna karşın kararda davalı işverenin iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verme yükümlülüğüne aykırı davranışının bir kusur olarak dikkate alınmamış olması, uygun değildir.

DİPNOTLAR

- 1 Sarper SÜZEK, İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku) İstanbul 2005, s. 325; aynı yazar, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s. 224; Tankut CENTEL, İHU, SSK. m. 11, no. 1 incelemesi; Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2009, s. 170; Fevzi DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2009, s. 177; Müjdat ŞAKAR, İş Kanunu Yorumu, Ankara 2008, s. 614; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku 2008, s. 993; Öner EYRENCİ/Savaş TAŞKENT/Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s. 224.
- 2 İlhan ULUSAN, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, İstanbul 1990, s. 1.
- 3 Bkz. ULUSAN, s. 20; Fikret EREN, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, s. 36; Münir EKONOMİ, İş Hukuku C. I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 154. Gözetme borcu kavramının daha geniş bir anlamı için bkz. SÜZEK, İş Güvenliği, s. 177.
- 4 Kenan TUNÇOMAĞ, İş Kazasından Doğan İşveren Sorumluluğunun Özellikleri, İstanbul Barosu Dergisi, 1987/4-6, s. 218.
- 5 SÜZEK, İş Güvenliği, s. 179.
- 6 Y. 10. HD. 3.11.1987, 5204/5794 (Tekstil İşveren D., 1988/128, s. 19.).

- 7 Bkz. Y. 9. HD. 13.4.1970, 1495/3566 (Memduh YELEKÇİ, Notlu İzahlı İçtihatlı 1475 Sayılı Yeni İş Kanunu, Ankara 1973, s. 276); Y. 9. HD. 4.7.1985, 4294/7382 (Yasa Hukuk Dergisi, 1986/1, s. 106); Y. HGK, 24.1.1986, 1985/9-814, 1986/47 (<http://www.kazanci.com>).
- 8 Bkz. 21. HD. 11.7.2006, 2006/8173-907 (<http://www.kazanci.com>).
- 9 Amerika Birleşik Devletleri Virginia Yüksek Mahkemesi'nin bir kararına göre de, işverenin iş kazasından dolayı tazminat yükümlülüğü için, iş kazasının meydana geldiği yerin fiilen değil teorik olarak dahi işverenin kontrolünde olması yeterlidir. (Workers' Compensation Law: Review of the New Jersey Supreme Court 1997-1998 Term: <http://library.findlaw.com/1999/Jan/1/130427.html>).
- 10 SÜZEK, İş Hukuku, s. 318-319. Ayrıca bkz. Kemal OĞUZMAN, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 34, Sayı: 1-4, s. 322 vd.
- 11 Fehim ÜÇİŞİK, İHU, İş K. M. 73, no. 3 incelemesi.
- 12 Haluk TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 7. Ayrıca bkz. EREN, s. 83.
- 13 TANDOĞAN, s. 7.
- 14 Baki ORHANER, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1969, s. 223.
- 15 Y. 9. HD. 4.7.1985, 1985/4294-7382 (<http://www.kazanci.com>).
- 16 Fikret EREN, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 106, 173 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s. 327 vd.
- 17 Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Karl OFTINGER/Raymond PRETTE, Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları (Çev: Kemal Dayınlı), Ankara 1990, s. 318 vd.

ABONELİK SİSTEMİ

“MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi”



4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümlerinin içeriğine ve uygulanmasına yönelik bilgiler ile yerli ve yabancı mahkeme kararlarına yer verilen “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” adlı yayınıımız, çalışma yaşamında yaşanan gelişmeleri yakından takip ederek kullanıcılarına yeni bilgileri zamanında ulaştırmayı hedeflemektedir. Bu nedenle, güncel bilgileri içeren föyler “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” abonelerine düzenli olarak gönderilmektedir.

MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi'ne abone olabilmek için formu doldurup, MESS Merkez adresimize posta veya faks yoluyla gönderebilirsiniz.

“MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” Abonelik Formu

Ad/Soyad :

Adres :

Tel. :

Faks :

e-posta :

İmza :

MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi'ne abone olmak istiyorum:

Maliyet bedelini ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi
Abidei Hürriyet Cad. Mecidiyeköy Yolu No. 268, MESS Şişli 34381 İSTANBUL
Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx) Faks: (0212) 241 76 19

TÜRKİYE İŞ BANKASI Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)
Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)

Yrd. Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

İstanbul Arel Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Yüksek Okulu

İşyeri Devrinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

1. GİRİŞ

Günümüzde şirketler, küreselleşmenin de etkisiyle, dünya ölçeğinde rekabet edebilmek, pazar paylarını arttırmak, mali açıdan daha güçlü olabilmek ve vergisel teşviklerden yararlanmak gibi amaçlarla birbirleriyle birleşme veya devralma yoluyla işbirliğine gidebilirler. Şirketler devir, birleşme veya bölünme yoluna gittiklerinde bir takım vergisel sonuçlar da doğmaktadır.

İşyeri devirlerinin bir bütün olarak vergi hukuku açısından durumu bu yazının konusunu oluşturmaktadır. Oldukça geniş kapsamlı olan konu, kurumlar vergisi, gelir vergisi, katma değer vergisi, özel tüketim vergisi, damga vergisi, harçlar, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun ve Belediye Gelirleri Kanunu açısından incelenmiştir.

2. KURUMLAR VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN DEVİR İŞLEMİ

2.1. DEVİR İŞLEMİNİN NİTELİĞİ

Birleşmenin özel bir türü olarak düzenlenen

devir bir şirketin başka bir şirkete katılması sonucu ortaya çıkan birleşmelerdir.¹ Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) m. 19'da yer alan düzenlemeye göre Kanunda öngörülen koşullar altında yapılan birleşmeler Kurumlar Vergisi Kanunu açısından devir olarak değerlendirilmektedir.

Birleşme, bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla tek hukuki varlık haline gelmelerine denir. Bunun sebebi, kurumların pazar payını arttırmak, rekabeti sona erdirmek ve ölçek ekonomilerine ulaşmak vb. arzular olabilir². Birleşme, birden çok kurumun birinin diğerinin bünyesine veya tümünün yeni kurulan bir ortaklığa mallarını tasfiye etmeksizin intikal etmesi ve birleşen ortaklık veya ortaklıkların ortaklarına bir değiştirme ölçüsüne göre devralan veya yeni ortaklığın payının verilmesidir³.

Birleşmelerde vergilendirme rejimi, KVK'nın 18. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

(1) Bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesi, birleşme nedeniyle infisah eden kurumlar bakımından tasfiye hükmünde-

dir. Ancak, birleşmede tasfiye kârı yerine birleşme kârı vergiye matrah olur.

(2) Tasfiye kârının tespiti hakkındaki hükümler, birleşme kârının tespitinde de geçerlidir. Şu kadar ki, münfesihi kurumun veya kurumların ortaklarına ya da sahiplerine birleşilen kurum tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı olarak verilen değerler, kurumun tasfiyesi halinde ortaklara dağıtılan değerler yerine geçer. Birleşilen kurumdaki alınan değerler Vergi Usul Kanununda yazılı esaslara göre değerlendirilir.

(3) Kanununun 17. maddesine göre tasfiye memurlarına düşen sorumluluk ve ödevler, birleşme halinde birleşilen kuruma ait olur.

Türk Ticaret Kanunu⁴ (TTK) m.146, m.147, m.451, m.452'ye göre birleşme iki şekilde olmaktadır:

- Yeni şirket kurmak yolu ile birleşme
- Devralma yoluyla birleşme

Vergilendirmede devir ile birleşme arasındaki temel fark, KVK'nun devri birleşmeye göre farklı vergilendirme rejimine tabi tutmasıdır. Şöyle ki, devir halinde devredilen kurumun sadece devir tarihine kadar elde ettiği kazançlar vergilendirilir. Doğrudan doğruya devirden doğan kazançlar vergilendirilmeye tabi tutulmaz. Bu nedenle devir kavramı yerine vergisiz birleşme kavramı da kullanılmaktadır⁵. KVK 18. maddede düzenlenen birleşme TTK'da yer alan her iki durumu da kapsamakla beraber, KVK vergisiz birleşmeler için "devir" deyimini kullandığından ortaya terminoloji karışıklığı çıkmaktadır⁶. Doktrinde KVK anlamında devir kavramının TTK anlamında devir kavramından farklı olduğunu kabul eden görüşler, KVK anlamında "birleşme - devir" ayrımı yerine "vergili birleşme - vergisiz birleşme" ayrımını yapmaktadırlar⁷. Devir kendi başına bir birleşme modeli olmamakla birlikte, birleşmenin belli şartlarda yapılması halinde birleşen şirketlere vergi istisnası tanıyan bir birleşme türüdür⁸.

2.2. DEVİR İŞLEMİNİN ŞARTLARI

KVK'nın 19/1. maddesine göre aşağıdaki şartlar dâhilinde gerçekleşen birleşmeler devir hükmündedir:

a) Birleşme sonucunda infisah eden kurum

ile birleşilen kurumun kanunî veya iş merkezlerinin Türkiye'de bulunması.

b) Münfesihi kurumun devir tarihindeki bilanço değerlerinin, birleşilen kurum tarafından bir bütün halinde devralınması ve aynen bilançosuna geçirilmesi.

KVK m. 19/2'ye göre ise kurumların KVK m. 19/1'de yer alan şartlar dâhilinde tür değiştirmeleri de devir hükmündedir. O nedenle KVK'nın devir ile ilgili hükümleri tür değişikliği durumunda da uygulanacaktır.

2.2.1. Birleşme Sonucunda İnfisah Eden Kurum ile Birleşilen Kurumun Kanunî veya İş Merkezlerinin Türkiye'de Bulunması

Birleşmenin KVK açısından devir olarak kabul edilebilmesi için birleşilen kurum ile infisah eden kurumun kanuni veya iş merkezlerinin Türkiye'de olması yani bu kurumların tam mükellef olması gerekmektedir. Kanun hükmünden de anlaşıldığı gibi sadece tam mükellef kurumların devir yoluyla birleşmelerine imkân tanınmıştır, dar mükellef kurumlar için ise böyle bir durum söz konusu değildir. KVK m.3/1 tam mükellefiyet ile ilgili hükümleri düzenlemiştir. Buna göre kurumlar vergisi mükellefi olan kurumlardan kanuni veya iş merkezi Türkiye'de bulunanlar tam mükelleftirler. Yani KVK, tam mükellef olmayı kanuni merkez ve iş merkezi esasına dayandırmıştır. Tam mükellef olabilmek için kanuni veya iş merkezlerinden birinin Türkiye'de olması yeterlidir. Tam mükellef kurumlar, gerek Türkiye içinde, gerekse Türkiye dışında elde ettikleri kazançların tamamını Türkiye'de beyan ederek kurumlar vergisini Türkiye'de öderler. KVK m.3/5'e göre, kanuni merkez; vergiye tabi kurumların kuruluş kanunlarında, tüzüklerinde, ana statülerinde veya sözleşmelerinde gösterilen merkezdir. KVK m.3/6'ya göre, iş merkezi ise iş bakımından işlemlerin fiilen toplandığı ve yönetildiği merkezdir. KVK m.3/2 dar mükellefiyet ile ilgili hükümleri düzenlemiştir. Buna göre kurumlar vergisi mükellefi olan kurumlardan kanuni ve iş merkezlerini her ikisi de Türkiye'de bulmayanlar dar mükelleftirler. Dar mükellefler

sadece Türkiye’de elde ettikleri kazançlarını Türkiye’de beyan eder ve vergisini Türkiye’de öderler.

2.2.2. Münfesi Kurumun Devir Tarihindeki Bilânço Değerlerinin, Birleşilen Kurum Tarafından Bir Bütün Halinde Devralınması ve Aynen Bilânçosuna Geçirilmesi

Devrin şartlarından biri de münfesi kurumun devir tarihindeki bilânço değerlerinin, birleşilen kurum tarafından bir bütün halinde devralınması ve aynen bilânçosuna geçirilmesidir.

Bir kurumun kendisinde iştiraki bulunan veya iştirak ettiği başka bir kurumu kül halinde yani bir bütün olarak devralması nedeniyle kurum bünyesinde yapacağı sermaye artışının söz konusu iştirak paylarına isabet eden tutardan daha az gerçekleşmesi KVK m.19/1’de belirtilen şartların ihlali anlamına gelmemektedir⁹.

İştirakler hesabında yer alan değer, iştirak hisselerinin itibari değerine eşit olmaması halinde aradaki olumlu veya olumsuz farkın kurumun vergiye tabi kazancının tespiti ile ilgilendirilmeksizin geçici hesaplarda izlenmesi mümkün olup, bu geçici hesapların vergiye tabi kurum kazancının tespiti ile ilişkilendirilmeksizin kurum kayıtlarında sona erdirilmesi de mümkün bulunmaktadır¹⁰.

2.3. DEVİR İŞLEMİNİN VERGİLENDİRİLMEME ŞARTLARI VE BEYAN

KVK m.19.’a uygun olarak yapılacak devirlerde, aşağıdaki açıklamalar çerçevesinde münfesi kurumun sadece devir tarihine kadar elde ettiği kazançlar vergilendirilecek, birleşmeden doğan kârlar ise hesaplanmayacak ve vergilendirilmeyecektir (KVK m.20/1).

- Devir tarihi, şirket yetkili kurulunun devre ilişkin kararının Ticaret Sicili’nde tescil edildiği tarihtir.

- Devre ilişkin kurumlar vergisi beyanname, birleşmenin Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde

münfesi kurumun bağlı bulunduğu vergi dairesine verilecektir.

- Beyanname, münfesi kurum ile birleşilen kurum tarafından devir tarihi itibariyle hazırlanacak ve müştereken imzalanacaktır.

- Devir tarihine kadar olan kazancın vergilendirilebilmesi için devir tarihi itibariyle hesaplanan kazancın bu beyannameye dahil edilerek vergilendirilmesi gerekmektedir. Bu tarihten sonraki işlemlerden doğan kazanç, devralan kuruma ait olacaktır.

- Devir işleminin hesap döneminin kapandığı aydan kurumlar vergisi beyannamesinin verildiği ayın sonuna kadar geçen süre içerisinde yapılması halinde, münfesi kurumun önceki hesap dönemine ilişkin olarak hazırlanacak kurumlar vergisi beyanname de devre ilişkin kurumlar beyanname ile birlikte verilecektir. Söz konusu beyannamelerin de münfesi kurum ve birleşen kurum tarafından müştereken imzalanarak münfesi kurumun bağlı bulunduğu vergi dairesine verilmesi gerekmektedir.

Örneğin, hesap dönemi takvim yılı olan (A) Ltd. Şti. 4.6.2007 tarihinde tür (nev’i) değiştirerek (A) A.Ş.’ye devredilmiştir. Bu durumda, (A) Ltd. Şti.’nin 1.1.2007– 4.6.2007 tarihleri arası kıst dönemine ilişkin beyannamenin 4.7.2007 tarihi mesai saati sonuna kadar münfesi kurumun bağlı olduğu vergi dairesine verilmesi gerekmektedir¹¹.

Yine, (A) Ltd. Şti.’nin 11.2.2007 tarihinde (A) A.Ş.’ye dönüşmesi halinde ise münfesi (A) Ltd. Şti.’nin 1.1.2007 – 11.2.2007 tarihleri arası kıst dönemine ilişkin beyanname ile 2006 hesap dönemine ilişkin beyannamenin 13.3.2007 tarihi mesai saati sonuna kadar münfesi kurumun bağlı olduğu vergi dairesine verilmesi gerekmektedir¹².

- Birleşilen kurum, münfesi kurumun tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer ödevlerini yerine getireceğini münfesi kurumun birleşme sebebiyle verilecek olan kurumlar vergisi beyannamesinin ekinde vereceği bir taahhütname ile taahhüt edecektir. Mahallin en büyük mal memuru, bu hususta birleşilen kurumdan ayrıca teminat isteyebilir. KVK’nun uygulanmasında, mahallin en büyük mal memuru vergi dairesi başkanlığının bulun-

duğu illerde vergi dairesi başkanları, diğer illerde ise defterdarlardır.

- Verilecek beyannamelerin ekine taahhütname ile devre ilişkin bilançonun ve gelir tablosunun bağlanması gerekmektedir.
- Geçici vergi beyannamesinin verilme süresinden önce aynı döneme ilişkin olarak devir işlemleri nedeniyle kurumlar vergisi beyannamesi verilmesi halinde, bu dönem için ayrıca geçici vergi beyannamesi verilmeyecektir.
- Devir nedeniyle münfesih hale gelen kurumun, devir tarihine kadar ödediği geçici vergiler, devir dolayısıyla vergilenecek devir öncesi kazanç üzerinden hesaplanacak kurumlar vergisinden mahsup edilebilecektir.
- Mahsup edilemeyen tutarın kalması halinde, bu tutar birleşilen kurumun kurumlar vergisinden mahsup edilecektir.

2.4. DEVRE İLİŞKİN ŞARTLARIN SAĞLANAMAMASI

Vergisiz bir birleşmenin olabilmesi için KVK'nun 19. ve 20. maddelerinde yer alan koşulları sağlanması gerekmektedir. Yani bir birleşmede,

- Birleşmeye taraf şirketlerin tam mükellef olmaları,
- Birleşen şirketin bilanço değerlerinin birleşilen şirket tarafından bir bütün halinde alınması ve aynen kendi bilançosuna geçirilmesi,
- Ortak beyannamelerin süresi içinde verilmesi,
- Birleşilen şirket tarafından taahhütname ibrazı, şartlarının tümü karşılandığı takdirde birleşmeden doğan kâr kurumlar vergisine tabi tutulmamaktadır¹³.

KVK m. 19'da yer alan şartları taşıyan bir birleşmenin KVK m.20'deki şekil şartlarını taşıması halinde birleşme, devir olarak nitelendirilse bile birleşen kurumlara herhangi bir vergisel avantaj sağlamamaktadır. Söz konusu şekli şartlar sağlanmadığında KVK m.18'de yer alan değerlemeye ilişkin düzenlenmeye göre birleşme vergilemeye tabi tutulacaktır¹⁴. Bu nedenle bir birleşmenin devir niteliğinde sayılması onun vergisiz birleşme olduğu anlamına gelmemektedir, ancak devir kavramı vergisiz birleşme için gerekli ön şartı temsil etmektedir¹⁵.

Devir kararının tescil ve ilanı devrin gerçekleşmesini sağlamamaktadır. Devrin tesciline kadar kurum faaliyetine devam edebilmektedir. Bu bakımdan, devir kararının alındığı tarihte devrin gerçekleştiği tarih arasındaki işlemler, kayıtlarda ve bilanço değerlerinde değişikliğe neden olabilmektedir. Ayrıca, bilançolarda tespit edilen maddi hataların veya değerlendirme hatalarının bilirkişi incelemesi sırasında düzeltilmesi mümkündür. Bu sebeplerden kaynaklanan değer farklarının, mahkemece tespit edilen nihai değerlerin devralan şirket kayıtlarına aynen yansıtılması kaydıyla, kül halinde devir keyfiyetini ortadan kaldırmaması gerekir¹⁶.

Danıştay bir kararında¹⁷ devreden şirketin kayıtlarındaki değerlerle mahkemece tespit edilecek değerler arasında fark olmasını devir şartlarının ihlali olmadığını belirtmiştir. Danıştay, şahsi bir işletmenin aktif ve pasifiyle bütün halinde sermaye şirketine devrolunması halinde, ferdi işletmenin öz sermayesi ile yeni kurulan sermaye şirketine konulan payın farklılık göstermesinin sebebinin esas alınan değerlendirme farklılıkları olduğunu belirtmiştir. Ferdi işletmenin öz sermayesi kayıtlı değerler üzerinden hesaplandığını, buna karşın sermaye şirketine konulan payın ise mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesinde rayiç değerler üzerinden hesaplandığını tespit etmiştir. Bu nedenle sermaye şirketi tarafından devralınan şahsi işletmenin bilançosunda yer alan değerlerin mahkemece kayıtlı değerlerinin üzerinde tespit edilmesi ve devrin bu şekilde tespit edilen değerlere göre düzenlenmiş bilanço üzerinden yapılmış olmasının, vergilendirmeyi gerektirmediğini sonucuna varmıştır.

2.5. BÖLÜNME VE HİSSE DEĞİŞİMİ

KVK (m.19 ve m. 20) vergisiz sona ermeye ilişkin ikinci bir yol olarak "bölünme ve hisse değişimi"ni hükme bağlamıştır. Bu düzenleme ile bir yandan şirketin yeniden yapılanmasına imkân tanımak, öte yandan da Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum sağlamak amaçlanmaktadır. Bölünme, KVK m.19/3-a ve m.19/3-b de tam bölünme, kısmi bölünme olarak, hisse değişimi ise m.19/3-c de düzenlenmiştir.

Bölünmede bir sermaye şirketinin varlık ve

borçlarının başka bir sermaye şirketine devredilerek tasfiyesiz dağılması söz konusudur. Bölünme, sermaye şirketi olan anonim şirket, limited şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler arasında öngörülen bir müessese olduğundan, sermaye şirketi olmayan bir kurum bölünemez¹⁸.

2.5.1. Tam Bölünme Halinde Vergilendirme ve Beyan

KVK'da tam bölünme; tam mükellef bir sermaye şirketinin tasfiyesiz olarak infisah etmek suretiyle bütün mal varlığını, alacaklarını ve borçlarını kayıtlı değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak iki veya daha fazla tam mükellef sermaye şirketine devretmesi ve karşılığında devreden sermaye şirketinin ortaklarına devralan sermaye şirketinin sermayesini temsil eden iştirak hisseleri verilmesi olarak tanımlanmıştır. Bu durumda, bölünen şirketin tüm mal varlığı iki veya daha fazla şirkete geçmekte ve bölünen şirketin ortakları devralan şirketlerin ortaklık paylarını iktisap etmektedir. Ayrıca, bölünme işlemi sonucu devreden şirketin ortaklarına verilecek iştirak hisselerinin itibari değerinin %10'una kadarlık kısmının nakit olarak ödenmesine imkân verilmiştir. Böylelikle hesapların kapatılması amacıyla yapılacak küçük miktarlardaki nakit ödemelerin, işlemin bölünme sayılmasını engellememesi sağlanmaktadır (KVK m.19/3-a).

