

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

Yıl 2013 • Sayı 30

MESS Adına SahibiTuğrul KUDATGOBİLİK
MESS Yönetim Kurulu Başkanı**Yazı İşleri Müdürü**Av. Hakan YILDIRIMOĞLU
MESS Genel Sekreteri**Yayın Yönetmeni**

Av. Mesut ULUSOY

Yayın KuruluAv. Erten CILGA
Av. İlhan DOĞAN
Av. Ender KIZILRAY
Av. Şeyda AKTEKİN
Av. Nağme HOZAR
Av. Vahap ÜNLÜ
Av. Selçuk KOCABIYIK
Av. Uygur BOSTANCI
Av. Mete N. YORULMAZ
Av. Burak TÜRKMEN**Baskı**Elma Basım Yayın ve İletişim
Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti.Tevfikbey Mah. Halkalı Cad.
No:162/7 Sefaköy
Küçükçekmece/İSTANBUL**Yayın Türü**

Yerel süreli yayın.

ISSN 1306-6153

Baskı Tarihi

06 Aralık 2013

M E S S**Türkiye Metal Sanayicileri
Sendikası**Merkez Mahallesi
Geçit Sokak No: 2
34381 Şişli/İSTANBULTel: 212 232 01 04 (Pbx)
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**

- 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi 5
Prof. Dr. A. Murat DEMİRCİOĞLU / Arş. Gör. Hasan Ali KAPLAN
- Hukuki Yönden Fazla Çalışma 24
Prof. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY
- 6331 Sayılı Kanun'da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk 37
Doç. Dr. İbrahim AYDINLI
- Yargıtay Uygulamasına Göre Hafta Tatili 43
Seracettin GÖKTAŞ

KARAR İNCELEMELERİ

- "Sulh Sözleşmesi" Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Daire Kararlarının İncelenmesi 50
Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR
- Özürü Statüsünde Çalışan İşçinin Başka İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi 67
Arş. Gör. Eda KARAÇÖP

TOPLU İŞ HUKUKU

- İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Tazminat ve 6356 Sayılı Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler 77
Dr. Ş. Esra BASKAN
- 6356 Sayılı Kanun'un Grev Oylaması Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Olası Uygulama Sorunları 87
Av. Mustafa AVCI

KARAR İNCELEMESİ

- Alt İşverenin Taraf Olduğu Toplu İş Sözleşmesinin Muvazaa Nedeniyle Hükümsüzlüğünün Geçmişe Etkili Olmaması 93
Doç. Dr. Sabahattin YÜREKLİ

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

- "Üç De Yetmez Beş Tane" Demeden Önce Ailevi Yükler Sigortasını Kurmak Gerekir! 103
Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR
- Yurtdışında Yaşayan Türk Vatandaşlarının Çalışma Hayatına İlişkin Önemli Sorunları 109
Dr. A. Eda MANAV

Trafik Kazaları Nedeniyle Oluşan Sağlık Hizmet Bedellerinden Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Sorumluluğunun Kapsamı..... 133
Halil ÖZDEMİR

Hastalık ve Analık Geçici İş Göremezliklerinde Sigortalılık Niteliği Ne Zaman Yitirilir? 147
Faruk YÜKSEL

Anonim Şirketlerin Kurucu Ortaklarının Sosyal Güvenlik Durumlarının Açıklanması 151
Vakkas DEMİR

KARAR İNCELEMESİ

Sağlık Hakkı Çerçevesinde Tedavi Giderlerinin SGK Tarafından Karşlanması 154
Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ

MALİ HUKUK

Yeni Bir Vergi Affı: Yurt Dışındaki Bazı Varlıkların Ekonomiye Kazandırılması Amacıyla Yapılan Düzenlemenin Uygulama Esasları 161
Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

Normal Mesai Ücretini Ödememenin Kabahatler Hukukundaki Sonuçları 173
Prof. Dr. Tankut CENTEL

6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda Düzenlenen İşveren Yükümlülükleri Kapsamında İdari Para Cezaları 179
Yrd. Doç. Dr. Özgür Hakan ÇAVUŞ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Şirketlere Kadın Kotası (Mı?) 193
Prof. Dr. Nurhan SÜRAL

KARAR İNCELEMESİ

Ara Dinlenme Süresinin Önemli Ölçüde Aşılması Halinde Derhal Fesih 201
Av. Mete Noyan YORULMAZ



Geçici Çözümler Gün Kurtarmaktan Öteye Gidemez

Bilindiği üzere uzunca bir süre ülkemizin gündemini meşgul eden 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 30 Haziran 2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmış ve Kanun hükümlerinin kademeli bir şekilde hayata geçirilmesi hüküm altına alınmıştı. Kademeli olarak yürürlüğe girecek düzenlemelerden biri de işyerlerinde iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirilmesine ilişkin düzenlemeydi. Kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine uygulanacak Kanun uyarınca görevlendirilmesi gereken iş güvenliği uzmanı ile işyeri bekiminin nasıl temin edileceği konusunda kamuoyunda tartışmalar bızla sürerken, 6331 sayılı Kanun’un “Yürürlük” başlıklı 38. maddesinde, 2 Ağustos 2013 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 6495 sayılı Kanun’la değişiklik yapıldı. Buna göre; işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı ile diğer sağlık görevlisi görevlendirme yükümlülüğü, 4857 sayılı İş Kanunu’nun mülga 81. maddesi kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50’den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 1 Temmuz 2016 tarihine, 50’den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 1 Ocak 2014 tarihine ertelendi.

Sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının oluşturulması, çalışma hayatının öncelikli şartı ve tüm sosyal tarafların ortak sorumluluğudur. İş sağlığı ve güvenliğinde, iyileştirici ve önleyici bir anlayışın esas alınması gerekir. Her zaman söylediğimiz gibi bu konuda toplumda öncelikle iş sağlığı ve güvenliği kültürünün oluşmasının temel öncelik olduğuna inanıyoruz. Kanun’un babsi geçen maddelerinin yürürlüğünün ertelenmesi ilk bakışta gerekli altyapı çalışmalarının tamamlana-

bilmesi açısından bir çözüm olarak gözüktüğü de bu çözümün “geçici” olmaktan öteye geçemeyeceği açıktır. Zira ülkemizdeki KOBİ’lerin ağırlığı gözönüne alındığında söz konusu hükümlerin kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine uygulanacak olması ilgili işverenlerin istihdam yükü açısından çok ağır bir sonuç doğuracak ve ayrıca bu işyerlerinin ekonomik güçlerinin azalmasına neden olacaktır. Babsi geçen yükümlülüklerin çalışan sayısı ve tehlike sınıfları bakımından sınırlandırılması iş sağlığı ve güvenliği alanında hiçbir alt yapısı bulunmayan küçük ölçekli işletmelerin ekonomik gücünün korunabilmesi açısından bir gerekliliktir.

Dergimizin 30. sayısındaki bazı konu başlıklarımız şöyle: 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası çerçevesinde işyerinde iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesi, hukuki yönden fazla çalışma, iş sözleşmesinin feshinde sendikal tazminat ve 6356 sayılı Kanun’un getirdiği yeni düzenlemeler, 6356 sayılı Kanun’un grev oylaması konusunda getirdiği değişiklikler ve olası uygulama sorunları, anonim şirketlerin kurucu ortaklarının sosyal güvenlik durumlarının açıklanması, yeni bir vergi affı: yurt dışındaki bazı varlıkların ekonomiye kazandırılması amacıyla yapılan düzenlemenin uygulama esasları, normal mesai ücretini ödememenin kabahatler hukukundaki sonuçları, şirketlere kadın kotası.

Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemelerinin yer aldığı dergimizin 30. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunarız.

Saygılarımla,
Av. Hakan Yıldırımoğlu

Ulusal Meslek Standartları

Ulusal Meslek Standartları sektörün ihtiyacı olan nitelikli işgücüne erişimi hızlandıracak.



Metal Sanayisinde yeniliklerin öncüsü olan MESS, Mesleki Yeterlilik Kurumu'ndan (MYK) aldığı yetkiyle otomotiv ve metal sektörlerinde Ulusal Meslek Standartları'nı hazırlama görevini sürdürüyor. Hazırlanan Ulusal Meslek Standartları, AB normlarıyla uyumlu bir Ulusal Yeterlilik Sistemi'nin oluşturulmasında temel görevi üstlenecek.

Bugüne kadar Sendikamızın hazırladığı toplam 65 Ulusal Meslek Standardı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunuyor. Sendikamız MESS, Ulusal Meslek Standartları'nın ulaşılabilirliğini artırmak ve arşivlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yayımlanan standartları ilgili tüm kurum ve kuruluşlar ile sosyal paydaşlara dağıttı. Sendikamız, meslek standartlarının hazırlanması alanındaki çalışmalarını sektörün önde gelen temsilcileri olan üyeleri ile eşgüdümlü olarak sürdürüyor.

Yayın Talebi İletişim:

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi
Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL
Tel: 0 212 232 01 04 (pbx) Faks: 0 212 241 76 19
e-posta: mess@mess.org.tr - www. mess.org.tr

Prof. Dr. A. Murat DEMİRCİOĞLU / Arş. Gör. Hasan Ali KAPLAN

Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyeleri

6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi

1. Genel Olarak

4857 sayılı İş Yasası'nda iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda önemli düzenlemelere gidilmiş, bu alanda 1475 sayılı İş Yasası da dahil olmak üzere yürürlükten kaldırılan iş yasalarına göre ileri hükümlere yer verilerek belirli kurum ve kavramlar yasaya taşınmıştır. Gerçekten de bu bağlamda bu yasa ve koşulundaki düzenlemelerle üyesi olacağımız Avrupa Topluluğu hukuku müktesebatı bakımından bir ölçüde önemli adımlar atılmıştır.

Bununla birlikte iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerek 4857 sayılı Yasa'nın gerekse yasanın yürürlüğü sonrasında kabul edilen bu alandaki yönetmeliklerin kimi sorulara tam yanıt vermediği görülmüştür. Ayrıca yapılan bu düzenlemelerin Avrupa Topluluğu müktesebatına belirli ölçüde uyumu da tartışma konusu olmuştur.

Şöyle ki; Avrupa Topluluğu Komisyonu'nun daha 2005 yılındaki Türkiye hakkındaki raporunda, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki Türk iş hukuku mevzuatındaki düzenlemelerinin uygu-

lama alanının müktesebat düzenlemelerine göre dar olduğu saptaması yapılmıştır. Ve ilerleme raporunda bu konuda "Ayrıca Türk mevzuatının kapsamının, kamu sektörünü kapsayacak şekilde genişletilmesi" istenmiştir¹.

Gerçekten de Avrupa Topluluğu normlarında iş güvenliği ve iş güvenliği uzmanlığının Roma Antlaşması'nın 118a maddesi hükmüne göre yürürlüğe giren 89/391 sayılı Çerçeve Yönergesi'nin 2. maddesi uyarınca hem kamu hem de özel sektördeki tüm faaliyet alanlarına (tarım, sanayi, ticaret, idare, hizmet, eğitim, kültür vb.) bu Çerçeve Yönerge uygulanır². Ancak kamu hizmetlerine, örneğin silahlı kuvvetler veya polis ya da sivil savunmaya ilişkin özel faaliyet alanları uygulamadan istisna tutulabilir³.

4857 sayılı İş Yasası'nda ve iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili değişik tarihlerde yapılan düzenlemelerde bu yasanın uygulama alanı ile ilgili Avrupa müktesebatının ölçüleri doğrultusunda köklü düzenlemeler yapılamamıştır.

Gerçekten de, 4857 sayılı Yasa'nın ilk şeklinde yer bulan 82. maddesi bağlamında getirilen

önemli bir eleştiri ve buna koşut olarak yapılan öneri ise; bu yasada yer bulan “İşyeri Hekimi” ve “İş Güvenliği Uzmanı” istihdamı şekli olan işyerinde “işçi” statüsü ile çalışmasının yanısıra, işverenlerin bu hizmeti dışarıdan karşılaması olanağının da yaratılmasıdır. Kaldı ki gerek ILO gerekse de Avrupa Topluluğu normları işverene işyeri hekimliği, iş güvenliği uzmanlığı konusunda işyeri dışı (uzman kişi veya kuruluşlardan) hizmet alımına olanak tanımaktadır⁴.

Ayrıca 4857 sayılı İş Yasası’nda 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle Yasanın işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği organizasyonuna ilişkin düzenlemelerinde de farklılıklar öngörülmüştür. Bu konuda getirilen en önemli değişiklik ise 4857 sayılı Yasa’nın 81 ve 82. maddeleri ile ilgili düzenlemelerdir. Şöyle ki; değişiklik m. 81’e göre; işverenler devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işçilerin ilk yardım ve acil tedavi ve koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla; işyerindeki işçi sayısı, işyerinin niteliği ve işin tehlike ve sınıf derecesine göre işyerlerinde İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimi (İSGB) oluşturacaklardır. Bir veya birden fazla işyeri hekimi ile gereğinde diğer sağlık personeli görevlendirmekle yükümlüdürler. Ayrıca sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı olan bir veya birden fazla mühendis ve teknik elemanı da görevlendireceklerdir. Görülüyor ki bu düzenlemeyle işyerlerinde bünyesinde işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanını da barındıracak İSGB oluşturulmaktadır.

Yine gerek işyeri hekiminin gerekse iş güvenliği uzmanının görevlendirilmesi konusunda da 4857 sayılı Yasa’nın 5763 sayılı Yasa ile değişikliğe uğradığını görüyoruz. 5763 sayılı Yasa ile değişik 81. madde işyerlerinde işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı istihdamı veya bu hizmetlerin dışarıdan da teminini düzenlemiştir.

Öte yandan 5763 sayılı Yasa ile 4857 sayılı İş Yasası’nda yapılan yukarıda değindiğimiz değişiklik iş sağlığı ve güvenliğinin işyeri organizasyonu için bir başka yenilik öngörmekteydi. Bu değişiklikle, Avrupa Topluluğu’nun 89/391 sayılı “Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirme-

ye Yönelik Önlemler Alınmasına İlişkin Çerçeve Yönerge”nin 7. maddesi ile yapılan düzenlemeye uygun bir adım atılmıştır. Şöyle ki; Çerçeve Yönerge’nin 7. maddesinin 3. bendine göre; “İşyerinde bu gibi koruyucu ve önleyici faaliyetleri düzenlemek için işçi istihdam edilmemesi durumunda, işveren işyeri dışındaki ehliyetli kişiler ve servislerden yararlanabilir”⁵.

4857 sayılı İş Yasası’nda iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerde eleştiri konusu yapılan bir başka konu ise m. 81 ve 82’de yer bulan gerek “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu” gerekse iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri oluşumunda öngörülen işyerinde “elli işçi” çalıştırma koşuludur.

Yasa koyucunun elli sayısına nereden geldiği ve hangi ölçütlere dayanarak bu rakamı kullandığı sorusuna mantıklı yanıt bulmak zordur⁶.

SGK istatistiklerine göre, ülkemizde 2011 yılında 69.227 iş kazası gerçekleşmiş, 697 meslek hastalığı saptanmıştır. İş kazalarında 1.700 kişi, meslek hastalığı nedeniyle ise 10 kişi hayatını kaybetmiştir. Yine SGK’nın 2011 yılına ilişkin işyeri ve zorunlu sigortalı sayılarının işyerinde çalışan sigortalı gruplarına göre dağılımı istatistiklerine baktığımızda, toplam 1.435.879 işyerinden 1.408.155’ 50’nin altında işçi çalıştırıldığını görmekteyiz. Başka bir deyişle elli işçi ölçütü ülkemizdeki işyerlerinin %98’ini kapsam dışına itmektedir.

Yukarıda belirtilen toplam iş kazalarının %51’inin elliden az işçi çalıştıran işyerlerinde meydana geldiği görülmektedir. Bütün itirazlara karşın işyerinde uygulanacak işçi sayısı bağlamında yaygınlaştırmayı sağlayacak bir düzenlemeye 4857 sayılı yasada değişiklik yapan 2008 tarihli 5763 sayılı yasada ne yazık ki rastlanılamamıştır.

Öte yandan iş sağlığı ve iş güvenliği işyeri örgütlenmesi ile ilgili olarak gerek 4857 sayılı Yasa’nın gerekse değişiklik yapan 5763 sayılı Yasa’nın yürürlüğünden sonra kabul edilen yönetmeliklerde kimi sorunlara çözüm getirilemediği saptanmıştır. Uygulama göstermiştir ki, bu konuda 2004 sonrasında çeşitli yönetmelikler yürürlüğe konulmuş, bunlarda çeşitli kez değişiklikler yapılmış, bazıları da Danıştay tarafından iptal edilmiştir⁷.

Sonuçta bu bilgiler çerçevesinde belirtilmelidir ki, 4857 sayılı İş Yasası’nın yürürlüğe girmesinden sonra iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili işyeri

örgütlenmesine ilişkin bir çok yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliklerden bazıları yargı kararları ile iptal edilmiş bazıları ise yeni yönetmeliklerin hazırlanması neticesinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durum ise yasanın yürürlüğe girmesinden sonra iş sağlığı ve güvenliği alanında sağlıklı ve tutarlı bir uygulamanın ortaya çıkmasını işlemez hale getirmiştir.

Yukarıda açıklananların ışığında diyebiliriz ki, 4857 sayılı İş Yasası döneminde iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında bir istikrar sağlanamamıştır⁸. Bu durum iş sağlığı ve güvenliğinin iş yasası dışında bağımsız ayrı bir yasa ile düzenlenmesi gerektiği şeklinde öğretide ileri sürülen görüşlerin⁹ haklılığını açık bir şekilde ortaya koymuştur. Nitekim yasa koyucu da iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin alanın ayrı ve özel bir yasa ile hüküm altına alınması kanaatine ulaşarak, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nu¹⁰ kabul etmiştir.

2. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın Amacı ve Kapsamı

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası ile İş Sağlığı ve Güvenliği konusunda ülkemiz mevzuatı bağlamında Avrupa Birliği müktesebatına büyük ölçüde uyum gerçekleştirilmiştir.

Yasanın 1. maddesine göre; "Bu Kanunun amacı; işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemektir". Yasa ile işyerlerinde kapsamlı bir iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinin oluşturulması, risk değerlendirmesinin yapılması, bu bağlamda önlemlerin saptanması, denetleme ve yine aynı çalışma alanında var olan işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği açısından koordinasyonunun sağlanması öngörülmektedir.

6331 sayılı Yasa ile belirli kimi istisnalar dışında tüm çalışanlar yasanın kapsamına dahil edilmiştir. Nitekim Yasanın 2. maddesine göre; "Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır".

Demek oluyor ki, 6331 sayılı Yasa ile; 4857 sayılı Yasa'ya tabi olarak çalışanlar yanında, 854 sayılı Deniz İş Yasası, 5953 sayılı Basın İş Yasası, Borçlar Yasası'na tabi olarak çalışanlar da yasanın kapsamına alınmıştır; ayrıca kamu görevlisi statüsüne haiz memur ve sözleşmeli personelin de yasa kapsamına dahil edildiği görülmektedir¹¹. Böylece 6331 sayılı Yasa düzenlemesiyle Avrupa Birliği normlarına koşutluk sağlanmış olmaktadır. Şöyle ki, Roma Antlaşması'nın 118a maddesi hükmüne göre yürürlüğe konulmuş 89/391 sayılı Avrupa Birliği Çerçeve Yönergesi'nin 2. maddesi uyarınca hem kamu hem de özel sektördeki tüm faaliyet alanlarına (sanayi, tarım, ticaret, idare, hizmet, eğitim, kültür vb.) bu çerçeve yönerge uygulanacaktır. Ancak kimi kamu hizmetlerine, örneğin silahlı kuvvetler veya polis ya da sivil savunmaya ilişkin özel faaliyetler uygulamadan muaf tutulabilir.

Bu bağlamda 6331 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde yasanın kapsamı dışında kalanlar tek tek sıralanmıştır. Buna göre;

"a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri

b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri

c) Ev hizmetleri

ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar

d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri" hakkında bu yasa hükümleri uygulanmaz.

3. İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu

a. Terimler, Koşullar

6331 sayılı Yasa ve bu yasanın kabulü sonrasında yürürlüğe konulan yönetmeliklerdeki düzenlemeler doğrultusunda bu makalenin konusunu oluşturan iş sağlığı ve güvenliğinde organizasyon yapısını ele almadan önce, mevzuatın bu konuda temel nitelikte öngördüğü kimi kavramları peşinen incelemeliyiz.

aa. İşyeri

4857 sayılı Yasa'da olduğu gibi 6331 sayılı Yasa'da da iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunda yer bulan "İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu", "İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimi", "İşyeri Hekimi" ve "İş Güvenliği Uzmanı" gibi birimlerin oluşturulmasında, atanmasında temel öge olarak "işyeri" benimsendiğinden, işyeri kavramının incelenmesi gerekmektedir¹².

6331 sayılı Yasanın 3. maddesine göre; "İşyeri: Mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile çalışanın birlikte örgütlendiği, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçları da içeren organizasyonu... ifade eder". Bu tanımın 4857 sayılı İş Yasası'nda yer alan (ve "işin yapıldığı yere işyeri denir" şeklinde 1475 sayılı Yasa'da öngörülen basit tanımı terk eden) işyeri tanımı ile özdeş olduğu görülmektedir¹³.

Bu bağlamda bakıldığında işyerini işin yapıldığı yer ile işyerine bağlı yerler ve eklentiler ile araçlardan oluşan ve işverenin belirli bir teknik amacını gerçekleştirmek üzere ortaya çıkan organize bir bütün olarak tanımlayabiliriz¹⁴. Başka bir deyişle, her işyeri organize edilmiş bir bütünü oluşturur. İşyeri mal ve hizmet üretimine yönelik teknik bir amaç takip eder¹⁵.

Buna göre fabrika binası, matbaa, atölye, lokanta gibi yerler, işyerindeki mal ve hizmet üretiminin yapıldığı, teknik amacın gerçekleştirildiği maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği yer olarak işyeri sayılır¹⁶.

İşin kapalı bir mekanda veya açık bir alanda yapılması veya kiralık olması ya da işverenin işin yapıldığı yerin sahibi olmasının önemi yoktur¹⁷.

Öte yandan, işverenin işyerinde ürettiği mal ve hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yer (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.

İşyerine bağlı yerlerde işin yapıldığı yerler ile aynı amaç izlenecektir; bu amaç, işin tekni-

ğine ilişkin amaçtır¹⁸. İşyerlerinin belirli bölümlerden oluşması halinde farklı işyeri bölümlerinin işyeri bütünü içerisinde yer alabilmesi için bu bölümler arasında ekonomik ve hukuki bir bağlantının varlığı gerekir¹⁹.

Diğer bir deyişle, işyerine bağlı yerlerden sözü edilebilmek için gerekli olan işyerinde üretilen mal ve hizmet ile nitelik yönünden bağlılık unsuru, belirli bir mal veya hizmet üretmek amacı ile yapılan işlerin birbirlerini tamamlamalarını ifade eder²⁰. Buna amaçta birlik denilmektedir.

İşin yürütümü ve niteliği bakımından bağlılık işin teknik bir amaç için organize edilmesi ve bağlı olan işyerinin de bu organizasyon içinde yönetilmesi, bağımsız bir yönetime sahip olmamasını ifade etmektedir²¹.

4857 sayılı İş Yasası'nın 2'inci maddesinin 2'inci fıkrası da 6331 sayılı Yasa'da olduğu gibi, dinlenme, emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentileri işyerinden saymaktadır. İşyerinden sayılacak bu eklentiler dışında benzeri yerler sözcüğü, garaj, otopark, sinema salonu, sauna gibi yerler de işyerinden sayılmalıdır. Eklentilerin mutlaka işin görüldüğü yerin coğrafi sınırları içinde bulunması zorunluluğu yoktur; ayrıca, yasa herhangi bir sınırlama koymaksızın tüm araçları işyerinden saymıştır²². Sözcüğü işyerine ait her türlü taşıt ile vinç, buldozer gibi iş makineleri araç niteliğini taşıyarak işyerinden sayılır. Araçların işverenin mülkiyetinde olması zorunluluğu yoktur²³. Örneğin, işveren işçilerini başka birisinden kiraladığı otobüsle işyerlerine getirip götürmekte ise bu araç da işyerinden sayılır. Yine araçların işyerinin coğrafi sınırları içinde yer alması da gerekmez. Ancak aracın işyerinden sayılabilmesi için, aracın işyerinin teknik amacına hizmet ediyor olması yani işin yapılması ve hizmetin görülmesi için kullanılıyor olması gerekir.

4857 sayılı İş Yasası ile sadece belirli büyüklükteki işyerleri için öngörülen iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli çalıştırma yükümlülüğü 6331 sayılı Yasa ile artık tüm işverenler için zorunlu hale getirilmiştir. Bu durumda yasanın bu konuda belirlediği yürürlük tarihi sonrasında tek bir çalışanı olan işverenler bile, örneğin bir manav, bir bakkal, bir kuaför, yanında bir sekreter çalıştıran serbest meslek sahibi

kişiler yani bir doktor, avukat, mali müşavir de bir işyeri hekimi ve bir iş güvenliği uzmanı istihdam etme veya ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet almakla yükümlü olacaktır.

bb. Elli Çalışan İstihdamı

4857 sayılı Yasa'nın değişik 81. maddesine göre; işverenler devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazalarının önlenmesi, işçilerin ilkyardım ve acil tedavi ve koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi için, işyerlerinde İSGB oluşturacaklar, bir veya birden fazla işyeri hekimi görevlendirecekler; ayrıca sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı görevlendirmek zorundadırlar.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nın 22. maddesine göre ise elli ve daha fazla çalışanın²⁴ bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmalıdır. Yani 6331 sayılı yasada işyeri hekimi veya iş sağlığı güvenliği uzmanı görevlendirme ya da dışardan hizmet alma yükümlülüğü açısından "elli çalışan" bulunması koşulu aranmamaktadır²⁵.

İşyerlerindeki "en az elli çalışan sayısı" nasıl hesaplanacaktır?

4857 sayılı Yasa m.77/f.4'te "bu bölümde ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde yer alan hükümler işyerindeki çıraklara ve stajyerlere de uygulanır" dense de, 81. maddedeki açık ifadede o işyerinde işçi niteliğinde olmayan çırakların ve stajyerlerin elli rakamının hesabında dikkate alınması sözkonusu olmamaktaydı²⁶. Oysa 6331 sayılı Yasa'da "elli işçi" yerine "elli çalışan" dendiğinden artık çırak ve stajyerler de elli sayısının hesabında dikkate alınacaktır.

6331 sayılı Yasa'nın 22. maddesindeki "çalışan" kavramına o işyerindeki iş sözleşmesinin türüne bakılmaksızın tüm işçilerin dâhil olduğunu söylemeliyiz. Aslında burada varılan bu sonuç İş Yasası'nın 12. maddesi düzenlemesinin de bir sonucudur. Çünkü Yasa'nın 12. maddesinde, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçilerle, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçiler arasında ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça fark-

lı işlem yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. İşçi sağlığı ve iş güvenliği hükümlerinin uygulanması ise herhalde ayrımı haklı kılacak bir neden değildir. Bu bakımdan iş sözleşmesinin türüne bakılmaksızın elli rakamının hesabında o işyerinde belirli, belirsiz, tam süreli, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların tümü dikkate alınacaktır²⁷.

En az elli çalışanın hesaplanmasında, o işyerinde geçici iş ilişkisiyle çalışan işçiler de dâhil midir? Öte yandan aynı soru o işyerinde çalışan alt işverenin işçileri içinde sorulabilir.

Bu sorulara olumlu yanıt vermek mümkün görülmemektedir. Çünkü elli rakamının hesaplanmasında, o iş yerinin işverenine bağlı olarak çalışanlar dikkate alınmalıdır. Oysa ödünç (geçici) iş ilişkisinde işçi, işveren tarafından belirli süre için bir başka işverenin işyerinde geçici olarak çalıştırılır. Bu çerçeveden bakıldığında "geçici işçinin" iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunda hangi işyerinin işçi sayısına dâhil edileceği sorusunun hep, geçici işçinin, sürekli işverenin işçisi olduğu ve geçici olarak çalıştığı işverenin, işçiye herhangi bir farklı statü kazandırmadığı dikkate alınarak yanıtlanması gerekir²⁸.

Geçici iş ilişkisi işçisi için söylediklerimiz, alt işveren işçileri içinde geçerlidir. Çünkü alt işverenin işçilerinin çalıştığı asıl işverene ait işyeri, kendi işverenine göre bağımsız ve ayrı bir işyeridir. Bu durumda alt işverenin işçileri sadece kendi işverenin işyerindeki elli rakamının hesaplanmasında göz önünde bulundurulacaktır²⁹.

6331 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce, İş Güvenliği Uzmanı, İşyeri Hekimi, İş Güvenliği Kurulu, iş güvenliği birimine ilişkin düzenlemeler sadece 4857 sayılı Yasa'ya tabi işyerleri için uygulama alanı bulduğundan aynı işverene ait işyerinde 4857 sayılı İş Yasası'na tabi işçiler dışında öteki iş yasalarına tabi (örneğin 854 sayılı Deniz, 112 sayılı Basın İş Yasaları) işçi de çalıştırılıyorsa, bu durumda elli rakamının hesaplanmasında 4857 sayılı İş Yasası'na tabi işçiler dışındaki işçiler dikkate alınmamaktaydı³⁰. Oysa 6331 sayılı Yasa'nın kapsamını belirtirken de değindiğimiz üzere tüm iş yasalarına, hatta Borçlar Yasası'na tabi olarak çalışanlar da yasanın kapsamında olduğundan artık diğer iş yasalarına ya da Borçlar Yasası'na tabi olarak çalışanlar da sayının hesabında dikkate alınacaktır.

Aynı işverene bağlı birden çok işyerinin bulunduğu durumlarda, elli rakamının hesaplanmasında her bir işyeri ayrı ayrı birer işyeri olarak dikkate alınmalıdır. Yani en az elli çalışan istihdam edilen her bir işyeri için bu durumda ayrı ayrı yükümlülükler söz konusu olacaktır; diğer bir deyişle işverene bağlı birden fazla işyerinde çalışanların toplamı dikkate alınarak elli kişi çalıştırma koşulunun gerçekleştiği sonucuna varılamaz³¹. Ayrıca işyerinde elli çalışanın bulunması yeterlidir. Bu kişilerin yaptıkları iş diğer bir deyişle çalışma türü önemli değildir.

Ayrıca 6331 sayılı Yasa'da, asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunan işyerleri açısından da bazı özel hükümler getirilmiştir. Yasanın 22. maddesinde asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda iş birliği ve koordinasyonun asıl işverence sağlanacağı; asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işverenin koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atayacağı ve aynı şekilde işyerinde kurul oluşturması gerekmeyen asıl işverenin de, alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atayacağı hükme bağlanmıştır. Aynı maddede kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısının elliden fazla olması durumunda koordinasyonu asıl işverence yapılmak koşuluyla asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulacağı belirtilmektedir. Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması durumunda işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirmekle yükümlüdür.

b. Kurumlar

aa. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu

6331 sayılı Yasa'nın 22. maddesinde "Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu³² ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlar-

rını uygular" hükmü yer almaktadır. Öğretide iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunda en önemli birimin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları olduğu ifade edilmekte³³, ancak bu kurulların az sayıda işyerinde amaca uygun şekilde görev yaptığına işaret edilmektedir³⁴.

İş sağlığı ve güvenliği kurulu kurulması 1475 sayılı Yasa'da da yer almaktaydı. Ancak eski iş yasasında iş sağlığı ve güvenliği kurullarının kararına uymak konusunda işverenin bir yükümlülüğü söz konusu değildi. 6331 sayılı Yasa'da olduğu gibi 4857 sayılı İş Yasası'nda da bu kurulların iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak verilen kararlarını işverenler uygulamakla yükümlü tutulmuşlardı³⁵.