Bölünen şirketin varlıkları, kayıtlı değer üzerinden devralan şirketlere aktarılacaktır. Vergi Usul Kanununun 265. maddesinde bu değer, bir iktisadi kıymetin muhasebe kayıtlarında yer alan hesap değeri olarak tanımlanmıştır. Bu varlıklar, devralan şirket tarafından da kayıtlı değerleriyle kendi kayıtlarına intikal ettirilecektir. Böylece, bölünme işlemiyle gerçekte bir vergi ertelemesi yapılmış olmaktadır. Zira, varlıkları devralan şirket ileride bunları elden çıkardığında satış bedeliyle kayıtlı bedel arasındaki fark kurum kazancına dahil edilecektir. Tam bölünme işleminde, aktifi ve pasifi düzenleyici hesaplar, ilgili olduğu aktif veya pasif hesapla birlikte devrolunacaktır¹⁹.

KVK m. 19 uyarınca yapılacak tam bölünmelerde, aşağıdaki açıklamalar çerçevesinde mün-

fesih kurumun sadece bölünme tarihine kadar elde ettiği kazançlar vergilendirilecek; bölünmeden doğan kârlar ise hesaplanmayacak ve vergilendirilmeyecektir (KVK m. 20/2).

- Tam bölünme tarihi, şirket yetkili kurulunun bölünmeye ilişkin kararının Ticaret Sicili'nde tescil edildiği tarihtir.

- Bölünme işlemine ilişkin kurumlar vergisi beyannamesi, bölünmenin Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde bölünme suretiyle infisah eden (bölünen) kurumun bağlı olduğu vergi dairesine verilecektir.

- Beyanname, bölünen kurum ile bu kurumun varlıklarını devralan kurumlar tarafından bölünme tarihi itibarıyla hazırlanacak ve müştereken imzalanarak verilecektir.

- Bölünme tarihine kadar olan kazancın vergilendirilebilmesi için bölünme tarihi itibarıyla hesaplanan kazancın bu beyannameye dâhil edilerek vergilendirilmesi gerekmektedir. Bu tarihten sonraki işlemlerden doğan kazanç, devralan kurumlara ait olacaktır.

- Bölünme işleminin hesap döneminin kapandığı aydan kurumlar vergisi beyannamesinin verildiği ayın sonuna kadar geçen süre içerisinde yapılması halinde, bölünen kurumun önceki hesap dönemine ilişkin olarak hazırlanacak kurumlar vergisi beyannamesi de bölünmeye ilişkin kurumlar vergisi beyannamesi ile birlikte verilecektir. Söz konusu beyannamenin de bölünen kurum ve bu kurumun varlıklarını devralan kurumlar tarafından müştereken imzalanarak münfesih kurumun bağlı bulunduğu vergi dairesine verilmesi gerekmektedir.

- Bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumlar, bölünen kurumun tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer ödevlerini yerine getireceğini, bölünen kurumun bölünme sebebiyle verilecek olan kurumlar vergisi beyannamesinin ekinde verecekleri bir taahhütname ile taahhüt edeceklerdir. Mahallin en büyük mal memuru, bu hususta bölünen kurum ile bu kurumun varlıklarını devralan kurumlardan ayrıca teminat isteyebilecektir.

- Bölünme beyannamesine, ayrıca bölünme bilançosu ve gelir tablosu, bölünme sözleşmesi ve bölünen kurumun varlıklarını devralan ku-

rumların yeni sermaye yapısını gösteren Ticaret Sicil Müdürlüğü yazısının birer örneği eklenecektir.

- Geçici vergi beyannamesinin verilme süresinden önce aynı döneme ilişkin olarak tam bölünme işlemleri nedeniyle kurumlar vergisi beyannamesi verilmesi halinde, bu dönem için ayrıca geçici vergi beyannamesi verilmeyecektir.

2.5.2. Kısmi Bölünme ve Hisse Değişimi Hallerinde Vergilendirme

Tam mükellef bir sermaye şirketi veya sermaye şirketi niteliğindeki yabancı bir kurumun Türkiye'deki işyeri ya da daimi temsilcisinin bilançosunda yer alan taşınmazlar ile bilançoda yer alan ve en az iki tam yıl süreyle elde tutulan iştirak hisseleri ya da sahip oldukları üretim veya hizmet işletmelerinin bir veya birkaçının mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine kayıtlı değerleri üzerinden aynı sermaye olarak konulması kısmi bölünme olarak kabul edilmiştir (KVK m.19/3-b).

Bu düzenleme ile iştirak hisselerinin kısmi bölünme kapsamında aynı sermaye olarak konulabilmesi için aktifte yer alan bu kıymetlerin en az iki tam yıl süreyle elde tutulması şarttır. Kısmi bölünme işleminde, aktifi ve pasifi düzenleyici hesaplar, ilgili olduğu aktif veya pasif hesapla birlikte devrolunmak zorundadır²⁰.

Üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunludur. Kısmî bölünmede devredilen varlıklara karşılık edinilen devralan şirket hisseleri, devreden şirkette kalabileceği gibi doğrudan bu şirketin ortaklarına da verilebilir. Taşınmaz ve iştirak hisselerinin bu bent kapsamında devrinde, devralan şirketin hisselerinin devreden şirketin ortaklarına verilmesi halinde, devredilen taşınmaz ve iştirak hisselerine ilişkin borçların da devri zorunludur (KVK m.19/3-b).

Tam mükellef bir sermaye şirketinin, diğer bir sermaye şirketinin hisselerini, bu şirketin yönetimini ve hisse çoğunluğunu elde edecek şekilde devralması ve karşılığında bu şirketin

hisselerini devreden ortaklarına kendi şirketinin sermayesini temsil eden iştirak hisselerini vermesi, bu Kanunun uygulanmasında hisse değişimi hükmündedir. Hisseleri devralınan şirketin ortaklarına verilecek iştirak hisselerinin itibari değerinin %10'una kadarlık kısmının nakit olarak ödenmesi, işlemin hisse değişimi sayılmasına engel değildir (KVK m.19/3-c).

KVK m.19'a göre gerçekleşen kısmi bölünme ve hisse değişimi işlemlerinden doğan kârlar hesaplanmayacak ve vergilendirilmeyecektir. Kısmi bölünme işlemlerinde, bölünen kurumun bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından, bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumlar, devraldıkları varlıkların emsal bedeli ile sınırlı olarak müteselsilen sorumlu olacaklardır (KVK m.20/3).

2.5.3. Nev'i (Tür) Değişikliğinde Vergilendirme ve Beyan

Kurumlar hukuki ve ekonomik bütünlüklerini bozmadan ve ortaklığın tasfiyesine gitmeden mevcut kurumun türünü (şeklini, nev'ini) değiştirebilirler. Tür değiştirme işlemi, kurumların yalnızca hukuki kişiliğinin değiştirilmesini amaçlamaktadır. Tür değiştirmede aynı kurumun iki statüsü olmaktadır: bunlardan biri tür değiştirmeden önceki yani eski statü, diğeri ise tür değiştirmeden sonraki yeni statü. Mesela, bir anonim şirketin (eski tür) hisseli komandit şirkete (yeni tür) ya da başka bir hukuki kişiliğe dönüşmesi tür değiştirme olarak kabul edilebilir²¹.

Kurumlar vergisi açısından şirketlerin tür (nev'i) değişikliği (örneğin limited şirketin anonim şirkete dönüştürülmesi) devir hükmündedir. Bu nedenle devir ile ilgili koşullar tür değişikliği için de geçerlidir. Tür değiştirmede beyan ve ödeme süreleri de devir ile aynıdır. Bu kapsamda ilgili hesap dönemi başlangıcından devir tarihine kadar olan dönemin faaliyet sonuçlarına ilişkin olarak hazırlanacak münfesiş şirkete ait kıst dönem kurumlar vergisi beyannamesinin KVK 20. maddesi gereğince, devir işleminin ticaret sicilinde ilan edildiği tarihten itibaren 30 gün içinde münfesiş kurum ve birleşilen kurum tarafından münfesiş kurumun bağlı bulunduğu vergi dairesine verilecek-

tir. Diğer taraftan, geçici vergi beyannamesinin verilme süresinden önce aynı dönemi içeren kurumlar vergisi beyannamesinin verilmesi halinde, devir tarihi itibarıyla hukuki varlığı sona eren kurumların devir tarihine kadar elde ettiği kazançlar için 30 gün içinde beyanname verilmesi gerektiğinden devir tarihinin içinde bulunduğu dönem için geçici vergi beyannamesi verilmesine gerek yoktur. Ancak, devir tarihinin içinde bulunduğu dönemden önceki dönemler için geçici vergi beyannamelerinin verilmesinin gerekmektedir²².

Örneğin²³, hesap dönemi takvim yılı olan bir (X) Ltd. Şti.'nin tür değiştirmek suretiyle (Y) A.Ş.'ye dönüşmesi halinde;

1) Devir işlemi, kurumlar vergisi beyannamesinin verildiği aydan sonraki bir tarihle hesap döneminin kapandığı ayın sonuna kadar olan bir tarih aralığında, örneğin 20.08.2007 ise;

a) (X) Ltd. Şti.'nin 01.01.2007 ilâ 20.08.2007 tarihleri arası kıst dönemine ilişkin kurumlar vergisi beyannamesi, tür değişikliğinin (devrin) Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edildiği tarihten (20.08.2007 tarihinden) itibaren otuz gün içinde, en son 19.09.2007 tarihinde (X) Ltd. Şti.'nin bağlı bulunduğu vergi dairesine verilecektir.

b) Bu şekilde verilecek kurumlar vergisi beyannamesi üzerinden tahakkuk eden vergiler ise (Y) A.Ş. tarafından 2007 yılı kazançlarına ilişkin kurumlar vergisi beyannamesinin verileceği 2008 yılı Nisan ayının sonuna kadar ödenmesi gerekmektedir.

2) Devir işlemi, hesap döneminin kapandığı aydan kurumlar vergisi beyannamesinin verildiği ayın sonuna kadar geçen süre içerisinde, örneğin; 11.01.2007 tarihinde ise;

a) (X) Ltd. Şti.'nin gerek 2006 yılı kazançlarına ilişkin ve gerekse 01.01.2007 ilâ 11.01.2007 kıst dönemine ilişkin kurumlar vergisi beyannameleri, tür değişikliğinin (devrin) Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edildiği tarihten (11.01.2007 tarihinden) itibaren otuz gün içinde, en son 10/02/2007 tarihinde (X) Ltd. Şti.'nin bağlı bulunduğu vergi dairesine verilecektir.

b) (X) Ltd. Şti.'nin 2006 yılı kazançlarına ilişkin olarak 10.02.2007 tarihinde verilecek kurumlar vergisi beyannamesi üzerinden tahakkuk eden kurumlar vergisinin yine aynı sürede,

yani 10.02.2007 tarihinde (Y) A.Ş. tarafından, 01.01.2007 ilâ 11.01.2007 kıst dönemine ilişkin olarak 10.02.2007 tarihinde verilecek kurumlar vergisi beyannamesi üzerinden tahakkuk eden kurumlar vergisinin ise yine (Y) A.Ş. tarafından 2007 yılı kazançlarına ilişkin kurumlar vergisi beyannamesinin verileceği 2008 yılı Nisan ayının sonuna kadar ödenmesi gerekmektedir.

Tür değiştiren kurumun tür değişikliği öncesine ait vergi ile ilgili yükümlüler münfesihi kurum ile birleşilen kurum birlikte yerine getirirler.

2.6. DEVİR VE BÖLÜNMEYE İLİŞKİN ORTAK HUSUSLAR

2.6.1. Alınan Hisse Senetlerinin Durumu²⁴

Devir veya bölünme işlemine konu olan varlıkların kayıtlı değerleri üzerinden diğer şirketlere intikal ettirilmesi, devrolan veya bölünen şirketin ortaklarına ya da bölünen şirkete varlıkların kayıtlı değeri kadar hisse verilmesini gerektirmemektedir. Bölünen ve devralan şirketlerin karşılıklı olarak devre konu varlıkların değerlerini belirlemek suretiyle devrolan veya bölünen şirketin ortaklarının haklarını koruyacak bir değişim oranı tespit etmeleri gerekmektedir. Değişim oranının bölünen ve devralan şirketlerin hisselerinin gerçek değeri üzerinden belirlenebilmesi mümkündür. Ancak, yapılan işlemin Kurumlar Vergisi Kanunu uyarınca yapılan devir veya bölünme işlemi sayılabilmesi için devir veya bölünmeye konu edilen varlıklara karşılık iktisap edilen hisselerin, varlıklarını devreden şirketin ortaklarına, devreden veya bölünen şirketteki hisselerine isabet eden servet değeri ile orantılı olarak dağıtılması gerekmektedir.

Örneğin; sermayesi 1.000.000.- TL olan ve aktifinde 200.000.- TL ve 800.000.-TL'lik iki adet taşınmazı bulunan (Z) Ltd. Şti.'nin %60 hissesi Ortak (A)'ya, %20 hissesi Ortak (B)'ye, %10 hissesi Ortak (C)'ye ve %10 hissesi de Ortak (D)'ye ait bulunmaktadır. (Şirketin aktifinde yer alan taşınmazların cari değerlerinin de aynı olduğu varsayılmıştır.)

(Z) Ltd. Şti.'nin tasfiyesiz infisah etmek sure-

tiyle bölünmesi sonucu;

200.000.- TL'lik taşınmazı aynı sermaye olarak mevcut (Y) Ltd. Şti.'ye konulmuş ve (Y) Ltd. Şti.'den alınan iştirak hisselerinin tamamı Ortak (B)'ye verilmiştir.

Sermaye x Ortak (B)'nin hisse oranı = $1.000.000 \times 0.20 = 200.000$ TL (%100 Ortak (C)'nin iştirak hissesi)

800.000.- TL'lik taşınmaz aynı sermaye olarak konularak (K) Ltd. Şti. kurulmuş ve yeni kurulan şirketin iştirak hisselerinin %75'i Ortak (A)'ya, %12,5'u Ortak (C)'ye ve %12,5'u da Ortak (D)'ye verilmiştir.

$1.000.000 \times 0.60 = 600.000 \Rightarrow 600.000/800.000 = \%75$ (Ortak (A)'nin iştirak hissesi)

$1.000.000 \times 0.10 = 100.000 \Rightarrow 100.000/800.00 = \%12.5$ (Ortak (C)'nin iştirak hissesi)

$1.000.000 \times 0.10 = 100.000 \Rightarrow 100.000/800.00 = \%12.5$ (Ortak (D)'nin iştirak hissesi)

Bölünen (Z) Ltd. Şti.'nin ortaklarına verilen devralan şirketlerin hisseleri, ortakların bölünen (Z) Ltd. Şti.'deki hisselerine isabet eden değerle orantılı dağıtılmış ve ortakların servet değerlerinde bir artış meydana gelmemiştir. Bu çerçevede, söz konusu bölünme işleminin Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 19. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmaktadır.

Yukarıdaki örnekte;

- 200.000.- TL'lik taşınmaz aynı sermaye olarak mevcut (Y) Ltd. Şti.'ye konulmuş ve (Y) Ltd. Şti.'den alınan iştirak hisselerinin tamamının Ortak (A)'ya verilmiş olması ve/veya,

- 800.000.- TL'lik taşınmazın aynı sermaye olarak konularak (K) Ltd. Şti. kurulmuş ve yeni kurulan şirketin hisselerinin %50'sinin Ortak (A)'ya, %45'inin Ortak (C)'ye ve %5'inin de Ortak (D)'ye verilmiş olması halinde

Bölünen (Z) Ltd. Şti.'nin ortaklarına verilen devralan şirketlerin hisseleri, ortakların bölünen (Z) Ltd. Şti.'deki hisselerine isabet eden değerle orantılı dağıtılmadığından, söz konusu bölünme işleminin Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 19. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Devir ve bölünme işlemi sonucunda devre konu şirketlerin gerçek değerleri üzerinden belirlenecek bir değişim oranına göre devralan şirketin sermaye paylarının ortaklara verilme-

sinde, ortakların servet değerlerinde meydana gelecek ve izah edilemeyecek farkların transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı veya değer artış kazancı açısından eleştiri konusu olabilir.

2.6.2. Bölünme İşlemlerinde Hisse Devri²⁵

TTK m. 404'e göre, ayın karşılığı olan hisse senetlerinin şirketin tescilinden itibaren iki yıl geçmeden başkalarına devri hükümsüzdür. Fakat 404. maddeye eklenen fıkra ile 3.7.2009 tarihinden itibaren KVK m. 19'a göre yapılacak bölünmelerde 404 üncü madde hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir.

2.6.3. Amortisman Uygulaması²⁶

Devir ve bölünme neticesinde devre konu iktisadi kıymetler, mukayyet değerleri üzerinden; aktif ve pasifi düzenleyici hesaplar, ilgili olduğu aktif ve pasif hesaplarla birlikte devrolunacağından, söz konusu iktisadi kıymetlerin devir işleminin amortisman uygulamaları bakımından ilk iktisap olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle devralan kurumda devir ve bölünme işlemi nedeniyle devrolan amortismana tabi iktisadi kıymetlerin bakiye değerleri üzerinden kalan amortisman süreleri dikkate alınarak amortisman ayrılmaya devam edilecektir.

2.6.4. Elde Edilen Hisselerin İktisap Tarihi²⁷

KVK m. 19 ve m.20 kapsamında gerçekleştirilen devir ve bölünme (kısmi bölünme dâhil) hallerinde, devir olan veya bölünen şirketin ortaklarına verilen hisselerin iktisap tarihi olarak, bu yeni hisselerin verilmesine neden olan devrolan veya bölünen şirketin hisselerinin iktisap edildiği tarihin esas alınması gerekmektedir.

2.6.5. Zarar Mahsubu

KVK m.9/1.'e göre kurumlar vergisi matrahının tespitinde, kurumlar vergisi beyannamesinde her yıla ilişkin tutarlar ayrı ayrı gösterilmek şartıyla beş yıldan fazla nakledilmemek şartıyla geçmiş yılların beyannamelerinde yer alan zararlar indirim konusu yapılabilir. Kanununun 20.

maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde devralınan kurumların devir tarihi itibarıyla öz sermaye tutarını geçmeyen zararları ile 20. maddenin ikinci fıkrası kapsamında gerçekleştirilen tam bölünme işlemi sonucu bölünen kurumdaki öz sermayesinin devralınan tutarını geçmeyen ve devralınan kıymetle orantılı zararların indirilmesinde aşağıdaki şartlar ayrıca aranır:

1) Son beş yıla ilişkin kurumlar vergisi beyannamelerinin kanunî süresinde verilmiş olması,

2) Devralınan kurumun faaliyetine devir veya bölünmenin meydana geldiği hesap döneminden itibaren en az beş yıl süreyle devam edilmesi.

Bu şartların ihlâli halinde, zarar mahsupları nedeniyle zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler için vergi ziyayı doğmuş sayılır.

Devir veya tam bölünme hallerinde, varlıkları devralan kurumlar, devralınan veya bölünen kurumların zararlarını aşağıda belirtilen sınırlamalar çerçevesinde mahsup imkânına sahiptirler.

Buna göre devralan kurumlar, kendi bünyelerinde oluşan zararların yanı sıra;

- Devir halinde devralınan kurumların devir tarihi itibarıyla öz sermaye tutarını geçmeyen zararları ile

- Tam bölünme işlemi sonucu bölünen kurumun öz sermaye tutarını geçmeyen zararlarını kazançlarından indirebileceklerdir²⁸.

Devir ve bölünme hallerinde devreden zarar tutarları, devralınan veya bölünen kurumun öz sermayesi ile sınırlıdır. Tam bölünme işlemi, bölünen kurumun zararlarından, söz konusu kurumun öz sermayesinin devralınan tutarını geçmeyen ve devralınan kıymetle orantılı zarar kısmı mahsup edilebilecektir²⁹. Devralınan veya bölünen kurumun öz sermaye tutarının sıfır veya negatif olması halinde bu kurumların zararlarının mahsubu mümkün değildir.

Vergiden kaçınma amacına yönelik olarak ekonomiye kazandırılması mümkün olmayan kurumların devir veya bölünme suretiyle devralınması ya da devralınan veya bölünen kurumların faaliyetinin 5 yıllık süre içinde arızı hale getirilerek kısmen durdurulması veya sona erdirilmesi gibi ekonomik olmayan sebeplerle

devir ve bölünme işleminin yapılması halinde zarar mahsubu mümkün değildir. Şartların ihlali halinde zarar mahsubu olanağı ortadan kalkacağından, gerekli düzeltme işlemi yapılacak; yersiz zarar mahsubu nedeniyle zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler için vergi ziyayı doğmuş sayılacaktır. Devralınan zararlar, devreden veya bölünen kurumda doğduğu dönemden itibaren beş yıllık süre içinde mahsup edilebilecektir.³⁰

Devir ve bölünme halinde mahsup edilebilecek zararlar, hangi hesap dönemine ait olduğu devralan kurumların beyannameleri ekinde ayrıca bildirilmek şartıyla, mükelleflerce serbestçe belirlenebilecektir.

2.6.6. Kıdem Tazminatları ve Karşılıkları

İşyerinin veya işyerinin bir bölümünün devri durumunda kıdem tazminatları ve kıdem tazminatı karşılıklarının gider olarak kaydedilip edilmemesi önemli bir sorundur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi işyerinin devri ile ilgili hükümler getirmektedir. İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (İş Kanunu m.6/1). Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (İş Kanunu m.6/2). Bu hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (İş Kanunu m.6/3). Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz (İş Kanunu m.6/4). Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturamaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut

Kıdem tazminatının gider olarak indirilebilmesi için İş Kanunu'na göre işçinin kıdem tazminatına hak kazanması ve hak edilen kıdem tazminatının da işçiye ödenmiş olması gerekir.

İş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır (İş Kanunu m.6/5). Bu hükümler iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz (İş Kanunu m.6/6).

KVK m.1/2'de kurum kazancının, gelir vergisinin konusuna giren gelir unsurlarından oluştuğu, aynı Kanunun 6. maddesinde kurumlar vergisinin mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanacağı, safi kurum kazancının tespitinde ise Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK) ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

GVK m.2'de belirtilen kazanç ve iratların tamamı kurumlar vergisi açısından kurum kazancını oluşturur. GVK m. 37'de ticari kazancın tarifi yapılarak her türlü ticari ve sınaî faaliyetlerden doğan kazançların ticari kazanç olduğu belirtilmiştir. GVK m. 40/3'te; "İşle ilgili olmak şartıyla, mukavelenameye veya ilama veya kanun emrine istinaden ödenen zarar, ziyan ve tazminatlar"ın ticari kazancın tespitinde gider olarak indirileceği hükme bağlanmıştır. Kıdem tazminatının gider kaydı konusunda GVK'nın m. 40'ta özel bir hüküm olmamakla birlikte aynı maddenin 3. bendi çerçevesinde kurum kazancının tespitinde gider olarak indirilebilmesi için İş Kanunu'na göre işçinin kıdem tazminatına hak kazanması ve hak edilen kıdem tazminatının da işçiye ödenmiş olması gerekir. Tahakkuk etmiş olsa da ödenmemiş kıdem tazminatının gider yazılması mümkün değildir. Kıdem tazminatlarından dönem içinde ödenmeyen kısım için ayrılması zorunlu olan kıdem tazminatı karşılıklarının ise Vergi Usul Kanunu'nun 288.

maddesinde yer alan karşılık şartlarına uymadığı sürece kanunen kabul edilmeyen gider olarak, vergilendirilecek kurum kazancına ilave edilmesi gerekir. Bu nedenle gelecek dönemler için kıdem tazminatı karşılığı ayrılması halinde, bu karşılıklar kazançtan gider olarak indirilememektedir³¹.