Burada akla gelebilecek bir soru şudur: Acaba devamlı olarak elliden az işçi çalıştıran bir işyerinde işveren yasal bir yükümlülüğü bulunmamasına rağmen iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmuş ise bu kurul yasadaki belirtilen yetkilere sahip olacak mıdır? Başka bir deyişle işveren bu kurulun verdiği kararlara da uymakla yükümlü müdür? Bir başka soru olarak işveren yasal bir yükümlülüğü olmamasına rağmen oluşturduğu kurulu istediği zaman tek taraflı iradesi ile ortadan kaldıracak mı? Bu sorulara gerek 4857 sayılı İş Yasası'nda gerekse de 6331 sayılı Yasa'da açık bir yanıt bulunmamaktadır. İşverenin yasal zorunluluk olmasına karşın oluşturduğu kurulun yasadaki yetkileri kullanabileceğini kabul edilmelidir. Ancak işverenin bu kurulu tek taraflı iradesi ile ortadan kaldırabilip kaldıramayacağı çok daha tartışmalı bir durumdur. Bu sorunun teorik açıdan öğretilerde tartışmaya açılması zorunludur. Burada akla gelebilecek bir durum, iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmak konusunda yasal bir yükümlülüğü bulunmayan bir işverenin işyerinde bu kurulu oluşturması halinde bu durumun bir işyeri uygulaması olarak kabul edilebilip edilemeyeceğidir. Bunun bir işyeri uygulaması haline geldiği kabul edilecek olursa, işveren tek taraflı iradesi ile bu kurulu ortadan kaldıramayacaktır. Bir başka noktaya ise ellinin altında işçi çalıştıran bir işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulmasının toplu iş sözleşmesinde öngörülmesi halidir. Bu durum toplu iş ilişkilerini ilgilendirmekte olup, makalenin kapsamı dışında kalmaktadır.

6331 sayılı Yasa'nın ardından yürürlüğe ko-

nulan İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik'in³⁶ 6. maddesine göre kurul şu şekilde oluşur;

- İşveren veya işveren vekili,
- İş güvenliği uzmanı,
- İşyeri hekimi,
- İnsan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi,
- Bulunması halinde sivil savunma uzmanı,
- Bulunması halinde formen, ustabaşı veya usta,
- Çalışan temsilcisi, işyerinde birden çok çalışan temsilcisi olması halinde baş temsilci.

Kurulun başkanı işveren veya işveren vekili; kurulun sekreteri ise iş güvenliği uzmanıdır.

Kurul üyesi iş güvenliği uzmanı; işyeri hekimi; insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi ile sivil savunma uzmanı işveren tarafından atanmaktadır.

Kurul üyesi formen, ustabaşı veya usta ise o işyerindeki formen, ustabaşı veya ustaların yarısından fazlasının katılacağı toplantıda açık oyla seçilir. Seçimle belirlenmemesi halinde işveren tarafından atanır.

Öte yandan aynı Yönetmeliğin 11. maddesinin 2. fıkrasına göre; kurul üyeleri, görevleri nedeniyle işyerlerinin yapım ve üretim teknikleri, ticari sırları ve ekonomik durumları hakkında gördükleri ve öğrendiklerini gizli tutmak zorundadırlar³⁷.

Yönetmeliğin 8. maddesinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu'nun görev ve yetkileri şöylece sıralanmıştır:

“a) İşyerinin niteliğine uygun bir iş sağlığı ve güvenliği iç yönerge taslağı hazırlamak, işverenin veya işveren vekilinin onayına sunmak ve yönergenin uygulanmasını izlemek, izleme sonuçlarını rapor haline getirip alınması gereken tedbirleri belirlemek ve kurul gündemine almak,

b) İş sağlığı ve güvenliği konularında o işyerinde çalışanlara yol göstermek,

c) İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlikeleri ve önlemleri değerlendirmek, tedbirleri belirlemek, işveren veya işveren vekiline bildirimde bulunmak,

ç) İşyerinde meydana gelen her iş kazası ve işyerinde meydana gelen ancak iş kazası olarak değerlendirilmeyen işyeri ya da iş ekipmanının zarara uğratma potansiyeli olan olayları veya meslek

hastalığında yahut iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili bir tehlike halinde gerekli araştırma ve incelemeyi yapmak, alınması gereken tedbirleri bir raporla tespit ederek işveren veya işveren vekiline vermek,

d) İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği eğitim ve öğretimini planlamak, bu konu ve kurullarla ilgili programları hazırlamak, işveren veya işveren vekilinin onayına sunmak ve bu programların uygulanmasını izlemek ve eksiklik görülmesi halinde geri bildirimde bulunmak,

e) İşyerinde yapılacak bakım ve onarım çalışmalarında gerekli güvenlik tedbirlerini planlamak ve bu tedbirlerin uygulamalarını kontrol etmek,

f) İşyerinde yangın, doğal afet, sabotaj ve benzeri tehlikeler için alınan tedbirlerin yeterliliğini ve ekiplerin çalışmalarını izlemek,

g) İşyerinin iş sağlığı ve güvenliği durumuyla ilgili yıllık bir rapor hazırlamak, o yılki çalışmaları değerlendirmek, elde edilen tecrübeye göre ertesi yılın çalışma programında yer alacak hususları değerlendirerek belirlemek ve işverene teklifte bulunmak,

ğ) 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13 üncü maddesinde belirtilen çalışmaktan kaçınma hakkı talepleri ile ilgili acilen toplanarak karar vermek,

h) İşyerinde teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmeye yönelik çalışmalar yapmak”.

Ayrıca aynı maddede kurul üyelerinin kendilerine verilen görevleri yapmalarından dolayı haklarının kısıtlanamayacağı, kötü davranış ve muameleye maruz kalamayacakları açıkça belirtilmektedir.

bb. Çalışan Temsilcisi

6331 sayılı Yasa'nın 20. maddesinde, işverenlerin; işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak, dengeli bir dağılıma özen göstermek koşuluyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenmediği durumda atama yoluyla çalışan temsilcisi görevlendireceği hüküm altına alınmıştır. Aynı maddede çalışan temsilcilerinin sayısı kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre; iki ile elli

arasında çalışanı bulunan işyerlerinde bir, ellibir ile yüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde iki, yüzbir ile beşyüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde üç, beşyüzbir ile bin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde dört, binbir ile ikibin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde beş, ikibinbir ve üzeri çalışanı bulunan işyerlerinde ise altı çalışan temsilcisi görevlendirilecektir. Aynı maddede birden fazla çalışan temsilcisinin bulunması durumunda baş temsilcinin, çalışan temsilcileri arasında yapılacak seçimle belirleneceği; çalışan temsilcilerinin, tehlike kaynağının yok edilmesi veya tehlikeden kaynaklanan riskin azaltılması için, işverene öneride bulunma ve işverenden gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkına sahip olduğu; görevlerini yürütmeleri nedeniyle çalışan temsilcileri ve destek elemanlarının³⁸ haklarının kısıtlanamayacağı ve görevlerini yerine getirebilmeleri için işveren tarafından gerekli olanakların sağlanacağı; işyerinde yetkili sendika bulunması durumunda, işyeri sendika temsilcilerinin çalışan temsilcisi olarak da görev yapacakları belirtilmektedir.

Burada özel olarak değinmek istediğimiz bir durum ise çalışan temsilcilerinin durumudur. 6331 sayılı Yasa'nın 20. maddesinde, işyerindeki işçi sayısı ile ilişkilendirilerek bir ile altı arasında çalışan temsilcisinin çalışanlar arasında yapılacak seçimle veya seçimle belirlenemediği durumlarda ise atama yoluyla belirleneceğinden söz edilmektedir. Aynı hükümde birden fazla çalışan temsilcisinin olduğu işyerlerinde baş temsilcinin çalışan temsilcileri arasında yapılacak seçimle belirlenmesi öngörülmektedir. Nitekim birden fazla çalışan temsilcisinin bulunduğu işyerlerinde baş temsilci iş sağlığı ve güvenliği kurulunun da üyesi olmaktadır. Yasanın 20. maddesine göre işyerinde yetkili sendika bulunması durumunda işyeri sendika temsilcileri de çalışan temsilcisi olarak görev yapacaklardır. Yasa iki ile elli arasında çalışanın bulunduğu işyerlerinde bir çalışan temsilcisinin seçilmesi veya atanmasını öngördüğünden, bu işyerinde yetkili sendika bulunması durumunda işyeri sendika temsilcileri de çalışan temsilcisi olarak görev yapacağından toplam en az iki çalışan temsilcisi bulunacaktır. Bu durumda birden fazla çalışan temsilcisinin varlığı söz konusu olacağından bu temsilci-

ler kendi aralarında baş temsilci seçeceklerdir. İşte yasanın çalışan temsilcisi kavramının içini bir ölçüde boşalttığı bir durum burada söz konusu olmaktadır. Nitekim yasanın "Çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımının sağlanması" kenar başlıklı 18. maddesinde işverene belirli konularda çalışanları, işyeri sendika temsilcilerini, çalışan temsilcilerini bilgilendirme, onlara danışma ve onların katılım göstermelerini sağlama yükümlülüğü yüklenmiştir. Ancak maddenin ilk fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır: "İşveren, görüş alma ve katılımın sağlanması konusunda, çalışanlara veya iki ve daha fazla çalışan temsilcisinin bulunduğu işyerlerinde varsa işyeri yetkili sendika temsilcilerine yoksa çalışan temsilcilerine aşağıdaki imkânları sağlar". Yukarıda da değinildiği gibi işyeri sendika temsilcisinin bulunduğu işyerlerinde çalışan temsilcisi sayısı en az iki olmaktadır. Bu nedenle iki ve daha fazla çalışan temsilcisinin bulunduğu işyerlerinde varsa işyeri yetkili sendika temsilcilerine yoksa çalışan temsilcilerine yasanın 18. maddesinde belirtilen olanakların sağlanacağına belirtilmesi nedeniyle işyeri sendika temsilcileri, çalışan temsilcileri hatta baş temsilci karşısında öncelikli ve ayrıcalıklı bir konuma getirilmektedir. Yasanın TBMM'de kabul edilmesine değin geçen süreçte, anılan hükmün geçirdiği aşamalar da ilginçtir. Nitekim TBMM Başkanlığı'na sunulan tasarıda anılan hüküm şu şekilde kaleme alınmıştı: "İşveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda çalışanların ve/veya temsilcilerinin görüşlerini alır, bunlara teklif getirme hakkı tanır ve bu konulardaki görüşmelerde yer almalarını ve katılımlarını sağlar"³⁹. Tasarının komisyon çalışmalarında ise esas komisyon raporunda şu hüküm benimsenmiştir: "İşveren, görüş alma ve katılımın sağlanması konusunda, çalışanlara veya iki ve daha fazla çalışan temsilcisinin bulunduğu işyerlerinde çalışan temsilcilerine aşağıdaki imkânları sağlar"⁴⁰. TBMM Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerde ise bir değişiklik önergesi⁴¹ ile hüküm yasadaki şeklini almıştır. Bu değişiklik önergesi şu şekilde idi: "Görüşülmekte olan 277 sıra sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısının 18 inci maddesinin birinci fıkrasına "işyerlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "varsa işyeri yetkili sendika temsilcilerine yoksa" ibaresinin eklenmesini arz

ve teklif ederiz". Değişiklik teklifinin gerekçesi ise oldukça ilginçtir. Nitekim tek cümleden oluşan gerekçede "İşyeri sendika temsilcilerinin de bilgilendirme hakkından faydalanmaları sağlanmıştır" denilmektedir. Oysa kanunda açıkça işyeri sendika temsilcilerinin de çalışan temsilcisi olarak görev yaptıkları açıkça belirtildiğinden, çalışan temsilcilerine danışılacağını belirten hüküm işyeri sendika temsilcilerini de kapsayacağı açıktır. Bu nedenle anılan değişiklik teklifinin açık bir şekilde çalışan temsilcileri hatta baş temsilci karşısında işyeri sendika temsilcilerine üstünlük sağlamayı amaçladığı açıktır.

cc. İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimi (İSGB)

aaa. Genel Olarak

4857 sayılı Yasa'nın değişik 81. maddesine, işverenler devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işçilerin ilkyardım ve acil tedavi ve koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla; işyerindeki işçi sayısı, işyerinin niteliği ve işin tehlike ve sınıf derecesine göre, işyerlerinde İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimi oluşturmakla yükümlü tutulmaktaydılar. Ayrıca Yasa'nın 81. maddesinin 2. fıkrasında işverenlerin, iş sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini tamamen veya kısmen "bünyesinde çalıştırdığı ve bu maddeye dayanarak çıkarılacak yönetmelikte belirtilen vasıflara sahip personel ile yerine getirebileceği gibi, işletme dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet olarak da yerine getirebilir. Bu şekilde hizmet alınması işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz" hükmü yer almakta idi.

6331 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde ise, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının tam süreli görevlendirilmesi gereken durumlarda, işverence işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurulması yükümlülüğü öngörülmektedir. Yasanın 6. maddesinde ise, işverenin çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personelinin görevlendireceği, çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir

kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden⁴² hizmet olarak yerine getirebileceği, ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini kendisinin de üstlenebileceği açıkça belirtilmektedir.

bbb. Tanımlar, Kuruluş Koşulları

6331 sayılı Yasa'nın 3. maddesine göre, işyeri sağlık ve güvenlik birimi işyerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütmek üzere kurulan, gerekli donanım ve personele sahip olan birimi ifade etmektedir⁴³. İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'nin 10. maddesinde bu birimde, en az bir işyeri hekimi ile işyerinin tehlike sınıfına uygun belgeye sahip en az bir iş güvenliği uzmanının görevlendirilmesi gereklidir; bu birimde işveren ayrıca diğer sağlık personeli de⁴⁴ görevlendirebilecektir⁴⁵. Yönetmeliğin 12. maddesine göre, OSBG kurulabilmesi için en az bir işyeri hekimi, bir iş güvenliği uzmanı ve bir diğer sağlık personelinin istihdamı zorunludur.

ccc. Görevler

İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği m. 13'te, İSGB ve OSGB'lere, iş yerlerinde sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamı oluşturulmasına katkıda bulunmak amacıyla aşağıda sayılan sorumluluklar yüklenmektedir⁴⁶:

- İşyerinde sağlık ve güvenlik risklerine karşı yürütülecek her türlü koruyucu, önleyici ve düzeltici faaliyeti kapsayacak şekilde, çalışma ortamı gözetimi konusunda işverene rehberlik yapılması ve öneriler hazırlayarak onayına sunulması,
- Çalışanların sağlığını korumak ve geliştirmek amacı ile yapılacak sağlık gözetiminin uygulanması,
- Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri ve bilgilendirilmeleri konusunda planlama yapılarak işverenin onayına sunulması,
- İşyerinde kaza, yangın, doğal afet ve bunun gibi acil müdahale gerektiren durumların belirlenmesi, acil durum planının hazırlanması, ilkyardım ve acil müdahale bakımından yapılması gereken uygulamaların organizasyonu ile ilgili diğer birim, kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapılması,
- Yıllık çalışma planı, yıllık değerlendirme raporu, çalışma ortamının gözetimi, çalışanların

sağlık gözetimi, iş kazası ve meslek hastalığı ile iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bilgilerin ve çalışma sonuçlarının kayıt altına alınması,

e) Çalışanların yürüttüğü işler, işyerinde yapılan risk değerlendirmesi sonuçları ve maruziyet bilgileri ile işe giriş ve periyodik sağlık muayenesi sonuçları, iş kazaları ile meslek hastalıkları kayıtlarının, işyerindeki kişisel sağlık dosyalarında gizlilik ilkesine uyularak saklanması,

f) İşyeri hekimi ve diğer sağlık personelinin görev, yetki, sorumluluk ve eğitimleri ile ilgili yönetmelik ile İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik kapsamında hizmet verdikleri alanlarda belirtilen görevlerin yerine getirilip getirilmediğinin izlenmesi.

İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği m. 14'e göre, işyerinde çalışanlar arasından işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesi durumunda bu kişilerle işveren arasında, OSGB'lerden hizmet alınması durumunda OSGB ile işveren arasında sözleşme imzalanacaktır.

dd. İşyeri Hekimi⁴⁷

aaa. Genel Olarak

Ülkemizde işyeri hekimi istihdamı yükümlülüğünün temelini 6 Mayıs 1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 180'inci maddesi oluşturmaktadır. Bu madde uyarınca en az 50 işçi çalıştıran bütün işyerlerine işçilerin sağlık durumlarına bakmak üzere hekim çalıştırma zorunluluğu öngörülmüştür.

1475 sayılı İş Yasası'nın 73'üncü maddesine göre her işverenin "işyerinde işçilerin sağlığını ve güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak" yükümlülüğü vardı. Bu bağlamda 11.1.1994 tarih ve 14765 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 91'inci maddesi ile işyerinde hekim çalıştırılmasına ilişkin düzenleme yapılmıştı. Bu maddeye göre "sürekli olarak en az 50 işçi çalıştıran işyerlerinde Sosyal Sigortalar Kurumunca sağlanan tedavi hizmetleri dışında kalan işçilerin sağlık durumlarının denetlenmesi, ilk yardım, acil tedavi ve diğer koruyucu sağlık hizmetlerini, düzenlemek üzere işveren

işyerlerindeki işçi sayısına ve işteki tehlikenin büyüklüğüne göre bir ya da daha fazla hekim sağlama" yükümlülüğündeydi.

Ayrıca mevzuatımızda sürekli olarak en az 50 işçi çalıştıran işyerlerinin bulundurulması gereken işyeri hekimlerinin nasıl atanacağı, işyeri hekimlerinin çalışma koşulları ile görev ve yetkileri hakkında 1971 tarihinde yönetmelikte yürürlüğe konulmuştu.

İş sağlığı hizmetlerinin işlevi ve etkinlikleri bu hizmetlerin tıbbi yönünü de ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda da bu hizmetlerin hekim talimatıyla ve hekim sorumluluğu altında yürütülmesi gerekmektedir. İşyeri hekiminden amaçlanan, işyeri hekimliğinde uzmanlaşmış, işgördüğü işyerinin ve içinde bulunduğu sektörün sağlık sorunları hakkında bilgi sahibi olan ve işçi sağlığı, iş kazaları ve meslek hastalıkları hizmetleri hakkında yeterli bilgiye sahip hekimlerdir.

Uygulama göstermiştir ki; işyeri hekimliği, gerek mevzuattaki düzenleme şekli ve gerekse uygulanması bakımından çalışma yaşamımızın eski ancak sorunlu bir kurumudur.

4857 sayılı Yasa'nın 81. maddesi işyerlerinde işyeri hekimi istihdamı veya bu hizmetlerin dışarıdan teminini düzenlemiştir.

6331 sayılı Yasa'da ise işyeri hekimi istihdamı veya bu hizmetlerin ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden temini yanında, gerekli nitelik ve belgelere sahip olması koşuluyla bu görevin bizzat işveren tarafından da yerine getirilebileceği açıkça kabul edilmiştir.

bbb. Tanımı, Görevlendirilmesi

6331 sayılı Yasa'nın kabulünden önce yürürlüğe konulan ancak yeni bir yönetmelik hazırlanmadığından anılan Yasanın, geçici 2. maddesi gereğince uygulanmasına devam edilen İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'in⁴⁸ 4. maddesine göre, işyeri hekimi, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görevlendirilmek üzere Bakanlıkça belgelendirilmiş hekim ifade etmektedir⁴⁹.

İşyerinde iş sözleşmesiyle istihdam edilen "işyeri hekimi" ile yapılan iş sözleşmesinin niteliği ile ilgili olarak Yargıtay 9. HD'nin 13.2.2007 tarih ve 2006/32500 E., 2007/3291 K. sayılı kararı şöyledir: "işverenler yönünden, iş sağlığı ve gü-

venliği önlemlerinin alınması, ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık hizmetlerini yürütmek üzere işyeri hekimi çalıştırma ve işyeri sağlık birimi oluşturma yükümlülüğü getirilmiştir. Görüldüğü üzere işverene düşen bu yükümlülük, belli bir süreyle sınırlandırılmamış olup, süreklilik arz etmektedir. Anılan yasa hükmüne uygun olarak yürürlüğe konulan İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümlerinde de işyeri hekimi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren bir düzenleme bulunmaktadır. Böyle olunca kural olarak işyeri hekimi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, işverenin belli bir süre için aldığı iş kapsamında işçi çalıştırması ve işyeri hekimi çalıştırma yükümünün de ihale yoluyla alınan iş süresince ortaya çıkması gibi durumlarda işyeri hekimi ile işveren arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif nedenlerin bulunduğundan söz edilebilir⁵⁰. Oysa Yargıtay 9. HD'nin 22.4.2004 tarih ve 2003/20073 E., 2004/9321 K. sayılı kararında ise aksi yönde görüş belirtilmekteydi: "Davacı işyeri hekimi olarak davalı işyerinde birer yıllık belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışmış bulunmaktadır. Türk Tabipler Birliği İşyeri Hekimi Çalışma Onayı Yönetmeliği'nin 7. maddesinde çalışma onayının her yıl Şubat ayı sonuna kadar yenileneceği düzenlenmiştir. Davacı nitelikli bir işçi olup, esaslı bir neden bulunduğundan birden fazla yapılan hizmet sözleşmesi belirli süreli olma niteliğini korumaktadır"⁵¹.

İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görevli işyeri hekimlerinin nitelikleri, eğitimleri, belgelendirilmeleri, görev, yetki ve sorumlulukları ile işyeri hekimliği hizmeti verecek toplum sağlığı merkezlerinin yetkilendirilmesi⁵² ve çalışma usul ve esaslarını düzenlemektedir.

İşyeri hekimi olarak görevlendirilecek hekimlere bu Yönetmelikte belirtilen işyeri hekimliği belgesine sahip olmak zorunluluğu getirilmektedir.

ccc. İşyeri Hekimliği Belgesi

- İşyeri hekimliği eğitim programını tamam-

layan ve eğitim sonunda Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak sınavda başarılı olan hekimlere,

- İş sağlığı ve güvenliği alanında en az beş yıl teftiş yapmış olan hekim iş müfettişleri, iş sağlığı bilim uzmanı hekimler, iş sağlığı bilim doktoru ile Bakanlık ve bağlı birimlerinde iş sağlığı ve güvenliği alanında en az beş yıl fiilen çalışmış hekimlerden Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak sınavda başarılı olanlara,

- İş ve meslek hastalıkları ya da işyeri hekimliği yan dal uzmanları ile uzmanlık eğitimi süresince iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili en az 150 saat teorik ve uygulamalı eğitim alan halk sağlığı uzmanlarına istekleri halinde, işyeri hekimliği belgesi verilecektir.

ddd. Görev ve Yetkileri

İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik m. 15'te, işyeri hekiminin görevleri; rehberlik ve danışmanlık, sağlık gözetimi, eğitim ve bilgilendirme ile ilgili birimlerle işbirliği başlıkları altında detaylıca düzenlenmiştir. Bu başlıklar altında toplam 27 alt bentte görevler sayılmaktadır. Yönetmeliğin 16. maddesinde de işyeri hekimlerinin sahip olduğu yetkiler düzenlenmektedir. Bu maddeye göre; işçiler açısından yakın ve hayati tehlike oluşturan bir husus tespit ettiğinde işverene bildirmek, gerekli tedbirler işveren tarafından alınmadığı takdirde durumu Bakanlığa rapor etmek; işyerinde belirlediği yakın ve hayati tehlike oluşturan hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işveren veya işveren vekilinin onayını almak kaydıyla işi geçici olarak durdurmak; görevi gereği işyerinin bütün bölümlerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda inceleme ve araştırma yapmak, gerekli bilgi ve belgelere ulaşmak ve çalışanlarla görüşmek, görevinin gerektirdiği konularda işvereni bilgilendirerek ilgili kurum veya kuruluşlar ile iletişime geçmek ve işyerinin iç düzenlemelerine uygun olarak işbirliği yapmak işyeri hekiminin sahip olduğu yetkilendirilmiştir.

eee. Çalışma Süreleri ve Hekim Sayısı

İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik m. 18. maddesine göre işyeri hekimlerinin işyerindeki

çalışma süresi;

- Az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerine; sağlık gözetimi için ayda en az 10 saat, buna ilave olarak işe giriş ve periyodik muayeneleri ile eğitim için işçi başına yılda en az 20 dakika,
- Tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerine; sağlık gözetimi için ayda en az 15 saat, buna ilave olarak işe giriş ve periyodik muayeneleri ile eğitim için işçi başına yılda en az 25 dakika,
- Çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerine; sağlık gözetimi için ayda en az 20 saat, buna ilave olarak işe giriş ve periyodik muayeneleri ile eğitim için işçi başına yılda en az 30 dakika olarak hesaplanmıştır.

Yönetmeliğin aynı maddesinde az tehlikeli sınıfta yer alan 1000 ve daha fazla işçisi olan işyerlerinde her 1000 işçi için tam gün çalışacak en az bir işyeri hekiminin görevlendirileceği, işçi sayısının 1000 sayısının tam katlarından fazla olması durumunda geriye kalan işçi sayısı göz önünde bulundurularak belirtilen ölçüte uygun yeteri kadar işyeri hekimi ekleneceği hüküm altına alınmıştır. Tehlikeli sınıfta yer alan 750 ve daha fazla işçisi olan işyerlerinde her 750 işçi için tam gün çalışacak en az bir işyeri hekimi görevlendirilecek, işçi sayısının 750 sayısının tam katlarından fazla olması durumunda geriye kalan işçi sayısı göz önünde bulundurularak belirtilen ölçüte uygun yeteri kadar işyeri hekimi eklenecektir. Çok tehlikeli sınıfta yer alan 500 ve daha fazla işçisi olan işyerlerinde ise her 500 işçi için tam gün çalışacak en az bir işyeri hekimi görevlendirilecek, işçi sayısının 500 sayısının tam katlarından fazla olması durumunda geriye kalan işçi sayısı göz önünde bulundurularak belirtilen ölçüte uygun yeteri kadar işyeri hekimi eklenecektir.

fff. İşyeri Hekimi Eğitimi⁵³

İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik m. 4'te, işyeri hekimliği eğitim kurumu, işyeri hekimliği eğitimlerini vermek üzere, gerekli donanım ve personele sahip olan ve Bakanlıkça yetkilendirilen kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre faaliyet gösteren şirketlerce kurulan ve işletilen müesseseler olarak tanımlanmıştır. Eğitim kurumlarının istenen şartları sağlamaları durumunda

Yetki Belgeleri Bakanlıkça düzenlenmektedir.

ee. İş Güvenliği Uzmanı⁵⁴

aaa. Tanımı

4857 sayılı İş Yasası'nın öngördüğü önemli yeniliklerden biri de kimi işyerlerinde "İş Güvenliği ile Görevli Mühendis ve Teknik Eleman" görevlendirme zorunluluğunun getirmiş olmasıdır. 6331 sayılı Yasa'da da iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesi zorunluluğu öngörülmektedir. İş güvenliği uzmanı, yasanın 3. maddesinde "İş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip mühendis, mimar veya teknik eleman" olarak tanımlanmaktaydı. Aynı maddede, teknik eleman teknik öğretmen, fizikçi ve kimyager unvanına sahip olanlar ile üniversitelerin iş sağlığı ve güvenliği programı mezunları olarak tanımlanmıştı. 6331 sayılı yasanın kabulünden sonra yürürlüğe konulan, İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik⁵⁵ m. 4'te de bu kavramlar tanımlanmıştır. Ancak 6331 sayılı Yasanın, iş güvenliği uzmanını tanımlayan hükmü 6495 sayılı Yasa⁵⁶ ile değiştirilmiştir. Yapılan değişiklik sonucu 6331 sayılı Yasada yer alan iş güvenliği uzmanı tanımı şu şekle getirilmiştir: "iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip, Bakanlık ve ilgili kuruluşlarında çalışma hayatını denetleyen müfettişler ile mühendislik veya mimarlık eğitimi veren fakültelerin mezunları ile teknik eleman". Görülüyor ki, yapılan değişiklikle Bakanlık ve ilgili kuruluşlarında çalışma hayatını denetleyen müfettişler de iş güvenliği uzmanı tanımının içine alınmıştır. Yine 6331 sayılı Yasa'nın ilk şeklinde teknik eleman, "teknik öğretmen, fizikçi ve kimyager unvanına sahip olanlar ile üniversitelerin iş sağlığı ve güvenliği programı mezunları" şeklinde tanımlanmışken, bu tanım da 6495 sayılı Yasa ile değiştirilmiştir. Bu değişiklik sonucunda teknik eleman tanımı şu şekle dönüştürülmüştür: "teknik öğretmen, fizikçi, kimyager ve biyolog unvanına sahip olanlar ile üniversitelerin iş sağlığı ve güvenliği programı mezunları". Böylece bu değişiklik ile biyologlar da teknik eleman

tanımının içine alınmıştır. 6495 sayılı Yasa ile 6331 sayılı Yasa'da yapılan değişikliklerin henüz Yönetmeliğe yansımadığını söylemeliyiz. Kaldı ki, 6331 sayılı Yasa'nın ilk hali ile yönetmelikte yer alan teknik eleman tanımları arasında da farklılık bulunmaktadır. Yönetmelikte teknik eleman "teknik öğretmenler, üniversitelerin fen veya fen-edebiyat fakültelerinin fizik veya kimya bölümleri mezunları ile üniversitelerin meslek yüksekokullarının iş sağlığı ve güvenliği programı mezunları" olarak tanımlanmıştır. Ancak Yönetmelikte yer alan tanımın Yasa'da yer alan tanımdan farklı olduğu görülmektedir. Nitekim yasada fizikçi, kimyager veya biyolog unvanına sahip olanlardan söz edilmekte iken yönetmelikte fen veya fen-edebiyat fakültelerinin fizik veya kimya bölümleri mezunlarından ve yine yasada üniversitelerin iş sağlığı ve güvenliği programı mezunlarından söz edilmekte iken, yönetmelikte üniversitelerin meslek yüksekokullarının iş sağlığı ve güvenliği programı mezunlarından bahsedilmektedir.

bbb. Görevlendirilmesi⁵⁷

Kural olarak iş güvenliği uzmanı hukuku-muza göre işçi statüsündedir⁵⁸. Yargıtay bir kararında işverenin iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğünü alt işveren yoluyla yerine getirebileceğini kabul etmekteydi (Y. 9. HD, 12.6.2006 T., 2006/14473 E., 2006/17149 K.). 4857 sayılı İş Yasası'nın 5763 sayılı Yasa'yla değiştirilmesinden önceki şeklinde iş güvenliği uzmanının mutlaka işyerinde işçi olarak istihdam edilmesi zorunluluğunu öngörmekte olduğundan, anılan karar bu açıdan işverenlere bir esneklik sağlayabilecek nitelikteydi⁵⁹. 4857 sayılı İş Yasası'nın 5763 sayılı Yasa ile değişik 81. maddesinde ise iş güvenliği hizmetlerinin dışarıdan satın alınması yolu açılmıştı. Şöyle ki, yasanın değişik 81. maddesinin 2. fıkrasında göre; işverenler bu yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını bünyesinde çalıştırdığı işçilerden başka, işletme dışında kurulu birimlerden hizmet alarak da yerine getirebilecekleri belirtilmekteydi⁶⁰.