İşyerinin veya işyerinin bir bölümünün devri durumunda örneğin kısmi bölünme durumunda yeni kurulacak şirkette çalışmaya devam edecek işçilere ilişkin kıdem tazminatı tutarları fiilen ödenmediği sürece GVK 40/3. madde kapsamında değerlendirilemez ve gider olarak kaydedilmesi mümkün değildir. Ancak, kısmi bölünme sonucunda yeni şirkete devredilen işçilerin, devredilen şirkette geçen hizmet süreleri de dikkate alınarak yeni şirkette hesaplanacak kıdem tazminatlarının, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde yer alan şartların gerçekleşmesi ve ödemenin hak sahibi işçilere yapılması durumunda, gider olarak kaydedilebilir³².

3. GELİR VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN DEVİR İŞLEMİ

GVK mükerrer madde 80'de değer artış kazançları 6 bent halinde düzenlenmiştir. Bu maddede sayılan mal ve hakların elden çıkarılmasından doğan kazançlar değer artışı kazançları olarak vergilendirilmektedir. "elden çıkarma" deyimi, maddede sayılan mal ve hakların satılması, bir ivaz karşılığında devir ve temlik, trampa edilmesi, takası, kamulaştırılması, devletleştirilmesi, ticaret şirketlerine sermaye olarak konulmasını ifade eder.

Bir takvim yılında elde edilen değer artışı kazancının, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarının elden çıkarılmasından sağlananlar hariç, 1.1.2010 tarihinden itibaren 7.700 Türk Lirası gelir vergisinden müstesnadır.

Mükerrer 80. maddeye göre bu kazançlar,

1. Menkul kıymetlerin veya diğer sermaye piyasası araçlarının elden çıkarılmasından doğan kazançlar:

2. 70. maddenin birinci fıkrasının (5) numaralı bendinde yazılı hakların (ihtira beratları hariç) elden çıkarılmasından doğan kazançlar,

İşyerinin veya işyerinin bir bölümünün devri durumunda, çalışmaya devam edecek işçilere ilişkin kıdem tazminatı tutarları fiilen ödenmediği sürece GVK 40/3. madde kapsamında değerlendirilemez ve gider olarak kaydedilmesi mümkün değildir.

3. Telif haklarının ve ihtira beratlarının müellifleri, mucitleri ve bunların kanunî mirasçıları dışında kalan kimseler tarafından elden çıkarılmasından doğan kazançlar,

4. Ortaklık haklarının veya hisselerinin elden çıkarılmasından doğan kazançlar,

5. Faaliyeti durdurulan bir işletmenin kısmen veya tamamen elden çıkarılmasından doğan kazançlar,

6. İktisap şekli ne olursa olsun (ivazsız olarak iktisap edilenler hariç) 70. maddenin birinci fıkrasının (1), (2), (4) ve (7) numaralı bentlerinde yazılı mal (gerçek usulde vergiye tâbi çiftçilerin ziraî istihsalde kullandıkları gayrimenkuller dahil) ve hakların, iktisap tarihinden 1.1.2007 tarihinden geçerli olmak üzere beş yıl içinde elden çıkarılmasından doğan kazançlardır. (Kooperatiflerin ortaklarına bu sıfatları dolayısıyla tahsis ettikleri gayrimenkulleri tahsis tarihinde ortak tarafından satın alınmış sayılır.).

Bir işletmenin faaliyeti durdurulduktan sonra geriye kalan mal varlığı unsurlarının tamamen ya da kısmen elden çıkarılmasından doğan kazanç değer artış kazancı olarak vergilendirilir. Böylelikle bazı kazançların ticari kazanç dışına taşınarak vergi dışına çıkarılması önlenmek istenmiştir³³. İşletmenin faaliyeti durdurulduğunda işletmedeki malvarlığı unsurları Vergi Usul Kanunu'ndaki ölçülere göre değerlendirilir; hesap dönemi başı ile işi terk edinceye kadar ki kıst dönem kazançları beyan edilir. Değer artış kazancı bu ölçülere göre değerlendirilen malvarlığı unsurlarının faaliyetin durdurulmasından sonra daha yüksek bedelle satılması ile or-

taya çıkan kazançtır. Danıştay, ölüm nedeniyle faaliyeti duran bir işletmeye ait mal varlığı unsurlarının mirasçılar tarafından mirasın taksimine yönelik olarak satış yoluyla elden çıkarılmasından doğan kazancı değer artış kazancı olarak kabul etmemiştir³⁴.

Adi ortaklık veya ferdi bir işletmenin faaliyetine devam ederken kısmen veya tamamen satılmasından veya ticarî işletmeye dâhil amortismanına tâbi iktisadî kıymetlerle birinci fıkra yazılı hakların elden çıkarılmasından doğan kazançlar ticarî kazanç sayılır ve bunlara ticarî kazanç hakkındaki hükümler uygulanır.

GVK m.81'de vergilendirilmeyecek değer artış kazançları sayılmıştır. Bu maddeye göre, aşağıdaki yazılı hallerde gerçekleştirilen devir işlemlerinde değer artışı kazancı hesaplanmaz ve vergilendirilmez:

1. Ferdi bir işletmenin sahibinin ölümü halinde, kanunî mirasçılar tarafından işletmenin faaliyetine devam olunması ve mirasçılar tarafından işletmeye dahil iktisadî kıymetlerin kayıtlı değerleriyle (bilanço esasına göre defter tutuluyorsa bilançonun aktif ve pasifiyle bütün halinde) aynen devir alınması. Bu vergi istisnası ile ferdi bir işletmenin sahibinin ölümü halinde mirasçılarının işletmenin faaliyetini sürdürebilmesi için vergisel bir engel çıkartmamak amaçlanmaktadır³⁵.

2. Kazancı bilanço esasına göre tespit edilen ferdi bir işletmenin bilançosunun bir sermaye şirketine aktif ve pasifiyle bütün halinde devrolunması, devir alan şirketin bilançosuna aynen geçirilmesi ve devredilen ferdi işletmenin sahip veya sahiplerinin şirketten, devir bilançosuna göre hesaplanan öz sermayesi tutarında ortaklık payı alması (Bu ortaklık payını temsil eden hisse senetlerinin nama yazılı olması şarttır.). Esas olarak, devir tarihine kadar ferdi işletmenin bünyesinde oluşan kazanç, işletmenin sahipleri tarafından ticari kazanç olarak beyan edilecektir³⁶.

3. Kollektif ve adi komandit şirketlerin bu maddenin (2) numaralı bendinde yazılı şartlar dahilinde nev'i değiştirerek sermaye şirketi haline dönüşmesi (Kollektif ve adi komandit

şirketlerin şekil değiştirerek anonim şirket haline dönüşmesi halinde şekil değiştiren kolektif ve adi komandit şirketlerin ortaklarının anonim şirketteki ortaklık paylarını gösteren hisse senetlerinin nama yazılı olması şarttır.). Bu düzenlemenin amacı, şahıs şirketlerinin sermaye şirketine dönüştürülerek, şirketlerin ekonomik yapılarını güçlendirmek ve kurum-sallaşmalarının teşvik edilmesidir³⁷.

“Sahibinin ölümüyle kanuni mirasçılara intikal eden ferdi bir işletmenin kayıtlı değerleriyle aynen devir alınmaması ve işletmeye dahil varlıkların yeniden değerlemeye tabi tutulması halinde (ölüm tarihi itibarıyla yapılan değerlendirme) söz konusu varlıklar yeni değerleriyle mirasçılara intikal edeceğinden, işletmedeki kıymetler yeni değerleriyle maliyeti yükseltip karı azaltacağı için bu durumda ölen kimse adına değer artış kazancı hesaplanıp vergileme yapılması gerekmektedir.

Ferdi işletmenin kayıtlı değerleriyle aynen devir alınması halinde değer artış kazancı yönünden herhangi bir vergileme yapılması söz konusu olmayıp, ölüm dolayısıyla mirasçılara intikal eden işletmenin devir alınarak işletmenin faaliyetine mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından devam edilmesi halinde; sadece faaliyette bulunan mirasçılar için ticari kazanç bakımından mükellefiyet tesisi yapılır.

Bu durumda, faaliyette bulunmayan diğer mirasçıların kendilerine intikal eden ortaklık hisselerini diğer mirasçılara veya başka kişilere satmak suretiyle elden çıkarmalarından doğan kazancın ise değer artış kazancı olarak vergilendirilir.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun (KDVK) 1/1. maddesine göre, Türkiye'de yapılan ticari, sınaî, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler, katma değer vergisine tabiidir.

Bu nedenle murisin ölümü nedeniyle kanuni mirasçıları tarafından işletmenin faaliyetine devam olunması ve mirasçılar tarafından işletmeye dahil iktisadi kıymetlerin aynen devir alınması, GVK 81/1. maddesi gereğince vergilendirilmeyecek değer artışı kazançlarından olduğundan katma değer vergisine tabi

olmayacaktır. Ayrıca bu devir işlemi nedeniyle fatura düzenlenmesi söz konusu değildir.

Ancak diğer mirasçıların, feragat ederek haklarını murisin eşine devretmeleri, KDVK 2. maddesine göre bir mal üzerindeki tasarruf hakkının malik veya onun adına hareket edenlerce, alıcıya veya adına hareket edenlere devredilmesi hükmü gereğince teslim sayılarak katma değer vergisine tabi tutulacaktır.

Sonuç olarak, murisin ölümünden dolayı işletmenin kayıtlı değerleriyle aynen devir alınarak işletmenin faaliyetine mirasçılardan bir veya birkaçı tarafından devam edilmesi halinde; sadece faaliyette bulunan mirasçılar için ticari kazanç bakımından mükellefiyet tesis ettirilmesi, bununla beraber murisin mevcut defter ve belgelerinin ölüm tarihini içeren hesap dönemi sonuna kadar işe devam eden mirasçılar tarafından kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır³⁸.

4. KATMA DEĞER VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN DEVİR İŞLEMİ

KDVK m. 17/4-c bendi uyarınca GVK'nın 81. maddesinde belirtilen işlemler ile KVK m.19'a göre yapılan devir ve bölünme işlemleri KDV'den istisna edilmiştir. Bu kapsamda vergiden istisna edilen işlemler bakımından KDVK 30/a maddesinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. İşlem sonunda faaliyeti bırakan, bölünen veya infisah eden mükelleflerce yüklenilen ve indirilemeyen vergilerin faaliyete başlayan veya devir ve bölünme sonrasında devredilen veya bölünen kurumların varlıklarını devralan mükellefler tarafından mükerrer indirimine yol açmayacak şekilde indirim konusu yapılacağı hükme bağlanmıştır.

GVK'nın 81. maddesinde belirtilen işlemler ile KVK'nın 19. maddesinde yer alan koşullara uyulmadan yapılan devir ve bölünme işlemleri ise katma değer vergisine tabidir. KDVK m.20'ye göre, teslim ve hizmet işlemlerinde matrah, bu işlemlerin karşılığı olan

bedeldir. GVK m.81'de belirtilen işlemler ile KVK m.19'da yer alan koşullara uyulmadan yapılan devir ve bölünme işlemlerinde katma değer vergisi matrahı devredilen öz varlığın takdir edilen bedelidir. Öz varlık, menkul ve gayrimenkullerle nakit, alacak ve benzeri aktif kıymetleri içeren, karşılık ve borçlardan arındırılmış olan bir bütündür. Öz varlıktan, aktifleştirilmiş uzun vadeli giderlerin indirilmesi gerekir. Bunun yanı sıra şayet varsa, devralan şirket tarafından devredilen şirket ortaklarına verilen nakit ve benzeri menfaatlerin eklenmesi gerekir³⁹.

4.1. Ferdi İşletmenin Sahibinin Ölümü Nedeniyle İşletmenin Mirasçılar Tarafından Devralınması

İşletme sahibinin ölümü halinde KDV uygulaması mirasçılarının tamamının veya bir kısmının faaliyete devam edip etmemelerine bağlı olarak değişmektedir⁴⁰.

KDVK m. 17/4-c ile GVK m. 81'de belirtilen işlemler KDV'den istisna edilmiştir.

GVK m. 81/1'e göre, ferdi bir işletmenin sahibinin ölümü halinde kanuni mirasçılar tarafından işletmenin faaliyetine devam olunması ve mirasçılar tarafından işletmeye dâhil iktisadi kıymetlerin kayıtlı değerleri ile (bilânço esasına göre defter tutuluyorsa bilançonun aktif ve pasifiyle bütün halinde) aynen devir alınması halinde değer artış kazancı hesaplanmayacak ve vergilendirme yapılmayacaktır.

Bu hükümlere göre ferdi bir işletmenin sahibinin ölümü halinde kanuni mirasçılar tarafından işletmenin faaliyetine devam olunması ve mirasçılar tarafından işletmeye dahil iktisadi kıymetlerin kayıtlı değerleri ile (bilanço esasına göre defter tutuluyorsa bilançonun aktif ve pasifiyle bütün halinde) aynen devir alınması halinde, ferdi işletmenin muristen mirasçılara devir işlemi, KDVK m. 17/4-c'ye göre KDV'den istisna olacaktır ve bu devir işlemi nedeniyle KDV hesaplanmayacaktır. İşletme faaliyete aynen devam ettiğinden, murisin son dönem Katma Değer Vergisi beyannamesinde "Sonraki Döneme Devreden

KDV" bulunması halinde bu vergi, KDVK m. 17/4-c'ye göre mirasçılar tarafından indirilebilecektir⁴¹.

Murisin ölüm tarihi ile mirasçılarının bir veya birkaçının faaliyete devam etmek üzere mükellefiyet tesis ettirdikleri tarih arasında faaliyette bulunulması halinde mirasçılarının miras ortaklığı (adi ortaklık) şeklinde faaliyet gösterdikleri kabul edilir. Bu durumda muris tarafından indirilemeyen KDV mirasçılar tarafından indirilebilir⁴².

İkiden fazla ortağı bulunan ortaklıklarda ortaklardan birinin ölümü ve mirasçılarca faaliyete devam edilmeyip murisin hissesinin diğer ortaklara devredilmesi halinde, ortaklığın aynen devam etmesi koşuluyla, hisse devir işlemi KDV'ye tabi olmayacaktır. Eğer murisin ölümüyle mirasçılarının ortaklık faaliyetine devam etmeyerek hisseleri diğer ortağa devrederlerse ve ortak sayısı bire düşerse ortaklık ferdi işletme haline dönüşür. Bu durumda devir işlemi KDV'ye tabi olur⁴³.

Murisin ölüm tarihi ile mirasçılardan birinin veya birkaçının söz konusu işletmeyi kendi adlarına işletmeye başladıkları tarih arasında mirasçılar faaliyette bulunmazlarsa ölüm tarihi itibarıyla faaliyetin sona erdiğinin kabul edilmesi gerekir. Bu durumda faaliyeti duran işletmeye ait malların intikalinde, devralınan mallar için gider pusulası düzenlenebilir, ancak KDV hesaplanmaması gerekir. Bunun yanı sıra, mirasçılarının işletmedeki hisselerini faaliyete devam edecek mirasçılara devretmeleri işleminden elde ettikleri kazanç, değer artış kazancı olduğundan, bu devir işlemi KDV'ye tabi değildir⁴⁴. Mirasçılar tarafından muristen intikal eden malların satılması işlemi de KDV'ye tabi değildir⁴⁵.

4.2. Ferdi Bir İşletmenin Sermaye Şirketine Devri

Ferdi bir işletmenin GVK m. 81/2'de belirtilen şartlarla sermaye şirketi tarafından devralınması işlemi, KDVK m.17/4-c gereğince KDV'ye tabi değildir.

GVK m. 81/2'ye göre devir işlemlerinin KDV'den istisna olabilmesi için;

- Devredilecek ferdi işletmenin kazancının

bilânço esasına göre tespit edilmesi,

- Devredilecek ferdi işletmenin bilânçosunun bir sermaye şirketine aktif ve pasifiyle bütün olarak devredilmesi,
- Devredilecek ferdi işletmenin bilânçosunun devralan şirketin bilânçosuna aynen geçirilmesi,
- Devredilecek ferdi işletmenin sahip veya sahiplerine şirketten, devir bilânçosuna göre hesaplanan öz sermaye tutarında nama yazılı ortaklık payı verilmesi gerekmektedir⁴⁶.

4.3. Tür Değişikliği

Kolektif ve adi komandit şirketin tür değiştirerek GVK m.81/3'de belirtilen koşullarda sermaye şirketine dönüşmesi, KDVK m.17/4-c gereğince KDV'den istisna edilmiştir.

Ferdi işletmelerin KDVK m.17/4-c kapsamında sermaye şirketine dönüşmesi durumunda, Kanunu'nun 17/4-c maddesi parantez içi hükmüne göre ferdi işletmenin indiremeyecek sonraki döneme devreden KDV, devrolunan veya dönüşülen sermaye şirketleri tarafından indirim konusu yapılabilir. Devredilen veya dönüştürülen ferdi işletme adına doğan KDV iadeleri, devralan veya dönüşülen sermaye şirketi tarafından talep edilebilir⁴⁷.

5. DAMGA VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN DEVİR İŞLEMİ

İki veya daha fazla şirketin birleşerek yeni şirket oluşturması halinde, yeni sözleşme hazırlanması gerekmektedir. Bir şirketin başka bir şirketi devralarak birleşmesi halinde sadece ana sözleşmenin sermaye ile ilgili maddesinin birleşmesi gerekmektedir⁴⁸.

Damga Vergisi Kanunu'na ekli 2 Sayılı Tablonun IV-16 maddesine göre "Anonim, eshamlı komandit ve limited şirketler ile yatırım fonlarının kuruluşlarına, sermaye artırımlarına ve süre uzatımlarına ilişkin olarak düzenlenen kâğıtlar" damga vergisinden istisna edilmiştir. Bu sebeple katılma yoluyla gerçekleştirilen birleşmelerde sermaye artırımları da damga vergisine tabi değildir⁴⁹.

2 Sayılı Tablonun IV-17 maddesine göre "Kurumlar Vergisi Kanununa göre yapılan birleşme, devir ve bölünmeler nedeniyle düzenle-

nen kâğıtlar" damga vergisinden istisna edilmiştir. Bu nedenle, birleşme nedeniyle düzenlenen birleşme sözleşmesi, yeni şirket kuruluş sözleşmesi damga vergisine tabi değildir. Kurumlar Vergisi Kanunu'na göre yapılmayan devir işlemleri nedeniyle düzenlenen kâğıtlar ise damga vergisine tabi olacaktır.

2 Sayılı Tabloda GVK m.81'e göre yapılan birleşmelerde, düzenlenen kâğıtların damga vergisinden istisna olduğuna dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle bu tür birleşmeler için düzenlenen kâğıtların damga vergisine tabi olduğu sonucuna varabiliriz⁵⁰.

6. HARÇLAR KANUNU AÇISINDAN DEVİR İŞLEMİ

Harçlar Kanunu'nun⁵¹ Genel Muaflıklar ve İstisnalar başlığı altında yer alan, 123/3. maddesinde anonim, eshamlı komandit ve limited şirketlerin kuruluş, sermaye artırımı, birleşme, devir, bölünme ve nevi değişiklikleri nedeniyle yapılacak işlemlerin Harçlar Kanunu'nda yazılı harçlardan istisna olduğu düzenlenmektedir. Buna göre birleşmenin gerçekleştirilmesi için tamamlanması gereken ticaret sicil tescil işlemleri, bileşen şirkete ait gayrimenkullere ilişkin tapu işlemleri vb. işlemler harca tabi olmadıkları gibi, birleşme sözleşmesi, yeni şirket kuruluş sözleşmesine ilişkin işlemlerde de noter harcı alınmaz.

7. ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN DEVİR İŞLEMİ

Özel Tüketim Vergisi (ÖTV) Kanunu⁵² istisnaların sınır ve yetki başlıklı 10. maddesine göre, özel tüketim vergisine ilişkin istisna ve muafiyetler ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir. Diğer kanunlarda yer alan istisna veya muafiyet hükümleri bu vergi bakımından geçersizdir. ÖTV Kanunu'nda ise devir işlemi ile ilgili herhangi bir istisna getirilmemiştir.

Bu durumda birleşme sonucu infisah eden şirketin mallarının emsal bedelleri üzerinden ÖTV hesaplanmalı ve birleşilen şirket adına fatura düzenlenmek suretiyle hesaplanan ÖTV faturada ayrıca gösterilmelidir⁵³.

8. AMME ALACAKLARININ TAHSİL USULÜ HAKKINDA KANUN AÇISINDAN DEVİR İŞLEMİ

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK)'un⁵⁴ “Birleşme, Devir, Bölünme ve Şekil Değiştirme Halleri” başlıklı 36. maddesinde;

“Bu Kanununun tabiki bakımından;

a) İki veya daha ziyade hükmî şahsın birleşmesi halinde yeni kurulan hükmî şahıs,

b) Devir halinde devir alan hükmî şahıs,

c) Bölünme halinde bölünen hükmî şahsın varlıklarını devralan hükmî şahıslar,

d) Şekil değiştirme halinde yeni hükmî şahıs, birleşen, devir alınan, bölünen veya eski şekildeki hükmî şahıs ve şahısların yerine geçer” hükmü yer almaktadır.

Bu durumda, devir halinde devralan tüzel kişilik devraldığı tüzel kişiliğin; şekil değiştirme halinde yeni tüzel kişilik, birleşen, devir alınan, bölünen veya eski şekildeki tüzel kişi ve kişilerin kamuya olan borçlarından sorumludur.

Tüzel kişiliği olmayan işletmeler AATUHK m. 36 kapsamına alınmamıştır. Adi şirket ile şahıs şirketlerinin tüzel kişiliği olmadığı için, bu şirketlerin vergi borçları bakımından Borçlar Kanunu'nun 179. maddesindeki genel hükümler uygulanabilir⁵⁵. Bu maddeye göre, bir mal varlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mal varlığının veya işletmenin borçlarından sorumlu olur. Fakat iki yıl müddetle evvelki borçlu (devreden kişi) da yenisiyle birlikte müteselsilen sorumlu kalır; bu müddet muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar.

9. BELEDİYE GELİRLERİ KANUNU AÇISINDAN İŞYERİNİN DEVREDİLMESİ VE İŞYERİ AÇMA İZİNİ HARCİ

Belediye Gelirleri Kanunu⁵⁶ m. 81'e göre, belediye sınırları veya mücavir alanlar içinde

Mali açıdan zayıf veya zor durumda olan şirketler, mali yapıları kendilerinden daha güçlü, rekabet edebilecek yapıya ve tecrübeye sahip, borç ve sorumluluklarını üstlenecek şirketlerle devir veya birleşme yoluna gidebilirler.

bir işyerinin açılması işyeri açma izni harcına tabidir. Belediye Kanunu⁵⁷ m.15/c' ye göre, gerçek ve tüzel kişilerin faaliyetleri ile ilgili olarak kanunlarda belirtilen izin veya ruhsatı vermek yetkisi belediyelere verilmiş bulunmaktadır. Sıhî ve gayrisıhî işyerleri ile umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin ruhsatlandırılması ve denetlenmesine dair iş ve işlemleri kapsayan “İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin”⁵⁸ 8. maddesi işletmecinin değişmesi ve işyerinin nakli ile ilgili düzenlemeleri kapsamaktadır. Bu maddeye göre, ruhsatta belirtilen faaliyet konusu ve adresin değişmesi kaydıyla işyerinin devredilmesi halinde, devralan kişinin başvurusu üzerine dosyadaki bilgi ve belgeler esas alınmak suretiyle yeni işletmeci adına tekrar ruhsat düzenleneceği belirtilmektedir. İşyerine yeni ortak alınması veya ortaklardan birinin ayrılması durumunda yeni ruhsat düzenlenmez. İşyerinin başka bir adrese nakledilmesi halinde yeniden ruhsatlandırılması esastır. İşyeri sahibinin ölümü halinde, yeni ruhsat düzenlenmeksizin kanunî mirasçısı adına eski ruhsatın intibakı yapılır. Ruhsatın yenilenmesi veya intibakı gereken hallerde yetkili idareye en geç üç ay içinde müracaat edilmesi zorunludur. Bu süre mirasçılar için altı ay olarak uygulanır. Süresi içinde müracaat yapılmadığının yetkili idarelerce tespiti durumunda tespit tarihinden itibaren on beş günlük süre verilir. Bu süre sonunda ruhsat yenilenmediği veya intibak yaptırılmadığı hallerde ruhsat iptal edilir.

Sonuç olarak, ruhsatta belirtilen faaliyet konusu ve adresin değişmemesi kaydıyla işyerinin devredilmesi halinde, devralan kişinin başvurusu üzerine dosyadaki bilgi ve belgeler esas alınmak suretiyle yeni işletmeci adına tekrar ruhsat

düzenlenecektir. Ancak kiralanın taşınmazda farklı faaliyette bulunulması halinde bu faaliyet ile ilgili olarak işyeri açma izni harcı muafiyeti uygulamasının mümkün değildir⁵⁹.

10. SONUÇ

Mali açıdan zayıf veya zor durumda olan şirketler, mali yapıları kendilerinden daha güçlü, rekabet edebilecek yapıya ve tecrübeye sahip, borç ve sorumluluklarını üstlenecek şirketlerle devir veya birleşme yoluna gidebilirler.

KVK m. 19'da yer alan şartları taşıyan bir birleşmenin KVK m.20'deki şekil şartlarını taşıması halinde birleşme, devir olarak nitelendirilse bile birleşen kurumlara herhangi bir vergisel avantaj sağlamamaktadır. Söz konusu şekli şartlar sağlanmadığında KVK m.18'de yer alan değerlemeye ilişkin düzenlenmeye göre birleşme vergilemeye tabi tutulacaktır. Bu nedenle bir birleşmenin devir niteliğinde sayılması onun vergisiz birleşme olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak, devir kavramı vergisiz birleşme için gerekli ön şartı temsil etmektedir.

GVK m.81'e göre yapılan devir işlemleri artış kazancı hesaplanmaz, bu işlemler gelir vergisinin dışında tutulmuştur.

KDVK m. 17/4-c bendi uyarınca GVK'nın 81. maddesinde belirtilen işlemler ile KVK m.19'a göre yapılan devir ve bölünme işlemleri KDVK'den istisna edilmiştir. Bu kapsamda vergiden istisna edilen işlemler bakımından KDVK 30/a maddesinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. İşlem sonunda faaliyeti bırakan, bölünen veya infisah eden mükelleflerce yüklenilen ve indirilemeyen vergilerin faaliyete başlayan veya devir ve bölünme sonrasında devredilen veya bölünen kurumların varlıklarını devralan mükellefler tarafından mükerrer indirimine yol açmayacak şekilde indirim konusu yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Anonim, eshamlı komandit ve limited şirketler ile yatırım fonlarının kuruluşlarına, sermaye artırımlarına ve süre uzatımlarına ilişkin olarak düzenlenen kâğıtlar ile Kurumlar Vergisi Kanununa göre yapılan birleşme, devir ve bölünmeler nedeniyle düzenlenen kâğıtlar damga vergisinden istisna edilmiştir.

Anonim, eshamlı komandit ve limited şirket-

lerin kuruluş, sermaye artırımı, birleşme, devir, bölünme ve nevi değişiklikleri nedeniyle yapılacak işlemler Harçlar Kanununda yazılı harçlardan istisnadır.

ÖTV açısından devir işlemi ile ilgili bir istisna getirilmemiştir, bu nedenle devir işlemi ÖTV'ne tabidir.

AATUHK'na göre devir halinde devralan tüzel kişilik devraldığı tüzel kişiliğin; şekil değiştirme halinde yeni tüzel kişilik, birleşen, devir alınan, bölünen veya eski şekildeki tüzel kişi ve kişilerin kamuya olan borçlarından sorumludur.

DİPNOTLAR

- 1 Doğan ŞENYÜZ/Mehmet YÜCE/Adnan GERÇEK, Türk Vergi Sistemi Dersleri, 2. Baskı, Ekin Yay., Bursa 2008, s.175.
- 2 ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s.173.
- 3 ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s.174.
- 4 Kanun No: 6762, RG. 9.7.1956, 9353.
- 5 ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s.175.
- 6 Mualla ÖNCEL/Ahmet KUMRULU/Nami ÇAĞAN, Vergi Hukuku, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 344.
- 7 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.344; Billur YALTI, Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Sermaye Şirketlerinde Tasfiye, Birleşme, Nevi Değiştirme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987, s.176; Nihal Saban, Vergi Hukuku, 4. Bası, Beta Yay., İstanbul, s.445 vd. Ahmet Eren ALTAY, Şirket Birleşmeleri ve Devralmalarının Kurumlar Vergisi Yönünden İncelenmesi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s.65.
- 8 Metin ULUSOY, Son Değişiklikler Çerçevesinde Birleşme, Devir, Bölünme, Hisse Değişimi ve İştirak Yoluyla Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması, Yaklaşım Yay., Ankara 2004, s.85.
- 9 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No:1, para., 19.1. (RG, 03.04.2007, 26482.)
- 10 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No: 1, para., 19.1.
- 11 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No: 1, para., 20.1.
- 12 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No: 1, para., 20.1.
- 13 ALTAY, s.97.
- 14 ALTAY, s.97.
- 15 ALTAY, s.99.
- 16 ULUSOY, s.85.
- 17 Danıştay 4. Daire, 26.01.1999, E. 1998/4171, K. 1999/57 (www.danistay.gov.tr Erişim: 25.05.2010).
- 18 Doğan ŞENYÜZ, Açıklamalı ve Yorumlu 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, Yaklaşım Yay., Ankara 2007, s.135.
- 19 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No:1, para., 19.2.1.

- 20 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No:1, para., 19.2.2.
- 21 ŞENYÜZ, s.135.
- 22 İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın tarihli 22.12.2006 tarihli B.07.1.GİB.4.34.16.01/KVK-19-7375/25746 sayılı özelgesi. (<http://www.ivdb.gov.tr/Mukteza/2006/kurumlarvergesi2006/25746.htm> Erişim: 30.05.2010) ve A. Bumin DOĞRUSÖZ, 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Şerhi, İSMMMO Yay. Yayın No:85, İstanbul 2007, s.316.
- 23 İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın B.07.1.GİB.4.34.16.01/KVK-20,21/7797 20130 sayı ve 14.07.2007 tarihli özelgesi. (<http://www.ivdb.gov.tr/Mukteza/2007/kurumlarvergesi2007/7797.htm> Erişim: 30.05.2010).
- 24 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No: 1, para., 19.3.1.
- 25 KV Genel Tebliği Seri No: 4. (R.G.,27318, 13.08.2009)
- 26 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No: 1, para., 19.3.2.
- 27 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No: 1, para., 19.3.3.
- 28 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No: 1, para., 9.2.
- 29 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No: 1, para., 9.2.
- 30 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No: 1, para., 9.2.2.
- 31 Bkz. Müjdat ŞAKAR/Ayşe YİĞİT ŞAKAR, İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku ve Vergi Hukuku Açısından İşçiye Ödenecek Tazminatlar, Yaklaşım Yay., Ankara 2010, s.35.
- 32 İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 19.10.2007 tarihli ve 176200-ÖZ/621-8873 sayılı özelgesi. <http://ozelge.izmirvdb.gov.tr/OzelgeRead.aspx?OzgId=1545> (Erişim: 06.05.2010).
- 33 ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s.90.
- 34 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.314. Danıştay 4. Daire, 06.04.1988, E. 1987/4371, K. 1988/1357. (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> Erişim: 31.05.2010).
- 35 ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s.93.
- 36 ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s.94.
- 37 Abdurrahman AKDOĞAN, Türk Vergi Sistemi ve Uygulaması, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2001, s.236.
- 38 Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 14.11.2005 tarih ve B.07.1.GİB.4.06.18.02/32-229-sayılı özelgesi. (<http://www.avdb.gov.tr/y/mukteza/muktezadeta.asp?id=105024> Erişim: 06.05.2010).
- 39 ULUSOY, s.116.
- 40 Hüseyin TOKAY, "İşletme Sahibinin Ölümü Halinde KDV Uygulaması", Yaklaşım, Sayı:56, Ağustos 1997, s.63 vd.
- 41 Şükrü KIZILOT, Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi Kanunu ve Uygulaması, 5. Baskı, Yaklaşım Yay., Ankara 2010, s.927.
- 42 KIZILOT, s.927-928.
- 43 KIZILOT, s.928.
- 44 KIZILOT, s.928-929.
- 45 KIZILOT, s.929.
- 46 KIZILOT, s.930; Ahmet ÖĞÜT, "Şirket ve Ortaklıkların Katma Değer Vergisi II", Maliye Postası, Sayı:225, Şubat 1992, s.73.
- 47 KIZILOT, s.931.
- 48 ULUSOY, s.122.
- 49 ALTAY, s.112.
- 50 ULUSOY, s.122.
- 51 Kanun No: 492, RG. 17.07.1964, 11756.
- 52 Kanun No: 4760, RG. 12.06.2002, 24783.
- 53 ALTAY, s.112.
- 54 Kanun No: 6183, RG. 28.07.1953, 8469.
- 55 ULUSOY, s.202.
- 56 Kanun No: 2464, RG.17354, 29.05.1981.
- 57 Kanun No: 5393, RG. 25874, 13.07.2005.
- 58 R.G.10.08.2005, 25902.
- 59 Maliye Bakanlığı'nın 25.12.2009 tarih ve B.07.1.GİB.0.02.66/6610-90 sayılı özelgesi. (<http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1028> Erişim:06.05.2010).

Prof. Dr. Ufuk AYDIN

Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması ve İş Hukuku Bakımından Sonuçları

1. GENEL OLARAK

İşyeri örgütlenmesi ve iş ilişkilerinde yaşanan gelişmeler işçinin çeşitli alanlarda daha donanımlı olmasını gerektirir hale gelmiştir. İşverenler işçide mesleki bilgi ve becerilerinin yanında; dil yeteneği, bilgisayar kullanımı, bazı sertifikalara ve çoğunlukla da sürücü belgesine sahip olma gibi özellikleri arar hale gelmişlerdir. Bunlar içinde sürücü belgesi, bir yandan kamusal bir makamca verilip geri alınabilmesi, diğer yandan da işçinin yeterliliğine ilişkin bir nitelik taşıması itibariyle önemlidir. Zira iş ilişkisi kurulurken sahip olunan sürücü belgesine sonradan kamu makamlarınca el konulması işçinin işgörme borcunu yerine getirirken sahip olduğu bir yeterliliği geçici ya da kalıcı olarak yitirmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu hususun iş sözleşmesini ve işçinin işgörme borcunu etkilemesi ise kaçınılmazdır.

İş ilişkisinde sürücü belgesine sahip olma gereksinimi çeşitli biçimlerde ortaya çıkabi-

lir. Örneğin işçinin iş sözleşmesinden doğan borcu araç kullanmak (şoförlük yapmak) olabilir. Kanımızca, bu durumda sürücü belgesine sahip olmak iş sözleşmesinin esaslı bir unsurudur. Bazı hallerde ise, işçi başka bir işi görme borcu altına girmiş ve bu borcu yerine getiriyor iken araç kullanıyor olabilir. Bu durumda araç kullanmak onun asıl edimini yerine getirmesi için önemli bir gereksinim niteliğini taşır. Kanımızca, böyle bir halde sürücü belgesine sahip olmak iş sözleşmesinin oluşması bakımından ikincil bir unsur sayılabilir. Bu duruma örnek olarak ilaç tanıtımcılarını (repesant) ya da dayanıklı tüketim malı servis ve tamir elemanlarını vermek mümkündür. Nihayet, son bir hal ise doğrudan işle ilgili olmamakla beraber işverence işe gidiş geliş ve kişisel kullanım amacıyla araç tahsis edilmiş olmasıdır. Bu durumda sürücü belgesine sahip olmayı iş sözleşmesinin unsurları arasında kabul etmemek gerekir¹.

İşçinin sürücü belgesine sahip olması ve buna el konulmasına yol açan sebep de iş

ilişkisi bakımından önem taşır. İşçinin kullandığı araç, işverence gereç ve malzeme sağlama borcunun (BK.331) bir gereği²; İş K.m.2/2 anlamında işyerinden sayılan bir yer ya da İş.K. m.2/3 anlamında iş organizasyonu kapsamındaki bir unsur olarak değerlendirilebilir. Bütün bu farklı olasılıklarda işçinin sürücü belgesine el konulmasına yol açan sebebin niteliğine göre işverence uygulanabilecek yaptırım da farklılaşabilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu, işçinin sürücü belgesine el konulmasına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Ancak, Kanunun süreli feshin geçerli bir sebebe dayandırılmasını öngören 18. maddesi hükmünde yer alan "... İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler" kavramı ile derhal feshine ilişkin 25/II. maddesinin "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlığını taşıyor olması, sürücü belgesine el konulmasının nitelendirilmesinde ve buna göre işlem yapılmasında tereddütlere yol açacak niteliktedir. Zira işçinin sürücü belgesine el konulması işveren bakımından "işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan" geçerli bir fesih sebebi olarak nitelenebileceği gibi; "ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı" bir haklı fesih sebebi olarak da kabul edilebilir. Bu durumların her birinin farklı ve önemli sonuçlarının olacağı açıktır.

Basit bir anlatımla işçinin sürücü belgesine el konulmasının iş ilişkisi bakımından üç tür etkisi olabilir.

- İşveren bu durumu ciddiye almayabilir; işçiye bir disiplin yaptırımını uygulayabilir ya da uygulamaz ama iş ilişkisi devam eder.

- İşveren bunu iş sözleşmesinin (süreli) feshi bakımından bir geçerli sebep (İş K.m.17 vd.) olarak görerek sözleşmeyi süreli fesih yoluyla feshedebilir. Bu durumda işçiye kıdem (ve hatta ihbar) tazminatı ödenmesi söz konusu olabilir.

- İşveren bunu iş sözleşmesinin feshi bakımından bir haklı sebep (İş K.m. 25/II ya da m.25/III-IV) olarak görerek sözleşmeyi derhal fesih yoluyla feshedebilir. Bu durumda işçiye herhangi bir tazminat ödenmemesi, hatta işçinin işsizlik sigortasından dahi (4447 s. Kanun

m.51) yararlanamaması söz konusu olabilir.

Belirtelim ki, küçük bir olasılık olmakla beraber, konunun iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle düzenlenmiş olması halinde, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinin konuya ilişkin hükümleri saklı olacaktır³.

2. SÜRÜCÜ BELGESİNE EL KONULMASINA YOL AÇAN HALLER

Sürücü belgesine hangi hallerde ve hangi sebeplerle el konulacağı/belgenin geri alınacağı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu⁴ ve bu Kanuna bağlı olarak çıkarılan Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde⁵ düzenlenmiştir. Belirtilen düzenlemelerde yer alan hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sürücü belgesine el konulmasına yol açan haller şunlardır:

A. Alkollü içki almış olmaları sebebiyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır. Ülkemizde kabul edilen sınır 50 promildir. Dolayısıyla, trafik zabıtasınca yapılan tespit kanında 50 promilin üzerinde alkol bulunanların sürücü belgeleri birinci defasında altı ay süreyle geri alınır. Aynı fiilin ikinci defa tekrarlanması halinde sürücü belgesinin iki yıl süreyle geri alınması yanında, sürücüler "sürücü davranışlarını geliştirme eğitimine" tabi tutulurlar. Üç ve daha fazlasında sürücü belgeleri 5 yıl süreyle geri alınır ve altı aydan az olmamak üzere hafif hapis cezası ile beraber, sürücü psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzman muayenesine tabi tutulur. Ayrıca her durumda (2010 yılı için) 548 TL ile 1.101 TL arasında değişen para cezaları uygulanır. Ekleyelim ki, taksi, dolmuş, otomobil, minibüs, otobüs, kamyon gibi araçlarla kamu hizmeti, yük ve yolcu taşımacılığı yapan sürücüler ile resmi araç sürücüleri (50 promilin altında bile olsa) alkollü içki kullanmış olarak bu araçları süremezler (2918 s.Kanun m.48 ve KT.Yön m.97).

B. Uyuşturucu, uyarıcı ve keyif verici gibi özelliklere sahip doğal ve sentetik psikotrop maddeleri almış olmaları nedeniyle güvenli

sürüş yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır. Bu tür maddeleri kullandığı tespit edilenlerin almış oldukları maddelerin cins, miktar ve etki derecelerine bakılmaksızın sürücü belgelerine süresiz olarak el konulur ve bu kimseler trafikten men edilir (2918 s. K.m.48 ve KT.Yön.m.97). Ayrıca bu kimselere hafif hapis ve 1.101 TL. para cezası uygulanır.

C. Hız sınırlarını %30'dan fazla aşmak suretiyle ihlal suçunun işlendiği tarihten geriye doğru bir yıl içinde aynı kuralı beş defa ihlal ettiği tespit edilenlerin sürücü belgeleri bir yıl süreyle geri alınır (2918 s.K.m. 51/3). Sürücü belgesi geri alınanların bu belgelerinin belirtilen süre içinde iade edilebilmesi psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanının muayenesi sonucunda sürücü belgesi almasına mani hali olmadığının saptanmasına bağlıdır.

D. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun suç saydığı bir fiilden dolayı haklarında ceza uygulanan sürücülere, aldıkları her ceza için esasları Yönetmelikte belirlenen ceza puanları verilir. Trafik suçunun işlendiği tarihten geriye doğru bir yıl içinde toplam 100 ceza puanını dolduran sürücülerin sürücü belgelerine 2 ay süre ile el konulur ve bu sürücüler eğitime tabi tutulur. Aynı yıl içinde ikinci defa 100 puanı dolduran sürücülerin sürücü belgelerine 4 ay süre ile el konulur ve bu sürücüler psiko-teknik değerlendirmeye ve psikiyatrik muayeneye tabi tutulurlar. Bir yılda üç kez 100 ceza puanını dolduranların sürücü belgeleri ise süresiz iptal edilir (2918.s.K. m. 118/1-4).

E. Ölümle sonuçlanan trafik kazalarına asli kusurlu olarak sebebiyet veren sürücülerin sürücü belgeleri bir yıl süreyle geri alınır. Asli kusur halleri ise ışık ihlali, girilmez yola girme, hatalı sollama, arkadan çarpma, şerit tecavüzü, geçiş önceliğine uymama, park yasağına uymama ve park etmiş araçlara çarpma gibi hallerdir (2918 s. K. m.118/son ve KT.Yön.m.157).

Özetlemek gerekirse, sürücü belgesine el konulmasına yol açan beş hal bulunmaktadır. Bunlar alkollü araç kullanma, uyuşturucu etkisinde araç kullanma, hız sınırlarını aşmayı

alışkanlık haline getirme, belli bir ceza puanını aşma ve asli kusurla ölümlü trafik kazasına sebep olmaktır.

3. SÜRÜCÜ BELGESİNE EL KONULAN İŞÇİNİN DURUMU

İşçinin sürücü belgesine el konulması iş ilişkisini her durumda aynı biçimde etkilemez. Zira, sürücü belgesinin anlam ve önemi işçinin işgörme borcunun konusuna göre farklılıklar gösterebilir. Örneğin iş sözleşmesiyle üstlendiği edim araç kullanmak/şoförlük yapmak olan bir işçinin sürücü belgesine el konulması ile görevi gereği, işgörme borcunu yerine getirirken araç kullanan bir işçinin sürücü belgesine el konulmasının sonuçlarının birbiriyle aynı olmayacağı söylenebilir. Öte yandan, doğrudan işgörme borcu ile ilgili olmaksızın işverence sosyal amaçla kendisine araç tahsis edilen işçinin sürücü belgesine el konulmasının sonuçları da incelemeye değer niteliktedir.

A. Görevi Araç Kullanmak/Şoförlük Yapmak Olan İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması

İş sözleşmesinden doğan borcu araç kullanmak/şoförlük yapmak olan bir işçinin sürücü belgesine el konulması halinde artık bu kimisenin 2918 s. Kanun gereği araç kullanması; dolayısıyla iş sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmesi olanağı kalmaz. Ancak burada BK. m.101 vd. anlamında borçlunun temerrüdü mü; yoksa BK. m. 117 anlamında kusurlu imkânsızlık mı bulunduğu tartışılabilir.