6331 sayılı Yasa ise temelde 4857 sayılı İş Yasası'nın 5763 sayılı Yasa ile değişik 81. maddesinde öngörülen sistemi benimsemiş, bunun da ötesinde anılan hizmetlerin gerekli nitelik

ve belgelere sahip olması durumunda bizzat işveren tarafından da yerine getirilebileceğini kabul etmiştir. Yani 6331 sayılı Yasa'da iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin temininde işverene 3 alternatif sunulmaktadır: Birincisi bu hizmetlerin ifası amacıyla işyerinde çalışan istihdam etmektir. İkincisi bu hizmetlerin Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri'nden hizmet alınması suretiyle yerine getirilmesidir. Üçüncüsü ise gerekli nitelik ve belgelere sahip olması durumunda hizmetin bizzat işveren tarafından yerine getirilmesidir. Yukarıda değinilen ve iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğünün alt işveren aracılığıyla yerine getirilebileceğini belirten Yargıtay kararı acaba 6331 sayılı Yasa karşısında geçerliliğini korumakta mıdır? Yani 6331 sayılı Yasa'da açıkça belirtilen ve yukarıda açıklanan 3 alternatif dışında bir dördüncü alternatif olarak işverenler genelde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini özelde ise iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğünü alt işverenler aracılığıyla yerine getirebilecekler midir? Kanaatimizce 4857 sayılı Yasa'nın ilk metninde yer alan ve iş güvenliği uzmanının mutlaka işyerinde işçi olarak istihdam edilmesi zorunluluğunu öngören hükmü karşısında bir esneklik sağlayan iş güvenliği uzmanlarının alt işveren aracılığıyla temini, 6331 sayılı Yasa karşısında geçerliliğini koruyamayacaktır. Zira anılan yasada işverene oldukça geniş bir esneklik sağlayan olanaklar tanınmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin önemi ve alt işveren aracılığıyla sağlanması durumunda ortaya çıkacak sakıncalar ve alt işveren aracılığıyla temin edilebileceğinin kabulü durumunda ortak sağlık ve güvenlik birimleri için öngörülen kısıtlamalar⁶¹ ile denetimlerin⁶² etkisiz duruma getirilebileceği dikkate alındığında soruya olumlu yanıt vermek güçleşmektedir⁶³.

ccc. İş Güvenliği Uzmanının Nitelikleri⁶⁴

İşverence iş güvenliği uzmanı olarak görevlendirileceklerde, İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'te belirtilen iş güvenliği uzmanı belgesine sahip olma zorunluluğu aranmaktadır. Yönetmelik iş güvenliği uzmanlığı belgesini A, B ve C sınıfı olmak üzere üç tür olarak belirlemiştir.

- (C) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesi; (C) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı eğitimine katılarak⁶⁵ yapılacak (C) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı sınavında başarılı olan mühendis, mimar veya teknik elemanlara,

- (B) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesi (C) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesiyle en az üç yıl fiilen görev yaptığını iş güvenliği uzmanlığı sözleşmesi ile belgeleyen ve (B) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı eğitimine katılarak yapılacak (B) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı sınavında başarılı olan mühendis, mimar veya teknik elemanlara ve iş sağlığı ve güvenliği veya iş güvenliği alanında yüksek lisans yapmış olan mühendis, mimar veya teknik elemanlardan (B) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı için yapılacak sınavda başarılı olanlara

- (A) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesi; (B) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesiyle en az dört yıl fiilen görev yaptığını iş güvenliği uzmanlığı sözleşmesi ile belgeleyen ve (A) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı eğitimine katılarak yapılacak (A) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı sınavında başarılı olan mühendis, mimar veya teknik elemanlara; İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü ve bağlı birimlerinde mühendis, mimar veya teknik eleman olarak en az on yıl görev yapmış olanlardan (A) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı için yapılacak sınavda başarılı olanlara; iş sağlığı ve güvenliği veya iş güvenliği programında doktora yapmış olan mühendis, mimar veya teknik elemanlara; iş sağlığı ve güvenliği alanında müfettiş yardımcılığı süresi dâhil en az sekiz yıl teftiş yapmış mühendis, mimar veya teknik eleman olan iş müfettişlerine; İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü ve bağlı birimlerinde iş sağlığı ve güvenliği alanında uzman yardımcılığı süresi dâhil en az sekiz yıl fiilen görev yapmış mühendis, mimar veya teknik eleman olan Bakanlık iş sağlığı ve güvenliği uzmanlarına verilmektedir.

İş güvenliği uzmanlarından; (C) sınıfı belgeye sahip olanlar az tehlikeli sınıfta, (B) sınıfı belgeye sahip olanlar az tehlikeli ve tehlikeli sınıflarda, (A) sınıfı belgeye sahip olanlar ise bütün tehlike sınıflarında yer alan işyerlerinde çalışabileceklerdir⁶⁶. Ancak 6331 sayılı Yasa'nın geçici 4. maddesine göre; çok tehlikeli sınıfta

yer alan işyerlerinde (A) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğü, bu işyerlerinde Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört yıl süreyle (B) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesi; tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde ise (B) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğü, bu işyerlerinde Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle (C) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesi kaydıyla yerine getirilmiş sayılmaktadır⁶⁷. Yani bu geçici madde ile işyerlerine belirli bir süre ile sınırlı olarak bir alt sınıf iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip kişileri istihdam ederek yükümlülüğünü yerine getirme olanağı tanınmaktadır.

Birden fazla iş güvenliği uzmanının görevlendirilmesinin gerektiği işyerlerinde, sadece tam süreli olarak görevlendirilen iş güvenliği uzmanının işyerinin tehlike sınıfına uygun belgeye sahip olması yeterlidir.

İş güvenliği uzmanlarının görevleri; detayları yönetmelikte sayılmakla birlikte rehberlik, risk değerlendirmesi, çalışma ortamı gözetimi, ilgili birimlerle işbirliği, eğitim, bilgilendirme ve kayıt, ilgili birimlerle işbirliği başlıkları altında 9. maddede belirtilmektedir.

ddd. İş Güvenliği Uzmanlarının Yetkileri⁶⁸

İş güvenliği uzmanlarının yetkileri yönetmelikte şu şekilde ele alınmıştır:

- İşverene yazılı olarak bildirilen iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirlerden hayati tehlike arz edenlerin makul bir süre içinde işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, bu hususu işyerinin bağlı bulunduğu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne bildirmek,

- İşyerinde tespit edilen hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işin durdurulması için işverene başvurmak,

- Görevi gereği işyerinin bütün bölümlerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda inceleme ve araştırma yapmak, gerekli bilgi ve belgelere ulaşmak ve çalışanlarla görüşmek,

- Görevinin gerektirdiği konularda işverenin bilgisi dâhilinde ilgili kurum ve kuruluşlarla

işyerinin iç düzenlemelerine uygun olarak iş birliği yapmak.

eee. İş Güvenliği Uzmanlarının Çalışma Süreleri⁶⁹

İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'te iş güvenliği uzmanlarının çalışma süreleri işyerindeki işçi sayısı ve işyerinin ait olduğu tehlike sınıfı esas alınarak kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre;

- 10'dan az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışan başına yılda en az 60 dakika
- Diğer işyerlerinden; az tehlikeli sınıfta yer alanlarda, çalışan başına ayda en az 10 dakika; tehlikeli sınıfta yer alanlarda, çalışan başına ayda en az 15 dakika; çok tehlikeli sınıfta yer alanlarda, çalışan başına ayda en az 20 dakika görev yapılmalıdır. Az tehlikeli sınıfta yer alan 1000 ve daha fazla çalışanı olan işyerlerinde her 1000 çalışan için tam gün çalışacak en az bir iş güvenliği uzmanı görevlendirilmelidir. Çalışan sayısının 1000 sayısının tam katlarından fazla olması durumunda geriye kalan çalışan sayısı göz önünde bulundurularak ölçüte uygun yeteri kadar iş güvenliği uzmanı ek olarak görevlendirilmelidir. Tehlikeli sınıfta yer alan 750 ve daha fazla çalışanı olan işyerlerinde her 750 çalışan için tam gün çalışacak en az bir iş güvenliği uzmanı görevlendirilecektir. Çalışan sayısının 750 sayısının tam katlarından fazla olması durumunda geriye kalan çalışan sayısı göz önünde bulundurularak belirtilen ölçüte uygun yeteri kadar iş güvenliği uzmanı ek olarak görevlendirilmelidir. Çok tehlikeli sınıfta yer alan 500 ve daha fazla çalışanı olan işyerlerinde ise her 500 çalışan için tam gün çalışacak en az bir iş güvenliği uzmanı görevlendirilecektir. Çalışan sayısının 500 sayısının tam katlarından fazla olması durumunda geriye kalan çalışan sayısı göz önünde bulundurularak belirtilen ölçüte uygun yeteri kadar iş güvenliği uzmanı ek olarak görevlendirilir.

fff. İş Güvenliği Uzmanı Nerede Eğitilmelidir?⁷⁰

Yönetmelikte iş güvenliği uzmanları için eğitim kurumları, Bakanlıkça yetkilendirilen kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faaliyet gösteren şirketler tarafından kurulan müesseseler olarak tanımlanmaktadır.

Yönetmeliğin 14 vd. maddelerinde iş güvenliği uzmanlığı eğitim kurumu başvuru işlemleri, eğitim kurumu yeri ve yerleşim planında aranacak şartlar ile derslik ve diğer bölümlerde aranacak şartlar yanında aydınlatma, gürültü ve termal konfor şartları detaylı biçimde sayılmaktadır.

Eğitim kurumlarına ilişkin bazı düzenlemeler şunlardır;

- Yetki belgelerinin eğitim kurumları tarafından beş yılda bir vize ettirilmesi zorunludur.
- Eğitim kurumları, iş güvenliği uzmanlığı eğitim kurumu yetki belgesini almadıkça eğitim için katılımcı kaydı yapamaz ve eğitime başlayamaz.
- Eğitim kurumları, eğitim hizmetlerinin bir kısmını veya tamamını başka bir kişi veya kuruma devredemez.
- Eğitim kurumlarında, sadece eğitici belgesine sahip olanlar eğitici olarak görev alabilir.

4. Sonuç

4857 sayılı İş Yasası'nda İş Sağlığı ve Güvenliği ile ilgili konularda önemli düzenlemelerin ele alındığı, bu alanda 1475 sayılı İş Yasası da dahil olmak üzere yürürlükten kaldırılan iş yasalarına göre ileri hükümlere yer verilerek belirli kurum ve kavramların yasaya taşındığı görülür. Gerçekten de bu bağlamda bu yasa ve koşutundaki düzenlemelerle üyesi olacağımız Avrupa Topluluğu hukuku müktesebatı bakımından bazı adımlar atılmıştır. 4857 sayılı İş Yasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili işyeri örgütlenmesine ilişkin bir çok yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliklerden bazıları yargı kararları ile iptal edilmiş bazıları ise yeni yönetmeliklerin hazırlanması neticesinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durum ise Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra iş sağlığı ve güvenliği alanında

sağlıklı ve tutarlı bir uygulamanın ortaya çıkmasını üzümlere belirtmeliyiz ki imkânsız hale getirmiştir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası ile iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerin iş yasasından bağımsız ve ayrı bir şekilde ele alınması olumludur. Nitekim Yasanın kapsamının kamu kurumlarını da içerecek şekilde geniş tutulması çalışanların iş sağlığı ve güvenliği açısından oldukça önemlidir.

6331 sayılı Yasa'nın 38. maddesinde yürürlük tarihi düzenlenmiştir. Kapsam alanına tüm çalışanların alınması, ayrıca iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüklerinin işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın tüm işyerlerine yayılması nedeniyle, yürürlük bakımından aşamalı bir süreç öngörülmüştür. Şöyle ki; yasanın 6, 7 ve 8. maddeleri; kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra, 50'den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra, diğer işyerleri için yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girecektir. Yasanın 6. maddesi iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirmeye ilişkindir. Yasanın 7. maddesi ise işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde, devletin desteğine ilişkindir. Yasanın 8. maddesi işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlarının çalışma koşulları ve görevlendirilmesine ilişkindir. Yine bu hükmün yürürlüğü için yukarıdaki geçiş süresi öngörülmüştür. Yasanın 9, 31, 33, 34, 35, 36 ve 38. maddeleri ile geçici 4, geçici 5, geçici 6, geçici 7 ve geçici 8. maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Öteki maddeler ise yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girecektir. 4857 sayılı Yasa'nın 77, 78, 79, 80, 81 ve 88. maddelerine göre yürürlüğe konulan yönetmeliklerin bu yasaya aykırı olmayan hükümleri, bu yasada öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar uygulanmaya devam edilecektir.

6331 sayılı Yasa'nın çıkarılmasını öngördüğü yönetmeliklerden bazıları yürürlüğe konulmuş olmakla birlikte henüz tüm yönetmeliklerin hazırlanması süreci tamamlanmamıştır. Bu nedenle anılan yönetmeliklerin yürürlüğe konul-

masıyla yasaya tam bir işlerlik kazandırılacaktır. Bu nedenle ileride yürürlüğe konulacak yönetmelikler de başkaca incelemelerle değerlendirilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Avrupa Komisyonu'nun Türkiye hakkındaki 2005 yılı İlerleme Raporu, Brüksel 9 Kasım 2005 SEC (2005) 1426, COM (2005) 561 "Sosyal Politika ve İstihdam"a ilişkin 19. fasıl (Raporun Türkçe metni için bkz. http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2005.pdf - Erişim tarihi: 18.6.2013).
- 2 Bkz. DEAKIN, Simon/MORRIS, Gillian S., Labour Law, Sixth Edition, Oxford 2012, s. 357.
- 3 Bkz. DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, İstanbul, 2006, s. 22; BEİGEL, A., Arbeitssicherheitsrecht in Deutschland und Frankreich, Harmonisierung des Arbeitssicherheitsrecht in Rahman Europäischen Union Diss Frankfurt/Berlin/Bern/Newyork/Paris/Wien 1995, s. 240; WANK, R., BÖRGMAN, U., Deutshes und Europaeisches Arbeitsschutzrecht, München 1992, s. 83 vd.
- 4 Krş. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 25; BEİGEL, s. 248. WANK/BÖRGMAN, s. 90 vd.
- 5 Krş. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 25; BEİGEL, s. 248. WANK/BÖRGMAN, s. 90 vd.
- 6 Krş. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 138-139.
- 7 Örneğin 9.12.2003 tarihli 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği" 16.5.2006 tarih 2004/942 E. ve 2006/3007 K. sayılı karar ile Danıştay'ca iptal edilmiştir. İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik 16.12.2003 tarih ve 25318 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ancak Danıştay 10. Dairesinin 2004/1253 E. ve 2006/1658 K. sayılı kararı ile 4. maddesinde yer alan "işyeri hekimi" tanımı ile 18, 19, 20 ve 25. maddelerinin iptaline karar verilmiştir. Yine aynı alanda "İş Güvenliği İle Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev Yetki ve Sorumlulukları İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik" 20.1.2004 tarih ve 25352 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ancak 4.5.2005 tarih ve 25713 sayılı Resmi Gazete'de değişikliğe uğratılmıştır. Bu kez aynı yönetmeliğin 4. maddesindeki "iş güvenliği uzmanı" tanımı ve 5, 7, 8, 9.10, 11, 12, 13, 14, 15 ve 16. maddeleri Danıştay 10. Dairesinin 28.3.2006 tarih ve 2004/6075 E., 2006/2159 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Krş. DEMİRCİOĞLU, A. Murat, "İş Güvenliği İle Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları İle Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik" in Bazı Maddelerinin İptaline İlişkin Danıştay 10. Dairesi'nin 2004/6075 E., 2006/2159 K. sayılı kararının Değerlendirilmesi, Yargı Kararları İncelemeleri Dergisi, Legal Yayınevi, 2006/2, İstanbul, s. 206-232.
- 8 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, Ankara 2012, s. 1200-1201.
- 9 DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 4 vd.; BALKIR, Z. Gönül, İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması, İşveren İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 2, S. 1, 2012, s. 71; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI,

- İş Hukuku, 1201; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2012, s. 857. Ancak SÜZEK, ayrıntılı ve teknik iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin ve standartlarının böyle bir yasada yer almasının uygun olmadığını belirtmektedir.
- 10 RG, 30.6.2012, 28339.
- 11 Aynı yönde ALPAGUT, Gülsevil, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, Ankara, TİSK yayını, 2012, s. 25-26. Ancak ALPAGUT, kapsamı bu denli geniş tutulan yasanın nasıl uygulanacağını, teşkilat ve denetimin nasıl yapılacağını önemli bir soru işaretini olduğunu belirtmektedir.
- 12 Bkz. YENİSEY, Doğan Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s. 154 vd.
- 13 Nitekim 6331 sayılı yasa ile 4857 sayılı yasa da yer alan işyeri tanımları arasındaki tek farklılık birinde “çalışan”dan söz edilirken diğerinde “işçi”den söz edilmesidir. 6331 sayılı yasanın kamu görevlileri, çırak ve stajyerler hakkında da uygulanması nedeniyle işyeri tanımında “işçi”den değil de “çalışan”dan söz edilmesi bir zorunluluktur.
- 14 DEMİRCİOĞLU, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, İstanbul Ticaret Odası Yayını, Yayın No: 2008-71, İstanbul 2008, s. 46.
- 15 DEMİRCİOĞLU, A. Murat / CENTEL, Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2012, s. 55-59.
- 16 DEMİRCİOĞLU, Sorularla İş Yasası, s. 46.
- 17 DEMİRCİOĞLU, Sorularla İş Yasası, s. 46.
- 18 DEMİRCİOĞLU, Sorularla İş Yasası, s. 47.
- 19 DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 57.
- 20 DEMİRCİOĞLU, Sorularla İş Yasası, s. 47.
- 21 DEMİRCİOĞLU, Sorularla İş Yasası, s. 47.
- 22 DEMİRCİOĞLU, Sorularla İş Yasası, s. 47.
- 23 DEMİRCİOĞLU, Sorularla İş Yasası, s. 47.
- 24 Bu koşulun “işyerinde hiçbir dönemde elliden az işçi çalıştırılmaması” şeklinde değil, işin ve işyerinin niteliği bakımından işyerinde elli ve daha fazla işçinin bulunması gereken işyerleri şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. MOLLAMAHTOĞLU/ASTARLI, İş Hukuku, s. 1238.
- 25 4857 sayılı yasa da iş güvenliği uzmanı istihdamı için işyerinde görülen işin sanayiden sayılan işlerden olması koşulu da aranmaktaydı (Bkz. EKMEKÇİ, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul 2005, s. 136; SERATLI, Burcu, 4857 Sayılı İş Kanunu’nda İş Sağlığı ve İş Güvenliği, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/7, s. 1129 vd.). İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı istihdamı açısından elli işçi sınırının, iş güvenliği uzmanı açısından da sanayiden sayılma koşulunun kaldırılmasının hükmün uygulanabilirliği açısından şüphe yarattığı yönünde bkz. ALPAGUT, Yasa Tasarısında İşveren Yükümlülükleri, s. 32. İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğü açısından çok tehlikeli işyerlerinde en az 20, tehlikeli işyerlerinde 30, az tehlikeli işyerlerinde ise 50 işçi çalıştırılması ölçütü şeklinde kademeli bir yapı öngörülmesi yönünde bkz. CANIKLIOĞLU, Nürşen, İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, Ankara, TİSK yayını, 2012, s. 52-53.
- 26 EKMEKÇİ, s. 45; DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 111.
- 27 EKMEKÇİ, s. 45; DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 111.
- 28 EKMEKÇİ, s. 46; DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 111-112; YENİSEY, s. 155 vd.
- 29 EKMEKÇİ, s. 49; DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 112.
- 30 EKMEKÇİ, s. 47; DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 112.
- 31 DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 112.
- 32 4857 sayılı yasanın 80. maddesinde geçen “devamlı olarak en az elli işçi” ibaresinin yılın hiçbir döneminde elliden az işçi çalıştırılmaması şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. EKMEKÇİ, s. 67; MOLLAMAHTOĞLU/ASTARLI, İş Hukuku, 1236.
- 33 SÜZEK, İş Hukuku, s. 868; EKMEKÇİ, s. 65.
- 34 SÜZEK, İş Hukuku, s. 868. Yazar, ayrıca küçük işletmelerin bir araya gelerek ortak iş sağlığı ve güvenliği kurulları oluşturmalarının yasayla zorunlu kılınmasını önermektedir (s. 869).
- 35 DEMİRCİOĞLU, Sorularla İş Yasası, s. 268.
- 36 RG, 18.1.2013, 28532.
- 37 İş sağlığı ve güvenliği uzmanlarının sırt tutma yükümlülüğü hakkında bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 129-131.
- 38 6331 sayılı yasanın 3. maddesinde destek elemanı, asli görevinin yanında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda özel olarak görevlendirilmiş uygun donanım ve yeterli eğitime sahip kişi olarak tanımlanmaktadır.
- 39 Tasarı metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0605.pdf> (24.6.2013).
- 40 Komisyon raporu için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss277.pdf> (24.6.2013).
- 41 19.6.2013 tarihinde TBMM Genel Kurulu’nda yapılan görüşmeler ve değişiklik önergesi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil2/ham/b12101h.htm> (24.6.2013). Anılan değişiklik önergesi teklifini sunan milletvekilleri şöyledir: Süleyman Çelebi, Haydar Akar, Özgür Özel, Celal Dinçer, Kadir Gökmen Ögüt.
- 42 Kanunun 3. maddesinde, ortak sağlık ve güvenlik birimi (OSGB), kamu kurum ve kuruluşları, organize sanayi bölgeleri ile Türk Ticaret Kanunu’na göre faaliyet gösteren şirketler tarafından, işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmak üzere kurulan gerekli donanım ve personele sahip olan ve Bakanlıkça yetkilendirilen birim olarak tanımlanmaktadır. Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin yetkilendirilme işlemleri ile ilgili bkz. ÖZER, Kasım, Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinin Yetkilendirilmesi Uygulaması, İşyeri ve Ortak Sağlık Güvenlik Birimleri Mevzuatı Açısından İşveren Yükümlülükleri Semineri, 17 Aralık 2009, İstanbul, TİSK Yayını, 2010, s. 35-48.
- 43 İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği (RG, 29.12.2012,

- 28512) m. 4'te de aynı tanım yer almaktadır.
- 44 Kanunun 3. maddesinde işyeri sağlık ve güvenlik birimlerinde görevlendirilebilecek işyeri hemşiresi, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na göre hemşirelik mesleğini icra etmeye yetkili, iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş işyeri hemşireliği belgesine sahip hemşire/sağlık memuru olarak tanımlanmaktadır.
- 45 Bakanlıkça yetkilendirilen toplum sağlığı merkezleri de gerekli koşullara sahip olmaları durumunda, işyeri hekimliği ve diğer sağlık personeli hizmetlerini sunabilirler (Yön. m. 17).
- 46 Aynı hükümde, OSGB'lerin iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin tamamını veya bir kısmını başka bir kişi veya kuruma devredemeyecekleri açıkça belirtilmektedir.
- 47 DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği, Kemal OĞUZMAN'a Armağan, Ankara 1997, s. 193 vd; GÜZEL, Ali, Dünya'da ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, Ankara 2003, s. 9-64. Avrupa Birliği'nde iş sağlığındaki mevzuat ve politikalar çerçevesinde iş hekiminin rolü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çev: GELEGEN, Didem Gediz/KAAN, Ebru Saner/ÖZDEMİR, Nalan, Avrupa'da İş Hekimliği: Kapsam ve Yetkililikler, Türk Tabipler Birliği Yayını, Nisan 2002.
- 48 RG, 27.11.2010, 27768.
- 49 Krş. DEMİRCİOĞLU, İşyeri Hekimliği, s. 207 vd.
- 50 DEMİRCİOĞLU, Sorularla İş Yasası, s. 69.
- 51 DEMİRCİOĞLU, Sorularla İş Yasası, s. 70.
- 52 Yönetmeliğin 5. maddesine göre, toplum sağlığı merkezlerinin işyeri hekimliği hizmeti sunabilmeleri için en az bir işyeri hekimi ve bir diğer sağlık personeli görevlendirilmesi zorunludur.
- 53 Krş. DEMİRCİOĞLU, İşyeri Hekimliği, s. 199-200.
- 54 DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 113 vd; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısının iş güvenliği uzmanlığı yönünden değerlendirilmesi için bkz. DEMİRCİOĞLU, A. Murat, İş Güvenliği Uzmanlığı Yönünden İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın İncelenmesi, Sicil - Mart 2007, Yıl: 2, S. 5, s. 9-18.
- 55 RG, 29.12.2012, 28512.
- 56 RG, 2.8.2013, 28726.
- 57 DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 113 vd.
- 58 DEMİRCİOĞLU, Sorularla İş Yasası, s. 281.
- 59 EKMEKÇİ, Ömer, İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri İle Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerine İlişkin Genel Esaslar, İşyeri ve Ortak Sağlık Güvenlik Birimleri Mevzuatı Açısından İşveren Yükümlülükleri Semineri, 17 Aralık 2009, İstanbul, TİSK Yayını, 2010, s. 31.
- 60 DEMİRCİOĞLU, Sorularla İş Yasası, s. 281.
- 61 Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin kurulması ve yetkilendirilmelerinin oldukça sıkı koşullara bağlanarak bu kuruluşlara belirli bir ölçüde standart getirilmesinin son derece isabetli olduğu yönünde bkz. EKMEKÇİ, Sağlık ve Güvenlik Birimlerine İlişkin Genel Esaslar, s. 28.
- 62 Denetim ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL, Tankut, 3.4.2012 Tarihli 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'nda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetim Sistemi ve Yaptırımlar, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, Ankara, TİSK yayını, 2012, s. 55-65.
- 63 Öğretide, Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinden hizmet alınması olanağının dahi sınırlı açık olduğu belirtilmekte ve kapsamın kademeli olarak genişletilmesinin yararlı olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Arıcı, Kadir, İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş, Ankara 2013, s. 123.
- 64 DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 115 vd.; EKMEKÇİ, s. 138 vd.
- 65 İş sağlığı ve güvenliği alanında müfettiş yardımcılığı süresi dâhil en az sekiz yıl teftiş yapmış mühendis, mimar veya teknik eleman olan iş müfettişleri ile İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü ve bağlı birimlerinde iş sağlığı ve güvenliği alanında uzman yardımcılığı süresi dâhil en az sekiz yıl fiilen görev yapmış mühendis, mimar veya teknik eleman olan Bakanlık iş sağlığı ve güvenliği uzmanları (C) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı sınavına doğrudan katılabilirler.
- 66 6331 sayılı Yasa'nın 9. maddesine göre; işyeri tehlike sınıfları; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'nın 83'üncü maddesine göre belirlenen kısa vadeli sigorta kolları prim tarifesi de dikkate alınarak, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'nün Başkanlığı'nda ilgili taraflarca oluşturulan komisyonun görüşleri doğrultusunda, Bakanlıkça çıkarılacak tebliğ ile tespit edilir. Kanunun öngördüğü tebliğ İş Sağlığı ve Güvenliği'ne İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği adı altında yürürlüğe konulmuştur (RG, 26.12.2012, 28509).
- 67 İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'te 31.1.2013 tarih ve 28545 sayılı RG'de yayımlanan yönetmelikle değişiklik yapılarak yönetmeliğe geçici bir madde eklenmiştir. Bu geçici 2. maddenin ilk fıkrası şu şekildedir: "Üç yıllık mesleki tecrübe ve (C) veya (B) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip iş güvenliği uzmanları; sektörel düzenleme kapsamında kendi meslek dallarına uygun işlerin yapıldığı işyeriyle sınırlı olmak üzere, bütün tehlike sınıflarındaki işyerlerinde görevlendirilebilirler. Bu hüküm, maddenin yürürlüğe giriş tarihinden itibaren yedi yıl geçerlidir. Bu süre içinde işyerinin tehlike sınıfına uygun belge almayan veya alamayan iş güvenliği uzmanları için söz konusu görevlendirmeler kazanılmış hak sayılmaz". Anılan bu fıkra hakkında açılan dava sonucunda Danıştay 10. Dairesinin 30.5.2013 tarih ve 2013/919 E. sayılı kararıyla yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir. Danıştay kararında, 6331 sayılı Yasa uyarınca, çok tehlikeli sınıfa tabi işyerlerinde B sınıfı belgeye sahip uzmanların 4 yıl süreyle görevlendirilmeleri olanaklı iken dava konusu Yönetmelikle bu istisna hükmü genişletilerek, hem B sınıfı belgeye sahip uzmanların 4 yıl yerine 7 yıl süreyle görevlendirilmesine hem de bu tehlike sınıfında hiçbir zaman çalışılmayacak C sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanlarının da 7 yıl süreyle görevlendirilmesine olanak tanındığı; aynı şekilde C sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanları tehlikeli sınıfa tabi işyerlerinde Yasa uyarınca 3 yıl süreyle görevlendirilebilecekken, anılan

Yönetmelikle bu sürenin 7 yıla çıkarıldığı belirtilerek yapılan düzenleme 6331 sayılı Yasaya aykırı bulunmaktadır. Ayrıca 6495 sayılı Yasa ile 6331 sayılı Yasa'nın geçici 4. maddesine eklenen ek fıkıyla, Bakanlığa, usul ve esaslarını belirlemek kaydıyla, iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip olanlara, Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenmiş olan prim gün sayısı ile sahip oldukları belge sınıfı gibi hususları dikkate alarak üst sınıflardaki iş güvenliği uzmanlığı belgesi alabilmeleri için fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde kullanılmak koşuluyla en fazla iki sınav hakkı verilmesine dair gerekli düzenlemeyi yapma yetkisi tanınmıştır.

- 68 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 121 vd.; EKMEKÇİ, s. 147; ÖZDEMİR, K., 4857 Sayılı İş Yasası İş Sağlığı ve Güvenliği Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayını, Şubat 2004, s. 31 vd; BAYRAM, F., Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Hakim Olan İlkeler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/7, s. 1104 vd.; AUFHAUSER R., / BRUNHÖBER, H., Igl P. Arbeitssicherheitsgesetz, Kommentar, Baden 1992 Md. 8, kb. 2, s. 83.
- 69 Bkz. DEMİRCİOĞLU, İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 124 vd.; EKMEKÇİ, s. 144.
- 70 Eğitim ile ilgili Danıştay 10. Dairesi'nin 28.3.2006 tarih ve 2004/6075 E., 2006/2159 K. sayılı kararı; DEMİRCİOĞLU, Danıştay Kararının Değerlendirilmesi, s. 206-232.

KAYNAKLAR

- ALPAGUT, Gülsevil, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, Ankara, TİSK yayını, 2012, s. 23-40.
- ARICI, Kadir, İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş, Ankara 2013, s. 109-125.
- AUFHAUSER R., / BRUNHÖBER, H., Igl P. Arbeitssicherheitsgesetz, Kommentar, Baden 1992 Md. 8, kb. 2.
- BALKIR, Z. Gönül, İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 2, S. 1, 2012, s. 56-91.
- BAYRAM, F., Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Hakim Olan İlkeler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/7.
- BEİGEL, A., Arbeitssicherheitsrecht in Deutschland und Frankreich, Harmonisierung des Arbeitssicherheitsrecht in Rahmman Europaeischen Union Diss, Frankfurt/Berlin/Bern/Newyork/Paris/Wien 1995.
- CANIKLIOĞLU, Nursen, İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, Ankara, TİSK yayını, 2012, s. 41-54.
- CENTEL, Tankut, 3.4.2012 Tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısında İş Sağlığı ve Güvenliği Denetim Sistemi ve Yaptırımlar, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, Ankara, TİSK yayını, 2012, s. 55-65.
- DEAKIN, Simon/MORRIS, Gillian S., Labour Law, Sixth Edi-

tion, Oxford 2012.

- DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, İstanbul, 2006.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat, "İş Güvenliği İle Görevli Mühendis Veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" in Bazı Maddelerinin İptaline İlişkin Danıştay 10. Dairesi'nin 2004/6075 E., 2006/2159 K. sayılı kararının Değerlendirilmesi, Yargı Kararları İncelemeleri Dergisi, Legal Yayınevi, 2006/2, İstanbul, s. 206-232.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat/CENTEL, Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2012.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, İstanbul Ticaret Odası Yayını, Yayın No: 2008-71, İstanbul 2008.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği, Kemal OĞUZMAN'a Armağan, Ankara 1997, s. 193 vd.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat, İş Güvenliği Uzmanlığı Yönünden İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın İncelenmesi, Sicil - Mart 2007, Yıl: 2, S. 5, s. 9-18.
- EKMEKÇİ, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul 2005.
- EKMEKÇİ, Ömer, İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri İle Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerine İlişkin Genel Esaslar, İşyeri ve Ortak Sağlık Güvenlik Birimleri Mevzuatı Açısından İşveren Yükümlülükleri Semineri, 17 Aralık 2009, İstanbul, TİSK Yayını, 2010, s. 24-35.
- Çev: GELEGEN, Didem Gediz/KAAN, Ebru Saner/ÖZDEMİR, Nalan, Avrupa'da İş Hekimliği: Kapsam ve Yeterlilikler, Türk Tabipler Birliği Yayını, Nisan 2002.
- GÜZEL, Ali, Dünya'da ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, Ankara 2003, s. 9-64.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, Ankara 2012.
- ÖZDEMİR, K., 4857 Sayılı İş Yasası İş Sağlığı ve Güvenliği Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayını, Şubat 2004.
- ÖZER, Kasım, Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinin Yetkilendirilmesi Uygulaması, İşyeri ve Ortak Sağlık Güvenlik Birimleri Mevzuatı Açısından İşveren Yükümlülükleri Semineri, 17 Aralık 2009, İstanbul, TİSK Yayını, 2010, s. 35-48.
- SERATLI, Burcu, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda İş Sağlığı ve İş Güvenliği, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/7.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2012.
- WANK, R., BÖRGMAN, U., Deutsches und Europaeisches Arbeitsschutzrecht, München 1992.
- YENİSEY, Doğan Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.

Prof. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Onursal Üyesi

Hukuki Yönden Fazla Çalışma

GİRİŞ

Anayasa'nın 50/3. maddesinde dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu vurguladıktan sonra, ücretli hafta ve bayram tatili ile yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceğine yer verilmiştir.

İşin verimliliği, sürekliliği iş gücünün sahibi işçinin maddî ve manevî ihtiyaçlarını gidermesi için belirli süre çalıştıktan sonra dinlenmesini gerektirir. Buna karşın, ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi sebeplerle kanunda yazılı çalışma süresinin dışında işçiye fazla çalışma yaptırmak da gerekebilir.

Ancak fazla çalışma yapan işçinin normal saat ücretinden fazla bir ücret alması da hakkaniyetin bir gereğidir. Bunun için yasa koyucu fazla çalışmanın kural olarak daha çok ücretle karşılanmasını öngörmüştür. 4857 sayılı İş Kanunu, esnek sürelerle çalışma düzenine imkân vermiştir. İşçinin rızasıyla, fazla çalışmanın ücret dışında telefî edici izin

ile veya denkleştirmeyle karşılanabilmesine imkân verilmiştir.

Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışma olarak kabul edilecektir. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir. Oysa bir fazla saat çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenmektedir.

Öte yandan fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. İşçinin hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanması esası benimsenmiştir.

1- ÇALIŞMA SÜRELERİNDE ESNEKLİK UYGULAMALARI

1- Genel Olarak

İş hukukunda esneklik, daha çok iş sürelerinde ve fazla çalışma kavramında ortaya çıkmaktadır. Gerçekten çalışma sürelerine ilişkin mevzuat, rekabeti etkileyen önemli unsurlardan birisi olup çalışma sürelerinin düzenlenmesi ve kısaltılması, sosyal taraflar arasında en önemli tartışma konularından birini oluşturmaktadır. Bu durumda dünyada çalışma sürelerinin kısaltılması eğilimi ortaya çıkmaktadır. Çalışma sürelerinin kısaltılması, ekonomik krizlerde işveren tarafının çalışma sürelerini esnek olarak uygulaması fikrini ön plana çıkarmıştır.

Öte yandan, değişen üretim tarzları ve istihdam koşulları da esnek iş sürelerini gerekli kılmıştır. İşletme giderlerinin düşürebilmesi ve rekabet gücünün korunabilmesi de iş sürelerindeki katılıktan kurtulmayı zorunlu hale getirmiştir. Aşağıda çalışma sürelerinin esnekliğine ilişkin uygulamaları sırasıyla inceleyeceğiz.

2- Kayan İş Süresi

İş sürelerine esneklik kazandırılması için uygulanan modellerden ilki, kayan iş süresi olarak adlandırılmaktadır. Bu model işçiye, iş süresinin başlangıcı ve bitimini kendisinin ayarlamasına imkân veren esnek iş süresidir. Kayan iş süresi, işçinin blok süre olarak belirli bir zaman diliminde zorunlu olarak çalışması şartıyla, günlük işe başlama ve bitiş süresini kendisinin ayarlayabildiği veya belirli bir zaman aralığı içerisinde ortalama günlük çalışma süresini aşmadan, günlük iş süresinin uzunluğunu kendisinin belirleyebildiği bir çalışma modeli olarak nitelendirilmektedir¹.

İki tür kayan iş süresi uygulaması bulunmakta olup bunlar basit ve nitelikli iş süreleridir.

a) Basit kayan iş süresi

Basit kayan iş süresi uygulamasında işçi,

işyerinde bulunması zorunlu sabit bir zaman dilimi dışında, işe başlama, ara dinlenmesi ve işin bitim zamanını kendisi belirleyerek çalışmaya erken veya geç başlayıp işi erken veya geç bırakabilmektedir².

b) Nitelikli Kayan İş Süresi

Nitelikli kayan iş süresi uygulamasında ise, işçi sadece işe başlama ve bitiş saatlerini değil, ayrıca günde ne kadar çalışacağını da kendisi belirleyerek bir hafta veya bir ay gibi, belirli bir zaman dilimi içerisinde ortalama süreyi aşmamak üzere, bir gün az veya fazla çalıştığı süreyi, diğer bir gün daha fazla veya daha az çalışmak suretiyle denkleştirme imkanına sahip olmaktadır³. Bu çalışma şeklinde işçi, belirli bir zaman dilimindeki ortalama süreyi aşmadığı için, bir gün az çalıştığı süreyi bir başka gün fazla çalışmak suretiyle telafi ettiğinden fazla çalışma ücretine hak kazanamayacaktır⁴.

Bu iki uygulama arasında basit kayan iş süresinde işçi, günlük çalışma süresinin uzunluğunu değil, sadece işe başlama ve bitiş saatini belirleyebilirken, nitelikli kayan iş süresinde, belirli bir zaman diliminde ortalama günlük iş süresini aşmamak üzere, bir günde ne kadar çalışacağını da kendisi belirleyebilmek şeklinde bir farklılık bulunmaktadır⁵.

3- Sıkıştırılmış İş Haftası

Esnek süreli çalışma modellerinden olan sıkıştırılmış iş haftasında, haftalık iş süresinin 5 veya 6 iş gününden daha az süreye sıkıştırılması söz konusudur. Haftalık 45 saatlik iş süresinin üç veya dört iş gününde tamamlanması suretiyle, işçinin bu iş süresini tamamlayabilmek için daha az iş gününde daha fazla çalışması söz konusu olacaktır. Bu çalışma modelinde haftalık iş süresi, sıkıştırılan iş günlerine eşit olarak bölünebileceği gibi, günlük iş süresinin farklı şekilde dağıtılması şeklinde de olabilmektedir. Haftalık iş süresinin kısa bir zaman dilimine sığdırılmasıyla günlük iş süresinin uzaması, işçinin daha fazla yorulmasına ve buna bağlı olarak işçi sağlığı ve iş güvenliği bakımından belirli sa-

kıncaların ortaya çıkmasına yol açacağından haklı olarak eleştirilmektedir⁶.

4- Yıllık İş Süresi

Yıllık iş süresi uygulamasında, periyodik olarak yılın belirli dönemlerinde iş hacminin arttığı veya en aza indiği kimi işyerlerinde, ortalama iş süresi bir yıllık dönem içinde yapılan tam ve fazla çalışmalar ile asgari çalışmalar dengelenmektedir. Yıllık olarak azami bir çalışma süresinin belirlenmesi ve bu süre içinde işçinin daha az veya daha fazla çalışması söz konusu olabilmektedir. İşçi yıl içerisinde fazla çalıştığı dönemlerde daha fazla ücrete hak kazanmadığı gibi, bu tür çalışmada işçinin ücreti fiilen çalıştığı süreye göre değil, yıllık ortalama iş süresine göre maktu olarak belirlendiği için, az çalıştığı dönemlerde de işçinin ücretinde bir azalma söz konusu olmamaktadır⁷.

5- Telafi Edici Çalışma ve Dinlenme

a) Telafi Edici Çalışma

Telafi edici çalışma ve dinlenmenin esası, herhangi bir nedenle çalışılmayan veya az çalışılan bir sürenin ileride belirli bir zaman içerisinde daha fazla çalışmak suretiyle telafi edilmesi ve bu fazla çalışmanın zamlı ücrete hak kazandırmamasıdır. Çalışılmayan veya az çalışılan süre, işyerinin zorlayıcı bir nedenle çalışmamasından kaynaklanabileceği gibi, işçinin izin alması veya iki tatil günü arasında kalan iş gününde çalışmayıp tatilini uzatma isteğine de dayanabilmektedir⁸.

b) Telafi Edici Dinlenme

Telafi edici çalışmanın aksi telafi edici dinlenme olarak nitelendirilen modeldir. Telafi edici dinlenme, herhangi bir nedenle fazla çalışılan sürenin karşılığının fazla çalışma ücreti yerine izin olarak verilmesi şeklinde uygulanmaktadır⁹.

6- Esnek Vardiya Sistemi

İşyerinde üretim kapasitesinde bir artışın planlandığı dönemlerde veya vardiya işçilerinin de kısa süreli çalışmak istemeleri halinde

yararlı olan bu sistemde katı iki ya da sekiz saatlik üç vardiya sistemleri yerine kayan esnek vardiya sistemleri uygulanmaktadır.

Öte yandan, çok sayıda kısmi süreli vardiya grupları oluşturularak, bu grupların çalışma süreleri yan yana yerleştirilmek suretiyle işyerlerindeki vardiya çalışmasında bir bütün oluşturulmaktadır¹⁰.

II- FAZLA ÇALIŞMA TÜRLERİ

1- Normal Fazla Çalışma

a) Genel Olarak

Çalışma süresinin nasıl belirleneceği 4857 sayılı İş Kanunu'nda gösterilmemiştir. İş süresi tanımına İş Kanunu'nun 63. maddesi uyarınca çıkarılmış bulunan İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3. maddesinde rastlamaktayız. Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. Ancak İş Kanunu'nun 68. maddesine göre verilen ara dinlenmeleri de, çalışma süresinden sayılmaz. Fiilen iş sözleşmesinde öngörülen işyerinde çalışılmamakla birlikte, İş Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasında gösterilen süreler ise, çalışma süresinden sayılır. Bunları yer veya su altındaki işlerde çalışma yerine ulaşma ve buradan çıkmak için gerekli süreler başta olmak üzere sayabiliriz. Gerçekten işçinin başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmesi durumunda yolda geçen süreler, işçinin işverenin emir ve talimatlarını almaya hazır halde bekleyip çalışmaksızın boşta geçirdiği süreler de iş süresinden sayılır. Yine işçinin işverenin buyruğu altında asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler, günlük yasal iş süresinden sayılır. İşverenin yazlık evinin temizlenmesi için büroda çalışan işçisinin oraya gönderilmesinde geçen süreyi, buna örnek olarak gösterebiliriz¹¹.

Kadın işçinin çocuğunu emzirmesi için verilen günde bir buçuk saate kadar izin süresi, işverene ait olsun olmasın demiryolu, köprü ve yol inşaatı gibi yapılmakla devam eden işlerde, işçilerin yaşadıkları yerlerden uzak yerlere topluca getirilip götürülmeleri durumunda araçta geçen süreler de iş süresinden

sayılır. Buna karşın işin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme sırasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz (İş K. m.66/2)¹².

4857 sayılı Kanun, işyerinde işin başlangıç ve bitiş saatlerinin de farklı kararlaştırılabilmesine izin vermiştir (m.67). Haftalık çalışma süresi 45 saat olarak öngörülmesine karşın, bunun altında çalışma süresinin belirlenmesi de geçerlidir. Örneğin taraflar anlaşmak suretiyle çalışma süresini 30 saat olarak da belirleyebilirler. Belirtelim ki, mevzuat içerisinde çalışma sürelerine ilişkin getirilen sınırlandırmalar işyerlerine değil, işçilere yöneliktir. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 11. maddesine göre bir işçi günde 24 saat çalıştırılmaz ancak, işyerinde 24 saat kesintisiz bir çalışma sürdürülebilir. Şayet işyerinde 24 saat çalışma varsa, uyku ve sair ihtiyaçlar için geçen zaman çıkarıldığında işçinin fiilen 14 saat çalıştığı Yargıtay'ca kabul edilmektedir¹³.

İşçinin günlük mesaisinin üzerinde çalışması 1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesine göre fazla çalışma olmasına rağmen Yargıtay¹⁴ haftalık çalışmanın 45 saati geçmesi durumunu da fazla çalışma olarak nitelendiriliyordu. İşçinin fazla çalışma ile yorulmasına karşı işverenin az işçiyle çok iş yaparak kazancının artacağı kuşkusuzdur. Gerçekten bu durumda işçi, hem daha fazla yorulup yıpranmış, hem de dinlenme ve bazı ihtiyaçlarını giderme imkânından mahrum kalmış olacaktır. Normal ücret, bu yıpranmayı ve ihtiyaçları gidermemekten doğan sıkıntıyı karşılayamadığından emeğinin artırmalı (zamlı) bir ücretle karşılanmasında zorunluluk bulunmaktadır¹⁵.

Kanunda öngörülen süreden fazla çalışma işçiye ek haklar sağlar. Hayatın olağan akışına aykırı olmayan bir biçimde çalışma yaptığını ispat eden işçi yaptığı fazla çalışmanın ücretini tamamını işverenden dava yoluyla alabilir. Bu bakımdan işçiye her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal ücretin üstünde olması gerekir. Çalışma sürelerinde esneklik ihtiyacı sonucu işveren fazla mesai yaptırdığı işçiye sonradan ücreti yerine fazla-

dan izin verme yoluna gidebilmektedir. Ancak hizmet akdi veya toplu iş sözleşmesinde buna cevaz veren bir hüküm bulunmuyorsa; fazla mesai yaptıktan sonra işçiye izin vermek suretiyle kazanılmış hakkın ortadan kaldırılması imkânı bulunmamaktadır¹⁶.

b) Fazla Saatlerle Çalışma

Fazla çalışma, "fazla" sözcüğüyle ifade edildiği üzere sınırı belirlenmiş normal bir süre aşılarak yapılan çalışmadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41/VII. maddesinde "fazla saatlerle çalışmak" için işçinin onayı alınması gerektiği belirtilmiştir. Normal haftalık çalışmaya kadar olan süre fazla süreli çalışma, haftalık 45 saatin üzerindeki çalışma ise fazla çalışma olduğundan, üst kavram fazla saatlerle çalışma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Günlük veya haftalık normal çalışma süresi, bu hususta en yaygın kıstas olarak kabul edilmektedir. Ancak bu ölçütler ile birlikte işlerin özelliğine ve sistemin esnekleştirilmesine bağlı olarak iki ay, dört ay gibi daha uzun bir çalışma dönemi esas alınarak ortalama haftalık çalışma süresini aşan çalışmanın fazla çalışma olacağı kabul edilebilir.

Denkleştirme halinde ise; günlük azami çalışma süresi olan onbir saati aşmamak koşuluyla, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresinin normal haftalık iş süresini aşması halinde aşan kısım fazla çalışma sayılacaktır.

c) Fazla Çalışma Sebepleri ve Ortaya Çıkması

İşçiye ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yaptırılabilir. Fazla çalışma, işçiyi taciz etmek amacıyla yaptırılmaz. Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalar işçiyi taciz etmek amacıyla yapılsa da zamlı ücrete hak kazanmaya neden olur. Şayet denkleştirme esası bir işyerinde uygulanıyorsa bu durumda işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılamayacaktır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesinde fazla çalışma, kanuni günlük çalışmalar üzerindeki çalışmalar olarak tanımlanmıştır. Anılan maddede bunun karşılığı zamlı ücret olarak gösterilmesi nedeniyle kazanılmış bir hak sonradan izin verilmek suretiyle ortadan kaldırılamıyordu. Öte yandan, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 61. maddesinde normal çalışma süresinin haftanın iş günlerine "eşit" bölünerek uygulanmasına ilişkin kural; bu türdeki günlük, normal çalışmaların üzerinde fazla çalışmaların karşılığının serbest zaman olarak verilmesine veya zorunluluk sebebiyle çalışılmayan sürenin başka bir günde telafi çalışmaları yapılarak karşılanmasına olanak tanımamaktaydı¹⁷. Şimdi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca, uygulamada olduğu gibi, haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edilecektir. Ancak sözü edilen maddenin dördüncü fıkrasına göre fazla çalışma yapan işçi dilerse fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakika serbest zaman kullanabilir. 4857 sayılı İş Kanunu ve bu kanuna ilişkin fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma Yönetmeliği, haftalık çalışma esasının istisnalarına da yer vermiştir. Örneğin günlük çalışma süresinin onbir saatten fazla olamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğinden, tespit edilen fazla sürelerin denkleştirmeye tabi tutulmaması, onbir saati aşan çalışmalar için zamlı ücret ödenmesini gerektirmektedir. Ayrıca İş Kanunu'nun 63. maddesinin son fıkrası uyarınca sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işlerde, bu süreyi aşan çalışmalar fazla çalışma ücreti ödenmesini gerektirir. Öte yandan maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlarında, günlük çalışma esastır. Gece çalışmalarında ise fazla çalışma yapılamaz. Gerçekten 4857 sayılı İş Kanunu'nun 69/3 maddesi uyarınca "işçilerin gece çalışmaları günde yedibuçuk saati geçemez". Kanunda belirtilen bu süre günlük çalışmanın, dolaşısıyla fazla çalışmanın bir sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden haftalık kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa

dahi, günde yedibuçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir¹⁸.

Tanık beyanlarına dayalı fazla çalışmalar kesin olmadığından bu nedenle takdiri indirim yapılması yargı kararları gereğidir. İşçinin aralıksız her gün aynı şekilde; yıllık izin, mazeret izni, raporlu olunan günlerde dahi çalışması hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğinden fazla çalışma ücretinden belirli oranda indirim yapılmalıdır. Oysa fazla çalışma tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanıyorsa, böyle durumlarda bir indirime gerek bulunmamaktadır. Örneğin itfaiye elemanı olarak 24 saat çalışma ve 48 saat dinlenme esasına göre çalışan bir işçinin bu çalışma şekline göre 10 saat ara dinlenmesi kullandığı kabul edildiğinde, davacının çalıştığı gün 14 saat çalıştığı ve günde 11 saati aşan çalışma nedeni ile 3 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilmelidir¹⁹. Bu tür iş yapan işçilerin ulusal bayram ve genel tatil günlerine denk gelen nöbeti de olabileceğinden kamuda çalışan itfaiye erinin nöbet çizelgeleri gibi kayıtlar esas alınarak fazla çalışma karşılığı ücretlerde hesaplamanın kayda dayanması nedeni ile fazla mesai karşılığı ücret alacağından indirim yapılması gerekir²⁰. Kamu kurumuna ait hastane işyerinde çalışan işçinin var ise mesai ve nöbet çizelgeleri getirtilerek, fazla çalışma yapıp yapmadığı belirlenmesi gerektiğinden davalıya karşı dava açan tanık ifadeleriyle sonuca gidilmesi doğru değildir.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 26. maddesinde günlük ve haftalık iş süresi belirlenmiş ve aynı maddenin 2. fıkrasında da bu süre (gemi adamının işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu) süre olarak tanımlanmıştır. Buna göre gemi adamının gerek normal gerekse fazla çalışmasında nazara alınacak süre, gemide kaldığı süre değil gemide işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süredir. Gemi adamının gerek seyir halinde, gerekse limanda gemi içinde bulunması fazla mesai sayılamaz. Fazla mesai alabilmesi için işbaşında çalışması veya vardiya tutması lazımdır. Ayrıca vardiya ve dinlenme çizelgelerinin tutulması gerektiği belirtilmiştir. Anılan Kanunun

28/son fıkrasına göre “Fazla saatlerle çalışmaları belgelemek üzere işveren veya işveren vekili noterden tasdikli ayrı bir defter tutmak zorundadır. Bu defterde gemiadamına uygulanan zam nispetleriyle fazla çalışmanın yapıldığı gün ve o güne düşen miktarı ve gemiadamının hakettiği fazla çalışma ücreti gösterilir. Fazla saatlerle çalışma ücretlerinin asıl ücretler için hizmet akdinde gösterilmiş bulunan zaman, yer ve devrelerde, işveren veya işveren vekili tarafından gemiadamlarına tam olarak ödenmesi zorunludur. Bu nedenle gemi işvereni donatan, donatma iştiraki veya onun vekili kaptan, fazla saatlerle çalışma konusunda noterden tasdikli ayrı bir defteri tutmak zorundadır.

Fazla çalışmanın kabul edilebilmesi için bu şekildeki bir çalışmanın ispatı zorunludur. Bordrolarda fazla çalışma ve tatil sütunu bulunduğu halde bu sütunların boş bırakılmış olması, işçinin fazla çalışma yapmadığının kanıtı olarak kabul edilemez. Üzerinde fazla çalışma ve tatil sütunu bulunan ve ayın bazı günleri fazla çalışma yapıldığı, tatilde çalışıldığı öngörülen bordroları ihtirazi kayıt koymadan imzalayan işçi, bordroda fazla mesai ve tatil ücreti ödemesi görüldüğünden, bordro düzenlenen aylar için sonradan fazla çalışma ve tatil ücreti talep edemez. Keza bordrolarda davacı imzası olmasa bile, ücret banka hesabına yatırılarak ödeniyor ve hesap çekilirken ihtirazi kayıt konulmamış ise, banka yolu ile yapılan fazla mesai ve tatil ücretleri ödemelerinin de dikkate alınması gerekir. Ancak fazla mesai yapıldığına veya tatilde çalışıldığına dair kayıt var ve bu kayda göre eksik ödeme söz konusu ise, o zaman işçi aradaki farkı isteyebilecektir.

Ara dinlenmesi sırasında çıkacak aksaklık ve noksanlıkları gözetmek ve bunlara müdahale etmek için işyerinden ayrılmayıp yemeğini orada yemek suretiyle ara dinlenmesini iş başında geçiren işçi fazla çalışma yapmış sayılmaz. Şayet toplu iş sözleşmesinde bu durum için öngörülen bir tazminat varsa sadece onun ödenmesi gerekir. Oysa işçi yürürlükteki toplu iş sözleşmesi hükmü gereğince, nöbet tuttuğu günlerde bir günlük

ücret karşılığı tazminat aldığında nöbet süresince gerçekleştirilen fiili çalışma da fazla çalışma sayılmalıdır. Bu nedenle, fazla çalışma karşılığı hak kazanılan fazla çalışma ücreti ile nöbet tazminatı karşılaştırılmalı ve nöbet tazminatının fazla olduğu durumlarda fazla çalışma parasının bunun içerisinde olduğu kabul edilmelidir.

Üçlü vardiya halinde yapılan çalışmalarda fazla çalışma söz konusu olmadığı halde üç şoför çalışan şehirlerarası otobüsünde şoförün yaptığı fazla çalışmanın belirlenmemesi halinde günde bir buçuk saat fazla mesai ücreti takdir edilmesi Yargıtay’ca adalet ve hakkaniyete uygun görülmüştür²¹. Öte yandan Karayolları Trafik Yönetmeliği’ne göre ağır vasıta şoförlerinin araç üzerinde çalışma süresinin 9 saati aşamayacağı düzenlemesi de göz önüne alınarak, takograf kayıtları sunulan aracın, sürekli olarak aynı şoför tarafından kullanılıp kullanılmadığı, aracın çift şoför ile sefere çıkması halinde çalışma sürelerinin de değişebileceği nazara alınıp ara dinlenme süresi düşülerek fazla çalışmanın belirlenmesi gerekir²².

Geçici iş ilişkisinde fazla çalışma ücretinden de ödünç veren işveren sorumludur. Yargıtay’ın bir kararında aynen “Davacı işçi davalı Bakanlık Personeli olarak çalışmakta iken meydana gelen deprem nedeniyle Valilik Kriz Merkezi Başkanlığı bünyesinde görevlendirilmiş olup, burada kanıtlarla sabit olan fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının hüküm altına alınmasını istemiştir. Mahkemece savunmaya değer verilerek, davacının geçici görevlendirildiği Valilik Kriz Merkez Başkanlığı’nca çalıştırıldığı, davalının sorumlu tutulamayacağı gerekçe gösterilerek, dava husumetten reddedilmiştir. Gerek 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunun ek 5. maddesine ve gerek 581 sayılı Kanun Hükmünde Kararnemenin 2. maddesine göre kamu kuruluşlarında çalışanların “aylık ödenek her türlü hak karar ve yardımlarının kurumlarınca ödenmek kaydı ile geçici olarak görevlendirilecekleri” belirtilmiştir. Bu hukuki

düzenleme karşısında davalının geçici görevlendirildiği Valilik Kriz Belirti Merkezi Başkanlığındaki fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücretten davalı Bakanlığın sorumlu tutulması ve davanın adı geçen işverene yönetilmesi doğrudur. Mahkemece davanın sorun esasına girilerek uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekirken husumetten reddi yönünde hüküm tesis edilmesi hatalıdır.” denilmiştir²³.

d) Fazla Çalışma Ücretinin Hesabı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde fazla çalışma ücretinin, normal çalışmada saat başına düşen miktarın yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenmesi gerekeceği belirtilmiş olduğundan iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleriyle bu zamlı ücretin yüzde eliden aşağı olmamak üzere istendiği şekilde yüksek olarak kararlaştırılması geçerlidir.

Parçabaşı işlerde veya saat ücreti ile çalışan işçilere fazla mesai ücreti ödenmediği belirlendiği takdirde daha önce normal çalışma ücreti ödendiğinden yüzde elli fazla çalışma ücreti hüküm altına alınmalıdır²⁴. Ancak, aylık ücretle çalışan işçilerin fazla çalışma ücretlerinin ödenmediği durumlarda aylık ücretin otuzda biri olan günlük ücretin yedi buçukta birinin yüzde yüz elli zamlı olarak karar altına alınması gerekir.

Üçlü vardiya sisteminde 8 saat çalışan davalının ara dinlenmede çalışıp çalışmadığı tespit edilmeden, ara dinlenme süresinde çalıştığı varsayılarak ara dinlenme süresi kadar fazla mesai ücret alacağı hesaplanıp hüküm altına alınması hatalıdır. İşçinin günlük iş süresi içinde kesintisiz olarak hiç ara vermeden çalışması beklenemez. Gün içinde işçinin yemek, çay, sigara gibi ihtiyaçlar sebebiyle ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır. Ara dinlenme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde ara dinlenme süresi, günlük çalışma süresine göre kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre dört saat veya daha kısa süreli günlük çalışmalarda ara dinlenmesi en az onbeş dakika, dört saatten fazla ve yedibuçuk saatten az çalışmalar için en az yarım saat ve günlük yedibuçuk saa-

ti aşan çalışmalar bakımından ise en az bir saat ara dinlenmesi verilmelidir. Yargıtay 9. HD'nin 10.12.2012 tarih ve E. 2012/30219, K. 2012/42037 sayılı kararı uyarınca, üçlü vardiya sisteminde 8 saatlik çalışma esnasında ara dinlenmede çalışıldığına dair somut delil bulunmadığına göre çay, sigara gibi ihtiyaçlar sebebiyle ya da dinlenmek için yarım saat ara dinlenme yaptığının kabulü gerektiğinden fazla çalışma ücret alacağının reddi gerekir.

2- Zorunlu Fazla Çalışma

Zorunlu nedenlerle fazla çalışma ancak, bir arıza sırasında, bir arızanın mümkün görülmesi halinde ya makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında yaptırılabilir. İşyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına zorunlu fazla çalışma yaptırılabilir. Böyle bir durumda fazla çalışma yapan işçilere uygun bir dinlenme süresi verilmesi hususunda yasa koyucu işverenleri zorunlu tutmuştur.

Zorunlu sebeplerle yapılan fazla çalışmalarda haftalık veya denkleştirme uygulanan yerlerde çalışma süresi haftalık ortalama 45 saati aştığında fazla çalışma ücreti söz konusu olur. Şayet haftalık kırkbeş saatin altında çalışma kabul edilmiş ise, bu süreyi aşan fazla sürelerle çalışmalar için %25'lik zamlı ücrette işçi hak kazanacaktır (İş K.m.42).

Olağanüstü hallerde de fazla çalışma yaptırılabilir. Gerçekten seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Bakanlar Kurulu günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir. Bu suretle fazla çalıştırılan işçiler için haftalık çalışma süresi 45 saati geçerse veya denkleştirme uygulanan yerlerde haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aştığında, fazla çalışma ücreti söz konusu olur. Şayet haftalık kırkbeş saatin altında çalışma kabul edilmiş ise, bu süreyi aşan

fazla sürelerle çalışmalar için %25'lik zamlı ücrete işçi hak kazanacaktır (İş K.m. 43).

İş süresi ile ilgili yapılan değişiklikler esas alınarak fazla çalışma süresi ve fazla süreli çalışma belirlenmekte ve bunlara uygulanacak fazla çalışma ücreti ile fazla sürelerle çalışma ücretinin hesaplanması yöntemleri düzenlenmektedir.

3- Fazla Çalışma Ücretinin Ödenmesi

Kural olarak fazla çalışma ücretini o hizmeti gördüren işveren ödemek durumundadır. Bu nedenle işçinin geçici olarak gönderildiği işyerindeki fazla çalışmaları ve tatil ücretlerini ödünç iş ilişkisine giren işverenin ödemesi gerekir. Ancak deprem nedeniyle Valilik Kriz Merkezinde görevlendirilen işçilerin yaptığı fazla mesaiden işvereni sorumludur²⁵. Buna karşın kamu kuruluşlarında, Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı merkez ve taşra teşkilâtındaki işçilerin geçici çalışmalarında söz konusu çalışmalar, işverenin emir ve talimatı dışında, Seçim Kurulu Başkanlığının talimatları doğrultusunda gerçekleşmiştir. Bu nedenle, seçim kurulu emrindeki çalışmalarından dolayı işveren sorumlu tutulamaz²⁶.