Kanımızca, görevi şoförlük olan bir işçinin sürücü belgesine el konulmasında borcun ifasının kusurlu biçimde imkânsızlığından çok, borçlunun temerrüdünün varlığını ve bu halde işverenin fesih hakkının doğduğunu kabul etmek gerekir. Zira sürücü belgesine el konulması dolayısıyla araç kullanamama/iş görememe borcun yalnız borçlu (işçi) tarafından ifa edilememesine yol açan subjektif bir imkânsızlık hali anlamına gelir. İmkânsızlık mantıki, fiili ve hukuki sebeplerle herkes yönünden kesin ve sürekli bir ifa engeli teşkil

ettiğinden, subjektif imkansızlıkta sorumluluk müeyyidesi olarak borçlunun temerrüdünün varlığı⁶ ve dolayısıyla işverenin fesih hakkının (BK.m.101 ve 106-108) bulunduğu kabul edilmelidir.

İşçinin sürücü belgesine el konulması sebebiyle işgörme borcunu yerine getirmekte temerrüde düşmesi ve işverene fesih hakkı tanınması halinde bunun nasıl bir fesih olacağı sorunu ön plana çıkmaktadır. İşverenin uygulayacağı fesih İş K.m.18 vd.'da yer alan ve geçerli sebebe dayanan süreli fesih mi; m.25/II'ye göre ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılığa ve dolayısıyla haklı sebebe dayanan derhal fesih mi; yoksa m.25/III'de yer alan zorlayıcı (haklı) sebebe dayalı derhal fesih mi?

Kanımızca, bu sorunun çözümünde ölçülülük ilkesinden yararlanmak mümkündür. Ölçülülük ilkesi bir yorum ölçütü ve aynı zamanda genel bir hukuk ilkesidir. Ölçülülük ilkesinin yönetim (ve fesih) hakkının kullanılmasında, karar verilmesinde takdir yetkisini sınırlayan bir işlevi vardır. Ölçülülük ilkesi bir somutlaştırma ölçütü olarak normatif dayanağını Anayasa'nın 13. maddesinden almaktadır. Türk hukukunda kabul edildiği üzere ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve oranlılık gibi üç alt ilkeye ayrılır. Buna göre ölçülülük ilkesi uyarınca uygulanacak tedbir (fesih türü) ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli yani uygun olmalı; ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç orantılı olmalıdır⁷.

Bu bağlamda görevi araç kullanmak/şoförlük yapmak olan işçinin sürücü belgesine el konulması halinde bunun iş sözleşmesinin feshi bakımından bir haklı sebep oluşturacağını kabul etmek gerekir. Bilindiği gibi haklı fesih nedenleri, iş ilişkisinin devamını taraflardan biri için dürüstlük kuralları gereği çekilmez hale getiren nedenlerdir. Bu durumda görevi araç kullanmak olan bir işçinin sürücü belgesine el konulmasını işverene iş ilişkisini sürdürmemeye hakkını veren; başka bir anlamıyla ilişkiyi çekilmez hale getiren bir haklı sebep olarak kabul etmek gerekir. Bir kez

işverene derhal fesih olanağı tanındığında, buna İş K. m. 25'de dört bent halinde düzenlenmiş sebeplerden hangisinin uygulanacağı tartışılabilir. Şöyle ki, işçinin sürücü belgesine el konulması İş K. m.25/II anlamında ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturabileceği gibi, m.25/III anlamında işçiyi, işyerinde çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebep olarak da kabul edilebilir.

Yargıtay, görevi şoförlük olan bir işçinin sürücü belgesine el konulması dolayısıyla iş sözleşmesinin feshinde vermiş olduğu kararlarda iki farklı görüşten de etkilenmiştir. Yüksek Mahkeme 1475 sayılı Kanun döneminde verdiği bir kararda, görevi kuryelik olan bir işçinin alkollü araç kullanması (2918 s. K.m.48) sebebiyle sürücü belgesine el konulmasını; 1475 s. İş K.m. 17/II-d (şimdi 25/II-e) anlamında haklı sebeple fesih olarak kabul etmiştir⁸. Olayda işçinin sürücü belgesine alkollü (400 promil) araç kullanma sebebiyle el konulmuş, işçi durumu işverene bildirmeyip, bir süre abisinin sürücü belgesini kullanmıştır.

Daha yeni tarihli bir kararda Yargıtay konuya farklı şekilde yaklaşmıştır. Yargıtay'a göre "... davacı, şoför olup ehliyetine el konulunca, bu görevi yapamayacağı açıktır... (Bu durumda) 4857 sayılı Yasa'nın m. 25/III. bendindeki 'işçiyi işyerinde bir haftadan daha fazla süreyle çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir nedenin ortaya çıkması' nedeniyle (iş sözleşmesinin) davalı işveren tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir"⁹. Karara ilişkin incelemiden anlaşıldığı kadarıyla, davacı işçi yolcu taşımacılığı yapan bir işverene ait araçta şoförlük yapmakta ve ayakta yolcu alması (ve ceza puanı sınırını aşması 2918 s. K.m.118) sebebiyle sürücü belgesine el konulmuş bulunmaktadır. Ancak Yargıtay, kararında bu hususa ve kusur değerlendirmesine yer vermeksizin zorlayıcı nedenin ortaya çıktığından bahisle hükmü tesis etmiştir¹⁰.

Feshin bu iki farklı sebepten birine dayandırılmasının işçi bakımından çok farklı sonuçlar yaratacağı açıktır. Feshin m.25/II'ye dayandırılması halinde işçi kıdem ve ihbar tazminatlarıyla, işsizlik sigortasından yararlanamayacaktır. Fesih m.25/III'e dayandırılırsa

işçi kıdem tazminatı yanında işsizlik sigortasından yararlanma olanağını da elde edecektir. İşte bu noktada ölçülülük ilkesinin devreye girmesi yararlı olacaktır.

Böyle bir durumda derhal feshin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılıktan mı, yoksa zorlayıcı sebepten mi kaynaklandığının tespitinde somut olgular ölçülülük ilkesi ışığında değerlendirilmelidir. Bu bağlamda işçinin sürücü belgesine el konulmasına yol açan sebep/sebepler değerlendirilmeli ve bu sebep alkol ya da uyuşturucu etkisinde araç kullanmak gibi aynı zamanda aradaki güven ilişkisini ciddi biçimde zedeliyorsa, feshin m. 25/II anlamında ahlak ve iyiniyete aykırılık sebebine dayandırılabilirliğini kabul etmek gerekir¹¹.

Buna karşın, sürücü belgesine el konulmasına yol açan sebebin gerçekleşmesinde işverenin bu duruma göz yumması, işçiyi teşvik etmesi, işçinin amirine durumu bildirmesi gibi haller varsa; örneğin işçinin daha fazla ve yasal sınırları aşan yolcu taşımaya ya da hızlı araç kullanması işverence önemsenmemişse veya buna göz yumulmuşsa bu durumlarda uygulanacak derhal feshin zorlayıcı sebebe (İş K.m.25/III) dayandığını kabul etmek yerinde olacaktır.

Belirttiğimiz her iki durumda da ölçülülük ilkesine göre hareket edildiği söylenebilir. Zira her iki durumda da işçinin iş sözleşmesinin feshinin gerekli olduğu (zira artık işçinin şoförlük yapamayacağı); alınan önlemin elverişli olduğu (görevini yapmayacak -araç kullanamayacak- işçiyle iş ilişkisini sürdürmesi elverişsiz bir durum yaratacağı) değerlendirildikten sonra feshin orantılı¹² olup olmadığını ise yukarıda belirttiğimiz somut olgulara göre belirlemek gerekecektir.

Bu aşamada belirtelim ki, işverenin İş K. m.25/II ya da 25/III'e göre derhal feshe gitmesi onun bir hakkıdır. İş sözleşmesinin feshinde genel olarak bir eşit işlem borcu olmadığından,¹³ işverenin sahip olduğu bu hakkı kullanması ya da kullanmaması onun ihtiyarında olacak; işveren dilerse koşullarla orantılı biçimde ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık dolayısıyla veya zorlayıcı sebeple derhal feshe gidebilecektir. Hiç şüphesiz gö-

revi şoförlük olan işçinin ehliyetine el konulması dolayısıyla süreli fesih ya da fesih uygulamama yoluna da gidilebilecek; hatta işçi başka bir işte dahi çalıştırılabilecektir. Ancak işçinin sürücü belgesine el konulması onun kusurundan kaynaklandığından, bu gibi durumlarda iş sözleşmesinin askıya alınması söz konusu olamayacaktır¹⁴.

Son olarak ekleyelim ki, görevi şoförlük olan işçinin sürücü belgesine el konulması (borçlunun) temerrüdü olarak nitelendirildiğinde, onun kusuruyla ve sözleşmeye aykırılık dolayısıyla verdiği zarardan da sorumlu tutulması (BK. m.96 ve m.108) mümkün olabilecektir. Bu bağlamda işçinin işverene verdiği zararı tazmin etmesi dahi gerekebilir¹⁵.

B. Görevi ile İlgili Olarak Araç Kullanan İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması

Bu kapsamda değerlendirilecek işçilere örnek olarak ilaç tanıtım görevlileri; dayanıklı tüketim malzemelerinin yetkili servislerinde görev yapanlar ya da satış elemanları verilebilir. Belirtilen işçilerin işgörme borcunun temelini ilaç tanıtımı, araç tamiri ya da belli malların satımı oluşturmakta; bu işçiler belirtilen görevlerini yerine getirirken (çoğunlukla işverence sağlanan) bir araç kullanmaktadırlar.

Görevleri ile ilgili olarak araç kullanan işçilerle, görevi araç kullanmak olan işçilerin durumu birbirinden farklıdır. İlk grupta yer alanlar işgörme borçlarını yerine getirirken araç kullanmakta; ikinci gruptakiler ise işgörme borçlarını araç kullanarak yerine getirmektedirler. Başka bir anlatımla ve genel olarak ilk grupta yer alanların sürücü belgelerine el konulmasıyla işgörme borcunun yerine getirilmesi hala mümkün olabilirken; ikinci grupta yer alanların sürücü belgelerine el konulması işgörme borcunun yerine getirilmesi olanağını ortadan kaldırmaktadır.

Yargıtay görevleriyle ilgili olarak araç kullanan işçilerin sürücü belgelerine el konulması ile ilgili olarak verdiği sınırlı sayıdaki kararda istikrarlı biçimde işverenin fesih hakkının

varlığını kabul etmekte ve bunu geçerli sebebe dayanan süreli fesih şeklinde değerlendirilmektedir. Yargıtay'ın 2006 yılında verdiği karara konu olayda, ilaç tanıtımı ile görevli işçi, iş çıkışı tanıtım yaptığı hekimlerle yemek yemiş ve alkol almış; yasal sınırın çok az üstünde aldığı alkol sebebiyle trafik denetiminde sürücü belgesine el konulmuştur. Bunun üzerine işçinin iş sözleşmesi İş.K.m.25/II'ye göre -işini aksatması gerekçesiyle- işverence feshedilmiştir. Yerel mahkemenin feshi geçersiz sayan işe iade kararı üzerine Yargıtay, işçinin kullandığı aracın işyeri sayılması ve işçinin ehliyetine el konulması dolayısıyla ilaç tanıtım görevinin aksatıldığını, bu durumun işyerinde olumsuzluklara yol açtığını belirterek feshin (haklı değil ama) geçerli sebebe dayandığına hükmetmiştir¹⁶. Karar, iş çıkışı kullanılan aracın işyerinden sayılması, feshin son çare olması (ultima ratio) ilkesine itibar edilmemesi, feshin sebebinin işçinin davranışı değil yetersizliği olması gerektiği, fesih sebeplerinin değerlendirilmesinde izlenen yöntemin hatalı olduğu ve eşit davranma ilkesinin yeterince araştırılmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹⁷.

Yargıtay'ın 2007 yılında verdiği bir başka karara ilişkin olayda, satış temsilcisi olarak görev yapan işçi işverenin tahsis ettiği araçla ve alkollü olarak trafik kazası yapmış, işçinin sürücü belgesine 6 ay süreyle el konulmuştur. Olay üzerine yerel mahkeme feshin geçerli sebebe dayandığını kabul etmekle birlikte, fesih hakkının İş K. m. 26'da yer alan 6 işgünlük süre içinde kullanılmadığından bahisle işçinin açtığı davayı kabul etmiştir. Yargıtay ise (işçinin 400 promil alkol almasına, girilmez levhası bulunan yola girerek asli kusurla kaza yapmasına, kazayı bir süre gizli tutmasına, daha önce de benzer davranışlar yapmış olmasına ve sürücü belgesine el konulmasına rağmen) iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığını vurgulamış ancak 26. maddede yer alan hak düşürücü sürenin geçerli sebeple fesihte (m.18 vd.) aranmaması gerektiğine karar vermiştir¹⁸.

Kanımızca görevi dolayısıyla araç kullanan ve sürücü belgesine el konulması halinde işçinin iş sözleşmesinden doğan işgörme bor-

cunda temerrüde düşmesi değil; borcu gereği gibi ifa etmemesinden bahsetmek daha doğru olacaktır. (BK. m.96) Zira, bu halde işgörme borcu altındaki işçi, kanundan, sözleşmeden ve iyiniyet kurallarından doğan yükümüne aykırı davranmış ve borcunu gereği gibi ifa etmemiş olmaktadır¹⁹.

Gerçekten de, görevi dolayısıyla araç kullanan işçinin sürücü belgesine el konulan halinde işçinin görevini yerine getirmekte temerrüde düştüğünden ya da ifa imkânsızlığından bahsetmek yerine; borcun gereği gibi ifa edilemeyeceğini söylemek daha doğru olacaktır. Başka bir anlatımla, bu durumdaki işçi yine ilaç tanıtımını yapabilecek, yine müşterilerin arızalı mallarını tamir edebilecek ama bunu gereği gibi; yani işverence sağlanan araçla, daha hızlı ve daha güvenli, muhtemelen işverenle kararlaştırdığı biçimde gerçekleştiremeyecek; edimini gereği gibi yerine getiremeyecektir. Bu bağlamda işçinin sürücü belgesine el konulması ifaya yardımcı yan yükümlerinin ihlali; sürücü belgesinin alınmasına yol açan sebep, trafik kazası ya da araca zarar verilmesi ise koruma yükümünün ihlali niteliğini taşıyacaktır²⁰.

Alacaklı konumundaki işveren, borca uygun olmayan ifayı kabul etmek zorunda değildir. İşveren böyle bir ifayı reddederek iş sözleşmesini feshedebileceği gibi²¹ subjektif koşullara göre ifayı kabul edip, işçiyi çalıştırmayı sürdürebilir ama bu halde dahi BK.m.96 ve BK.m.321 çerçevesinde (örneğin koruma yükünün ihlali dolayısıyla araca verilen zararın) tazmin edilmesini isteme hakkına sahip olabilecektir²².

Özetlemek gerekirse, görevi dolayısıyla araç kullanan işçinin sürücü belgesine el konulması halinde, borcun gereği gibi ifa edilemeyeceği; gereği gibi ifa edilemeyecek borcu ise işverenin red ve dolayısıyla fesih hakkının bulunduğu kabul etmek, makul bir nitelendirme olabilecektir.

Borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde işverence uygulanacak feshin türü, özellikle sonuçları bakımından önem taşır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesi borcun gereği gibi ifa edilmediği bazı halleri düzenlemiştir;

örneğin (25/II-ı) hükmünde işin güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, işverenin zarar uğratılması, (25/II-e) hükmünde işçinin doğrulukla ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması gibi haklı sebeple derhal fesih gerekçeleri düzenlenmiştir. Ancak, İş K.m.25/II hükmü, yalnızca bu düzenlemede yer alan sebeplerle sınırlı olmadığından, işçinin sürücü belgesine el konulmasına yol açan sebep ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan “benzer” bir hal olarak da nitelenebilecektir. Ancak vurgulamak gerekir ki, nispeten hafif sayılabilecek gereği gibi ifa etmeme halleri haklı fesih nedeni oluşturmayabilir. Zira Kanunda düzenlenmeyen “benzer” bir halin haklı nedenle derhal fesih hakkı tanınması için bu hal ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık taşımaları ve m.25/II'dekine benzer ağırlıkta olmalıdır. Başka bir anlatımla, derhal fesih hakkı veren “benzer” durumun ahlak ve iyiniyet kurallarına uymaması ve iş ilişkisine devamı çekilmez/ imkânsız hale getirmesi gerekir. Buna karşılık bu denli önemli olmayan gereği gibi ifa etmeme hallerinde işçinin yetersizliğinden ya da davranışlarından doğan bir süreli fesih nedeninin doğduğu kabul edilebilir²³.

Bu noktada yapılması gereken, görevi dolayısıyla araç kullanan işçinin sürücü belgesine el konulmasına yol açan sebepleri değerlendirmek ve işverenin uygulayabileceği fesih türünü saptamaya çalışmaktır. Belirtelim ki, bu aşamada da yukarıda değindiğimiz gibi, ölçülülük ilkesinden yararlanmak söz konusu olabilecektir.

a. Sürücü Belgesine Alkol ya da Uyuşturucu Sebebiyle El Konulması

4857 sayılı İş Kanunu işçinin sürücü belgesine el konulması sebebiyle iş sözleşmesinin feshini düzenlememiştir. Ancak Kanun (25/II-d) hükmüyle işçinin 84. maddeye aykırı davranışını derhal feshe yol açan haklı sebepler arasında düzenlemiştir. İş Kanunu'nun 84. maddesine göre ise, işyerine sarhoş ve uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmak yasaktır. Madde hükmünde işyerine sarhoş

olarak gelmek koşulu arandığından, aldığı içki miktarı işçinin irade ve davranışlarını, işini normal bir biçimde yürütme yeteneğini etkilemiyorsa, sadece işyeri dışında alkollü içki kullanmış olmak haklı fesih nedeninin doğumu için yeterli değildir²⁴. Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak verdiği kararların da bu yönde ve oldukça istikrarlı olduğunu söylemek mümkündür²⁵.

Buna karşılık işçinin uyuşturucu madde kullanması ya da işyerinde alkol almasında, sarhoş olma koşulu aranmaksızın derhal fesih hakkının doğduğu kabul edilmektedir²⁶. Başka bir anlatımla işyerine alkol alarak gelmek değil sarhoş gelmek; uyuşturucu madde alarak gelmek ya da işyerinde bunları (çok az bile olsa) almak, sarhoşluğa (irade kaybına) yol açmasa bile yasaktır²⁷. Ekleyelim ki, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre uyuşturucu almış olarak ya da yasal sınırı aşan miktarda (50 promilin üstünde) alkol almış kişinin sürücü belgesine bu durum ilk kez gerçekleşse bile el konulur (m.48).

Bu bağlamda, görevi sebebiyle araç kullanan işçinin sürücü belgesine alkol ya da uyuşturucu kullanımı sebebiyle el konulmasını çeşitli olasılıkları dikkate alarak değerlendirmek gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İş K.m.2/II anlamında araç işyerinden sayılır. Öte yandan işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. (İş K.m.2/III) O halde yapılması gereken işçinin aracı kullanım koşullarına bakmaktır. Eğer işçi her sabah işyerine gelip, arabayı alıp bütün gün kullandıktan sonra mesai bitiminde yine getirip işyerine teslim ediyorsa, işçi arabayı kullandığı tüm süre boyunca işyerinde ve iş organizasyonunun içindedir²⁸. Bu bağlamda işçinin bu süre içinde alkollü ya da uyuşturucu etkisinde araç kullanmak sebebiyle sürücü belgesine el konulması halinde yukarıda İş K. m.25/II-d hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır. Başka bir anlatımla, işçinin işyerine sarhoş (yasal sınırın üzerinde alkolle) gelmesi; işyeri sayılan araçta alkol kullanması ya da uyuşturucu alması işveren bakımından haklı sebep oluşturacaktır. Yargıtay da yukarıda değindiğimiz kararında aracı işyerinden

İş saatleri dışında işverence tahsis edilmiş bir araçla seyrederken, yapılan bir alkol denetiminde işçinin sürücü belgesine el konulması işverene iş sözleşmesini fesih hakkı verse de, ölçülülük ilkesi gereği bunun haklı değil, geçerli sebebe dayalı bir fesih olacağını kabul etmek yerinde olacaktır.

saymış ama farklı koşulları gerekçe göstererek, feshi geçerli sebeple yapılan fesih olarak değerlendirmiştir²⁹.

Buna karşın, eğer işçi iş saatleri dışında ve işiyle ilgili olmayan kişisel faaliyetlerinde de aracı kullanabiliyorsa, araçta bulunduğu her an onun işyerinde olduğunu kabul etmek söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla, iş saatleri dışında işverence tahsis edilmiş bir araçla seyrederken, yapılan bir alkol denetiminde işçinin sürücü belgesine el konulması işverene iş sözleşmesini fesih hakkı verse de, ölçülülük ilkesi gereği bunun haklı değil, geçerli sebebe dayalı bir fesih olacağını kabul etmek yerinde olacaktır. Gerçekten de, görevi sebebiyle araç kullanmak zorunda olan işçinin sürücü belgesine el konulması görevi gereği gibi ifa etmeme hali yaratacağından, işverenin fesih hakkının doğduğunu; ancak fiilin iş saatleri dışında gerçekleşmesi dolayısıyla ve ölçülülük ilkesi gereği bunun geçerli sebeple süreli fesih olduğunu kabul etmek kanımızca uygun olacaktır. Şüphesiz, işçinin yasal sınırların çok az üstünde alkol alması, görevi ile bağlantılı bir yemekte aldığı alkol sebebiyle sürücü belgesine el konulması, durumu amirlerine bildirmesi gibi haller orantılılık ilkesinin uygulanmasına yarayacaktır. Buna karşılık işçinin durumu gizlemesi ve sürücü belgesi olmaksızın araç kullanması, başkasının sürücü belgesini kendisininmiş gibi kullanması gibi durumlarda güven ilişkisini zedeleyen ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık halinden dahi söz edilebilecektir³⁰.

İş saatleri dışında dahi olsa uyuşturucu sebebiyle sürücü belgesine el konulan işçinin bu fiilin suç oluşturma olasılığı yüksek olduğundan, böyle bir durumda işveren iş sözleşmesini koşulları varsa İş K.m.25/III-25/IV'e göre ya da bunu geçerli bir sebep sayarak İş K. m.18 vd.'na göre süreli feshe gidebilecektir.

Kanımızca tüm bu hallerde işvereni feshin son çare olması ilkesini uygulamaya zorlamak hakkaniyete uygun olmayacaktır. Zira, iş sözleşmesi ile kararlaştırılan edimini kendi kusurlu davranışı ile ve gereği gibi ifa edemeyecek bir işçiyi başka bir işte istihdama zorlamak işverenin yönetim hakkını ciddi biçimde daraltmak anlamına gelecektir. Belirtelim ki, açıkladığımız durumlarda işverenin iş sözleşmesinin fesih hakkı doğmakta olup, işveren bu hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir. Kanımızca, işverenin iş sözleşmesini feshinde birkaç istisnai hal dışında eşit işlem borcu da olmadığından, işveren işyerinin koşullarına ve işçinin subjektif durumuna göre yönetim ve fesih hakkını kullanabilecektir.

b. Sürücü Belgesine Hız Sınırını Aşma ya da 100 Ceza Puanını Doldurma Sebebiyle El Konulması

Yukarıda da belirtildiği gibi işçi geriye doğru bir yıl içinde 5 defa hız sınırını %30'dan fazla aşarsa sürücü belgesine bir yıl süreyle el konulur (2918 s. K.m.51). Benzer şekilde, trafik ihlalinin yapıldığı tarihten geriye doğru bir yıl içinde 100 ceza puanının doldurulması halinde (işçinin) sürücü belgesine birinci defasında 2 ay, ikinci defasında ise 4 ay süreyle el konulur (2918 s.K.m.118). Görüldüğü gibi bu iki halin ikisinde de işçinin sürücü belgesine tek bir davranışı/fiili sebebiyle değil, aynı fiili birden çok gerçekleştirmesi sebebiyle el konulmaktadır. Başka bir anlatımla işçi birçok kez trafik suçu işlemesi sebebiyle sürücü belgesini yitirmektedir. Bu bağlamda, işçinin sürücü belgesine el konulmasının taraflar arasındaki ilişkiye etkisini değerlendirebilmek için, belgeye el konulmasına yol açan süreci ve somut olayları değerlendirmek gerekecektir.

Tarafların iş ya da toplu iş sözleşmesine hız ve ceza puanlarına ilişkin hükümler koy-

İşçinin sürücü belgesi olmaksızın araç kullanması, başkasının sürücü belgesini kendisininmiş gibi kullanması gibi durumlarda güven ilişkisini zedeleyen ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık halinden dahi söz edilebilecektir.

ması, sürücü belgesine el konulmadan önceki aşamalarda işçinin uyarılması ve ehliyetine el konulmasının feshe yol açabileceğinin hatırlatılmasına rağmen davranışlarını sürdürmesi; sürücü belgesine el konulan işçinin kendisine uygulanmış ceza puanlarını ya da ceza makbuzlarını gizlemesi gibi hallerde taraflar arasındaki ilişkinin ahlak ve iyiniyet kurallarını zorlayan, doğruluk ve bağlılığa uymayan bir hal aldığını söylemek mümkün olabilecektir. Özellikle süreç içinde işçiye hatırlatma veya uyarıda bulunulmuş, işçi buna rağmen trafik ihlallerini sürdürmüş ve ehliyetine el konulmasına yol açmış ise İş K.m.25/II-h hükmünün uygulanması kanımızca mümkündür. Buradaki hatırlatma işçiyi temerrüde düşürmek için değil, haklı nedenin oluşması için gereken bir unsurdur. Hatırlatma işçiyi gereği gibi ifaya yöneltecek şekilde olmalı, görevini gereği gibi yapması gerektiği yolunda bir ikaz içermeli, hatta sonucunu da kapsayacak şekilde, yani görevini gereği gibi yapmadığı takdirde sözleşmesinin haklı nedenlerle feshedebileceği de ihtar edilmelidir³¹.

Bunlara karşılık işçinin sürücü belgesine ceza puanı ya da hız ihlali sebepleriyle el konulmuş ancak süreçte işverenin bir uyarısı bulunmamış, işveren sürücü belgesine el konulmasına yol açan süreci izlememiş, kontrol etmemiş ve hatta işlerin hızlı yürümesi için işçinin hızlı araç kullanımına ya da bazı ihlallere göz yummuş veya teşvik etmişse, önceki cezalar işverence karşılanmış ise bu durumda taraflar arasındaki ilişkisinin çekilmez bir hal aldığını ve ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı bir durumun varlığını ileri sürmek mümkün olamayacaktır. Böyle bir sürecin yaşandığı hallerde, sürücü belgesine el

konulmasında işverenin etkisi/katkısına göre değerlendirme yapmak ve ölçülülük ilkesine göre sürücü belgesine el konulmasını geçerli bir fesih sebebi olarak değerlendirmek; hatta işverenin etkisinin boyutlarına göre fesih hakkının doğmadığına dahi kanaat getirmek mümkün olabilmeli; süreçte ultima ratio ilkesi de göz önüne alınmalıdır.

c. Sürücü Belgesine Asli Kusurlu Olarak Ölümle Sonuçlanan Trafik Kazasına Sebepiyet Vermek Dolayısıyla El Konulması

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre asli kusurlu olarak ölümle sonuçlanan trafik kazasına sebepiyet veren kimsenin sürücü belgesine mahkeme kararıyla ve bir yıl süreyle el konulur (m.118/son). Türk Ceza Kanununa göre, taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil birden çok kimsenin ölümüne yol açarsa cezanın üst sınırı 15 yıla çıkar (TCK. m.85).

Görevi dolayısıyla araç kullanan işçinin asli kusuruyla yaptığı trafik kazasında ölümüne sebepiyet vermesi dolayısıyla sürücü belgesine el konulursa, bu durumun iş ilişkisine olası etkisi de tartışmaya konu edilebilir. Böylesi bir durum cezai sonuçları sebebiyle hem işin yapılması hem de araç kullanılması imkânını ortadan kaldıracak ve borçlunun temerrüdüne ilişkin sonuçların uygulanması söz konusu olacaktır. Zira alt sınırı iki yıl olan bir suçu işlemesi sebebiyle sürücü belgesine el konulan işçinin işgörme borcunu gereği gibi değil, yargılama süreci ve cezanın çekilmesi süresinde yerine getiremeyeceğini söylemek mümkündür. Bu durumda ise işverenin fesih hakkının doğduğunu ve bunun haklı sebebe dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak böyle bir halde işverenin uygulayabileceği derhal feshi ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık yerine, araç işyeri sayıldığı için, İş K. m. 25/III'te yer alan zorlayıcı sebeplere ya da İş K. m. 25/IV'e dayandırmak ölçülülük ilkesinin uygulanması bakımından daha makul olacaktır. Zira böyle bir fesih, işçi işgörme borcunu yerine getiremeyeceği için gereklidir; sorunun çözümü ve

yeni bir işçi istihdamı için elverişlidir ve ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı bir durumdan çok işçinin çalışmasını engelleyen bir zorlayıcı sebep olduğu için ölçülüdür. Böylesi bir uygulama (kasıt olmaksızın) ihmalli bir davranış dolayısıyla işsiz kalan işçiye koşulları varsa kıdem tazminatı ödeneceği için hakkaniyete de uygundur. Ekleyelim ki, böyle bir durumda ultima ratio ilkesinin uygulanması söz konusu olmamalıdır.

C. İşverence Kişisel Kullanımına Araç Tahsis Edilen İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması

Uygulamada zaman zaman görüldüğü üzere bazı işletmelerde üst düzey yönetici konumundaki işçilerin kişisel kullanımları için araç tahsis edilebilmektedir. Ancak, böyle bir durumda işçiye tahsis edilen araç onun kendi aracından farksız olup, aracın işyeri ya da işle doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır³². Kendisine özel kullanımı için araç tahsis edilen işçinin sürücü belgesine el konulması kural olarak iş ilişkisini etkilemez; zira işçinin işyeri dışındaki tutum ve davranışları ilke olarak işverene fesih hakkı vermez. Ayrıca, bu halin işçinin işgörüme borcuna etkisi de söz konusu olmaz. Dolayısıyla, bu durumdaki işçinin her ne sebeple olursa olsun sürücü belgesine el konulması ilke olarak iş ya da işyeri ile bağlantılı olmayacağından, sürücü belgesine el konulması ile fesih arasında doğrudan bir ilişki kurulması mümkün olmaz. Ancak, işçinin sürücü belgesine el konulmasına yol açan sebep uyuşturucu kullanımı veya ölümlü trafik kazası gibi işçinin işgörüme borcunu yerine getirmesine imkân tanımayacak bir sebep ise, bu durum sürücü belgesine el konulmasından bağımsız olarak değerlendirilebilecektir.

D. İş Güvencesi Kapsamı Dışındaki İşçilerin Durumu

İş Kanununa göre, iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından süreli fesih yoluyla feshi için işveren herhangi bir sebep göstermek zorunda değildir. İşveren, işçinin iş söz-

leşmesini, bildirim süresine uyararak veya peşin ödeme yoluyla bir neden göstermeksizin her zaman feshedilebilir³³. Her ne kadar iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin işe iade davası açma olanağı bulunmasa da; işverenin dayandığı fesih sebebine göre farklı sonuçların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu bağlamda feshin İş K. m.25/II'ye dayandırılması halinde işçi ihbar ve kıdem tazminatlarını alamayacak ve işsizlik sigortasından yararlanamayacak; buna karşın fesih İş K. m.25/II dışında bir haklı sebebe dayanıyorsa işçi kıdem tazminatı ile birlikte işsizlik sigortasından yararlanma olanağını elde edecektir. Nihayet işveren İş.K.m.17'de yer alan süreli feshe gitmişse bu durumda işçinin kıdem ve ihbar tazminatları ile işsizlik sigortasından yararlanması mümkün olabilecektir. Bu bağlamda, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçinin sürücü belgesine el konulması sebebiyle iş sözleşmesinin feshinde özellikle haklı ve geçerli sebepler arasındaki ayırım da yukarıda ele aldığımız ilkelerle beraber ölçülülük ilkesine özel bir önem verilmelidir.

4. SONUÇ

İşçinin iş sözleşmesinden doğan işgörüme borcunun konusu araç kullanmak olabileceği gibi; işçi işgörüme borcunu yerine getirirken de araç kullanıyor olabilir. Hatta işverenin işçiye kişisel kullanımı için araç tahsis etmesi de mümkündür. Karayollarında araç kullanımının ön koşulu ise geçerli bir sürücü belgesine sahip olmaktır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve bu Kanuna bağlı mevzuat bir yaptırım türü olarak sürücü belgesine el koyma hallerini beş başlıkta düzenlenmiştir. Özetlemek gerekirse, yasal sınırların üzerinde alkollü araç kullanma, uyuşturucu etkisinde araç kullanma, hız sınırlarını birkaç kez aşma, belli bir ceza puanını aşma ve ölümlü trafik kazasına asli kusurla sebebiyet verme hallerinde sürücü belgesine el konulmaktadır.

Sürücü belgesine el konulan kimsenin işçi olması durumunda, bunun iş ilişkisine etkileri önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bir yandan farklı el koyma sebepleri, diğer yandan fark-

lı konum ve işgörme borcu altındaki işçilerin durumları, yaşanan olayın iş sözleşmesinin devamı bakımından olumsuz sonuçlara yol açmasını muhtemel kılmaktadır.

İşgörme borcunun konusu araç kullanmak olan bir işçinin sürücü belgesine el konulması onun artık üstlendiği işi yerine getirmesi olanağını ortadan kaldırdığından kanımızca işçinin/borçlunun temerrüdü söz konusu olmakta ve bu durum işverene haklı sebeple derhal fesih olanağı tanımaktadır. Ancak, el koymaya yol açan sebebe göre bunun İş K. m.25/II ya da 25/III'e dayalı bir fesih olarak kabul edilmesi mümkündür.

İşgörme borcunun konusu olan işi yerine getirirken araç kullanan işçilerin sürücü belgesine el konulması halinde ise işçinin temerrüdünden çok, işgörme borcunun gereği gibi ifa edilmemesi düşünülebilecek; gereği gibi ifa etmemeye ilişkin genel hükümler dışında işverenin fesih hakkının bulunduğu kabul edilebilecektir. Ancak bu hal işçinin asıl işini yapmasını öncekiler düzeyinde engellemeyeceğinden, ölçülülük ilkesi ile ultima ratio ilkesi gereği, sürücü belgesine el konulmasına yol açan sebebi de göz önüne alarak, bunun haklı ya da geçerli sebeple gidilebilecek bir fesih olabileceği; hatta bazı hallerde işverenin fesih hakkının doğmadığı dahi düşünülebilecektir.

Eğer araç işçiye işverence ve iş ile bağlı olmaksızın, kişisel kullanım için verilmiş ise; böyle bir durumda işçinin sürücü belgesine el konulması ilke olarak işverene fesih yetkisi vermeyecektir.

İşletmelerin iş örgütlenmesinde işçilerine araç tahsis etme uygulamaları arttıkça incelediğimiz konuya ilişkin uyuşmazlıkların sayısı da artmaktadır. Gelişmeler bu yönde bir artış olduğunu göstermektedir. Bir yandan konunun 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemiş olması, diğer yandan (sadece alkollü araç kullanımına ilişkin) az sayıda yargı kararının bulunması, konuya ilişkin incelememizi genel ilkeler ve kişisel değerlendirmelerimiz temelinde oturtmuştur. Bu bağlamda farklı düşüncelerin ve farklı yaklaşımların uygulama ve doktrinin gelişmesine katkısı olacağına saygı

duyduğumuzu belirtmek isteriz.

DİPNOTLAR

- 1 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sefa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.21, İstanbul, 2010, s. 59-60.
- 2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper SÜZEK, İş Hukuku, B.4, İstanbul, 2008, s. 418.
- 3 Konuyla ilgili sayılabilecek bir karar için bkz. Yarg. 9.H.D, T. 25.09.2001, E. 2001/10389, K. 2001/14810 (Kazancı Bilgi Bankası: <http://www.kazanci.com>); aynı yönde bir karar için bkz. Yarg. 9. H.D. T. 11.02.2004, E. 2003/12297 K. 2004/1946 (<http://www.kazanci.com>).
- 4 R.G.T. 18.10.1983, S.18195.
- 5 R.G.T. 18.07.1997, S.23053.
- 6 Eren'e göre bu durumda subjektif imkânsızlık yerine borçlunun güçsüzlüğü kavramını kullanmak daha isabetli olacaktır. Bu durumda güçsüzlük borçlunun kişisel durumundan ileri gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III, Ankara, 1990, s. 202-205; ayrıca bkz. M. Kemal OĞUZMAN, Borçlar Hukuku Dersleri, B.4, İstanbul, 1987, s. 247 vd; REİSOĞLU, s. 354 vd.
- 7 Ayrıntılı bilgi için bkz. Bektaş KAR; "Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesiyle Uygulanması", SİCİL, Eylül 2009, s.60-61.
- 8 Yarg. 9. H.D., T. 09.07.2002, E. 2002/5156, K. 2002/11821 (Ercan AKYİĞİT, İş Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, C.1 İstanbul, 2003, s. 657-658).
- 9 Yarg. 9. H.D., T. 05.06.2008, E. 2007/13670, K. 2008/14250. (Bkz. Aşağıda Tefvik BAYHAN'ın incelemesi).
- 10 Tefvik BAYHAN, "Ehliyetine El Konulan İşçi Tazminatsız Olarak İşten Çıkarılabilir Mi?", Yaklaşım, s. 201, Eylül 2009, s. 202-205.
- 11 Aksi görüş için bkz. Mustafa ALP, "Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi", Legal YKİ Dergisi, Mayıs 2007, s.70.
- 12 KAR, s. 61.
- 13 Bkz. Kenan TUNÇOMAĞ - Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, B.3, İstanbul 2003, s. 136; Ercan GÜVEN-Ufuk AYDIN, Bireysel İş Hukuku, B.2, Eskişehir, 2007, s. 136; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, B.3, Ankara, 2008, s. 536-539.
- 14 Bkz. SÜZEK, s. 423 vd.
- 15 EREN, s.291; REİSOĞLU, s. 376-377.
- 16 Yarg. 9. H.D. T. 09.10.2006, E. 2006/18364, K. 2006/26051 (Legal İSGH Dergisi, S.13, s.313-314).
- 17 Ayrıntılı inceleme ve eleştiri için bkz. ALP, s.49-74; ayrıca bkz. Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, B.21, İstanbul, 2008, s.219, dn.206.
- 18 Yarg. 9. H.D., T. 08.10.2007, E. 2007/11916, K. 2007/29310 (Karar MESS Hukuk Müşavirliğinden elde edilmiştir.).
- 19 Bkz. EREN, s. 211 vd; REİSOĞLU, s. 337 vd; OĞUZMAN,

- s. 264-265.
- 20 Bkz. EREN, s. 216-217.
- 21 Bkz. ve Karş. ALP, s. 71. Yazara göre böyle bir durumda işçi kendisi araç sağlayabilir ya da bir yakını onun yerine araç kullanabilir; hatta işçi araç kullanmasını gerektirmeyen bir işe dahi geçirilebilir. Kanımızca, iş ilişkisinin devamı için bu denli zorlamaya girişmek ultima ratio ilkesinin amacını aşan bir yorum niteliği taşımaktadır.
- 22 OĞUZMAN, s. 264; REİSOĞLU, s. 338; SÜZEK, s. 300.
- 23 SÜZEK, s. 300-301.
- 24 SÜZEK, s. 639; ÇELİK, s. 259; A. Nizamettin AKTAY-Kadir ARICI-E. Tuncay KAPLAN, İş Hukuku, B.2, Ankara, 2007, s. 207; Öner EYRENCİ-Savaş TAŞKENT-Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, B.3, İstanbul, 2006, s. 189; TUNÇOMAĞ-CENTEL, s. 208-209; yabancı ülke uygulamaları ile ilgili kapsamlı bir inceleme için bkz. Ufuk AYDIN, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2002, s. 117-124; A. Nazım SÖZER, İş Hukukunda İçkiye Düşkünlük, Sarhoşluk ve Kusur, TÛTİS Dergisi, Sayı VIII-1, Ocak, 1984 s. 16 vd.
- 25 Örneğin bkz. Yarg. 9. H.D. T. 27.06.1978, E. 1978/6424, K. 978/1324, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 1979, s. 9; Yarg. 9. H.D. T. 11.04.2005, E. 2005/8257, K.2005/12834, Çalışma ve Toplum, 2005/3, s. 275-276; Yarg. 9. H.D., T. 12.12.2005, E. 2005/36147, K. 2005/39144, Çalışma ve Toplum, 2006/2, s. 9, s. 199-200.
- 26 SÜZEK, s. 640; ÇELİK, s. 258-259.
- 27 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 626.
- 28 ALP, s. 66.
- 29 Bkz. Yukarıda Yarg. 9. H.D. T. 09.10.2006, E. 2006/18364, K. 2006/26051 sayılı Karar.
- 30 Benzer yönde bir karar için bkz. Yarg. 9. H.D. T. 09.07.2002, E. 2002/5156, K. 2006/11821 (AKYİĞİT, s. 657-658).
- 31 TUNÇOMAĞ-CENTEL, s. 212; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 635.
- 32 Bkz. ALP, s. 68.
- 33 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 689-690; ÇELİK, s. 202 vd.

KAYNAKÇA

- AKTAY A. Nizamettin-ARICI Kadir-KAPLAN E. Tuncay, İş Hukuku, B.2, Ankara, 2007.
- AKYİĞİT Ercan, İş Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, C.1 İstanbul, 2003.
- ALP Mustafa, "Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi", Legal YKİ Dergisi, Mayıs 2007.
- AYDIN Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2002.
- BAYHAN Tevfik, "Ehliyetine El Konulan İşçi Tazminatsız Olarak İşten Çıkarılabilir Mi?", Yaklaşım, S.201, Eylül 2009.
- ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, B.21, İstanbul, 2008.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III, Ankara, 1990.
- EYRENCİ Öner-TAŞKENT Savaş-ULUCAN Devrim, Bireysel

İş Hukuku, B.3, İstanbul, 2006.

- GÜVEN Ercan-AYDIN Ufuk, Bireysel İş Hukuku, B.2, Eskişehir, 2007.
- KAR Bektaş; "Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesiyle Uygulanması", SİCİL, Eylül 2009.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, B.3, Ankara, 2008.
- OĞUZMAN M.Kemal, Borçlar Hukuku Dersleri, B.4, İstanbul, 1987.
- REİSOĞLU Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.21, İstanbul, 2010.
- SÖZER A. Nazım, İş Hukukunda İçkiye Düşkünlük, Sarhoşluk ve Kusur, TÛTİS Dergisi, Sayı VIII-1, Ocak, 1984.
- SÜZEK Sarper, İş Hukuku, B.4, İstanbul, 2008.
- TUNÇOMAĞ Kenan-CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, B.3, İstanbul 2003. (<http://www.kazanci.com>)

Madalena GONÇALVES

Portekiz Ulusal Metalurji ve Elektromekanik İşletmeler Birliği (ANEMM)
Hukuk Bölümü Direktörü

Portekiz’de Güvenceli Esneklik

1. GİRİŞ

OECD esnekliği; “Ekonomik gerçeklere göre, istihdam güvencesine uyarlanan işletme kapasitesi” olarak tanımlamaktadır.

Esnekliğin Yararları

Sayısal Esneklik

- İşe alma ve işten çıkarma
- Sözleşme türleri
- Çalışma süresinin devamlılığı
- Çalışma süresinin esnekliği
- İşletmedeki faaliyetin azaltılması ve geçici olarak tatil edilmesi

İşlevsel Esneklik

- Çok işlevli yeterlilikler
- Görevlerde ve işlerde çeşitlilik
- İşlerin rotasyonu
- Eğitime erişim
- Organizasyona katılım ve yenilikçilik

Esnekliğin Boyutları

Dışsal ve Sayısal

- İşten çıkarma ve işe alma

İçsel ve Sayısal

- Çalışma süresinin esnekliği
- Fazla çalışma
- Kısmi süreli çalışma

İçsel ve Fonksiyonel

- Ortak işveren imkânı
- İşin esnek organizasyonu

Ücret Esnekliği

- Bireysel performansa bağlı olarak ücretin belirlenebilmesi

2. PORTEKİZ İŞ KANUNU’NDAKİ ESNEKLİĞE İLİŞKİN ÖRNEKLER (12 Şubat tarihli 7/2009 sayılı Kanun)

- Ortak işveren imkânı
- Belirli süreli sözleşmeler
- İşlevsel hareketlilik
- Coğrafi hareketlilik
- Ücret esnekliği
- Çalışma süresinin uyarlanabilmesi
- Fazla çalışma
- Çalışma süresine ilişkin istisnalar

Ortak İşveren İmkânı

Aralarında bir ilişki olan (örneğin aynı gruba ait şirketlerde) birden fazla işverene tabi çalışılması halinde, iş sözleşmesinin bazı kurallara uygun olması gerekir.