Ücret bordrosunda fazla mesai sütunu olmasına rağmen o sütunda fazla mesai tahakkukunun bulunmaması, işçinin o ay fazla mesai yapmadığı anlamına gelmez. Aylık normal ücret alınırken bu konuda ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması bu durumu değiştirmez. Ücret bordrolarının imzalanması daha fazla çalışma iddiası ve ücreti konusunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.4.1977 tarih ve E:9-1646, K:359 sayılı kararı ile yargı kararlarına birlik ve açıklık getirilmiştir. Bordrolarda fazla çalışmaya ilişkin sütun bulunup da bu sütunun boş bırakılmış olması, işçinin fazla çalışma yapmadığının bir delili olarak kabul edilemez ve böyle bir bordronun işçi tarafından ihtirazi kayıt konulmadan imzalanmış bulunması da bu haktan feragat edildiği anlamında yorumlanamaz. Buna karşılık aynı bordroda fazla çalışma olmadığı açıkça yazılı olan veya bir kısım işçilerin fazla çalışma ücretine hak kazandıkları yazılı bulunan

durumlarda, fazla çalışma yaptığı halde kendisi için bir tahakkuk yapılmadığını ya da ek-sik yapıldığını belirten işçi bordroyu imzalar-ken bu yönde bir ihtirazi kayıt ileri sürmek zorundadır, aksi halde böyle bir şart ileri sürmeden bordroyu imzalaması halinde bu-nun aksini yazılı delil ile ispatlamak zorunda olup bu haktan feragat anlamına gelmez²⁷. Zira, bu durum işçinin bordroda gösterilen süre kadar çalıştığının delili olabilir. Bu du-rumda işçinin zor da olsa iddiasını aynı güc-teki başka bir delille ispatlayabilmesine bir engel bulunmamaktadır. Örneğin işveren ta-rafından kendisine iddiasını ispatlayabilecek şekilde vermiş olduğu her hangi bir yazılı belge ile daha fazla çalıştığını kanıtlayabilir. Aksine düşünce ile ön koşul konulmaksızın bordronun imzalanmasını haktan feragat say-mak, ona ispat hukuku dışında bir tesir tanı-mak anlamına gelir ki bu kabul edilemez²⁸.

Öte yandan Yargıtay asıl görev yerinin dışında geçici olarak görevlendirildiği yerde yaptığı fazla mesaiyi karşılığını da ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin alan işçinin daha fazla çalışma ücreti talep edemeyeceğini kabul etmektedir²⁹.

İşyerlerinde üst düzey yönetici olarak yüksek ücretle çalışan kişiler bordrolara ih-tirazi kayıt koymadan ücretlerini aldıktan sonra fazla mesai iddiasında bulunamazlar. Zira, en yüksek emir ve talimat verme yetkisi işverende olması yanında işletmeyi işveren nam ve hesabına yöneten ve işveren vekili durumunda bulunan üst düzey yöneticisinin fazla mesai yapacağı göz önüne alınarak hiz-met akdi yapıldığından bu sebeple de dol-gun ücret aldığı düşünüldüğünde³⁰; ayrıca fazla mesai ücreti istemesi objektif iyiniyet kurallarına aykırıdır³¹. Ancak, üst düzey bir pozisyonda olmayan işçi işyerinde fazla me-sai yaptığını iddia etmiş, gösterdiği tanıklar da bunu doğrulamışlarsa, işverenin ücret te-diye makbuzlarıyla yapılan ödemenin içinde fazla mesai ücretinin de yer aldığı yolunda-ki savunmaya değer verebilmek için taraflar arasında buna dair bir sözleşmenin ya da yazılı bir belgenin olması gerektiğinden; im-zasız ücret pusulasına dayanılarak fazla me-

sai ücretlerinin ödendiği sonucuna varılması hatalıdır. Bu nedenle fazla mesai alacağının tespiti gerekir³².

Öte yandan, işverenin isteği ve talimatı dışında yapılan fazla çalışma için ücret istenemez³³. Ancak işverenin açık talimatı bulunmasa da fazla çalışma olmadan yapılamayacak bir işin istenmesi halinde fazla mesai yapıldığını işçi ispat ederse fazla çalışma ücreti isteyebilir³⁴.

Fazla çalışma iddialarının tespiti konusunda tanık sözleriyle yetinmemek, gerekir. İşyerinde tutulan puantaj kayıtları³⁵, işin ve işyerinin niteliği, işçi sayısı, vardiya durumu esas alınmak, gerekirse bilirkişi düşüncesine başvurmak gerekir. Ayrıca mevsimlere göre işyerindeki çalışmanın yoğunluk durumu da nazara alınmalıdır. Yapılan bütün araştırma ve incelemelere rağmen sabit olan fazla çalışmanın gün ve saat olarak miktarının gereğince tespit edilemediği durumlarda ise fazla mesai ücretinden bir miktar işçinin olası iznili ve raporlu olabileceği süreler esas alınarak yüzde yirmi ile elli oranları arasında bir hakkaniyet indirimine gidilmelidir³⁶. Burada aslında yapılan iş gerçek fazla çalışmanın ve ücretinin belirlenmesi olduğundan davalı vekili yararına vekalet ücretine karar verilmesi gerekir.³⁷ İşçinin geçmiş yıllardaki fazla çalışma gün ve saatleri belirlendikten sonra o tarihte aldığı ücret tespit edilebiliyorsa ona göre, belirlenemiyorsa asgari ücretin altında ücret ödenemeyeceğinden asgari saat ücreti belirlenerek hüküm altına alınmalıdır.

Fazla mesai ücretinin ödendiği işveren tarafından işçinin imzasını taşıyan ücret bordroları veya ibranamelerle ispatlanabilir. İbranamein geçerli kabul edilebilmesi için hizmet akdinin feshinden sonra düzenlenmiş olması ve işverenin savunmasıyla çelişkili olmaması gerekir. Yani işveren işçinin fazla mesai yapmadığını savunmasına karşın ibranamede fazla çalışma ücretinin ödendiği yazılı ise bu ibranameyi geçersiz kılacak bir çelişkidir. İbranamede miktar bulunuyorsa o miktar için makbuz kabul edilir.

Fazla çalışma ücreti de diğer ücret alacakları gibi beş yıllık zamanaşımına tabidir. Faz-

la çalışma yapıldığı tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımı söz konusu olur. Hizmet akdi devam ederken de fazla mesai ücreti dava yoluyla işverenden istenebilir.

İşveren veya vekiline, işçinin fazla çalışma ücretini ödememesi halinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 102/c maddesi uyarınca para cezası verilecektir.

III-FAZLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI

1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesinde fazla çalışma yapılabilmesi için şartların uygun olup olmadığını Bölge Çalışma Müdürlüğünün belirlemesi gerekiyordu. Bu nedenle fazla çalışma; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğünün iznine bağlı kılınmıştı. İzin işyerinin bütünü için veya bir bölümüne ilişkin verilebileceği gibi, belli bazı işçiler veya işçi gurupları için de verilebiliyordu (Fazla Ç.T.6/II-III)³⁸. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde Bölge Çalışma Müdürlüğünden izin alınması esasına yer vermemiştir. Sağlık kuralları bakımından günde ancak 7.5 saat veya daha az çalışması gereken işlerde fazla çalışma yaptırılamaz. Buna karşılık, fazla çalışma işçinin muvafakatine bağlıdır. İşçiye işveren haklı bir sebep yokken fazla çalışma ücreti verileceğini taahhüt etse de fazla mesai yaptıramaz. Fazla çalışmanın nasıl uygulanacağı çıkarılan Yönetmelikte gösterilmiştir. Bununla beraber işçinin kanunen belli zaman dışında yine belli nedenlerle çalıştırılması zorunluluğu doğabilir (4857 sayılı İş K. m. 42. ve 43). Bu gibi hallerde işçi çalışmaya mecburdur. Böyle hallerde, 45 saatin üzerinde çalışma yapılması halinde, saat başına düşen ücretler en az yüzde elli artırılmak suretiyle ödenecektir. Zira Anayasanın 18. maddesinde "angarya yasağı" getirilmiştir³⁹.

Öte yandan 4857 sayılı Kanunun 63/son maddesinde yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde ve 69. maddede belirtilen gece çalışmasında fazla çalışma yapılamaz. Fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir. Ayrıca fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda 270 saatten fazla olamaz⁴⁰. Fazla çalışma ve fazla

sürelerle çalışmaların ne şekilde uygulanacağı çıkarılacak yönetmelikte gösterilir(İş K. m. 41). İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği 6.4.2004 tarih ve 25425 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yasakoyucu, yukarıda belirtilen şekilde fazla çalışmaları kesin şekilde yasaklamıştır. İşverenin fazla saatlerde işçinin onayını almadan çalışma yapması cezai yaptırımın (İş K.m.102/c) uygulanmasını da gerektirir. Ancak, yasağa rağmen yapılan fazla çalışmalarla kazanılan bir hakkı ortadan kaldırmayı hedefleyen bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Aksi düşüncenin kabulü, “işçiyi sürekli olarak çalıştırıp kendisine bir hak tanıtmak” gibi adalet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir görüş tarzının seçimine götürür ki, bu durum hakkaniyet ve nesafet ölçülerine ters düşer. Zira işçinin kanuna aykırı olarak çalıştırılmasının hukukî sonuçlara bağlanmaması gerçeklerle, hak ve adalet duygularıyla bağdaşmaz⁴¹. Öte yandan, İş Hukukunun temel ilkelerinden birini de “Her iş bir ücret karşılığıdır” yolundaki ilke teşkil eder. Kural olarak kanuna aykırı çalıştırmaya ücret ödenmesi gibi bir hukukî sonuç bağlanma imkânı kabul edilince, bunun zamlı olarak verilmesini de doğal karşılamak gerekir⁴². Öte yandan, işçi yararına konulmuş hükümlerin onun zararına uygulanması yorum kurallarına da uygun düşmez.

İşçiye yılda 270 saatten daha çok fazla mesai yaptırılması yasak olsa da ücretlerinin zamlı olarak ödenmesi gerekir. Ancak yapıldığı iddia edilen fazla çalışmanın hayatın olağan akışına ve insan takatine aykırı bir şekilde olmaması gerekir. Örneğin, işçinin her yıl on bir ay gibi uzun bir sürede günde dört saat fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırı düşer. Öte yandan, tabii ihtiyaçlarını gidermek için de insanın zamana ihtiyacı olduğu ve ayrıca yapılan işin niteliği göz önüne alınmalıdır. Ayrıca aralı çalışma yapılan işyerlerinde tanıklarca daha fazla mesai yapıldığı beyan edilse de; sekiz dairesel kömür kaloriferli apartmanın kapıcısının yapılan işin niteliği, işyerinin özellikleri

ve mevsim koşulları dikkate alındığında yılın her günü değil, sadece kış mevsiminde tatil günleri kalorifer yakma sebebiyle fazla mesai yaptığı kabul edilmelidir⁴³.

Deniz İş Kanunu kapsamına giren ve uzak yol seferi yapan gemilerde hem iş süresi hem de bu sürelerin dışında gemide kalma zorunluluğu nedeniyle geçen diğer süreler büyük önem taşımaktadır. Yakın yol seferi veya iç sularda günlük sefer yapan gemilerde ise gemiadamlarının gemide kalma zorunlulukları bulunmadığından iş süreleri de fazla bir özellik göstermez. Deniz İş Kanunu’nun 26/1 maddesine göre “Genel bakımdan iş süresi, günde sekiz ve haftada kırksekiz saattir. Bu süre haftanın iş günlerine eşit olarak bölünmek suretiyle uygulanır”. Kanunda 4857 sayılı İş Kanunu’ndan farklı olarak hem haftalık, hem de günlük çalışma süresi belirlenmiştir. Deniz İş Kanunu’nun 26/2 maddesine göre “İş süresi, gemiadamının işbaşında çalıştığı ve vardiya tuttuğu süredir.” Gemiadamının gemide bulunduğu sürelerin tamamı çalışma süresi olarak kabul edilemez. Gemiadamının fiilen çalıştığı veya fiilen çalışmamakla birlikte gücünü işverenin emrinde bulundurduğu, iş verilmesi veya çıkması için beklediği süreler çalışma süresinden sayılmalıdır. Deniz İş Kanunu’nun 28/1 maddesine göre “Bu kanuna göre tespit edilmiş bulunan iş sürelerinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar, fazla saatlerde çalışma sayılır”. İş Kanunu kapsamında çalışan işçinin fazla çalışma yapması için onayının alınması gerekirken (İş K.m.41/7), Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan gemiadamı için bir onay veya rıza aranmamaktadır. Gemiadamının işvereni, herhangi bir nedene dayanmak zorunda olmaksızın gemiadamına fazla saatlerle çalışma yaptırabilir. Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan gemiadamının iş başında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süreler, günlük 8 veya haftalık 48 saati aştığı takdirde gemiadamının fazla çalışma yaptığı kabul edilir. Gemiadamının ister seyir halinde olsun, ister limanda gemi içinde iken çalışmadan veya vardiya tutmadan geçirdiği süre çalışma süresi olarak değerlendirilemez. Gemiadamının haftalık esasa göre fazla ça-

İşmasının tespit edilmesi için gemiadamının haftanın 7 günü çalışması gerekmektedir. Aksi halde günlük çalışma esasına göre fazla çalışma belirlenmelidir. Deniz İş Kanunu'nun 41. maddesi dikkate alındığında, liman ve şehir hattı gemilerde çalışanlar bunun dışındadır. Sadece bu gemiler dışında, örneğin uzak sefer yapan gemilerde çalışan gemiadamlarının işin gereği olarak altıncı günden fazla yedi gün çalışması sözkonusu olabilir. Deniz İş Kanunu'nun 28/son fıkrasına göre "Fazla saatlerle çalışmaları belgelemek üzere işveren veya işveren vekili noterden tasdikli ayrı bir defter tutmak zorundadır. Kanununun 26/3 maddesinde de "İşveren veya işveren vekilinin, gemiadamının vardiyalarını yemek ve dinlenme zamanlarını bir çizelge ile belirtmek ve bu çizelgeyi gemiadamlarının görebilecekleri bir yere asmak zorunda olduğu" belirtilmiştir. Bu nedenle gemiadamı, gemide fazla mesai yaptığını iddia edip bu konuda tanık dinletip, İngilizce tanzim edilen vardiya çizelgeleri sunduğu takdirde fazla çalışmalara mahkemece bu çizelgeler tercüme edilmeden, gemide Kanunu'nun 26 ve 28. maddeleri gereğince tutulması gereken vardiya çizelgeleri ve fazla saatlerle çalışmaları belgeleyen noter tasdikli defter getirilmeden karar verilemez.

Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesine aykırı davranarak fazla çalışmalara ilişkin ücreti ödemeyen, işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında kullandırmayan, fazla saatlerde yapılacak çalışmalar için işçinin onayını almayan işveren ve işveren vekiline, bu durumda her işçi için 07.01.2012 tarih ve 6270 sayılı Kanun ile değişik İş Kanunu'nun 102/c maddesi uyarınca 237 Türk Lirası idari para cezası verilecektir.

SONUÇ

Çalışma süresi tanımına İş Kanunu'nda yer verilmemiştir. Fazla çalışmanın esasen "günlük iş süresi üstünde çalışma" olduğu öğretide kabul edilmekteydi. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41.maddesine haftalık 45 saat aşan çalışmalar, kural olarak fazla çalışma olarak benimsenmiştir. Haftalık çalışma aksi

kararlaştırılmamışsa, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Eski düzenlemeden farklı olarak, haftalık çalışma süresi haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanması zorunluluğu kaldırılmış ve bu kurala esneklik getirilerek, sözleşmelerle haftalık normal çalışma süresinin işyerinde haftanın çalışılan günlerine farklı bir şekilde dağıtılabileceği kabul edilmiştir. Bu halde, bir aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresinin 45 saatlik normal haftalık iş süresini aşmayacağı hükme bağlanmıştır.

Getirilen düzenleme ile fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın belirlenmesinde, artık günlük çalışma süresi yerine haftalık çalışma süresinin esas alınması kabul edilmiştir. Haftalık en çok 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak değerlendirilmektedir. Öte yandan işçinin işyerinde iş süresinin günde onbir saati aşması halinde yoğunlaştırılmış iş haftasının, yani denkleştirme esasının uygulandığı hallerde de, işçinin ortalama çalışma süresi normal haftalık iş süresini aşmasa da yani toplam 45 saati aşmasa da bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaktadır.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde haftalık çalışma süresinin 45 saat olması hali esas alınarak yılda 270 saatlik fazla çalışma sınırının kural olarak aşılmaması gerekir. Günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı günlük çalışma saatleri uygulanması halinde ise, denkleştirme sistemi uygulandığından, iki ay içinde yapılan çalışmaların ortalamasının haftalık 45 saati geçmesi halinde fazla çalışma yapılmış sayılacak ve bu çalışmalara haftalık ortalama süre dikkate alındığında, haftalık fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekecektir. Ancak denkleştirme sistemi içinde ortalama 45 saat haftalık çalışma süresi kuralına uymak koşulu ile bazı haftalar 45 saatin üzerinde çalışılması fazla çalışma sayılmayacaktır. Denkleştirme kural olarak yılda iki aylık bir süre için uygulanmalıdır. Ancak yasa koyucu denkleştirmenin peş peşe yapılmasını engelleyen bir düzenleme öngörmemiştir (İş K.m.63/2).

Fazla çalışma ücreti konusunda bir değişiklik yapılmamış ve her bir fazla saat ça-

İşma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödeneceği kuralı aynen korunmuştur.

Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda ise, haftalık çalışma süresini aşan çalışma fazla sürelerle çalışmadır. "Fazla sürelerle çalışma" kavramı 4857 sayılı İş Kanunu'nun m.41/3 ile iş hukukuna girmiştir. Bu yeni düzenleme çerçevesinde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılmayacakları gibi, 45 saatin altında belirlenen ortalama haftalık çalışma süreleri üzerinde de oldukları için bu tür çalışmalar fazla sürelerle çalışma olarak değerlendirilmiştir. Bu çalışmalar, fazla çalışma sayılmayacaklarından, bunlara fazla çalışma ücreti verilmesi mümkün değildir. Yeni düzenleme ile fazla süreli çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesi ile ödeneceği kabul edilmiştir.

Yasada önemli bir değişiklik de, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçilere istemeleri halinde, bu çalışmalarının karşılığı olarak zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı, fazla süreli çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilme imkanının tanınmasıdır. Bu durumda işçi isterse yaptığı günlük çalışma süreleri üzerindeki çalışması için zamlı ücret alabilecektir, isterse çalıştığı sürelerin karşılığını serbest zaman olarak kullanabilecektir. İşçi hak ettiği bu serbest zamanı 6 ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmaksızın kullanacaktır.

Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne bildirimde bulunma zorunluluğu ise fazla çalışma yapma olanağı oldukça kısıtlandırıldığından ve uygulamada bir yarar sağlamadığı için kaldırılmıştır. Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nden izin alınması yönteminden vazgeçilmesi isabetlidir. Gece döneminde fazla çalışma yaptırılmaması olumlu bir düzenlemedir.

Zorunlu sebeplerle fazla çalışmaya ilişkin düzenlemede çalışma süresinin sınırsız

olmaması için bir değişiklik yapılarak bu gibi hallerde de işçiye uygun bir dinlenme süresi verilmesi ve yapılan fazla çalışmanın yanı sıra gerçekleşmesi halinde fazla süreli çalışma bakımından da 41. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları esasları içinde ücret ödenmesi kabul edilmiştir. Olağanüstü hallerde fazla çalışmaya ilişkin düzenleme olan 1475 sayılı Kanunun 37. maddesinde içerik bakımından bir değişiklik yapılmamış, sadece fazla çalıştırılan işçilere fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapıp yapmadıklarına göre 41. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanacağı düzenlenmiştir.

İşçi sağlığını korumak amacıyla bazı işyerleri ve işlerde çalışma süresi kısaltılabilir. Bu husus Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'te gösterilmiştir. Bu tür işlerde fazla çalışma yasaklanmış olmakla birlikte şayet günlük çalışma süresi aşılmışsa o takdirde fazla mesai ücretinin hüküm altına alınması gerekir.

DİPNOTLAR

- 1 Eyrenci, Öner: Türkiye'de Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi, Çalışma Hayatında Esneklik Çeşme Altınyunus 27-31 Ekim 1993, Yasar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını, 1994-İzmir, s. 164; Ekmekçi, Ömer: İşin Düzenlenmesinde Esneklik Arayışları, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözümler Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı 5-6-7 Ekim 2000 Ortaköy İstanbul, s. 80.
- 2 Eyrenci, 165; Ekmekçi, s. 80.
- 3 Eyrenci, 165; Ekmekçi, s. 80.
- 4 Ekmekçi, s. 80.
- 5 Günay, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, B.4, Ankara-2013, s. 174.
- 6 Ekmekçi, s. 81.
- 7 Eyrenci, s. 169; Ekmekçi, s. 81.
- 8 Ekmekçi, s. 82.
- 9 Ekmekçi, s. 82.
- 10 Eyrenci, s. 169.
- 11 Bkz. Uşan, Fatih: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C. I, İş Hukuku, Ankara-2006, s. 140.
- 12 Günay, Cevdet İlhan: İş Hukuku Yeni İş Yasaları, B. 5., Ankara-2013, s. 611.
- 13 Yrg. 9. H.D. 01.03.2012, E. 2009/41244, K. 2012/6661.
- 14 Bkz. Yrg. 9. H.D. 16.11.1987, 1987/9945-10169 sayılı karar

- ve Metin Kutsal'ın eleştirisi, (Seminer) 1987, s. 24-25); bu husus esnek çalışma düzeni ihtiyacına uygun olmakla birlikte Yasanın açık hükmü karşısında eleştiriye açıktır. Bkz. Şahlanan (Seminer) 1995, s. 14.
- 15 Yrg. İkt. Bir. Kr., 27.5.1958, E: 15, K: 5, RG. 26.9.1958, Sa: 10017; Çenberci, s. 643.
- 16 Yrg. 9. H.D. 4.12.1995, 1995/36026-35024.
- 17 Çalışma Hayatında Esneklik, Çeşme; 1993; Şahlanan1995 (seminer), s.13.
- 18 Yrg. HGK. 28.03.2012, E. 2012/9 2, K. 2012/250; Yrg. 9. H.D. 26.04.2012, E. 2010/7250, K. 2012/14552.
- 19 Yrg. 9. H.D., 14.05.2012, E. 2010/7255, K. 2012/16707.
- 20 Yrg. 9. H.D. 12.03.2012, E. 2009/49422, K. 2012/8032.
- 21 Bkz. Yrg. 9. H.D. 31.3.1997, E: 1996/22663, K: 1997/6195.
- 22 Yrg. 9. H.D. 28.05.2012, E. 2010/9776, K. 2012/18560.
- 23 Yrg. 9. H.D. 18.04.2011, E. 2009/11593, K. 2011/11686.
- 24 Yrg. 9. H.D. 02.05.2012, E. 2010/4316, K. 2012/15157.
- 25 Yrg. 9. H.D. 26.11.2001, E. 2001/18986, K. 2001/18590.
- 26 Karş. Yrg. 9. H.D. 14.11.1996, 1966/13130-21229.
- 27 Eyrenci, Öner: Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (Seminer) 1994, s. 13, Bkz. Eyrenci, 1975-1983 Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (Seminer), s.166, Aynı yazar 1989 (Seminer) s. 13; Taşkent 1984 (Seminer), s. 135; Demir 1988 (Seminer) s. 41-42; Soyer, 1991 (Seminer) s. 27-28.
- 28 Oğuzman; M. K.: Yargıtayın İş Hukuku Kararları Değerlendirilmesi 1986, s. 30-32; Soyer; P: Yargıtayın İş Hukuku Kararları Değerlendirilmesi 1991 s. 27; Şahlanan, F: Yargıtayın İş Hukuku Kararları Değerlendirilmesi 1995, s. 15.
- 29 Yrg. 9. H.D. 9.6.1994, 1994/3904-8874, Tekstil İşveren D. Kasım-Aralık 1994.
- 30 Yrg. 9. H.D. 3.3.2005, E. 2004/17354 - K. 2005/7225.
- 31 Yrg. 9. H.D. 05.06.2012, E. 2009/50037, K. 2012/19513.
- 32 Yrg. 9. H.D. 7.5.2002, E. 2001/16226, K. 2002/7190.
- 33 Bkz. Yrg. 9. H.D. 7.4.1982, 1982/2412-4334.
- 34 Yrg. HGK. 3.3.1982, E. 1980/9-1702, K. 1982/932, Çelik, s. 229.
- 35 Yrg. 9. H.D. 31.3.1997, 1997/3790-6299.
- 36 Yrg. 9. H.D. 12.11.2009, E. 2009/15176, K. 2009/31514; Yrg. 9. H.D. 11.02.2010, E. 2008/17722, K. 2010/3192; Bilirkişi tarafından fazla mesai, bayram tatili genel tatilleri ve hafta tatili günleri çalışma karşılığı alacak miktarları tespit edilmiş, mahkemece bu bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulurken dosya içindeki verilere uygun şekilde bir belirleme yoluna gidilerek rapordaki miktarlar düşürülmüştür. Mahkeme böylece ve gerçeğe uygun biçimde alacak miktarlarını tespit etmiştir. Aslında burada mahkemenin yaptığı iş gerçek fazla mesai ve diğer tatil günleri çalışmalarını belirlemekten ibarettir. Böyle olunca hüküm altına alınan miktarlar itibarıyla davalı yararına vekalet ücretine hükmetmek gerekir
- 37 Yrg. 9. HD. 12.2.2002, E. 2001/16965, K. 2002/2664.
- 38 Tunçomağ, K.-Centel, T.: İş Hukukunun Esasları, B.2, İstanbul-1999, s.145.
- 39 Bkz. Çenberci,M.:İş Kanunu Şerhi, B.5, Ankara-1984, s. 643, dn.3.
- 40 Yrg. 9. H.D. 18.11.2008, E. 2007/32717, K. 2008/31210; İş Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/534), T.B.M.M. (S. Sayısı: 73'e 1 inci Ek) Dö: 22, Y.Y.:1, s. 14.
- 41 Fiili çalışma denilse de kanuna aykırı çalışma fazla mesai olarak da kabul edilemez. Bkz. Saymen, F.H: Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri, İHFM, 1960
- 42 Çenberci, s. 652.
- 43 Bkz. Yrg. 9. H.D. 24.09.1996, E. 1996/6500, K. 1996/17833.

Doç. Dr. İbrahim AYDINLI

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi
Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu YÖK Temsilcisi

6331 Sayılı Kanun'da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk

1. Genel Olarak

Ülkemizi iş sağlığı ve güvenliğinin düzenlenmesi açısından uluslararası yükümlülük altına sokan 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme¹ ile 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin ILO Sözleşmesi² incelendiğinde alt işveren işçilerinden asıl işvereni sorumlu kılan dolaylı da olsa bir hükme rastlanılmamaktadır.

Ancak 6331 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de belirtildiği gibi, Avrupa Birliği'nin 1989 yılında kabul ettiği 89/391/EEC sayılı Çerçeve Direktifi ile "tüm çalışanların" iş sağlığı ve güvenliği kapsamı içine sokulması kanun koyucuya bu anlamda bir esin kaynağı olmuştur diyebiliriz. Bunun yanında özellikle ülkemizde milli bir çalışma hayatı sorunu olarak alt işverenlik müessesesinin iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerinde ihmal edilemeyecek boyutta sorunlar taşıması da elbette kanun koyucuyu düzenleme yapmaya iten inkâr edilemez bir gerçekliktir.

Sadece kamuda olmak üzere alt işveren iş-

çilerinin işçi alacaklarının korunmasının düzenlediği 94 sayılı ILO Sözleşmesi incelendiğinde, alt işveren işçileri açısından iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin de dikkat çekici bir hüküm olduğu göze çarpmaktadır. 94 sayılı Sözleşmenin 3. maddesinde yer alan "Akitlerin ifasında, istihdam edilen işçilerin sağlığı, iş emniyeti ve sosyal servislerine müteallik gerekli tedbirlerin milli mevzuat, kollektif mukavele veya hakem kararı gereğince bu gibi işçiler hakkında doğrudan doğruya uygulanması mümkün değilse, yetkili makam, ilgili işçilere, adil ve makul sağlık, emniyet ve sosyal servis şartlarını sağlamak üzere gerekli tedbirleri alacaktır." şeklindeki düzenleme dikkat çekmektedir.

Her ne kadar 94 sayılı ILO sözleşmesi sadece kamuda ve bazı işlerin ihale edilmesi halinde bu işlerde çalışanları ya da alt işveren işçilerini ilgilendirse de, ILO bu sözleşmeyle asıl işverene ve/veya ihaleyi veren yetkili makama bu şekilde bir yükümlülük getirerek alt işveren çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğini belli bir standarda kavuşturmayı hedeflenmiştir.

Konuya ilişkin olarak ülkemizde 30 Ha-

ziran 2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu incelediğinde alt işveren işçileri bakımından önemli düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Bunlar; çalışanların bilgilendirilmesi (6331/m.6/1-d, m.16) başta olmak üzere, risk değerlendirilmesi (6331/m.10, Risk Değ. Yön. m.15/1) çalışanların eğitilmesi (6331/m.17/5), iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma (6331/m.22) ile iş sağlığı ve güvenliğinin koordinasyonunu sağlama (6331/m.23) gibi düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerde asıl işverenlere kendi çalışanları yanında işyerine başka işyerinden gelen çalışanların³ ve/veya alt işveren ve işçilerinin de sorumluluğu kısmen de olsa yüklenmektedir.

II. Asıl İşverenin Alt İşveren ve Alt İşveren İşçilerine Karşı Sorumluluk Alanları

A. Çalışanların/İşçilerin Bilgilendirilmesi ve Hukuki Sorumluluk

Kanun koyucu İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun “Çalışanların Bilgilendirilmesi” başlıklı 16. maddesinde asıl işvereni; kendi işçileri (çalışanları) yanında “başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanları⁴ ve söz konusu çalışanların işverenlerine de bu konuda gerekli bilgileri vermekle yükümlü kılmıştır⁵. Söz konusu yükümlülüğün içeriği işçilerin işyerinde karşılaşılabilecekleri sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler başta olmak üzere; kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumlulukları, ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişilerle ilgili bilgi verilmesi, belirtilen bilgileri almalarını sağlamaktır.

6331 sayılı Kanun’un çalışanların bilgilendirilmesi konusunda işyerindeki çalışanları ikiye ayırdığı görülmektedir. Kendi işçisi ve/veya çalışanı olsun ya da olmasın 6331 sayılı Kanun’un 12. maddesinde belirtilen ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalan veya kalma riski olan bütün çalışanları, bizzat asıl işverenin

tehlikeler ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında derhal bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna karşın ciddi ve yakın tehlike ortamında çalışmayan diğer çalışanlara ve/veya işçilere söz konusu bilgilerin verilmesi konusunda asıl işveren sadece çalışanların işverenlerini bilgilendirir.

Bir başka anlatımla asıl işveren başka işyerinden gelen ancak asıl işverenin kendi işyerinde ciddi ve yakın tehlike ortamında çalışmayan bu tür çalışanları doğrudan bilgilendirilme ile yükümlü olmayıp sadece onların işverenlerini kanunda belirtilen konularda bilgilendirme ile sorumlu tutulmuştur.

Kanaatimizce ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalınabilecek ortamlarda çalışan alt işveren işçilerinin kanunda belirtilen hususlar hakkında bilgilendirilmeleri konusunda asıl işveren alt işverenle beraber sorumlu olduğundan bu konuda bir bilgisizlik nedeniyle alt işveren işçisinin iş kazası ya da meslek hastalığına maruz kalması halinde asıl işveren alt işveren yanında işçiye karşı hem müteselsilen hem de doğrudan sorumlu olmaktadır.

6331 sayılı Kanun’un 26. maddesinde ise aynı Kanunun 16. maddesine uygun olarak bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverene, bilgilendirilmeyen her çalışan için 1.078 TL para cezası idari yaptırım olarak düzenlenmiştir (6331 m.26/1-g).