İş Sözleşmeleri

Süresiz, belirli süreli veya belirsiz süreli olarak yapılabilmektedir. Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerinin yapılması için yasal bir gerekçeye ihtiyaç vardır.

İşlevsel Hareketlilik

Eğer işçi gerekli niteliklere sahipse ve mesleki olarak engel teşkil etmiyorsa, işçinin sadece çalıştığı bölümde değil, işiyle bağlantılı olan başka bir görevde de geçici olarak çalıştırılabilir.

İşveren, eğer işçinin konumunda esaslı bir değişikliğe yol açmıyorsa, işçilere geçici olarak farklı bir iş verebilir.

Mesleki Eğitim

İşverenler süresiz iş sözleşmesiyle çalışanlarının her birine veya en az %10'una (eğitim almayan çalışanlara bu eğitim takip eden yılda verilebilir) yılda 35 saat mesleki eğitim vermek zorundadır.

Altı aydan daha uzun belirli süreli iş sözleşmeleri de, sözleşme süresine bağlı olarak, işçilere bir eğitim süreci hakkı vermektedir.

Yaşam boyu eğitim konusunda Portekiz'in önemli bir geleneği yoktur ve işlevsel hareketlilik konusunda işçilerin fırsatlarını geliştirmek için eğitime büyük ihtiyaç duyulmaktadır.

Coğrafi Hareketlilik

İşçiler, görevlerine bağlı olan veya eğitimlerinin gerektirdiği yer değişikliklerine uymak zorundadırlar. Bu, işverene geçici veya nihai yer değişikliği imkânı verir. Ancak bu değişiklik işçiye ciddi zararlar vermemelidir ve işveren artan masrafları karşılamalıdır.

Coğrafi Esneklik

Bireysel performansa bağlı olarak ücretleri

belirli bir prim veya ikramiye ödeyerek belirlemek mümkündür.

Çalışma Sürelerinin Uyarlanabilmesi

Toplu iş sözleşmeleri veya işçinin onayıyla, oniki aya kadar bir dönem için ortalama çalışma süresinin düzenlenmesi imkânı vardır. Çalışma süresinin günlük 10-12 saati, haftalık 50-60 saati ve iki aylık bir dönemde haftada ortalama 50 saat aşmamak kaydıyla belirlenmesi mümkündür.

Fazla Çalışma

Fazla çalışmalar, günde iki saat ve yılda 50 işçi veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde 150 veya 175 saatle sınırlandırılmıştır.

Çalışma süresine ilişkin istisnalar

Toplam - Çalışma süresine ilişkin azami dönemler olmaksızın,

Kısmi - Günlük veya haftalık belirli sürelerle kadar,

Esneklik - Mutabakata varılan çalışma süreleri içinde.

3. PORTEKİZ İŞ KANUNU'NDA İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN ÖRNEKLER

Portekiz'de iş sözleşmesi dönemsel sözleşmelerde sürenin bitimi, tarafların anlaşması, fesh ve önceden bildirim ile sona erebilir.

İşveren tarafından sözleşmenin sona erdirilmesi halinde; bireysel işten çıkarma her zaman geçerli bir sebep ve disiplin süreci ile yapılır. Toplu işten çıkarmalar ve işin sona ermesi, resmi ve karmaşık bir prosedüre tabidir.

4. ESNEKLİĞE İLİŞKİN FARKLI BAKIŞ AÇILARI

İşverenlerin Görüşleri:

- Çalışma süresinin devamlılığı ve organizasyonuna ilişkin daha fazla esneklik (Örneğin azami çalışma süresinin ortalamasının 12 ay üzerinden belirlenmesine ilişkin yeni modeller),
- Devam eden bir süreçte çalışma süresinin yoğunlaştırılmasına imkan verilmesi,

- Hafta tatili günlerinin Cumartesi ve Pazar günlerinden diğer günlere kaydırılması,
- Deneme süresinin 90 günden 180 güne uzatılması,
- Halen normal çalışma süresinin %75'i veya daha altında yapılan çalışma olarak kabul edilen kısmi süreli çalışma modelinin yeniden düzenlenmesi. İşverenler tam süreli çalışmadan daha az olan tüm çalışma hallerinin kısmi süreli çalışma olarak kabul edilmesini istemektedirler.
- Bireysel işten çıkarmalarla ilgili daha fazla esneklik.

İşçi Sendikalarının Görüşleri:

- İş Kanunu yeterli, hatta gereğinden fazla esnekliğe sahiptir.
- Çalışma sürelerinin uyarlanması, ücret ödenmeyen bir fazla çalışma şeklidir.
- Çalışma sürelerine ilişkin daha fazla esneklik, işçilerin boş vakitlerini olumsuz yönde etkilemektedir.
- İşten çıkarmalarda daha fazla esneklik, işsizliğin artmasına neden olacaktır.
- İşçilerin çoğunluğu, yeni veya farklı bir iş bulabilecek eğitime sahip değildirler.
- Bir işten diğerine geçerken işsizler için neredeyse hiç destek yoktur ve 35 yaşın üzerindeki için iş bulmak çok zordur.

Devletin Görüşü:

- Güvenceli esneklik = Güvencedeki esneklik.
- İşçilerin gelirlerine ilişkin herhangi bir güvence yoktur.
- İşsizlerin desteklenmesine yönelik kaynaklar yeterli değildir.
- İşçi yeni iş bulmadan önce, sağlanan destek sona ermektedir.
- Portekizli işçiler teorik olarak Danimarkalı işçilere yakın olacaktır, ama fiiliyatta Hintli işçilere yakındırlar.

5. ESNEKLİK VE GÜVENCE ARASINDAKİ DENGE

- İş Kanunu içsel ve sayısal, işlevsel ve ücret esnekliğine ilişkin bazı düzenlemeleri içermekte ise de, dışsal ve sayısal esnekliğe ilişkin düzenlemeler azdır.

- Genel olarak, esnekliğin derecesi Avrupa Birliği'ndeki düzeyin altındadır.

- Süresiz sözleşmeyle çalışanların bireysel işten çıkarılmalarındaki koruma çok yüksektir.

- İstihdamın korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerin katılığı. AB 15 içinde en yüksek katılık oranına Portekiz sahiptir. AB 15 ortalamasında bu değer 1,5 olarak gösterilmektedir¹.

Esneklik her platformda tartışılmaktadır ancak Portekiz'in sahip olduğu gibi ekonomik ve sosyal sorunları olan bir ülkede, işçilerin kafasında esnekliğin derinliği ve etkileri ile ilgili pek çok şüphe vardır. Çünkü esneklik yeni bir model olup, bununla ilgili ikazlar vardır. İşçilerin bir kısmı genel olarak işverenlerden çekinmekte ve devletin görüşlerine çok fazla güven duymamaktadırlar. Bazıları Portekiz'in birinci dünya ülkesi esnekliği istediğini, ama üçüncü dünya ülkesi güvencesine sahip olduğunu ifade etmektedir.

DİPNOT

- 1 Endüstri İlişkileri Hakkında Yeşil Kitap 2006.

Vahap ÜNLÜ

MESS Müşavir Avukatı

İşe Alımda Cinsiyet Ayrımcılığı

DÜSSELDORF EYALET İŞ MAHKEMESİ¹

Karar Tarihi : 12.11.2008

Karar Sayısı : 12 Sa 1102/08

Özet

Kadın istihdamının özellikle düşük olduğu alanlarda, kadın istihdamının artırılmasına yönelik olarak, özellikle kadınların iş alımında tercih edileceği yönünde bir ifadeye iş ilanlarında yer verilmesi, Genel Ayrımcılığın Önlenmesine ilişkin Kanunun hükümlerinin ihlali anlamına gelmemektedir. Bu nedenle Kuzey Ren Westfalya Eyaleti Eşit Davranma Eyalet Kanununda yer alan hüküm erkeklere yönelik ayrımcılık yapıldığı anlamına gelmemektedir.

Olay

Davacı Kuzey Ren Westfalya Eyaletinde bir kamu kuruluşunda açık bulunan bir iş

ile ilgili yapılan ilan üzerine işe alınması için kamu kurumuna başvurmuştur. Ancak verilen ilanda açık bir biçimde kadınların istihdamına öncelik verileceği yönünde bir ibareye yer verilmiştir. Gerekçe olarak ise, işe alınacak birimde kadınların azınlıkta olduğu gösterilmiştir. Eyalet Yasasındaki hükme göre, verilen ilanlarda böyle bir durumun varlığı halinde açıkça kadın istihdamının teşvik edileceği ve kadınlardan gelecek başvurulara aynı vasıfta olmaları halinde öncelik tanınacağı belirtilmesi gerekmektedir.

Davacı, açık olan işe başvurusunu yapmış ancak işe kabul edilmemiş, işe bir kadın alınmıştır. Davacı açmış olduğu davası ile davalıdan 24 aylık ücret tutarına denk gelecek bir tazminatın kendisine ödenmesini talep etmiştir. Kendisi ilanda açıkça kadınlara öncelik tanınacağı ifade edilmesinin iş başvurularının değerlendirilmesinde ayrımcılık yapılacağı anlamına geldiğini iddia etmiştir. İş Mahkemesi davayı kısmen kabul etmiştir.

Davalının temyiz başvurusu üzerine Eyalet İş Mahkemesi kararın bozulmasına yönelik hüküm vermiştir. Davanın Federal İş Mahkemesi nezdinde temyiz edilmesi yolu açık tutulmuştur.

Gereke

Davacının, yasalarda hüküm altına alınmış olan ayrımcılığın önlenmesine ilişkin ilkenin ihlal edildiği gerekçesiyle davalıdan maddi ya da manevi tazminat talep etmesi yerinde değildir. İş ilanı esas itibarıyla cinsiyet ayrımı gözetilmeden yapılmıştır.

Kadın istihdamının teşvik edilmesi amacıyla

ilanda özel bir ibareye ver verilmiş olunması, ayrımcılık yapıldığı anlamına gelmemektedir. İlanı çıkan Kurum Eyalet Yasasının 8.maddesinin 4.fıkrası uyarınca ifade edildiği biçimde bir hükme yer vermek ile yükümlü tutulmaktadır. Bunun ile birlikte bu yönde bir yasal hükmün varlığı Genel Anlamda Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Kanun hükümlerinin ihlali anlamına da gelmemektedir. Bir alanda kadınların erkeklere oranla daha az istihdam edilmiş olması nedeniyle işe alınacaklar arasında kadınlara öncelik tanınıyor olunması doğrudan erkeklere yönelik bir ayrımcılığın getirildiği anlamına gelmemektedir.

1. Karara Konu Olay

Kamu kuruluşunda açık bulunan bir iş için yapılan ilanda, kadın istihdamının teşvik edileceği, bu anlamda başvuracakların aynı vasıfta olmaları halinde kadınlardan gelecek başvurulara öncelik tanınacağı belirtilmiş ve bunun gerekçesi olarak, işe alınacak birimde kadınların azınlıkta olması gösterilmiştir. İlgili eyalet yasasındaki hüküm uyarınca, kadınların azınlıkta olduğu bir alanda yapılacak istihdamda, kadın istihdamının teşvik edilmesi, bu anlamda kadınlardan gelecek başvurulara, aynı vasıfta olmaları halinde, öncelik tanınması ve bu hususun ilanda belirtilmesi gerekmektedir.

İşe bir kadın alınmıştır. Başvuru yapan fakat işe alınmayan bir erkek, söz konusu ilanda açıkça kadınlara öncelik tanınacağını ifade edilmesinin, iş başvurularının değerlendirilmesinde ayrımcılık yapılacağı anlamına geldiğini belirterek dava açmış ve 24 aylık ücret tutarında bir tazminatın kendisine ödenmesini talep etmiştir.

Dava iş mahkemesinde kısmen kabul edilmiş ancak davalının temyiz başvurusu üzerine Eyalet İş Mahkemesi kararı bu durumun ayrımcılığın önlenmesine ilişkin ilkeyi ihlal etmediği gerekçesi ile bozmuştur. Eyalet İş Mahkemesi, ilana çıkan kurumun Eyalet Yasasının ilgili hükmü gereğince ilanda bu ifadelere yer vermekle yükümlü tutulduğunu, Eyalet Yasasındaki bu

hükmün Genel Anlamda Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Kanun hükümlerinin ihlali anlamına gelmediğini ve bir alanda kadınların erkeklere oranla daha az istihdam edilmiş olması nedeniyle işe alınacaklar arasında kadınlara öncelik tanınmasının doğrudan erkeklere yönelik bir ayrımcılık sayılmayacağını tespit etmiştir.

İncelememizde, iş hukukumuz açısından iş ilişkisinin kurulması aşamasında cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ele alınacaktır.

2. İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı

2.1. Hukuki Temel ve Yasal Dayanaklar

Eşitlik ilkesinin dayandığı hukuki temel konusunda öğretilerde pek çok fikir ileri sürülmüştür. Bu görüşler, eşitlik ilkesinin temelinde adalet kavramının, işverenin işçiyi gözetme borcunun, ahlak kuralının, dürüstlük kurallarının, hakkaniyet esasının ve anayasadaki eşitlik ilkesinin yer aldığını savunmaktadır².

Eşit davranma ilkesi (borcu), hukukun her alanında gözetilmesi gereken "eşitlik ilkesi"nin iş hukukunda dile gelişi³. Görünürde basit olmakla birlikte gerçekte önemli hukuksal güçlükler ortaya çıkaran bu ilke şekli anlamda, kişiler arasındaki farkları dikkate almayı yasaklamaya yönelik iken maddi anlamda, tam tersine bu fiili eşitsizliklere farklı durumlara uygun

Ayırım yasağına ilişkin kurallar, kişileri bazı özellikleri ve tercihleri nedeniyle olumsuz davranışların muhatabı olmaya veya bazı menfaatlerden yoksun bırakılmaya karşı koruyan normlardır.

kurallar koyarak mücadele etmeye yöneliktir. İş hukukunda bu ilke, “eşit davranma borcu” adı altında daha ziyade işverenin işçileri arasında ayırım yapmaması şeklinde bir borç olarak somutlaşır. İşçiler arasında ayırım yapma yasağı ve onun zorunlu mantıksal bir sonucu olarak eşit davranma, iş hukukunun esasını teşkil ederler.⁴

İşverenin eşit işlem borcu hukukumuzda Anayasa'nın 10. maddesi ile hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralı temeline yerleştirilmiş, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi ile eşitlik ilkesi iş hukukunda başka bir pozitif kaynağa kavuşmuştur⁵. Anayasa'nın 10. maddesinde “kanun önünde eşitlik” başlığı altında eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” Öğretide de belirtildiği üzere bu madde, hem hükümde belirtilen nedenlere dayalı olarak “ayırım yapmama yasağını” hem de bunun dışında kalan hallerde “genel anlamda eşit davranma borcunu” düzenlemektedir. Ayırım yasağının konusunu oluşturan nedenler, kişinin insan olmasından kaynaklanan ve değiştiremeyeceği cinsiyeti, rengi, ırkı gibi ya da değiştirmesi beklenemeyecek ve istenemeyecek siyasal görüşü, felsefi inancı, dini gibi nedenlerdir. Ayırım yasağına ilişkin kurallar, kişileri bazı özellikleri ve tercihleri nedeniyle olumsuz davranışların muhatabı olmaya veya bazı menfaatlerden yoksun bırakılmaya karşı koruyan normlardır. Buna karşılık genel anlamda eşit davranma borcu, aynı veya benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutul-

maması, haklı ve objektif nedenler olmadıkça kişiler arasında ayırım yapılmaması ve kişilere ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaması biçiminde tanımlanabilir⁶.

4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte eşit davranma ilkesi, mevcut anayasal dayanağın yanında özel bir yasal dayanağa daha kavuşmuştur. İş Kanunu'nun “Eşit Davranma ilkesi” başlıklı 5. maddesinde işverenin eşit işlem yapma borcu şu şekilde düzenlenmiştir:

“Madde 5- İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

İş Kanunu'nun 5. maddesi “Eşit davranma ilkesi” başlığını taşımakla birlikte, aslında ayırım yasaklarını düzenleyen bir maddedir. Bu aşamada işverenin eşit davranma (ilkesi) borcunun içeriğinin, konumuzla ilgili kısmına kısaca değinmek yerinde olacaktır. İş hukukundaki eşitlik

ilkesinin hem işverenin belli nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapma yasağını, hem de genel olarak aynı veya benzer durumda bulunan işçilere eşit şekilde davranma yükümlülüğü getiren çift yönlü bir ilke olması nedeniyle, işverenin eşit davranma borcunun iki yönü bulunmaktadır⁷. Bunlardan birincisi ayrımcılık yasağına ilişkindir. Ayrımcılık yasağı normları yukarıda da ifade edildiği üzere, kişileri bazı özellikleri (ırk, cinsiyet, renk, gibi) nedeniyle olumsuz davranışların muhatabı olmaktan yahut bir takım menfaatlerden mahrum bırakılmaya karşı koruyan normlardır. Diğerisi ise, aynı veya benzer durumda bulunan işçilere eşit davranmayı ifade eden “eşit işlem yapma borcu” veya “dar anlamda eşit davranma borcu” olarak adlandırılacak, işverenin genel anlamda işçileri arasında eşit davranma yükümlülüğüdür. Ayrımcılık yasakları temelde, temel hak ve özgürlüklerle ilişkili iken, dar anlamda eşit davranma borcu daha çok işverenin yönetim hakkı ile ilişkilidir⁸. Öğretide de belirtildiği üzere bu ayırım, hem teorik hem de uygulamada yaratacağı sonuçlar açısından önemlidir, zira ayrımcılık yasağı iş ilişkisinin kurulması aşamasından başlayarak bütün aşamalarda geçerli iken, eşit işlem yapma borcu ancak işçi ve işveren arasında iş ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan bir borçtur⁹.

2.2. Eşit Davranma Borcunun Nispiliği

Eşit davranma borcu, nispi, göreceli nitelikte bir işveren borcudur. Bu borç, işverenin tüm işçilerine mutlak bir biçimde eşit davranacağı anlamına gelmemektedir. Bu borç, aynı nitelikteki veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusudur. İşveren, gerek işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere gerekse de çalışkanlık, yetenek, liyakat gibi sübjektif (haklı) nedenlere dayanarak farklı işlem yapabilir.

Mutlak anlamda eşit davranma borcu, çoğunlukla şekli eşitlik anlamında ayırım yapmama yükümlülüğü bakımından söz konusu olmaktadır. Bu anlamda, ırk, etnik köken, cinsiyet, cinsel eğilim, dini ve felsefi inanç, siyasal düşünce gibi nedenlerle işverenin ayırım yapmama yükümlülüğü mutlaktır. Bu itibarla örneğin, farklı ırk, etnik köken, cins, cinsel eğilim, dinden iş-

çiler arasında işe almadan iş ilişkisinin devamı ve sona ermesine kadar tüm konularda salt bu nedenlerle ayırım yapmamak, eşit davranmak zorundadır. Bununla birlikte kanunun, cinsiyet, uyrukluk bakımından öngördüğü kurallara göre işverenin davranmasının, eşit davranma borcuna aykırılık olarak ileri sürülmesi mümkün değildir. Kanuni yükümlülüklerin gereği olarak işverenin farklı davranması, eşit davranma borcunun dışında kalır¹⁰.

Yargıtay’a göre de, “Anayasanın 10. maddesi nispi eşitlik ilkesini esas almıştır. Başka bir anlamıyla eşitler arası eşitlik kabul edilmiştir. Nesnel nedenler varsa eşit işlem borcu uygulanmaz... işçinin objektif, sübjektif nitelikleri, çalıştığı pozisyon, yapılan görev, meslekte kıdem gibi nesnel nedenler var ise eşit işlem borcundan söz edilemez”¹¹

İşveren ölçülülük (orantılılık) ilkesi uyarınca ayırım gözetmede haklı bir amaç izlenmişse, yani bu davranışını haklılaştırabilir ve yapılan ayırım izlenen bu haklı amaçla orantılı ise, eşit davranma borcu ve ayırım yapma yasağı ihlal edilmiş olmayacaktır¹².

3. İşe Almada Ayırım Yasağı

İş hukuku öğretisinin bir bölümüne göre, gerek Anayasa’da güvence altına alınmış olan girişim ve sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak, gerekse de eşit davranma borcunun ortaya çıkabilmesi için kural olarak işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişkinin bulunması gerekliliği nedeniyle, işverenin işe alma sırasında eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı ifade edilmişse de, bu açıklamaları eşit işlem yapma borcu açısından geçerli kabul etmek gerekmektedir¹³.

Bunun yanı sıra, her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinin 1. fıkrasında “iş ilişkisinde” ayırım yapılamayacağı ifade edilmiş ve 6. fıkrasında da “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” denilmek suretiyle, hükümde ayrımcılık için öngörülen yaptırımın iş ilişkisinin doğumundan sonra uygulanacak bir yaptırım olduğunun hükme bağlanmış olması, işverenin işe almada ayırım yapma yasağının bulunmadığı yönünde bir şüphe yaratsa da, iş mevzuatımızda bazı alanlarda işverenin işe almada ayırım yasağını açıkça düzenleyen kurallar yer

almıştır¹⁴. Bunun yanı sıra, öğretide ayrımcılık yasaklarının temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkisi dikkate alındığında, işe alımlarda da kanunda belirtilen nedenlere dayalı olarak ayırım yapılmasının yasak olduğu ve bunun aynı zamanda Anayasa'nın 10. maddesinin de bir gereği olduğu, ifade edilmiştir.¹⁵

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, iş ilişkisinin kurulmasında cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık yasaklanmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca; “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.”

Benzer bir hüküm 5378 sayılı Özürlüler Hakkında Kanun'un 14. maddesinde yer almakta olup, anılan madde uyarınca “İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürlülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.”

İşe alma aşamasında ayrımcılığın yasaklandığı bir diğer durum ise 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi olup, söz konusu madde uyarınca; “İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz.”

Mevzuatımızda işe alınmada ayrımcılık yasasına ilişkin bir diğer düzenleme de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde yer almaktadır. Anılan maddede işe almada ayrımcılık yapılması suç olarak düzenmiş olup, buna göre; “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan...kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

Öğretide, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, Kanunun 122.

maddesi nedeniyle, hukukumuzda işe almada ayırım yapma yasağının bulunmadığını savunmanın olanaksız hale geldiği ifade edilmiştir¹⁶.

Bu çerçevede, işe alma aşamasında ayrımcılık, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde cinsiyet ve gebelik, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde sendikal nedenler, 5378 sayılı Özürlüler Kanunu'nun 14. maddesinde özürlülük durumu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler nedeniyle açıkça yasaklanmıştır.

4. İş Kanunu Çerçevesinde İşe Girişte Cinsiyet Ayrımı

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle, doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamaz. Kanun, işverene, cinsiyete dayalı olarak yapılabilecek ayırımı ancak “işin niteliğine ilişkin nedenlere” ve “biyolojik sebeplere” bağlamış olup, bu iki durumundan birinin zorunlu kılması halinde işveren cinsiyete dayalı olarak farklı işlem yapabilecek ve bu işlem ayırım yasağını ihlal etmiş sayılmayacaktır.

Öğretide, Avrupa Adalet Divanı'nın cinsiyet ayırımı yasağını sadece iki cinsten birine mensup olmaktan kaynaklanan ayrımlarla sınırlı olarak yorumlamadığı, cinsiyet değiştirmeden kaynaklanan ayrımları da bu kavram içinde değerlendirdiği göz önünde bulundurularak, İş Kanunu'nda yer alan cinsiyet ayırımı yasağının salt iki cinsi değil, cinsiyet değiştirenler ile cinsel eğilimleri farklı olanları da içereceği, isabetle ifade edilmiştir¹⁷.

İş Kanunu'nda, her ne kadar cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık “doğrudan” ve “dolaylı” açıdan yasaklanmışsa da, bu kavramlar tanımlanmamıştır. Öğretide, bu kavramların Avrupa Birliği'nin ayrımcılığın önlenmesine ilişkin direktiflerinde yer alan tanımlar göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiği, buna göre; bir işçi, yasaklanan örneğin ırk, cinsiyet, dil gibi bir ayrımcılık nedeninden dolayı

başka bir işçinin muhatap olduğu veya olacağı davranışa göre daha olumsuz, daha az lehe bir davranışa muhatap kalıyorsa doğrudan ayrımcılığın söz konusu olacağı, görünüşte yasaklanan ayrımcılık nedenleri ile bir ilgisi bulunmamakla beraber işveren kararının, davranışının veya işleminin bir cinse mensup kişileri diğer bir cinse mensup kişilere göre özel olumsuz bir duruma sokması, olumsuz bir biçimde etkilemesi ve bu ayrımcılık teşkil eden ölçüt, karar veya davranışın hukuken meşru kabul edilecek bir nedenle de haklılaştırılmaması halinde ise dolaylı ayrımcılığın söz konusu olacağı ifade edilmiştir¹⁸. Bu anlamda, bir kişinin cinsiyeti sebebiyle işe alınmaması doğrudan ayrımcılık teşkil ederken, işe alımda belli bir boy ortalamasının öngörülmesi halinde, bunun cinsiyetle görünürde bir ilgisinin bulunmamasına rağmen, bu boy şartını kadınların sağlama oranı erkeklere göre esaslı bir biçimde az ise, boy şartının kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılığın göstergesi olabileceği ifade edilmiştir¹⁹.

Öğretide de belirtildiği üzere, işe alımda cinsiyete dayalı ayrımcılık, sözleşme görüşmeleri sırasında ayırım yapılmamasını gerektirdiği gibi (örneğin; sorulacak sorular, uygulanacak testler²⁰), yapılan iş ilanlarıyla da ilgilidir. İş ilanlarında ayrımcı ifadeler yer verilmesi, işe alımda ayrımcılık yapıldığına yönelik bir sonucun doğmasında rol oynayabilecektir. Ancak, belirtmek gerekir ki, ayrımcılık teşkil ettiği iddia olunan kararın, eylemin, işlemin hukuka uygunluğu halinde ilanda ayrımcılığa yönelik ifadelerin yer alması ayrımcılık yasağının ihlali olarak düşünülmemelidir. Başka bir deyişle, eğer işverenin farklı işlem yapmasını gerektirecek bir durum var ise, ilanda cinsiyetin belirtilmiş olması ve akabinde ilanda belirtilen cinsiyete sahip kişi ile iş sözleşmesinin yapılması, diğer cinsiyete mensup aday için ayrımcılık yasağının ihlali olarak görülmemelidir. Bu anlamda, hukuka uygunluk, yani ayrımcılık sayılmayacak durumlar önem arz etmektedir. İş Kanunu uyarınca, işveren “işin niteliğine ilişkin nedenlerin” veya “biyolojik nedenlerin” zorunlu kılması halinde işe alımda cinsiyet esasında farklı işlem yapabilecektir ve bu işlem ayrımcılık sayılmayacaktır. Cinsiyet nedeniyle farklı işlemi zorunlu kılan

“işin niteliğine ilişkin nedenlerin” ve “biyolojik nedenlerin” neler olabileceği konusunda öğretide dile getirilen bazı görüşler şöyledir:

Bir görüşe göre “Biyolojik nedenler, kadın ve erkek cinsine has psişik veya anatomik özelliklerdir...kadınlarda adet halinin, cinsiyet nedeniyle farklı işlemi zorunlu kılan bir biyolojik neden olarak değerlendirilmesi gerekeceği...işin niteliğine ilişkin nedenler ise, işin belirli bir cinse münhasır olması, diğer cinsten beklenilmesinin işin özelliklerine aykırı düşmesi anlamında nedenlerdir. Buna göre örneğin, kadın giysileri mankenliği, aktristlik, kadın epilasyon ve pedikür işleri, hemşirelik, kreş bakıcılığı işleri gibi işlerin, nitelikleri gereği kadın işgücünü zorunlu kılan işler olarak işe alınmada cinsiyet esasında bir ayırımı da zorunlu kılacağı açıktır.”²¹

Diğer bir görüş uyarınca, “...Beden gücüne dayalı bir çalışma halinde bayan işçi veya gebe çalışan için farklı bir uygulama yapılabilecektir. Yine daha çok bayan çalışanların ön plana çıktığı reklam ve tanıtım işinde erkek çalışanlara farklı uygulama, cinsiyet ayrımcılığı anlamına gelmez.”²²

Başka bir görüşe göre de; “...Gebeliğin kadının işine olumsuz etkisi, çokluk mankenlik, hosteslik, spor öğretmenliği veya radyasyon tehlikesi olan işlerde görülür.”²³

Öğretide, konuya ilişkin yurt dışı örnekler ve Adalet Divanı'nın uygulama örneklerine de değinilmiş olup, “...Adalet Divanı uygulamasında cinsiyetin görülecek iş için belirleyici olduğu mankenlik, yapılacak işten etkilenecek bireylerin temel haklarını koruma amacı taşıyan hasta bakıcılık ya da gardiyanlık, yapılan işin biyolojik açıdan kadınlar için tehlike yarattığı yer altı ve su altı işlerinde kadın istihdam edilmesi ya da edilmemesi işin niteliğinden kaynaklanan uygulamalar olarak kabul edilmektedir.”²⁴

İşlerin niteliğinin veya biyolojik nedenlerin zorunlu kılmasının yanında, yasal düzenlemeler nedeniyle de işe alımda cinsiyet esaslı farklı işlem yapılması zorunluluğu doğabilmektedir. Örneğin, İş Kanunu'nun 85. maddesinde kadınlarla on altı yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını bitirmemiş genç işlerin hangi çeşit işlerde çalıştırılabileceğinin yönetmelikte gösterileceği hüküm altına alınmış ve söz konusu Ağır ve

Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nin I nolu ekinde yer alan listede kadınların çalışabileceği ağır ve tehlikeli işler gösterilmiştir. Yönetmelikte kadınların çalıştırılabileceği işler dışında yer alan bir iş için erkek işçi aranması ve istihdam edilmesi ayırmacılık oluşturmayacaktır. Bu çerçevede kanaatimizce, gerek “işin niteliğine ilişkin nedenlerin” veya “biyolojik nedenlerin” zorunlu kılması nedeniyle, gerekse kanuni bir düzenlemenin gereği olarak farklı bir işlemin yapılması söz konusu olduğunda, yapılacak ilanda “bay” veya “bayan” şeklinde belirtilecek ifadelerin kullanılmasının ve iş sözleşmesinin bu doğrultuda kurulmasının ayırmacılık teşkil etmeyeceği düşünülmektedir. Bunun yanı sıra belirtmek gerekir ki, İş Kanunu md. 5/3 anlamında, işe alınmada cinsiyet ayırmacılığının söze konu olabilmesi için, kanaatimizce, sırf ilanda ayırmacı ifadelerin kullanılmış olması başlı başına yeterli olmayıp, kendisine cinsiyet nedeniyle ayırmacılık yapıldığı iddiasında olan kişinin başvuruda bulunmuş olmasının yanında, kişinin bu başvurusunda samimi ve ciddi olması da aranmalıdır. Örneğin, ilanda “erkek elektrik mühendisi” denmesine rağmen o ilana başvuran bayan “gıda mühendisi” ise, o kişinin sırf bayan olduğu için işe alınmadığını, kendisine cinsiyet ayırmacılığı yapıldığını söylemek kanaatimizce isabetli olmayacaktır.

Bu noktada “olumlu (pozitif) ayırmacılık” hususuna da değinmek yerinde olacaktır. Olumlu ayırmacılık uygulamasında, fırsat eşitliği sağlayabilmek için bir grup lehine yapılan ayırmacılık söz konusu olsa da, güdülen amaç yapılan bu ayırmacılığı makul kılmaktadır. Amaç, lehine ayırmacılık yapılan grubun geçmişte maruz kaldığı haksız ayırmacı davranışlar nedeniyle meydana gelen eşitsizlikleri ortadan kaldırmaktır²⁵. Öğretide de belirtildiği üzere, Amsterdam Anlaşmasının 141/4. maddesi uyarınca; üye devletler, çalışma hayatında kadınlar ve erkekler arasında eşitliğin sağlanması amacıyla daha az temsil edilen cinsiyet lehine bazı önlemler almakla yükümlü kılınmış olup, bu önlemler eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Ayrıca, Avrupa Birliği'nin 2006/54 sayılı Direktifi'nin 3. maddesinde de üye devletlerin çalışma hayatında kadın-erkek arasındaki eşitliği sağlamak için gerekli önlemleri alabileceği

özel olarak düzenlenmiştir²⁶.

İncelememize konu karardaki olayda, Eyalet Yasası'nda yer alan hüküm uyarınca, kadınların azınlıkta olduğu bir alanda yapılacak istihdamda, kadın istihdamının teşvik edileceği ve kadınlardan gelecek başvurulara, aynı vasıfta olmaları halinde, öncelik tanınacağına yönelik hüküm, kadınlar lehine pozitif ayırmacılık niteliğinde bir hükümdür. Benzer bir yasal düzenlemeyi içeren konu Adalet Divanı tarafından Kalenke davasında incelenmiştir. Söz konusu davada, Bremen'de mevcut olan yasal düzenleme gereğince, aynı niteliklere sahip olan iki işçi arasında kadın adayın seçilmesi konusunda öncelik tanınması uyuşmazlık konusu yapılmış olup, Divan öncelik hakkını kadınlara tanıyan bir yasal düzenlemenin cinsiyete dayalı ayırmacılık oluşturduğunu, ancak 76/207 sayılı Direktif'in 2/4. maddesinin bu tür olumlu ayırmacılık modellerine olanak sağladığını belirterek, bu uygulamanın hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır²⁷. Gerek Kalenke kararı ve bu karar sonrasında yürürlüğe girerek Avrupa Birliği'nde olumlu ayırmacılığın yasal temelini oluşturan Amsterdam Anlaşması'nın 141/4. maddesi, gerekse kadın-erkek eşitliğine ilişkin birçok Avrupa Birliği direktifini yürürlükten kaldırıp, bu direktiflerdeki esasları Adalet Divanı içtihatları doğrultusunda gözden geçirerek bütünleşik bir metin haline sokan²⁸ 2006/54 sayılı Direktif'in 3. maddesi dikkate alındığında, incelenen kararda Eyalet Yasasında yer alan pozitif ayırmacılığa yönelik hükmün ve dolayısıyla bu hüküm uyarınca yapılan işlemin ayırmacılık sayılmayacağı anlaşılmaktadır.

Bu noktada, hukukumuzda işverenin “olumlu ayırmacılık” yapma gayesi ile, işe alımda cinsiyet esaslı bir tercih yapmak istemesi ve bu durumu, incelenen karardakine benzer bir şekilde iş ilanında belirterek, lehine ayırmacılık yapılan cinsiyete tabi bir kimsenin istihdam edilmesi durumunun ayırmacılık teşkil edip etmeyeceği sorusu akla gelmektedir. Anayasa'nın 10. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklik uyarınca; “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” Öğretide, bu düzenleme ile devlete aktif bir görev yüklendiği, bu düzenleme

çerçevesinde devletin olumlu ayrımcılık niteliği taşıyan düzenlemeler getirip, uygulamalara yer verebileceği belirtilmiş ancak işveren açısından pozitif ödevlerin kadını koruyucu düzenlemeler ile sınırlandırıldığı ifade edilmiş, ayrıca İş Kanunu'nun 5. maddesinde işverenin eşit davranma ilkesi somutlaştırılırken negatif ayrımcılık yasaklarına yer verilmekle yetinildiği vurgulanmıştır²⁹. Öğretide dile getirilen bir görüşe göre; "Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan hüküm kadın-erkek arasındaki eşitsizliği giderme görevini devlete yüklemiştir ancak devletin bu eşitsizliği gidermek için hangi araçları kullanacağı belirtilmediğinden doğrudan anayasadan çıkartılabilecek ve özel iş ilişkilerinde uygulanacak bir pozitif ayrımcılık hakkı bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında ise cinsiyet ayrımcılığı kesin bir dille yasaklandığından, eşitliği sağlamak amacıyla yapılacak bir ayrımcı muamele de yasak kapsamında değerlendirilmelidir. Pozitif ayrımcılık, mevcut hukuki eşitsizliği gidermek için yapılmış olsa dahi, bir ayrımcılık türüdür ve pozitif ayrımcılık Kanun'da öngörülen ayrımcılığı haklı kılan sebepler arasında sayılmamaktadır. Bu nedenle eşitliği sağlamak amacıyla yapılacak bir ayrımcı muamelenin de yasak kapsamında değerlendirilmesi gerekmekte olup, bu anlamda, belli bir cinsiyete mensup işçi sayısının çok düşük olduğu branşlarda, işverenin bu eşitsizliği gidermek için yapacağı ayrımcı muameleler, özellikle işe alma esnasında o branşta düşük seviyede temsil edilen cinsiyete mensup adayların tercih edilmesi de, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilecektir"³⁰.

Ayırım yapmama borcunun hukuki yaptırımı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca; "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir." Hükümde öngörülen yaptırım, sadece iş ilişkisinin kurulmasından sonra veya sona ermesinde uygulanacağından, işverenin işe almada ayırım yapmasının hukuki yaptırımı İş Kanunu'nda düzenlenmemiş olup, öğretide bu durumda, iş almada ayırım yapılması halinde genel hükümlere göre (culpa in contrahendo) tazminat talep

edilebileceği ifade edilmiştir³¹. İş Kanunu md. 5'de düzenlenen ayrımcılık yasaklarına aykırılık halinde İş Kanunu'nda idari para cezası da öngörülmüş olup, Kanun'un 99. maddesi uyarınca 5. maddede öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde ise cezai açıdan sorumluluk hükme bağlanmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca; "kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak...kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan...kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir." Öğretide, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrasına göre, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırımın uygulanabileceği, bu anlamda Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin kapsamına giren hallerde, İş Kanunu'nun ayrımcılık yasağının ihlali halinde idari para cezasını düzenleyen 99. maddesinin tatbik edilemeyeceği ifade edilmiştir³².

5. Sonuç

Hukukumuzda, işe alma aşamasında ayrımcılık, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde cinsiyet ve gebelik, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde sendikal nedenler, 5378 sayılı Özürsüzler Kanunu'nun 14. maddesinde özürsüzler durumu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi dil, ırk, renk, cinsiyet, özürsüzler, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler nedeniyle açıkça yasaklanmıştır.

İş Kanunu'nun 5. maddesi, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını Avrupa Birliği direktiflerini de esas alarak, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağı olarak iki şekilde düzenlemiştir. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca işe girişte cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapılması yasaklanmış olsa da, işveren, "biyolojik nedenler" veya "işin niteliğine ilişkin" nedenlerle, işe almada, iş koşullarında ve sona ermede cinsiyet veya gebelik nedeniyle farklı işlem yapabilecek olup, bu durum ayrımcılık

sayılmayacaktır. Yine, kanuni yükümlülüklerin gereği olarak işverenin farklı davranması da ayırmacılık oluşturmayacaktır.

İş hukukunda işverenin eşit işlem yapma borcuna ve ayırmacılık yasağına aykırı davranıp davranmadığı, işverenin yapmış olduğu uygulamayı haklılaştırıp haklılaştıramamasına göre belirlendiğinden³³, bu çerçevede kanaatimizce, hukuka uygunluk hallerinde, yapılacak ilanda “bay” veya “bayan” şeklinde belirtilecek ifadelerin ayırmacılık teşkil etmeyeceği düşünülmektedir. Bunun yanı sıra, İş Kanunu md. 5/3 anlamında, işe almada cinsiyet ayırmacılığının söz konusu olabilmesi için, kanaatimizce, sırf ilanda ayırmacı ifadelerin kullanılmış olması başlı başına yeterli olmayıp, kendisine cinsiyet nedeniyle ayırmacılık yapıldığı iddiasında olan kişinin başvuruda bulunmuş olmasının yanında, kişinin bu başvurusunda samimi ve ciddi olmasının da aranması yerinde olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 21, 2009/2, s. 359-360.
- 2 Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 60, görüş sahipleri için bkz. dipnotlar 90-93.
- 3 Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, 3. Baskı, s. 535.
- 4 Mollamahmutoğlu, s. 536.
- 5 Doğan Yenisey, Kübra; İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayırmacılık Yasağı, (Eşitlik İlkesi), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, sayı 11, 2006/4, s. 64.
- 6 Süzek, Sarper; İş Hukuku, 4. Baskı, s. 396-397.
- 7 Yıldız, s. 64.
- 8 Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 66.
- 9 Yıldız, s. 354.
- 10 Mollamahmutoğlu, s. 538, Baysal, Ulaş; İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2010, sayı 25, s. 63.
- 11 Yargıtay 9. H.D. 2.12.2009, 2009/33837 E., 2009/32939 K., karar için bkz. Şahin Çil; İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2. Baskı, s. 120.
- 12 Süzek, s. 401, ayrıca bkz. Yenisey; Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, (Metodoloji), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005, sayı 7, s. 974-1003.
- 13 Tuncay, A. Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 2006 Toplantısı, (Sempozyum) s. 29. Yazar, kural olarak iş ilişkisi içine dahil olmayan işveren işlemlerinin eşit davranma ilkesine tabi olmadığını belirtmiş, ancak mutlak ayırım yasakları söz konusu olduğunda artık iş ilişkisinin kurulmuş olup olmamasının önemini yitirdiğini belirtmiştir. Eyrenci-Taşkent-Ulucan; Bireysel İş Hukuku, 2006, s. 145 yazarlarca, işverenin çalıştıracağı kişiyi seçmesinin sözleşmenin diğer tarafını seçme özgürlüğünün bir sonucu olması nedeniyle işçinin işe alınması sırasında işverenden kural olarak eşit davranmasının beklenmeyeceği ifade edilmiş ancak bu durumda da açık ayırım yapılmasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı belirtilmiştir. Süzek, s. 404. Yazar, işe almada söz konusu yükümlülüğün bulunmadığına ilişkin görüş ve gerekçelere sadece genel anlamda eşit davranma borcu bağlamında katıldığını ifade etmektedir. Yıldız, s. 170.
- 14 Süzek, s. 403.
- 15 Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 67, Yıldız, s. 354, aynı yönde Tuncay, Sempozyum, s. 34. Yazara göre, işe alınma esnasında ayırım yasağını sadece cinsiyetle sınırlamamak, fakat mutlak ayırım sayılan tüm durumlara yaymak isabetlidir.
- 16 Süzek, s. 403.
- 17 Çil, s. 320, Mollamahmutoğlu, s. 546.
- 18 Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 71, Alman Genel Eşit Davranma Yasası'nda ayırmacılık kavramının doğrudan ve dolaylı ayırmacılık olarak kapsamlı bir şekilde tarif edildiğine ve tanımlamalarda Avrupa Birliği'nin ayırmacılığın önlenmesine ilişkin direktiflerin esas alındığına ilişkin bkz. Ergin, Hediye; Almanya'da Genel Eşit Davranma Yasası'nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, sayı 14, s. 645.
- 19 Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 71.
- 20 Sorulacak sorular, uygulanacak testler ve sınırları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eyrenci, Öner; İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, s. 238-262.
- 21 Mollamahmutoğlu, s. 547.
- 22 Çil, İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 1. Cilt, s. 320.
- 23 Tuncay, Sempozyum, s. 34.
- 24 Yıldız, s. 177, 195 vd.
- 25 Yıldız, s. 83.
- 26 Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 72, Yıldız, s. 86.
- 27 Kalenke davası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, s. 86-87, Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi Aydın Özkul'a Armağan, 2002, Cilt 6, sayı 4., s. 44-45.
- 28 Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 72.
- 29 Yenisey, Eşitlik İlkesi s. 72, Metodoloji s. 978.
- 30 Demiral, Cavit; 4857 sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayırmacılığı Yasağı, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi, Mart 2005, sayı 37, parag. 23-24.
- 31 Mollamahmutoğlu, s. 552, Eyrenci-Taşkent-Ulucan; s. 145, Baysal, s. 75.
- 32 Yenidünya, A. Caner; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayırmacılık Suçu, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, sayı 11, 2006/4, s. 110.
- 33 Yıldız, s. 57.



“SİCİL” / “MERCEK” Abonelik Formu

Ad/Soyad :

Adres :

Tel. :

e-posta :

İmza :

SİCİL / MERCEK dergisine abone olmak istiyorum.

2010 yılı abonelik bedeli olan 48 TL'yi ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi
Abidei Hürriyet Cad. Mecidiyeköy Yolu No. 268, MESS Şişli 34381 İSTANBUL
Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx) Faks: (0212) 241 76 19

TÜRKİYE İŞ BANKASI Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)
Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)