B. Çalışanların/İşçilerin Eğitimi ve Hukuki Sorumluluk

6331 sayılı Kanun’un 17. maddesinde işverenlere getirilen bir başka önemli yükümlülük “çalışanların eğitimi”dir. Düzenleme incelendiğinde alt işveren işçilerine eğitim verme yükümlülüğünün asıl olarak alt işverene ait olduğu anlaşılmakta olup doğrudan asıl işverene böyle bir sorumluluk yüklenmemiştir. Ancak kanun koyucu Kanun’un 17. maddesinin 5. fıkrasıyla “Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; yapılacak işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar işe başlatılamaz.”

şeklinde düzenleme getirerek alt işveren işçilerini de kapsayacak nitelikte bir sorumluluk getirdiği söylenebilir.

Böyle bir düzenleme acaba asıl işverene hukuki sorumluluk getirir mi? Kanaatimizce; her ne kadar ilgili yükümlülüğe uymayan asıl işverene Kanun'un 26. maddesinde para cezası öngörülmemiş olsa da asıl işveren söz konusu ortamlarda çalışacak olan alt işveren işçisinden gerekli eğitimi aldığına dair belgesi olup olmadığının denetimini yapmadan işe başlamasına göz yumması halinde meydana gelecek olan iş kazası ya da meslek hastalığından alt işverenle beraber sorumlu olacaktır. Sorumluluğun altında yatan durum ise alt işveren işçilerinin çalıştığı mekanda fiziken baskın ve etkili, hukuken de asıl yetkili olanın asıl işverenin olmasıdır.

C. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Kurma ve Hukuki Sorumluluk

Kanun koyucu 6331 sayılı Kanun'un "İş sağlığı ve güvenliği kurulu" başlıklı 22. maddesinde başka yerlerde sıkça kullandığı "başka işyerinden gelen çalışanlar" kavramı yerine doğrudan "alt işveren işçileri" kavramını esas almıştır. "İş sağlığı ve güvenliği kurulu" konusunda kanun koyucunun; aynı işyerini çalışma alanı olarak kullanan asıl işverenle alt işveren arasında koordinasyonu sağlama yükümlülüğünü kural olarak asıl işverene yüklediği görülmektedir.

Buna göre 6331 sayılı Kanun'un 22. maddesinde kural olarak; "Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular." (6331 m.22/1).

Ancak "Altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde; asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda iş birliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanır (6331 m.22/2-a). Şayet; "Asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerek-

meyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar." (6331 m.22/2-b).

"İşyerinde kanuni şartları oluşmadığı için kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, kanuni şartları taşıdığı için alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar." (6331 m.22/2-c). Kanuni şartları taşımadığı için "kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla ise, koordinasyonu asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulur." (6331 m.22/2-ç). Bunun yanında "aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâlinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir." (6331 m.22/3).

Böylece birden fazla işverenin bulunduğu mekânlarda her işverenin kanuni sayı olduğunda kendi kurulunu oluşturma yükümlülüğü yanında asıl işverenlerin ayrıca kurullar arasında koordinasyonu sağlama noktasında hukuki bir sorumluluğu görülmektedir⁶. Sonuç itibarıyla; söz konusu koordinasyonu yerine getirmeyen asıl işveren, alt işveren işçisinin bu yüzden sakatlanması ya da hastalanmasından dolayı alt işverenle beraber sorumlu olur.

İdari yaptırım olarak ise yukarıda bahsedilen düzenlemelerin ihlali halinde, işverenlere her bir aykırılık için ayrı ayrı 2.156 TL para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir (6331 m.26/1-i).

D. İş Sağlığı ve Güvenliğinin Koordinasyonu ve Hukuki Sorumluluk

6331 sayılı Kanun'un 23. maddesinde "İş sağlığı ve güvenliğinin koordinasyonu" başlığı altında iş sağlığı ve güvenliğinin koordinasyonunu sağlamaya ilişkin bir başka madde düzenlenmesi yer almaktadır.

Bu düzenlemeden anlaşıldığı kadarıyla, birden fazla işverenin aynı çalışma alanını paylaşması durumunda iş hijyeni ile iş sağlığı ve

güvenliği önlemlerinin uygulanmasında iş birliği ile yapılan işin yapısı göz önüne alınarak mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulması çalışmalarını koordinasyon içinde yapmaları, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini bu riskler konusunda bilgilendirmeleri gerekmektedir (6331 m.23/1).

Kanun'un 23. maddesinin 2. fıkrası ise "Birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki koordinasyon yönetim tarafından sağlanır. Yönetim, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyarır. Bu uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildirir." (6331 m.23/2) hükmünü içermektedir⁷.

Her ne kadar kanun koyucu söz konusu düzenlemede doğrudan alt işveren kavramını ele almamış ya da kanundaki koordinasyon yükümlülüğünü böyle bir ilişki olmasına bağlamamışsa da alt işverenlerin de çalıştıkları yerler ayrı işyeri sayıldığı için asıl işverenle beraber paylaştıkları mekânlar içinde bu düzenlemelerin kıyasen uygulanabilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

E. Risk Değerlendirilmesinde Koordinasyonu Sağlama ve Hukuki Sorumluluk

Çağdaş ülkelerde iş sağlığı ve güvenliğinde önemli bir zemin oluşturan risk değerlendirilmesi yükümlülüğü "risk değerlendirilmesi, kontrol, ölçüm ve araştırma" başlığıyla Kanunun 10. maddesinde "İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirilmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür." şeklinde hükme bağlanmıştır (6331 m.10/1, 6331 m.10/1).

Asıl işverenin tüm işyeri için yapacağı ya da yaptıracığı risk değerlendirilmesinin aynı mekânı kullanan alt işveren ve işçilerinde nasıl bir durum meydana getireceği sorusu "İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirilmesi Yönetmeliği"nde detaylı olarak karşılanmaya çalışılmıştır.

Kural olarak asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin bulunduğu işyerlerinde bir veya daha fazla alt işveren bulunması halinde: "Her alt işveren yürüttükleri işlerle ilgili olarak, bu yönetmelik hükümleri uyarınca gerekli risk değerlendirmesi çalışmalarını yapar veya yaptırır." (Risk. Yön. m.15/1-a). Bu konuda "Alt işverenlerin risk değerlendirmesi çalışmaları konusunda asıl işverenin sorumluluk alanları ile ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeler asıl işverence sağlanır." (Risk. Yön. m.15/1-b). Koordinasyon bakımından "Asıl işveren, alt işverenlerce yürütülen risk değerlendirmesi çalışmalarını denetler ve bu konudaki çalışmalarını koordine eder." (Risk. Yön. m.15/1-c).

Risk değerlendirilmesi sonunda "Alt işverenler hazırladıkları risk değerlendirmesinin bir nüshasını asıl işverene verir. Asıl işveren; bu risk değerlendirilmesi çalışmalarını kendi çalışmasıyla bütünleştirerek, risk kontrol tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar." (Risk. Yön. m.15/2).

Tüm bu yönetmelik hükümlerinden de anlaşıldığı gibi alt işverenlerin risk değerlendirme yükümlülüğü kendilerine ait olmasına rağmen alt işverenler asıl işverenin işyerinde ya da işletmesinde faaliyette buldukları için bu konuda asıl işveren; işyeri ya da işletmesinde bulunan alt işveren ve/veya alt işverenlere gerekli olan bilgi ve belgeleri vermek, alt işverenin risk değerlendirmesini izlemek, denetlemek, kendi diğer alt işverenlerin risk değerlendirilmesi ile koordine sağlamak ve bu konudaki uygunsuzlukları gidermekle yükümlü tutulmuştur.

Bu nedenle asıl işverenin hukuki sorumluluğu bu konudaki yükümlülüklerini yerine getirmediğinden dolayı alt işveren işçilerinin iş kazasına uğramış ya da meslek hastalığına maruz kalmış olması durumunda ortaya çıkmaktadır.

İdari yaptırım olarak ise asıl işverene, risk değerlendirilmesine ilişkin alt işverenlere yönelik yükümlülüklerini yerine getirmediğinde (6331 m.26/1-n, 30/1-ç) uyulmayan her hüküm için, tespit edildiği tarihten itibaren aylık olarak 1.078 TL para cezası verilecektir.

III. Asıl İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki Sorumluluğunun Sınırları ve Hukuki Niteliği

Genelde aynı mekânın birden fazla işverence paylaşıldığı özelde ise alt işveren ilişkisi olan işyerlerinde yukarıda sayılan yükümlülükler bakımından asıl işveren sorumluluğunun sınırları ve niteliğinin ne olması gerektiği mutlaka cevaplanmalıdır.

Sorumluluğunun sınırları ve alanlarını;

- i. Aynı mekânı paylaştığı alt işverenlerin kendilerini ya da yakın ve acil tehlikelere maruz kalan işçilerini İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda belirtilen konularla ilgili bilgilendirme,
- ii. Gerekli belgelere sahip olmayan alt işveren işçilerini çalıştırmama,
- iii. İş sağlığı ve güvenliği kurulunu kurma yükümlülüğüne kanunda belirtilen şekilde uyma ve koordinasyon sağlama,
- iv. Risk değerlendirilmesinde bilgi ve belgeleri sağlama ve denetim şeklinde belirleyebiliriz.

İşte tüm bu yukarıda sayılan alanlarda meydana gelen aksaklıklar halinde meydana gelecek özellikle bir iş kazası ya da meslek hastalığından alt işveren yanında asıl işveren nasıl sorumlu olmalıdır?

Öncelikle asıl işverenin bu sorumluluğunun asıl işverenin alt işveren işçileri ile aralarında bir iş sözleşmesi olmadığı için sözleşme sorumluluğuna dayanmadığını söylemek zor olmasa gerekir. İkinci önemli yaklaşım ise asıl işveren için getirilen yükümlülüklerin sırf kanundan doğduğu düşüncesiyle kanundan doğan sorumluluk nitelemesi yapmak da kolaycılığa kaçmakta ve ayrıca sorumluluk hukukunun temel ilkesi olan irade özerkliğine de uygun düşmemektedir.

Tüm bu endişelerden dolayı sorunu daha sağlam ve hukuki izahı mümkün olan bir temel düşünceye dayandırmak gerekir. Kanaatimizce aynı mekânı paylaşan ve paylaşılan mekânın fiziken ve hukuken asıl hakimi (hukuki hakimiyet düşüncesi) olan asıl işverendir. Ayrıca alt işveren işçilerinin asıl işverenin işye-

rinde yaptıkları iş asıl işverenin işi olup bundan en çok menfaati olan asıl işverendir.

Tüm bunlardan dolayı kanun koyucunun alt işverenler yanında ayrıca asıl işverenleri de birçok halde alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin yükümlülüklerden sorumlu tutmasının altında; alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında oluşan iş (çalışma) ilişkisinden ya da sosyal temastan doğan edimden bağımsız koruma yükümlülüğünün yattığını söylemek yanlış bir niteleme olmasa gerekir⁸.

IV. Sonuç Yerine

Yazımızın sonuç kısmında alışlagelmiş tekrarın dışına çıkarak konunun devamı olan iki önemli sorunu cevaplamak istiyoruz: Bunlardan ilki iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri açısından alt işveren işçilerine karşı asıl işverenin alt işveren yanında müteselsil sorumluluğunun devam edip etmediğidir. İkinci sorun ise asıl işverenin alt işverene rücu edip edemeyeceğidir.

Asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinden dolayı sorumluluğu İş Kanunu ve uygulamasında olduğu gibi (İŞK. m.2/7 "...bu kanundan..." de düzenlendiği şekilde) müteselsil sorumluluk olarak devam eder mi sorusu öncelikle cevaplanmalıdır.

Her ne kadar İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliğini düzenleyen 77 ve devamı maddeleri 6331 sayılı Kanun'la mülga edilmiş olsa da (6331 m.37/1-ç) 6331 sayılı İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrasında "...bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4857 sayılı kanunun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır." düzenlemesiyle müteselsil sorumluluğun devam ettiği sonucuna ulaşılabilir.

Yukarıda bahsedilen ikinci sorun; iş sağlığı ve güvenliğinde de müteselsil sorumluluktan dolayı asıl işveren alt işverene rücu edebilecek midir?

İş hukukunda asıl işverenler; alt işveren işçisinden dolayı ferdi ya da toplu iş hukukundan kaynaklanan işçi alacaklarını ya da SGK primlerini kanuni düzenleme gereği (İŞK. m.2/6, SSGSSK m.12/son) asıl borçlu olan alt

işveren yerine ödeme yaptığında alt işverene rücu etmesi hukuken mümkündür.

Soruyu bir başka şekilde tekrarlayacak olursak acaba alt işveren ilişkisinden dolayı 6331 sayılı Kanun ve yönetmeliklere göre iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmeyen ve bu yüzden kusurlu sayıldığı için alt işveren işçisine ya da yakınlarına tazminat ödemek zorunda kalan asıl işveren alt işverene rücu edebilir mi?

Bu soru aslında iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında asıl işverene getirilen yükümlülüklerin niçin getirildiğine verilecek cevapta kendini bulmaktadır.

İş hukuku doktrininde hakim olan görüşe göre alt işverenin ekonomik olarak zayıflığından dolayı işçi alacaklarının ya da sigorta prim alacaklarının asıl işverene yüklenilmesi temelinde asıl işveren alt işveren sorumluluğunun kurulduğu fikri yıllardan beri kabul edilegelmiştir.

Her ne kadar asıl işverenin bu yöndeki sorumluluğuna söz konusu neden dolayısıyla açıklık getirmek kısmen doğru ise de özellikle asıl işverenin işçi sağlığı ve güvenliği açısından koruma yükümlülüğünün açıklanmasında ne kadar sıkıntı doğurduğu ortadadır.

Bize göre kanun koyucu 6331 sayılı Kanun'da işçi alacakları ve SGK alacakları mantığından sıyrılarak iş sağlığı ve güvenliğinin teknik özelliği ve esas işyeri ve işletmenin sahibi olan asıl işverene alt işveren ve işçileri bakımından doğrudan yükümlülük getirmiştir.

Bundan dolayıdır ki yukarıda bahsedilen yükümlülükler incelendiğinde asıl işveren alt işverenlere ya da başka işyerinden kendi işyerine çalışmaya gelenlere yönelik kanun ya da yönetmelik hükümlerine uymadığında birçok yerde doğrudan para cezası yaptırımına tabi tutulması bu tür çalışanlara yönelik ödeyeceği tazminatın kendi kusurundan kaynaklandığını göstermektedir.

Sonuçta asıl işverenin bu nedenle ödediği tazminatları örneğin alt işverene ya da geçici (ödünç) işçi veren işverene rücu etmesi hukuken hakkaniyete uygun değildir. Şayet bu konuda asıl işverene rücu hakkı tanınırsa muvazaalı alt işverenlikte olduğu gibi muvazaalı

yaptırımına tabi tutulan asıl işverenin hukuka aykırı davranışından kaynaklanan yaptırımı bir başkasına yansıtma imkânı gibi⁹ istenmeyen bir sonucun burada da ortaya çıkması kaçınılmaz hale gelir. Böyle bir sonuç ise 6331 sayılı Kanun'la ve ilgili yönetmeliklerle doğrudan asıl işverenlere yönelik getirilen yükümlülüklerin içinin boşaltılmasına neden olur kanısındayız.

DİPNOTLAR

- 1 ILO Kabul Tarihi: 3 Haziran 1981, Kanun Tarih ve Sayısı: 07.01.2004/5038, Resmi Gazete Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 13.01.2004/25345.
- 2 ILO Kabul Tarihi: 7 Haziran 1985, Kanun Tarih ve Sayısı: 07.01.2004/5039, Resmi Gazete Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 13.01.2004/25345.
- 3 "Başka işyerinden gelen çalışanlar" kavramına alt işveren, geçici (ödünç) iş ilişkisi ve buna benzer diğer ilişkiler içinde asıl işveren işyerine gelen tüm işçilerin dahil olması gerektiği yönünde bkz; AYDINLI, İbrahim; "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'nda ve/veya Kanunu'nda Alt İşveren "...Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar..." Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 26, Haziran 2012, s. 21.
- 4 Aynı düzenleme İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin 6. fıkrasında da yer almaktadır. Yönetmelik için bkz; 29.12.2012 tarihli RG, s: 28512. İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 16. maddesinde de başka işyerinden gelen çalışanların bilgilendirilmesi hususu yer almaktadır. Yönetmelik için bkz; 29.12.2012 tarihli RG, s: 28512.
- 5 BAŞBUĞ, kanuni düzenlemede tek bir alt işveren olması halinin ele alındığını, birden çok alt işveren olması halinde durumun ne olması gerektiği yönünde düzenleme eksikliği olduğunu ileri sürerek getirilen kanun hükümlerini farklı yönleri ile eleştirmektedir. Bkz; BAŞBUĞ, Aydın; İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, 2013, Ankara, s. 86 vd.
- 6 Benzer düzenleme risk değerlendirilmesinde de İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirilmesi Yönetmeliği'nin 14. maddesinde yapılmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği için bkz; 29.12.2012 tarihli RG, s. 28512.
- 7 Konuya ilişkin yazarın görüşüne ayrıntılı olarak bkz; AYDINLI, İbrahim; İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara, 2004, s. 177, 184.
- 8 Geniş Bilgi için bkz; AYDINLI, İbrahim; Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi ve Rücu Hakkına İlişkin Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi" İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, C: 3, S: 9, Y: 2008 s. 209-233.

Seracettin GÖKTAŞ

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Üyesi

Yargıtay Uygulamasına Göre Hafta Tatili

1. Hafta Tatili Kavramı

Hafta tatili, haftanın beş veya altı iş gününde çalışma nedeni ile yorulan, kendisine ve sosyal çevresine zaman ayıramayan çalışanlara, yorgunluğunu gidermesi ve çalışma yaşamının stresli, bağımlı ve programlı ortamından kurtulması için genellikle haftada bir gün ve hafta sonunda tanınan ücretli tatildir¹.

Haftanın Pazar gününün dinsel nedenlerle çalışılmaması suretiyle zaman içerisinde dinlenme amaçlı tatile dönüşmesi ile hafta tatili kurumu doğmuştur².

Hafta tatili hakkında, 1924 tarihli ve 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun'da, 17.3.1981 tarihli ve 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun, 4857 sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda düzenlemeler bulunmaktadır.

394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun'a göre on bin veya daha fazla nüfusu bulunan kentlerdeki her türlü fabrika, imalathane, tezgâh, dükkân, mağaza, yazıhane, ticarethane, sınaî ve

ticari tüm kurumların ve bunlara bağlı yerlerin haftada bir gün faaliyetin tatil edilmesi zorunludur (m.1). Kanunun 4. maddesinde bu kuralın istisnası düzenlenmiştir. Buna göre, hastaneler, dispanserler, eczaneler, muayenehaneler, kimya ve bakteriyoloji laboratuvarları, hamamlar ve buhar salonları, vapur, tramvay, su, elektrik, gaz, telefon şirketleri, liman, iskele ve istasyon, gümrük ve antrepolardaki yükleme ve taşıma işleri, basımevleri, tiyatro, sinema, umumi kütüphaneler, konferans ve konser salonları, han, otel, lokanta, fotoğrafhane, bozulacak mal kullanan veya üreten sanayi kuruluşları, yapıcılık, tuğlacılık gibi işler, tütün, incir, üzüm, zeytin, fındık vs. tarımsal sanayi ve sınai ürünlerin işlenmesi ve manipülasyonu gibi açık havada ve yılın bir kısmında yürütülen ve faaliyeti mevsime bağlı işler, turistik, hediyelik eşya satıcıları hafta tatilinden müstesnadırlar. Ancak yine 4. madde gereği bunların çalışanlarının nöbetleşe olarak haftada birer gün izinli olmaları gerekir.

394 sayılı Kanunun 12. maddesine göre on binden az nüfuslu kent ve kasabalarda Hafta

Tatili Hakkında Kanun'un uygulanması, belediye meclislerinin kararı ve ilanıdır.

394 sayılı Kanunun 2. maddesinde resmi daireler, kamu, özel, ticari ve sınai herhangi bir kurumda çalışanların haftada altı günden fazla çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Buna göre belirtilen kurum ve işyerlerindeki tüm çalışanların haftada bir gün izinli sayılmaları zorunludur.

394 sayılı Kanunda daha önceleri hafta tatili Cuma günü olarak belirtilmiş iken, 1935 tarihli ve 2739 sayılı Kanunla yapılan değişiklik üzerine hafta tatilleri Pazar günü olmuştur. Daha sonra çıkarılan 1981 tarihli ve 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'da da hafta tatilinin Pazar günü olduğu ve tatilin 35 saatten az olmamak üzere Cumartesi günü en geç 13.00'den itibaren başlayacağı düzenlenmiştir (m.3). Aynı Kanun'da bu konuda İş Kanunu hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir (m.3/b.B); yemek, içmek, giyinmek gibi zorunlu ihtiyaçların giderilmesi için alışveriş yapılan dükkân ve mağazalar hakkında 394 sayılı Kanunun Cumartesi günüyle ilgili hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir (m.3/b. C).

394 sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca hafta tatilinden müstesna tutulan işyerlerinde çalışanlara ve 6. maddesi uyarınca Pazar günü tatil edilen fabrika ve maden ocakları gibi işyerlerinde bekçilik, kapıcılık, makine ve kazan temizleme, işletme ve teknik zorunluluk nedeniyle kesintisiz sürdürülmesi gereken hizmetlerde çalıştırılanlara haftanın içinde bir gün izin verilmesi gerekir³.

Olağanüstü Hal Kanun'un 8. maddesine göre, tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar nedeniyle olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, gerekli görülen hallerde Hafta Tatili Kanunu kısmen veya tamamen uygulanmayabilir.

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda gazetecinin sürekli olarak gündüz veya gece çalışmasına göre farklı düzenlenmiştir. İzin gününden önceki günlerde çalışması koşuluyla, sürekli gündüz çalışan gazeteciye haftada bir günlük ücretli izin hakkı, sürekli gece çalışan gazeteciye ise haftada iki günlük ücretli izin hakkı tanınmıştır (m.19). Hafta tatilinde çalışma karşılığı olmaksızın normal ücret ödenmelidir. Basın İş Kanunu, hafta tatilinde çalışmayı fazla çalışma

gibi düzenlemiş ve fazla çalışma ücretlerinin gününde ödenmemesi halinde ücretin her geçen gün için %5 fazlası ile ödeneceği öngörülmüştür (Ek m.1).

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda da gemi adamının haftanın altı gününden fazla çalıştırılmayacağı (m.41), haftanın önceki günlerinde çalışması kaydıyla, bir günlük hafta tatilinde gemi adamına çalışma karşılığı olmayan ücret ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir (m.42).

2. Hafta Tatilinden Yararlanma

4857 sayılı İş Kanunu'nda hafta tatili, 46. maddede düzenlenmiştir. Buna göre işçinin ücretli hafta tatilini hak etmesi için tatilden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olması gerekir. Bu durumda, haftalık normal çalışma süresi haftanın çalışılan günlerine ister eşit dağıtılsın, isterse farklı şekillerde dağıtılsın, işçi, haftanın iş günlerinde kırk beş saat çalışmış olmalı veya çalışmış sayılmalıdır⁴.

Hafta tatiline hak kazanmak için haftanın kırk beş saati ya 63. maddeye göre fiilen çalışılmalı ya da İş K.m.46/f.2'de belirtilen günlerde çalışılmış sayılmalıdır. Buna göre işçi fiilen çalışma yapmadığı halde, ücretli hafta tatiline hak kazanması için aşağıdaki günler, çalışmış gibi sayılmaktadır:

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

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

- Bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerle hekim raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinleri,

- Zorlayıcı ve ekonomik bir neden yokken işyerindeki haftanın bir veya birkaç gününde işveren tarafından tatil edilmesi halinde, bu şekilde haftanın çalışılmayan günleri.

4857 sayılı İş Kanunu'nda hafta tatilinin hangi günde kullanılacağı belirtilmemiştir. Hafta tatilinin 2429 sayılı Kanunun 3. maddesi gereği Pazar günü olması gerektiği söylenebilir ise de, Pazar günü tatil yapılmayarak faaliyetini sürdüren işyerlerinde çalışanlara haftanın diğer bir

gününde hafta tatilinin kullandırılması mümkündür⁵.

Postalar Halinde Çalışma Yönetmeliği'ne göre, postalar halinde çalışmanın yapıldığı işyerlerinde işçilere, haftanın bir gününde yirmi dört saatten az olmamak üzere nöbetleşe hafta tatili verilmesi zorunludur (m.11).

İş K.m.46/f.1 gereği hafta tatili bölünerek kullandırılmaz. Bu itibarla hafta tatiline hak kazanan işçiye asgari yirmidört saatlik bir dinlenme verilmelidir⁶. Hafta tatili, kural olarak, 00.00-24.00 saatleri arasında kullandırılması gerekir. Ancak, gece ve gündüz sürekli faaliyet gösterilen ve postalar halinde işçi çalıştırılan işyerlerinde, işçiye kesintisiz yirmidört saat dinlenme sağlanması koşuluyla hafta tatili gece yarısından başka bir saatte başlatılabilir⁷. Bu durumda işçiye zamlı ödeme yapılmaz⁸.

İşçinin çalışmadığı hafta tatili günü için çalışma karşılığı olmaksızın tam ücret ödenmesi gerekir (m.46/f.2). Bu ücret, çalıştığı günlere göre bir güne düşen ücrettir (m.49/f.1). 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 (m.50).

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 (m.49/f.2). Saat ücreti ile çalışan işçilerin tatil günü ücreti saat ücretinin yedi buçuk katıdır (m.49/f.3).

Hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık ücretli işçilere 46. madde hükümleri uygulanmaz. Ancak bunlardan Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde çalışanlara ayrıca çalıştığı her gün için bir günlük ücreti ödenir (m.49/f. son).

Hafta tatilinde yapılan çalışma fazla çalışmadır. Bu nedenle hafta tatilinde çalışan işçiye çalışma karşılığı olmaksızın ödenmesi gereken ücret dışında ayrıca yüzde elli arttırılmış fazla

çalışma ücreti ödenir. Böylece işçi çalıştığı hafta tatili için toplam ikibuçuk günlük ücrete hak kazanır⁹.

İş K.m.46'ya göre hafta tatilinden yararlanmak için tatil gününden önce işçiye 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmaları koşulu ile hafta tatili verilir. Maddenin gerekçesinde de haftanın iki iş günü çalışmayı öngören kısmi süreli bir iş sözleşmesi ile çalışan işçinin hafta tatiline hak kazanamayacağı belirtilmiştir. Ancak bu düzenlemenin işçinin tek bir işveren yanında çalışmayı kapsadığı, birden fazla işveren yanında kısmi süreli çalışan işçinin hafta tatilinden yararlandırılması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰. Bu görüşe göre kısmi süreli çalışanların bazıları hafta tatilinden yararlanabilir. Buna karşı bir görüş, İş K.m.46/I'm atıfta bulunduğu İş Kanunu'nun 63. maddesinin kısmi süreli çalışmayı ve kısmi süreli bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçileri kapsamadığını, çünkü İş K.m.63 hükmünde söz konusu olan esnekliğin, 45 saatten daha kısa bir süreyle çalışmayı içeren kısmi çalışmayı değil, haftalık toplam veya ortalama 45 saatin düzenlendiği çalışma biçimi olduğunu ileri sürmüştür¹¹. Bu ikinci görüşe göre haftanın birkaç günü çalışmak suretiyle esnek çalışma modeli içinde bulunan bir işçi, haftalık 45 saati doldurmadığı sürece İş K.m.63'e göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olma koşulunu yerine getirmediğinden hafta tatili ücretine hak kazanamaz. Kısmi süreli çalışan işçinin hafta tatilinden yararlanması için haftanın diğer günlerinde haftalık 45 saatlik çalışmasına gerek olmadığını ileri süren bir üçüncü görüş ise, tatil gününde önce m. 63'e göre belirlenen iş günlerinde çalışmanın yeterli olduğunu, bu sürenin tarafların arasındaki anlaşmaya göre değiştiğini, 45 veya daha az bir sürenin haftalık çalışma süresi olarak kararlaştırılabileceğini, hafta tatiline hak kazanmak için kararlaştırılan bu sürede çalışmanın veya çalışılmış sayılmanın yeterli olduğunu belirtmiştir. Ancak bu görüşe göre çalışma süresinin bir haftadan daha uzun bir döneme yerleştirildiği (örneğin ayda bir gün veya 15 günde bir gün gibi) hallerde işçi, hafta tatiline hak kazanamaz¹².

İş Kanunu m. 46/II'ye göre çalışılmayan

hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir.

3. Yargıtay Kararları Yönünden Değerlendirme

İş Kanunu'nda hafta tatilinde çalışmanın ispatı ile ilgili olarak özel bir düzenleme bulunmadığından hafta tatilinde çalışma yapıldığının ispatında genel hükümler geçerli olacaktır. Bu nedenle, Yargıtay hafta tatilinde çalışıldığının ispat yükünü bunu ileri süren işçiye, hafta tatilinde çalışma karşılığı ücretinin ödendiğinin ispat yükünün ise işverene ait olduğunu, işçinin iddiasını her türlü delille kanıtlayabileceğini, işverenin ise ödeme savunmasını yazılı belgelerle kanıtlaması gerektiğini kabul etmiştir¹³. Fiili bir olgu olması nedeniyle, kural olarak işçi, hafta tatilinde çalıştırıldığını, haftanın diğer günlerinde kesintisiz yirmidört saat dinlendirilmediğini her türlü delille ispat edebilir, tanık da dinletebilir¹⁴. Hafta tatili çalışmasının yazılı belgelere, işveren kayıtlarına veya kesin delile değil, tanık anlatımına dayalı olması durumunda, mahkemece çalışılan hafta tatili süresi tespit edilirken; işçinin uzun süre her hafta tatilinde çalıştırılmasının hayatın olağan akışına ve insan doğasına uygun düşmeyeceği, yaşam tecrübelerine göre hiç hastalanmadan veya evlenme, ölüm, doğum, özel işleri gibi mazereti çıkmadan yıllarca sürekli çalıştığının kabul edilemeyeceği, işyerindeki üretim faaliyeti ve işçinin üstlendiği işin niteliği dikkate alınmadan sürekli iş gördürüldüğünün varsayılmayacağı, hiç dinlenme hakkını kullanmadan çalıştığının düşünülmemeyeceği gözönünde tutularak, belirlenen hafta tatili süresinden hakkaniyet indirimi yapılması gerekip gerekmediği değerlendirilmelidir¹⁵.

Hafta tatili ücretinin ödendiği işverence işçinin imzasını taşıyan belge veya banka kayıtları gibi yazılı delillerle kanıtlanmalıdır. Bir Yargıtay kararında hafta tatili ücretinin ödendiği konusunda yazılı delil bulunmadığı halde tanıklarca hafta tatili ücretinin ödendiğinin belirtilmesi durumunda davacının isticvab edilerek konunun açıklığa kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir¹⁶.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında

kamu kurumunda alt işveren işçisi olarak çalışan davacının hafta tatili ve fazla mesai alacağına ilişkin talebi konusunda salt tanık anlatımlarının yeterli görülemeyeceği, tanık anlatımlarının destekleyici belgelerin de araştırılması gerektiğine karar vermiştir¹⁷. Aynı Daire, konut kâpıcılarının fazla mesai ve hafta tatili ücreti taleplerinin değerlendirilmesinde apartmandaki daire sayısı, günlük yapılan işler ve bu işlerin ne kadarlık sürede yapılabileceğinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir¹⁸.

Hafta tatili ve fazla çalışmanın ispatı bakımından iş müfettişi tarafından tutulan tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir¹⁹.

Yargıtay bir kararında "...Üst düzey çalışan davacının ayrıca fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretlerine hak kazanmasına olanak bulunmamaktadır..." gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur²⁰.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi özel okul öğretmenin yılta iki kez hafta sonlarında yapılan veli toplantıları nedeniyle ek ders ücreti talep edebileceği, ayrıca hafta tatili ücretine hak kazanamayacağına karar vermiştir²¹.

Yargıtay hafta içinde bir gün izin kullanılması halinde hafta tatili ücretinin istenemeyeceği konusundaki içtihadını istikrarlı bir şekilde sürdürmektedir²². Yargıtay'a göre, hafta tatili bölünerek kullandırılmayacağından yirmidört saatten az kullanılması halinde hafta tatili hiç kullanılmamış sayılır. Ayrıca, 12 saat çalışıp 24 saat dinlenerek yapılan çalışma şeklinde, hafta tatili çalışması olmaz²³.

Bir kararda iş arama izninin hafta ve genel tatillerde kullanılmayacağı, zira bu günlerde çalışma yapılmadığı belirtilmiştir²⁴.

Yargıtay'a göre İş Kanunu'nda hafta tatilinde çalışan işçinin ücretinin nasıl hesaplanacağı düzenlenmemiş ise de, hafta tatilinde yapılan çalışmanın fazla çalışma sayılması ve ücretinin yüzde elli zamlı ödenmesi gerekir²⁵. Yine hesaplama ile ilgili bir karara göre hafta tatili ücreti çalışılan dönem ücretine göre hesaplanmalıdır²⁶.

İşçi dinlenme sürelerinde serbest olduğundan, usulüne uygun onayı alınmamışsa dinlenme sürelerinde çalışmaktan kaçınabilir. İşçinin

dinlenme sürelerinde çalışmaktan kaçınması örneğin fazla çalışma yapmayı reddetmesi, hafta tatilinde işe gelmemesi işverene haklı nedenle fesih hakkını vermez. Yargıtay fazla çalışmayı reddettiği için işveren tarafından sözleşmesi feshedilen işçinin ihbar ve kıdem tazminatı isteğini, işçiden onay alınmadığı gerekçesi ile kabul etmiştir²⁷.

İş K. m.34'e göre işçinin ücretinin ödenmesi en az 20 gün gecikmişse işçi iş görmekten kaçınabilir. Buradaki ücretten geniş anlamda ücretin anlaşılması gerektiği öğreti ve uygulamada kabul edilmektedir. Bu nedenle, fazla çalışma, hafta tatili, Ulusal Bayram ve genel tatil ücretlerinin ödenmemesi de işçiye çalışmaktan kaçınma hakkını verir. Bununla birlikte işçinin İş K.m.34 anlamında çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmayarak sadece fazla çalışmaktan veya tatil günleri çalışmaktan kaçınabilmesi de mümkündür. İş görmekten kaçınma çalışma zorunluluğunun bulunduğu durumda söz konusu olur. Bu nedenle işçinin, İş K.m.34 anlamında, fazla çalışmaktan ve tatil günleri iş görmekten kaçınılabilmesi için fazla çalışma için onay vermemiş olması, olağanüstü hallerin veya zorunlu nedenlerin bulunmaması gerekir. Çünkü bu durumlarda işçinin çalışma zorunluluğu bulunmaktadır²⁸.

Haftalık dinlenme hakkının sağlanması bakımından, kesintisiz yirmi dört saat kullandırılması gereken ücretli hafta tatilinin verilmemesi halinde, çalışma koşullarının yerine getirilmediği kabul edilmelidir. Hafta tatilinde çalışma işçinin onayına tabi olduğundan, kural olarak, salt çalıştırılmak, fesih için haklı neden sayılmazsa da çalışma karşılığı zamlı ücretin ödenmemesi fesih için haklı neden kabul edilmektedir²⁹.

İşyerinin devri halinde devirden önce doğmuş bulunan hafta tatili ücretinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca devreden işveren devralan işverenle birlikte sorumlu olup, bu sorumluluğu anılan hüküm uyarınca iki yıl sürelidir³⁰.

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 14. maddesinde bahsedilen ücret ile Ek-1. maddesinde sözü edilen

hafta tatili, Ulusal Bayram ve genel tatillerde yapılan çalışma karşılığı ücretlerin gününde ödenmemesi halinde günlük yüzde beş fazlasıyla ödeneceği hükme bağlanmıştır. Anılan düzenlemelerde sözü edilen alacaklar için ödeme tarihi de belirlenmiş olmakla, yüzde beş fazla ödemeye hak kazanmak için işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi de gerekmez³¹. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1973/4-6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca günlük yüzde beş fazlasıyla ödeme kuralının yüksek bir oran olması sebebiyle vaktinde ödenmeyen ücretler bakımından karşılıklı kusur durumları gözetilerek 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi uyarınca bir indirime gidilmesi gerekir.

Hafta tatili ücretinin gününde ödenmemesi halinde, işçinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde öngörülen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faizi talep hakkı olduğu kabul edilmektedir³².

Yargıtay'a göre işçi alacakları beş yıllık zamanaşımına tabi olup, bu süre hafta tatili ücreti için de geçerlidir³³.

DİPNOTLAR

- 1 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2008, s. 931.
- 2 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 931.
- 3 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 932.
- 4 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 933; CENTEL Tankut, Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, s. 20.
- 5 SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2012, s. 830; AKYİĞİT, hafta tatilinin bu adı taşıyan "Hafta Tatili Kanunu"nda düzenlenmesi yerine Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunda düzenlenmiş olmasının mantıksızlık içerdiğini ileri sürmüştür (AKYİĞİT Ercan, İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2008, C.2, s. 1733).
- 6 NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 3. Bası, İzmir 1998, s. 524.
- 7 EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2010, s. 257-258; SÜZEK, Sarper, s. 831.
- 8 ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, İstanbul 2012, s. 372.
- 9 SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1997, s. 128.
- 10 YORULMAZ Çiğdem, Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, Ankara 2008, s. 88.

- 11 CENTEL, Kısmi Süreli Çalışma, s. 21.
- 12 AKYIĞİT Ercan, İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2008, C.1, s. 561; TULUKÇU, Binnur, İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Ankara 2012, s. 212.
- 13 Yargıtay 9. HD. 05.04.2006, 2005/29736-2006/8627; Yargıtay 22. HD. 12.03.2013, 2012/16488-2013/5198.
- 14 Yargıtay 22. HD. 09.04.2013, 2012/14178-2013/7540 sayılı karar: "... Hafta tatillerinde çalıştığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Hafta tatillerinde çalışma iddiasının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle iş yerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, hafta tatillerinde gerçekleşen çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda taraf tanıklarının beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir...".
- 15 Yargıtay 9. HD. 22.02.2008, 2007/9926-2008/1778.
- 16 Yargıtay 22. HD. 12.02.2013, 368-2718 sayılı karar: "...Somut olayda; puantaj kayıtlarının imzasız olduğu, davacının imzasının yer almadığı bordrolar bulunduğu, ayrıca söz konusu bordro karşılıklarının ödendiğini gösterir nitelikte banka hesap ekstresi, dekont ya da başkaca ödeme belgelerinin de dosya kapsamında yer almadığı görülmektedir. Bununla birlikte gerek davacı tanıkları gerekse davalı tanıkları fazla çalışma ücretlerinin ödendiğini ifade etmektedir. Fazla çalışma ve hafta tatili çalışması ücretlerinin ödenip ödenmediği konusu mahkemece netleştirilmemiştir. Bu amaçla öncelikle davacı isticvap edilerek bu hususlar sorulmalı, sonrasında ise konu dosya kapsamındaki diğer delillerle özellikle tanık beyanları, imzasız bordrolar, puantaj kayıtları ve yukarıdaki esaslara göre geçerli olup olmadıkları belirlenen ibranameler ile birlikte değerlendirilerek davacının hafta tatili çalışması ve fazla çalışma ücretleri alacağı bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bunun yapılmayarak eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".
- 17 Yargıtay 22. HD. 22.01.2013, 2012/10008-2013/359 sayılı karar: "... Davacının, fazla mesai, hafta tatili ile genel tatil ücreti taleplerinin sadece tanık beyanlarına dayanılarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Geçmiş döneme ait fazla mesai ve hafta tatili ile genel tatil günlerine ilişkin ücret taleplerinde sadece takdir nitelikteki tanık deliliyle yetinilmemeli, tanık beyanlarını destekleyici ve doğrulayıcı deliller de elde edildikten sonra sonuca gidilmelidir. Somut olayda bilgisine başvurulmuş olan tanıkların davalıya karşı davaları olup olmadığı, dolayısıyla birbirine tanıklık hallerinin bulunup bulunmadığı belirlenmediği gibi iddia edilen fazla çalışmalarla ilgili kayıt ve belgeler bulunup bulunmadığı yönünde gerekli araştırmaların yapılmadığı görülmüştür. Gerçek durumun saptanması bakımından davalı Sağlık Bakanlığından iş almış olan alt işverenler arasındaki hizmet alım sözleşmeleri ile dayanağı şartnameler getirilmeli, alt işverene verilen işin sözleşme bedeli ve kaç işçiyle yapılabileceği tespit edilmeli, hastane yönetiminin alt işverenin yapacağı işin denetlenmesi amacıyla alt işveren işçilerinin günlük çalışma sürelerine ve genel olarak işyerindeki çalışma düzenine ilişkin düzenleme yapıp yapılmadığı araştırılıp tespit edilmeli, hastanenin her bir bölümündeki yardımcı işlerde alt işverenin kaç işçisinin çalıştırılmasının öngörüldüğü ve hizmet alım sözleşmesi konusu işin kapasitesi tespit edilmeli, bundan sonra birliki eşliğinde işyerinde keşif yapılarak fazla mesai yaptırılıp yapılmadığı, hafta tatili ve genel tatil günlerinde çalışma olup olmadığı, varsa bu çalışmaların yapılması talimatının kim tarafından verildiği, açıklığa kavuşturulmalı, tüm bu yönlerde araştırma ve inceleme yapıp elde edilecek deliller dosya kapsamında birlikte değerlendirilerek bir karar verilmelidir...".
- 18 Yargıtay 22. HD. 29.11.2012, 6487-26752 sayılı: "...Bu itibarla; kapıcıların fazla mesai ve hafta tatili ücreti taleplerine ilişkin araştırma ve inceleme yapılırken öncelikle kapıcının çalıştığı apartmanın daire sayısının ve bir günde yaptığı işlerin neler olduğu ve bu işlerin ne kadar zamanda yapacağını tespit edilmesi ve buna göre günlük ve haftalık çalışma süresinin belirlenip, fazla mesai yapıp yapmadığı ve hafta tatillerinde çalışmış olsa dahi tam gün çalışıp çalışmadığının saptanması, tanık anlatımlarının da bu saptamalar ışığında değerlendirilmesi gerekir. Sözü edilen tespitler yapılmadan sadece inandırıcılığı yeterli olmayan tanık anlatımlarına itibar edilerek fazla mesai ve hafta tatili çalışmasına ilişkin iddianın sabit olduğunun kabulü doğru olmaz".
- 19 Yargıtay 9. HD. 23.12.2008, 32702-35182 sayılı kararı : "... Dosyada bir kısım puantaj kayıtları mevcut olup sözü edilen kayıtlara göre de fazla çalışma ile hafta tatili çalışmasının tespiti mümkün olamamıştır. 4857 sayılı İş Kanununun 92. maddesine göre iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. Somut olayda davacı işçi yönünden haftalık 45 saatin aşılmadığı ve hafta tatillerinin kullanıldığı dosya içeriği ile sabit olmuştur. Böyle olunca fazla çalışma ile hafta tatili ücreti isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".
- 20 Yargıtay 22. HD. 05.03.2013, 2012/15384-2013/4481 sayılı karar: "...Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının davalı işveren şirketin kurucu ortağı olduğu, ayrıca yurttan da müdür olarak görev yaptığı anlaşılmaktadır. Davacının, şirketin kurucu ortağı ve yurttan en üst düzey yönetici olması dikkate alındığında çalışma saatlerini kendisinin belirleme yetkisinin bulunduğu kabulü gerekir. Bu sebeplerle fazla mesai, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil alacağının reddi gerekirken, davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur"; aynı yönde Yargıtay 9. HD. 11.07.2006, 15189-20637.
- 21 Yargıtay 22. HD. 18.02.2013, 2012/8873-2013/3229 sayılı karar: "... Öncelikle belirtmek gerekirken özel eğitim kurumlarında fazla çalışmalar ancak derse girilmekle gerçekleşir. Dolayısıyla derse girilmeyen hallerde esas itibarıyla fazla çalışmadan söz edilmesi mümkün değildir. Yılda iki kez veli toplantılarının gerçekleşmesi amacıyla hafta tatilleri okula gidilmiş olması ancak bu toplantılar için mevzuatta öngörülen bir ödeme varsa talep edilebilir ki bu da ek ders ücretiyle karşılanabilir. Bunun dışında hafta tatili ücretinin talep edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki yılda iki hafta tatilinde müfredat programlarının hazırlanması, velilerle görüşülmesi amacıyla gerçekleştirilen toplantılara katılma katlanabilir bir fedakarlık olarak değerlendirilmelidir. Mahkemece bu yönler dikkate alınmadan birlikişinin dava-

- lı tanık beyanlarına aykırı ve başkaca hiçbir delile dayanmayan ayda iki kez hafta tatili çalışması yapıldığı yönünde hatalı tespite itibarla karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.
- 22 Yargıtay 9. HD. 02.07.2002, 12051-11321; 07.06.2004, 2141-13489 (GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, s. 2128).
- 23 Yargıtay 9. HD. 27.05.2010, 2009/37352-2010/14874; aynı Dairenin 27.03.2013, 2011/1122-2013/10294 sayılı kararı: “...Hafta tatili izni kesintisiz en az yirmidört saattir. Bunun altında bir süre haftalık izin verilmesi durumunda, usulüne uygun şekilde hafta tatili izni kullandığından söz edilemez. Hafta tatili bölünerek kullanılamaz. Buna göre hafta tatilinin yirmidört saatten az olarak kullanılması halinde hafta tatili hiç kullanılmamış sayılır...”
- 24 Yargıtay 9. HD. 28.10.2008, 27533-29198.
- 25 Yargıtay 9. HD. 23.5.1996, 1995/37960-1996/11745.
- 26 Yargıtay 9. HD. 5.3.2002, 2001/18600-2002/4102 (GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, s. 2129).
- 27 Yargıtay 9. HD. 8.5.2006, 10028-13006 (Çalışma ve Toplum, 10, 2006/3, s. 158-159).
- 28 GÖKTAŞ Seracettin, Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ankara 2008, 79-81.
- 29 Yargıtay 9. HD. 19.06.2008, 22029-16481 sayılı kararı: “... Davacının, davalıya ait işyerinde çalışırken fazla çalışma yaptığı, hafta tatili ve bayram tatillerinde çalıştığı ve ücretlerinin ödenmediği mahkemenin de kabulündedir. Anılan ücretlerin ödenmemesi nedeniyle davacının işyerini fiilen terk etmek suretiyle iş sözleşmesini feshetmesi haklı olup kıdem tazminatına karar verilmesi gerekirken anılan istemin reddine karar verilmesi doğru değildir...”.
- 30 Yargıtay 7. HD. 10.04.2013, 2899-6085 sayılı kararı: “...İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır...”.
- 31 Yargıtay 9. HD. 29.04.2013, 2011/9132-2013/12637 sayılı kararı: “...5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun’un 14 üncü maddesinde bahsedilen ücret ile Ek-1 inci maddesinde sözü edilen hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerle yapılan çalışma ücretlerinin gününde ödenmemesi halinde günlük yüzde beş fazlasıyla ödeneceği hükme bağlanmıştır. Anılan düzenlemelerde sözü edilen alacaklar için ödeme tarihi de belirlenmiş olmakla, yüzde beş fazla ödemeye hak kazanmak için işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi de gerekmez”.
- 32 Yargıtay 9. HD. 19.06.2008, 22029-16481 sayılı kararı: “... Mahkemece, hüküm altına alınan fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatili ücretleri için yasal faiz yürütülmesi-
- ne karar verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesi gereğince anılan alacaklara dava ve islah tarihinden itibaren bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmesi gerekirken yasal faize karar verilmesi de hatalı olmuştur”.
- 33 Yargıtay 22. HD. 26.02.2013, 2012/14373-2013/3770 sayılı kararı: “...818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 126/3. maddesine göre işçi ücretlerine ilişkin davalar beş yıllık zamanaşımına tabidir. Hafta tatili ve ulusal bayram, genel tatil ücret alacağı bu tür alacaklardandır. Bu sebeple islahla talep edilen hafta tatili ve ulusal bayram, genel tatil ücret alacağının islah tarihinden geriye doğru beş yılın dışında kalan kısmı zamanaşımına uğramıştır. Davalı tarafın islahla karşı yaptığı zamanaşımı savunması dikkate alınarak davacının hafta tatili ve ulusal bayram, genel tatil ücret alacağının belirlenmesi için kararın bozulması gerekmiştir...”.

Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

“Sulh Sözleşmesi” Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Daire Kararlarının İncelenmesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2012/30186

Karar No : 2013/4823

Tarihi : 11.02.2013

DAVA

Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleri uyarınca feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme isteği hüküm altına almıştır.

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

KARAR

Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21. maddeleri uyarınca feshin geçersizliğine ve davacı işçinin iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, iş sözleşmesinin işletmenin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle tüm yasal hakları ödenmek suretiyle feshedildiğini, davacı işçinin 28.09.2011 tarihli fesih bildirimini ve feshe bağlı ek ödeme ve sulh sözleşmesini ihtirazi kayıt koymaksızın imzaladığını, sulh sözleşmesi ile davacı işçiye son aya ait 29 günlük brüt ücret, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve çalışanın 4 aylık ücretine denk gelen brüt ücretten oluşan sosyal paketin ödenmesi konusunda taraflarca mutabakata varıldığını, taraf-

lar arasındaki sulh protokolünün varlığına rağmen dava açılmasının davalı bankadan haksız kazanç elde etmeye yönelik olduğunu, davacı işçinin işbu davayı açmasında hukuki menfaati olmadığını, davacı işçi ile akdedilen sulh sözleşmesinin davacı işçinin lehine makul yararın ötesinde sonuçlar doğurmakta olduğunu ve sulh sözleşmesini davalı banka ile uzlaşarak kendi özgür iradesi ile imzaladığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece keşif sonrası alınan bilirkişi raporuna itibar edilerek, her ne kadar 29.09.2011 tarihinde taraflar arasında Sulh sözleşmesi akdedildiği belirlenmiş ise de 28.09.2011 tarihinde işveren tarafından fesih bildiriminden hemen sonra artık tarafların irade uyuşması ile sözleşme imzalamalarının işveren feshini ortadan kaldırmayacağı, iş sözleşmesinin işveren tarafından alınan yönetsel karar neticesinde bir takım organizasyonel değişiklikler yapılarak birçok personelin işten çıkartılmasına karar verildiği, davacı işçinin işten ayrılmak arzusu veya niyetinde olduğuna ilişkin bir bilgi veya delil bulunmadığı, davacıya teklif edilen ve zaten hak ederek işçiye ödenecek olan ücret, yıllık izin ücreti, kıdem ve ihbar tazminatı yanında işbu sözleşme kapsamında 4 aylık ücretine denk gelen brüt ücretinin ödemesinin işçinin kıdemi, tecrübesi bir daha iş bulabilme ihtimali değerlendirildiğinde makul yarar olarak da değerlendirilmeyeceği, sulh sözleşmesinin davacı tarafından iradi olarak imzalanmadığı kabul edilerek, davacı işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işletmesel gereklerden kaynaklanan nedenlerle feshettiği, ancak fesih işlemi tutarlı olmadığı gibi feshin son çare olma özelliğinin de ihlal edildiği bu itibarla feshin geçersiz olarak yapıldığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine, keşif ve bilirkişi giderleri dahil tüm giderlerin davalıdan tahsili ile davacıya

verilmesine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli olduğunu kanıtlayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (04.04.2008 gün ve 2007/29752 Esas, 2008/7448 Karar sayılı ilamımız). Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörmeye 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.

Yargılama harç ve giderleri, HUMK'un 417. maddesi uyarınca kural olarak davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi gerekir. Bu durumda yapan taraf haklı ise yaptığı gider karşı tarafa yükletilmeli, haksız ise yapılan yargılama gideri üzerinde bırakılmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildikten sonra iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı ek ödeme ve sulh sözleşmesinin birlikte imzalandığı, bu sözleşmenin işverenin feshini ortadan kaldırmadığı, iş sözleşmesinin ikale ile sona ermediği, davalı işveren yeniden yapılanma ve bölüm kapanması sonrası kadro iptali nedeni ile iş sözleşmesinin feshinde, davacının istihdam fazlası olduğunu, bu işletmesel kararı tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz-

lığını kanıtlayamadığı anlaşıldığından, mahkemece feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesinin karar verilmesi yerindedir.

Ancak dosya içeriğine göre keşif gideri ve bilirkişi ücreti olan 523,90 TL'nin davalı tarafından yatırıldığı, bu giderin davanın sonucuna göre davalı üzerinde bırakılması gerektiği halde, davacı yapmış gibi tekrar davalıdan bu miktarın tahsiline karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

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

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

3. Davacının yasal bir süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 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 olmadığına,

6. Davacının keşif gideri ve vekalet ücreti dışında yapmış olduğu 70,00 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.200 TL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine, kesin olarak

11.02.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2012/26059

Karar No : 2012/26074

Tarihi : 21.11.2012

DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

KARAR

Davacı vekili, davacının 20.10.1998-29.09.2011 tarihleri arasında davalı bankada sigorta operasyon birim yöneticisi olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli sebep olmaksızın sona erdirildiğini, işçinin alanındaki tecrübesi ve nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda farklı pozisyonlarda değerlendirilmesinin mümkün olduğunu, davalı işverenin iş sözleşmesini feshederken keyfi bir karar aldığını belirterek, feshin geçersizliğine, müvekkilinin işe iadesine ve kanuni haklarının belirlenmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, iş sözleşmesinin işletmenin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeplerle işçinin tüm kanuni hakları ödenerek feshedildiğini, davacının 28.09.2011 tarihli fesih bildirimini ve feshe bağlı ek ödeme ve sulh sözleşmesini ihtirazi kayıt koymaksızın imzalaması sebebiyle bu davanın tarafların belirtilen sulh

sözleşmesine aykırılık teşkil ettiğini, uygulamanın kişiye özel olmadığını, işçinin çalışmış olduğu, birimin yeniden yapılandırma çerçevesinde tamamen ortadan kaldırıldığını, ilgili birime yeni çalışan alınmadığını, taraflar arasında imzalanan sulh sözleşmesi ile işçiye gelir vergisi kesintisi yapılmadan kıdem tazminatı ödendiğini ve işsizlik sigortasından yararlanabilmesi imkanının da sağlandığını, davacının sulh sözleşmesini kendi özgür iradesi ile imzalandığını savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, taraflar arasındaki sulh sözleşmesinin imzalanması hususunda isteğin davalı işverenden geldiği, aynı şekilde birçok işçinin işine son verildiği, davacının işten ayrılma iradesinin bulunmadığı, işverenin fesihle tutarlı davrandığını da ispatlayamadığı gerekçesiyle işe iadeye karar verilmiştir.

Hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İş sözleşmesinin ikale ile sona erip ermediği konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan iş güvencesi hükümleri işçiyi işverenin feshine karşı koruma amacını taşımaktadır. Sözleşmenin işverenin feshi dışındaki bir sebeple sona ermesi halinde iş güvencesi hükümleri uygulanamaz. Bu bağlamda sözleşme ikale (bozma sözleşmesi) ile sona ermişse işçi iş güvencesi hükümlerine dayanarak feshin geçersizliğine karar verilmesini talep edemeyecektir.

İkale, sözleşmenin tarafların ortak iradeleriyle sona erdirilmesidir. Niteliği itibarıyla bir sözleşme olması sebebiyle ikale tarafların serbest iradelerine dayanmalıdır. Ayrıca ikale icabı işverenden gelmişse kanuni tazminatlarına ilaveten işçiye ek bir menfaatin sağlanması (makul yarar) gerekir. Aksi halde iş sözleşmesinin ikale ile sona erdirildiğinden söz edilemez.

Somut olayda taraflar arasında 28.09.2011 tarihli "iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı ek ödeme ve sulh sözleşmesi" imzalanmıştır. Bu sözleşmede, tarafların davalı banka tarafından yapılan fesih işlemine bağlı olarak davacı işçiye ödenecek olan ücret, yıllık izin ücreti, kıdem ve ihbar tazminatı yanında dört aylık ücretine denk gelen brüt 34.400,-TL. tutarın ödenmesi konusunda mutabakata varıldığı düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin karşılıklı olarak sona erdirilmesi hususunda teklif getiren işverenin yeniden yapılanma ve organizasyon değişikliğine gitme amacı bulunmaktadır. Buna karşılık işçiye akdin feshinde makul yarar sağlanmıştır. Davacı tarafından sözleşmenin imzalanması konusunda iradesinin fesada uğratıldığı da iddia ve ispat edilememiştir. Dosya içeriğine göre, taraflar arasında geçerli bir bozma sözleşmesi mevcuttur. İşe iade isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde işe iadeye karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

4857 sayılı Kanun'un 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 yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 50,-TL. yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.200,-TL. ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 21.11.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

1. Giriş

2003 yılında iş güvencesi kurumunun iş hukukumuzda girişi ile birlikte, işverenler geçersiz nedenle yapılan feshin yaratacağı risklere karşı güvence sağlayacak çözüm arayışları içine girmiştir. Bu süreçte, işçi ile yapılacak ve işe iadeyi engelleyecek bir anlaşmanın oturtulacağı hukuksal kalıp konusunda farklı uygulamalar görülmüştür. Önce ibranameler ve işe iade davası açılmasını engellemeye yönelik feragat belgeleri denenmiş, bunlar yargı tarafından kabul görmeyince, o güne kadar sadece teoride kalan ikale kavramı canlandırılarak uygulamaya sokulmuştur. Yargı kararları, ilk defa karşılaştığı bu kuruma ilişkin olarak yaklaşık üç dört yıllık bir bocalama devresinden sonra, 2007 yılı sonrasında belirli bir çizgiye oturmuştur¹. Ancak, bu şekilde hayata geçirilen ikale işçi ve işveren arasında, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin bir anlaşma olarak tatmin edici şekilde ortaya çıkan sorunları çözebilmiş midir? Bu soruya tereddütsüz şekilde olumlu yanıt vermek bizce güçtür; ikale uygulamanın önemli bir ihtiyacına cevap vermiş, ancak başka sorunları da beraberinde getirmiştir.

Her şeyden önce gerçek anlamda, deyim yerindeyse “kuralına uygun” bir ikale çerçevesinde yasal kesintilerden muaf şekilde kıdem tazminatı ödemek mümkün değildir. Aynı şekilde ikaleyle iş sözleşmesi sone eren bir işçinin işsizlik sigortasından yararlanması da söz konusu olamaz. Dolayısıyla yasal kesintiler ve işsizlik sigortası konusu son derece ciddi sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. İkalenin maddi denetim ölçütlerine de eleştiri getirilebilir. Bugünkü içtihadın belirleyici noktası olan “makul yarar”ın gerçekten bir hukuki dayanağı olup olmadığı da tartışmaya açıktır.

İkale yarattığı sorunlarla birlikte yaklaşık on yıldır iş hukuku uygulamamızda sıkça karşımıza çıkmaktadır. Ancak ortaya çıkan sakıncalara tatmin edici bir çözüm de üretilememiştir. İnsan kaynakları ve iş hukuku uzmanları, deyim yerindeyse türlü “hukuk oyunları” ikalenin yarattığı teknik ve hukuki sorunları önlemeye çalışmıştır.

İkalenin yarattığı bu sorunlara açık bir ya-

sal düzenleme yapılmadığı sürece tatmin edici bir çözüm bulunması mümkün görünmemektedir. Ancak yaklaşık 10 yıldır “ikale” kurumu dışına çıkılarak alternatif bir öneri getirilebilmiş değildir. Oysa bu noktada “sulh” kurumunun, Batı’da olduğu gibi, bizde de bu süreçte belirli bir ölçüde çıkış yolu olarak kullanılabilmesi mümkündür. Buna karşılık, Yargıtayın inceleme konusu yaptığımız kararlarında böyle bir kurumu yeterince tanımadığı söylenebilecektir. 21.11.2012 tarihli Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararında, sulh sözleşmesi bir tür ikale gibi “yeniden vasıflandırılmış”, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 11.2.2013 tarihli kararında ise, böyle bir kurumun varlığı dahi reddedilmiştir.

Sulh sözleşmesi gibi bir kurum sanki hiç yokmuş gibi bir yaklaşımın benimsendiği her iki karar da eleştiriye açık bulunmaktadır. Üstelik karar metninde gizlese de, aynı şirketin aynı işten çıkarma sürecinde yaptığı uygulamanın Yüksek Mahkemenin her iki dairesince farklı yoruma tabi tutulmuş olması, hukukumuz bakımından son derece hatalı bir uygulama içinde olduğumuzu, böyle bir yapı içinde hukuk güvenliğinden söz edemeyeceğimizi de gözler önüne sermektedir.

Sulh kurumunun iş sözleşmesinin feshine ilişkin sonuçlarının düzenlenmesi süreçlerinde kullanılması mümkün ve geçerli bulunmaktadır. Bu kurumun adeta yok sayılması isabetli bir yaklaşım olmamıştır. Gerçekten Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararında, işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiş, işsizlik sigortasından yararlandırılmış, üstelik 4 brüt maaş tutarında ödeme yapılmıştır. Buna rağmen Yargıtay, irade sakatlığı dahi kanıtlanmamış olan sulh sözleşmesi sanki hiç yokmuş gibi davranmış ve işçiyi işe iade etmiştir. Söz konusu karar, Yüksek Mahkemenin bu kuruma adeta yabancı olduğunu göstermiştir.

Ancak yargının sulh kurumuna ilişkin uzaklığını eleştirirken ölçülü olmak gerektiği kanısındayız; gerçekten son on yıllık süreçte, M. Ekonomi’nin bir karar incelemesi dışında², böyle bir kurum öğretisi tarafından dile dahi getirilmemiştir. Yapılan bilimsel incelemeler makul yararın kapsamı, ikale denetim süreçlerinin koşulları üzerinde yoğunlaşmış ancak

İkale sözleşmesiyle verilen kıdem tazminatlarının ücret olarak değerlendirilerek prim kesintilerine tabi tutulması gerekmektedir.

ikalenin durumunda ortaya çıkan yasal kesintiler, işsizlik sigortasından yararlanamama gibi sorunlara çözüm üretilmemiştir. Bu sorunlar İK uygulamacılarına havale edilmiş, onlar da hukuk danışmanlarının verdikleri “nevi şahsına münhasır” tavsiyeler (şarta bağlı istifalar, gerçeğe aykırı bildirimler, işçinin haklı feshi senaryoları gibi) ile çıkış aramıştır. Bunun üzerine şarta bağlı istifa dilekçesinin ikale sayılıp sayılmayacağı, işçinin işverene sözleşmesini feshetmeye davet etmesinin ne anlama geldiği gibi, çoğunlukla uygulamadaki gerçek dışı işlemlerden kaynaklanan tartışmalar süregelmiştir.

Aynı konuları tartışmak yerine, artık farklı bir açılım yapılması zamanı gelmiştir. Bize göre ikalenin yasal altyapısının olmadığı bir sistem içinde, sulh sözleşmesi de özellikle işverenin geçerli fesih bakımından tamamen dayanaksız olmadığı durumlarda gündeme getirilebilir ve her iki taraf için de tatmin edici bir çözüm oluşturabilir. Ancak görüşümüzün anlaşılabilmesi için, öncelikle ikalenin uygulamada yarattığı sorunların incelenmesi, daha sonra sulh sözleşmesinin ne şekilde kullanılabileceğinin değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Buna göre, öncelikle ikalenin yarattığı sorunlar incelenecek (II), sonra sulh kurumu “tanıtıldıktan sonra” (III), bunun iş sözleşmesinin sona erme süreçlerinde alternatif bir çözüm olup olamayacağı inceleme konusu kararlar ekseninde sorgulanacaktır (IV).

II. İkalenin Uygulamada Yarattığı Sorunlar

1. İkale Kapsamında Ödenen Kıdem Tazminatının Yasal Kesintilere Tabi Olması

Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/7. madde

hükmünde, 1475 sayılı İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 5953 sayılı Basın İş Kanunu'na göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları, gelir vergisinden muaf tutulmuştur. Buna göre, İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'na göre ödenen kıdem tazminatından gelir vergisi kesilmeyecek; Basın İş Kanunu'na göre ödenen kıdem tazminatının 24 aylığı aşan kısmı için vergi kesintisi yapılacaktır.

İkale neticesinde ödenen kıdem tazminatı 1475 sy. İş Kanunu'nun 14. maddesinde sayılan durumlarda söz konusu olmadığından GVK'nın 25/7. maddesine göre vergiden istisna edilmesi mümkün görünmemektedir. Kıdem tazminatı kapsamına girmeyen ödemeler ise ücret kapsamında değerlendirilerek vergilendirilecektir. Dolayısıyla, ikale ile ödenen kıdem tazminatlarının ücret olarak değerlendirilerek vergilendirilmesi gerekmektedir. Nitekim İstanbul Vergi dairesi başkanlığının 3.6.2008 tarih ve 12268 sayılı Özelgesinde; “... vakfınızla işçiler arasında karşılıklı anlaşmalı olarak yapılacak ikale sözleşmesi neticesinde ödenen kıdem tazminatının İş Kanunu'nun 14. maddesinde tanımlanan kıdem tazminatı kapsamına girmediğinden Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/7. maddesine göre vergiden istisna edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, anlaşmalı olarak yapılan ikale sözleşmesiyle verilen kıdem tazminatlarının ücret olarak değerlendirilerek Gelir Vergisi Kanunu'nun 61, 94, 103 ve 104. maddeleri gereğince tevkif suretiyle vergilendirilmesi gerekmektedir” denilmiştir³. Buna göre, ikale kapsamında ödenen kıdem tazminatı gelir vergisine tabi tutulacaktır⁴.

İşçiyle işveren arasında karşılıklı anlaşmaya dayanan ikale sonrasında ödenen kıdem tazminatı, 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun 14. maddesinde sayılan durumlar içine girmemektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu ödeme teknik anlamda ücret olarak görünmektedir. Bu nedenle, ikale sözleşmesiyle verilen kıdem tazminatlarının ücret olarak değerlendirilerek prim kesintilerine de tabi tutulması gerekmektedir⁵.

2. İşsizlik Sigortasından Yararlanma Sorunu

İşçi ve işverenin iş sözleşmesini karşılıklı anlaşma (ikale) ile sona erdirmek istemeleri durumunda işsizlik sigortasından yararlanma da ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim işçinin işsizlik ödeneğinden faydalanabilmesi için 4447 sayılı Kanun'a göre kural olarak isteği dışında işsiz kalması gerekmektedir. İş sözleşmesinin işçi tarafından nedensiz şekilde feshi durumunda işsizlik sigortasından yararlanılamamaktadır. 4447 sayılı Kanun'da işsizlik sigortasından yararlanılacak haller de açıkça belirtilmiş olup, bunların içinde iş sözleşmesinin "ikale ile sona erdirilmesi" yer almamaktadır. Bu durumda iş sözleşmesi ikale ile sona erdirildiğinde, işsizlik ödeneğinden işçinin yararlanabilmesi söz konusu olmayacaktır⁶. Uygulamada ikale isteklerinin çoğu kez işverenden geldiği dikkate alındığında ortaya çıkan bu tablonun adaletsiz olduğunu söylemek sanırız yanlış olmaz. İşçi kendi iradesi dışında anlaşmalı çıkış sürecine itilmekte, üstelik işsizlik sigortasından yararlanamamaktadır. Bu istenmeyen durum isabet derecesi tartışmalı uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Nitekim çoğu zaman, ortada bir ikale sözleşmesi olmakla birlikte, çıkış işlemleri "işveren feshi" görüntüsü altında yapılmakta ve işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanması sağlanmaktadır. N. Gerek'in de açıkladığı üzere; "...Uygulamada 01 Ağustos 2009 tarihinden önceki dönemde SGK'ya yapılan işçi çıkış bildirimlerinde fesih nedeni "diğer nedenler" olarak bildirilirken, İŞKUR'a verilen İşten Ayrılma Bildirgesinde ise fesih nedeni "işveren tarafından yapılan fesih" olarak bildiriliyordu. Böylece işten ayrılan işçinin işsizlik ödeneği alması sağlanıyordu. 01 Ağustos 2009 tarihinden itibaren 5838 sayılı Kanunla 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa eklenen EK-1. madde uyarınca SGK'ya yapılan bildirimlerin yeterli olacağı kesinleşti. Bu son duruma göre, işten çıkışlarda, on gün içinde SGK'ya İşten Çıkış Bildirgesi verilmesi yeterli olmaktadır. İŞKUR'a İşten Ayrılma Bildir-

gesi vermeye gerek kalmamıştır. İşte ortaya çıkan bu durum nedeniyle, ikale sözleşmesi yapılmış olmasına rağmen işverenler işçinin işsizlik ödeneği alabilmesini temin amacıyla gerçeğe aykırı bildirimde bulunarak (04) kod numarasıyla "belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirmeden feshi" bölümünü işaretlemektedirler⁷.

Bu uygulama, işçiyi işsizlik ödeneğinden yararlandırmakla birlikte işveren bakımından riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu riskler, Yargıtay'ın 5.7.2006 tarihli kararında çok net biçimde görülmüştür: İşten ayrılma bildirgesinde yer alan ibare, işverenin aleyhine sonuç doğurmuştur. Yüksek Mahkemeye göre; "...Davacının iş sözleşmesinin davacının istifası üzerine sona erdiği mahkemece kabul edilmiş ise de istifa dilekçesi bulunmayıp, ibraname başlıklı belgede davacının istifa ettiğinden söz edildiği, buna karşı Türkiye İş Kurumuna verilen işten ayrılma belgesinde işverenin 4857 Sayılı Yasanın 17. maddesine yer verdiği görünmektedir. Her ne kadar davalı tanıkları davacının istifa ettiğini bildirmişler ise de, davalı işyerinde halen çalışmakta olduklarından davalının tanzim ettiği işten ayrılma belgesini yok sayacak nitelikte değildir. Bu durumda feshin işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın yapıldığı kabul edilerek, ihbar ve kıdem tazminatlarının bilirkişice hesaplanılarak hüküm altına alınması gerekirken, mahkemece yazılı şekilde reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir"⁸.

Yargıtay, birçok kararında istifa ile işten ayrılma bildirgesinde yer alan çelişkinin mahkemece dikkate alınması gerektiğinin altını çizmiştir. Nitekim Yüksek Mahkemeye göre; "...İstifa belgesine dayanılmakla birlikte, işçiye ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmiş olması, Türkiye İş Kurumuna yapılan bildirimde işveren feshinden söz edilmesi gibi çelişkili durumlarda, her bir somut olay yönünden bu çelişkinin istifanın geçerliliğine etkisinin değerlendirilmesi gerekir"⁹. Ancak, Yargıtay, 2.10.2007 tarihli kararında uygulamada işçinin işsizlik sigortasından faydalandırmak için çıkış bildirgesinin ikale

anlaşmasına aykırı doldurulabileceğini belirterek, bunun ikalenin geçerliliğine etki etmeyeceğini açıklamıştır. Yargıtaya göre, "... Dosya içinde bulunan ve tarafların imzasını taşıyan "mutabakat sözleşmesi" başlıklı belgede, iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma sonucu 26.04.2006 tarihinde sona ereceği açıklanmış ve davacıya diğer hakları yanında ek bir ödeme yapılacağı hükme bağlanmıştır. Gerçekten aynı gün davacı işçiye ihbar ve kıdem tazminatları yanında sözleşmede belirtildiği şekilde yüksek bir miktarda ek ödeme yapılmıştır. Davacının kendisine yapılan ilave ödeme karşılığında söz konusu mutabakat metnini imzaladığı ve bu şekilde ikale sözleşmesi ile iş sözleşmesinin sona erdiği açıktır. Somut olayda delil durumu ve özellikle tanık beyanlarına göre, davacı işçinin iradesinin fesada uğratıldığı da ispat edilebilmiş değildir. Türkiye İş Kurumu'na verilen işten ayrılma bildirisinde sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğinin gösterilmiş olması da sonuca etkili görülmemiştir. İşçinin işsizlik ödeneğinden yararlanması için zaman zaman bu uygulamaya gidildiği görülmektedir. İş sözleşmesinin ikale (bozma) sözleşmesi imzalanarak tarafların karşılıklı anlaşmaları ile sona erdirildiği durumlarda, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına olanak bulunmamaktadır"¹⁰.

Görüldüğü üzere, işverenin ikale sözleşmesine rağmen, işçi için "fesih işlemi" şeklinde çıkış göstermesinin yaratacağı riski öngörmek mümkün değildir. Yargıtay'ın 2.10.2007 tarihli kararındaki ifadeler Yüksek Mahkemenin bu uygulamanın "içyüzünün" farkında olduğunu göstermektedir. Ancak diğer kararlarla birlikte değerlendirme yapıldığında, ikaleye rağmen fesih işlemi olarak yapılan bildirim farklı değerlendirmelere de konu olabileceğini göstermektedir. Bu riski almak istemeyen bazı işverenlerin ise makul yarara veya ek paket ödemesi kapsamında, işçinin yoksun kalacağı potansiyel işsizlik ödeneğini de hesaplayarak işçiye ödediğine uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Bu durumda İnsan Kaynakları risk almamakta, çıkış işlemlerini işverenin feshi gibi gerçekleştirilmemekte, an-

cak işçiye yapılacak ek ödemeler kapsamında işsizlik sigortasını ayrıca ödemektedir. Bu uygulamanın da artı ve eksisi tartışmaya açıktır. Burada da normalde fesih işlemi yapacağı belki de kazanabileceği bir işe iade davası riskini almak istemeyen işveren, kıdem, ihbar tazminatları ve makul yarar paketinin yanında ve bu paketin içinde işsizlik sigortasını da ödemek durumunda kalmaktadır.

3. İ kale Kavramının İş Güvencesi Sisteminde Yerinin Olup Olmadığı

Sulh sözleşmesinin iş sözleşmesinin sona erme süreçlerinde kullanılıp kullanılmayacağına belirlenmesinde, bu konuda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından adeta söz konusu olabilecek "yegane araç" olarak nitelenen ikalenin sakıncalarını ve olumsuz yönlerini objektif biçimde ortaya koyarak değerlendirmeye başlamak isabetli olacaktır. Bizce ikale konusunda bir değerlendirme, öncelikle "iş güvencesinin olduğu bir sistem içinde ikale mümkün müdür?" sorusuyla başlamalıdır. Bu soru şaşırtıcı gelebilir. Zira bugün iş hukukumuzda ikale adeta "hayatın olağan bir parçası" gibi görülmekte, sözleşme serbestisinin doğal bir sonucu olarak nitelendirilmektedir.

Oysa bizce, böyle bir sorunun ortaya atılması ve tartışılmasında bilimsel açıdan yarar vardır. Zira ikaleye ilişkin olarak son derece somut, teknik ve bilimsel itirazlar ileri sürülebilir. İ kale ve benzer kavramlara ilişkin olarak, Batı Avrupa Hukukları dikkatli biçimde incelendiğinde, öğretisi ve yargının her şeyden önce bu kavramları tam bir serbesti içinde kabul etmedikleri görülür¹¹. Nitekim Fransız hukukunda ikaleye ilişkin olarak yapılan çalışmalarda ikalenin lehinde ve aleyhinde dile getirilen görüşleri incelememiz yararlı olacaktır;

İ kale kurumunun lehinde olan yazarlar¹² belli başlı şu gerekçelere dayanmaktadır;

- İlk olarak, kanun işçiye tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanımıştır. Buna göre, işçi dilerse istifa ederek ve bir takım haklarından vazgeçerek işyerinden ayrılabilir. Buna göre, işçinin tek başına verebi-

leceği bir kararı, işverenle birlikte de verebilmesi gerekir.

- İkinci olarak, ikale kurumunun açıkça İş Kanunu'nda düzenlenmemiş olması, yasakoyucunun sözleşmenin bu şekilde sona ermesini yasakladığı anlamına gelmez. İş Kanunu'nda boşluk bulunan hallerde nasıl genel hükümler ve özellikle borçlar kanunu hükümleri uygulanacaksa, burada da genel hükümler uyarınca tarafların böyle bir hakkı olduğu kabul edilmelidir.
- Yine iş hukukunda ikalenin kabul edilmesi gerektiğini savunan yazarlara göre, iş sözleşmesinin ikale ile sona ermesi her zaman işçinin zararlı çıkacağı anlamına gelmez. Bu yolla iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda da işçi bir takım haklar ve avantajlar elde edebilir.

Buna karşılık, Batı'da ikale kurumunun karşısında olan yazarlar da vardır. Nitekim bu yolda görüşlerin dayanak yaptığı gerekçelere bakacak olursak¹³;

- Bu yazarlara göre, iş hukukunda ikale ile sözleşmenin sona erebileceğinin kabul edilmesi, iş kanunlarında yer alan iş güvencesine ilişkin hükümlerden vazgeçilemeyeceğine ilişkin hükme aykırılık teşkil etmektedir. Buna göre, iş sözleşmesinin ikale ile sona ermesi, iş güvencesine ilişkin hükümlerden feragat anlamına gelmekte ve "Pélissier" nin deyimi ile bu hükümlerin içinin boşaltılması anlamına gelmektedir¹⁴.
- Fransız hukukunda ikale kurumunun reddedilmesi gerektiği, iş sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen hükümlerin bütünlük içinde ve objektif biçimde yorumlanarak da savunulmuştur. Bu görüşe göre, iş kanununda iş sözleşmesinin ne şekilde sona ereceğini gösteren düzenlemeler "bunlarla sınırlı olarak" sözleşmenin sona ermesini düzenlemektedir¹⁵.
- Yine bu yazarlara göre, işveren her zaman iş güvencesine ilişkin hükümlerden kaçınmak için işçi üzerinde bas-

kı kurarak anlaşmalı bir sona erdirme yolunu kullanabilir. Yine bir başka yazarın deyimiyle bu şekilde bir yorum iş güvencesinde bir "delik açar". Dolayısıyla, sadece iş hukukunun temel felsefesi ve ruhu değil, iş güvencesine ilişkin hükümlerin anlam ve niteliği de ikale kurumunun iş hukukunda reddini gerektirmektedir.

Görüldüğü üzere, ikalenin reddini savunan görüşler hiç de küçümsenecek nitelikte değildir. Bir yandan kanunla işçiye iş güvenliği verilir ve ayrıntılarla konu düzenlenirken öte yandan tarafların anlaşması gibi bir gerekçeyle bu sistemi delmek hiç de kolay olmamalıdır. Bu noktada ise, bizce bugün artık öğretilerde sıkça kullanılan "genel hükümlere göre" ifadelerinin veya "...Borçlar Kanununa gitmek" şeklindeki geleneksel yaklaşımların sorgulanması ve masaya yatırılması zamanı gelmiş bulunmaktadır. Biz günümüzde, özel iş kanunlarının, genel kanunlardan mümkün olduğunca az etkilenecek şekilde tam ve eksiksiz biçimde düzenlenmesinin gerekli olduğuna inanıyoruz¹⁶. İdealimizdeki iş hukuku; yargısıyla, maddi hukuk boyutu ile genel hukuktan mümkün olduğunca "bağımsız" bir iş hukukudur. Buna göre, bugün Türk Borçlar Kanunu'na veya genel hükümlere bırakılan birçok konu bizce doğrudan İş Kanunu'nda düzenlenmelidir. Hatta Deniz ve Basın İş Kanunu ayrımları da ortadan kaldırılmalı, tek bir iş kanunu yapılmalı, diğer özel iş yasaları bunun içinde istisna hükümleri ve özel hükümlerle düzenlenmelidir. İbranameyi, işçi ve işverenin haklarıyla borçlarını, rekabet yasağını düzenlemeyen, bunları genel hükümlere havale eden bir kanun yapısı isabetli değildir. Bu görüşümüz aynen ikale için de geçerlidir. İş güvencesini tüm yönleriyle düzenleyen bir sistem içinde ikale gibi gedik açan bir konunun genel hükümlere bırakılması kabul edilebilir bir yaklaşım değildir.

İkaleye ilişkin bu teknik itirazları yapmak mümkünken, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, ikaleyi adeta taraflar arasında uyuşmazlık çözümleyecek "yegane araç" olarak nitelemiştir. Yargıtay kararındaki ifadeler, Yüksek

Mahkemenin sulh sözleşmesine de oldukça yabancı olduğunu göstermiştir. Aynen "...bu sözleşmenin işverenin feshini ortadan kaldırmadığı, iş sözleşmesinin ikale ile sona ermediği" anlatımı ile işe iadeye karar verilmiştir. Oysa somut olayda işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödemesi yapılmış, işsizlik sigortasından yararlandırılmış ayrıca 4 brüt maaş tutarında ödeme yapılmıştır. Ayrıca aşağıda inceleneceği üzere, sulh sözleşmesinin işverenin feshini ortadan kaldırması da gerekmez! Aksine sulh sözleşmesi yapılabilmesi için sözleşmenin feshini aramak gerekir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu isabetsiz kararı, teknik analizden önce, sulh sözleşmesi hakkında genel bilgi verilmesini gerekli kılmaktadır. Gerçekten Batı'da iş sözleşmesinin sona erme süreçlerinde son derece etkin biçimde kullanılan ve kanımızca hiç kuşku duyulmaksızın kullanılması da gereken bu kurumun artık iş hukukumuzda daha yakından tanınması yararlı olacaktır.

III. Sulh Sözleşmesi

Sulh sözleşmesi; tarafların aralarında mevcut veya çıkabilecek bir uyuşmazlığa belirli fedakarlıklarda bulunmak suretiyle son veren bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Sulh sözleşmesi taraflar arasında mahkeme dışı yapılabileceği gibi, mahkeme önünde de yapılabilir. Karışık sözleşme veya karışık muhtevalı sözleşme olarak da tanımlanan (contrat mixte) sulh sözleşmesi¹⁸, tam iki tarafa borç yükler. Buna göre, bu sebeple sulh sözleşmesine BK. m. 96, 97, 123 vd. ve BK m. 136/II hükümlerinin uygulanması mümkündür¹⁹.

Sulh sözleşmesinin yapılabilmesi için tarafların arasında daha önceden mevcut olan hukuki bir ilişki bulunmalıdır ve bu hukuki ilişki uyuşmazlığın ya da tereddüdün konusunu oluşturmmalıdır²⁰. Sulh sözleşmesi bakımından tarafların kişisel şüpheleri (sübjektif şüphe) yeterlidir. Ayrıca sulh sözleşmesinin akdedilebilmesi için herhangi bir davanın açılmış olması şart değildir²¹. Sulh sözleşmesinin tarafları karşılıklı fedakârlıkta bulunmalıdır²². Tarafların fedakârlıkları karşılıklı

değilse taraflar arasında bir ibra, bir haktan feragat, bağışlama veya borç ikrarı söz konusu olabilir; ancak taraflar arasında bir sulh sözleşmesinin varlığından bahsedilemez²³.

Sulh sözleşmesi, bizim özel hukukumuzda yeterince incelenmiş, kapsamı ve şartları ortaya konulmuş değildir. Esasen, usul hukukunda da sulh kurumu son derece başarısız bir şekilde düzenlenmiştir. Tarafları sulhe teşvik edecek kişinin uyuşmazlığı çözecek kişi olması, hakimin görüş açıklama yasağı ile birlikte söz konusu olduğunda sulh tamamen etkisiz bir kurum haline gelmektedir. HMK sulhu canlandıracak ve etkili kılacak bir yapıyı kuramamış, eskisinden farklı olmayan başarısızlığı tescilli bir modelde devam etmiştir.

Maddi hukuk bakımından ise, sulh sözleşmesi, genel kitaplarda, son derece sınırlı biçimde ele alınmaktadır. Oysa bu kurum bugün Batı'da ve özellikle iş hukukunda çok önemli bir yere sahip bulunmaktadır. İşçi ve işveren arasında uyuşmazlık arz eden, belirsizlik taşıyan konular, artık ibraname ile değil, sulh sözleşmesi ile çözümlenmeye çalışılmaktadır.

Fransız Hukukunda da sulh sözleşmesi yaygın biçimde kullanılmaktadır²⁴. Sulh sözleşmesinin geçerli olabilmesi için; yazılı yapılması ve her iki tarafça imzalanması, karşılıklı fedakarlık içermesi, konusunun hukuka uygun olması, irade sakatlığı içermemesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra yapılmış olması koşulları aranmaktadır²⁵. Sulh sözleşmesi iş sözleşmesinin sona erme sürecinde yapılan bir anlaşma olarak da ikale alternatifi olarak Fransa'da sıkça gündeme gelmektedir²⁶. Önemle belirtmek gerekir ki, Fransa'da, sulhün Medeni Kanunda yasal bir temeli de mevcut bulunmaktadır.

IV. Yargıtay Kararlarında Sulh Sözleşmesi

İnceleme konusu yaptığımız kararlarda, sulh sözleşmesinin yargı tarafından yeterince tanınmadığı rahatlıkla söylenebilecektir. 21.11.2012 tarihli Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararında, sulh sözleşmesi bir ikale şeklinde

“yeniden vasıflandırılmış”, 9. Hukuk Dairesinin 11.2.2013 tarihli kararında ise, böyle bir kurum adeta yok sayılmıştır.

Oysa, sulh sözleşmesi, yukarıda belirttiğimiz özellikleri ile, pekala taraflar arasında iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı uyuşmazlıkları çözümlenebilecek etkili bir hukuki araçtır. Sulh sözleşmesinin özellik ve unsurları, geçerli fesih eksenindeki uyuşmazlıklara da uygulanabilecek bir nitelik taşımaktadır. Nitekim sulh sözleşmesinin yapılmasında, her şeyden önce taraflar arasında bir uyuşmazlık olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu uyuşmazlık ise, karşılıklı fedakarlıkta bulunmak sureti ile çözümlenmektedir. Bu doğrultuda bakıldığında sulh, karşılıklı fedakârlık ile uyuşmazlık çözümlenebilecek hukuki bir araç olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu araç, pekala iş sözleşmesinin geçerli sebeple sona erdirildiği süreçlerde de kullanılabilir. Özellikle, işverenin fesih için makul ve mantıklı bir sebebi bulunmasına karşın, yargılama aşamasında başarısızlığa uğraması mümkündür. Nitekim işverenin ispat araçları yetersiz ise, son çare gibi uygulamalarda tartışmalı durumlar varsa (örneğin işçinin başka işe naklindeki güçlükler) risk almaktansa işçiyle anlaşmayı tercih edebilir. Bu aşamada da taraflar arasında bir uyuşmazlık sulh ile çözümlenebilecektir.

Sulh sözleşmesinin yapılması aşamasında, öncelikle iş sözleşmesinin feshini aramak gerektiği söylenebilecektir. Fransız Hukukunda, kanunda bir açıklık olmamakla birlikte, iş güvencesi hükümlerinden önceden feragat etmenin mümkün olmadığından hareketle bu düşünce savunulmaktadır²⁷.

İş sözleşmesinin işverence geçerli nedenle feshedildiği varsayımında, ortada taraflar arasında sebebin geçerliliğine yönelik bir uyuşmazlık da söz konusu olabilecektir. Bu aşamada karşılıklı fedakârlıkta bulunularak bu uyuşmazlığın çözümlenmesi gündeme gelecektir. Karşılıklı fedakârlık anlamında ise, işçiye yapılacak “makul yarar” paketi geçerli görülebilecektir. Sulh anlaşması ikale ile kıyaslandığında, temel fark ikalenin sözleşmeyi sona erdiren bir işlem, sulhun ise sona ermiş

bir sözleşmeden doğan uyuşmazlığı ortadan kaldıran bir işlem olmasıdır. Yani sulh için öncelikle sözleşme sona erdirilmeli, ardından anlaşma gerçekleştirilmelidir²⁸.

Sulh anlaşmasının ikaleye göre olumlu ve olumsuz yönleri nelerdir?

Öncelikle hukukumuz bakımından ikalenin kanunla düzenlenmemiş olması ciddi bir eksikliklerdir. İkalenin hiçbir yasal altyapısı yoktur. Bu durum uygulamada, işsizlik sigortasından yararlanma bakımından, yine kıdem tazminatının vergilendirilmesi bakımından sorunlar yaratmaktadır. Buna karşılık, sulh uygulamasına gidildiğinde; öncelikle sözleşme işveren tarafından geçerli sebeple feshedilecektir. Burada hukuk oyunlarına da gerek kalmayacaktır. Nitekim son zamanlarda gördüğümüz bir uygulama şudur: İşçiye görev teklif edilmiş ve işçi bunu kabul etmemiş gibi bir tablo çizilmekte, sonra sözleşme işçi tarafından haklı fesihle sonlandırılmış gösterilmekte, ihbar tazminatına denk gelecek ücretler ile makul yarar kapsamında ödenecek ek paket (genelde işçi ile görüşme aşamasında 2 ya da 3 maaş önerilmektedir) birbirine eklenerek ek bir protokol ile işçiye ödenmektedir. Gerçekte işverenin feshi olacak bir durum, bu şekilde “senaryolaştırılmaktadır”.

Oysa sulh anlaşması yoluna gidildiğinde, sözleşmeyi fesheden taraf ve fesih sebebi açık şekilde belirli olacaktır. Sulh anlaşması öncesinde işverenin sözleşmeyi geçerli nedenle sona erdirmesi gerekecektir. Sözleşme işveren tarafından feshedildiğinde, kıdem tazminatından vergi kesintisi söz konusu olmayacaktır. Yine fesheden taraf işveren olduğundan, işçi işsizlik sigortasından da yararlanacaktır. Sulh sözleşmesinin doğasında tartışmasız biçimde “karşılıklı fedakârlık” unsuru bulunduğu²⁹, işçinin yasal tazminatlarına karşılık alacağı ek ödeme bu noktada somut bir dayanağa da kavuşacaktır.

Sulh sözleşmesi ile iş güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağını kabul etmenin hukuka aykırı bir yönü de mevcut bulunmaktadır. Nitekim Ekonomi'nin de haklı olarak işaret ettiği gibi, sözleşme sona erdikten sonra, tarafların bir sulh sözleşmesi ile de iş

güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağını kararlaştırmaları mümkün ve geçerli bulunmaktadır³⁰. Bu noktada Yeni Borçlar Kanunumuzun 420. maddesinde düzenlenen ibra sözleşmesi hükmünün sulh anlaşmalarına engel oluşturup oluşturmayacağı duraksama yaratabilir. Kanımızca, bu düzenleme ile sulh sözleşmeleri birbirinden ayrı şekilde ele alınmalıdır. Nitekim İsviçre Hukukunda da işçinin alacak haklarından vazgeçmesine ilişkin İBK m.341/1 hükmünün sulh sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmektedir³¹. Dolayısıyla, bizde de BK. m.420 hükmü, sulh sözleşmelerine engel olacak şekilde yorumlanmamalıdır.

Özellikle işverenin geçerli fesih bağlamında tamamen dayanaksız olmadığı durumlarda, sulh sözleşmesi işçiye yapılacak adil bir öneri de olacaktır. Buna göre uygulamada sulh sözleşmesi, daha çok işveren tarafından gelen anlaşma tekliflerinin bir parçası haline gelecektir. Sulh sözleşmesi, ikalenin hiçbir yasal altyapısının olmadığı sistem içinde bizce dikkate değer bir seçenektir. Ancak sulh sözleşmesinin olumlu yönlerinin yanında olumsuz sonuçlarının da belirtilmesi gerekir. Öncelikle, Fransız Hukukunda ikale, yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. İşçilerle yapılacak görüşme prosedürünün kuralları belirlenmiş ve işçiye güvence sağlayan bir ortam yaratılmıştır. Yine yapılan işlemin idari denetime tabi tutulması öngörülmüş, ayrıca işçiye buna karşı belirli bir sürede itiraz hakkı tanınmıştır. Ayrıca işçiye, ikale durumunda en az yasal fesih tazminatının ödenmesi gerekeceği hükme bağlanmıştır³². Böyle bir sistemde, yasal ikale prosedürü, sulh sözleşmesine göre işçi bakımından daha güvenceli bir ortam yaratmaktadır. Sulhün diğer bir olumsuz yönü, Fransa’da, maddi hukuk anlamında yapılan sulhün de “kesin hüküm” etkisi yaratmasıdır (Fransız Medeni Kanunu m.2052)³³. Yine yargı tarafından “karşılıklı fedakârlığın” objektif denetime tabi tutulamayacağı, bunun ölçüsünün tartışılmayacağı sadece ortada “bir fedakârlık” olup olmadığının denetlenebileceği –tartışmalı olmakla- birlikte, genel olarak- kabul

edilmektedir³⁴. Sonuç olarak, Fransız Hukukunda, ikale yasal bir altyapıya kavuşturulduğundan, işçiye güvence sağlayacak özellikle süreç bağlamında hükümler getirildiğinden, sulh sözleşmesinin işçiyi koruyucu yönü daha zayıf kalmaktadır. Ancak, ikaleye ilişkin hiçbir yasal güvencenin olmadığı hukukumuzda, bu sakıncalar kuşkusuz daha farklı değerlendirilebilecektir. İkaleye ilişkin görüşme prosedürü, itiraz hakkı, idari denetim esasları bizde öngörülmüş değildir. Yapılacak ek ödemenin yasal alt sınırı da yoktur. Makul yarar, tamamen yargı tarafından uygulamaya geçirilen, pozitif dayanağı açık olmayan bir ölçüttür.

Bize göre, iş güvencesinin olduğu bir sistem içinde, ikale de tüm yönleriyle yasal düzenleme konusu yapılmalıdır. Yasal düzenleme, öncelikle, işçiden ve işverenden gelen anlaşma tekliflerini ayırabilmelidir. İşsizlik sigortasının olduğu bir düzende bu şarttır. Bu gibi anlaşmalar objektif ve sübjektif denetime açık olmalıdır. Bu yapıncaya kadar, alternatif çözüm yollarının araştırılması ve tartışılması gerekmektedir. Uygulamadaki sorunlara kusursuz bir alternatif önermek ise oldukça güçtür. Ancak, Batı’da bu denli yaygın biçimde kullanılan sulh kurumunun ülkemizde deyim yerindeyse bu denli “atıl” kalmasının nedenini anlamak da mümkün değildir. Usul Hukuku alanında da, maddi hukuk alanında da bu kurum işlerlik kazanmamıştır. (Usul Hukuku derken, tarafların iradesiyle yaptığı sulh değil; hakimin tarafları sulhe teşvikinden söz ediyoruz). Bu nedenle gerçekte farklı protokoller yapıp, İŞKUR’u ve Maliye’yi yanıltmak için sahte bildirimler yapmak ya da gerçekte işçiyi çıkartıp, haklı fesih gibi göstermek gibi “hukuk oyunları” yerine sulhün denenmesi düşünülebilecektir. Burada bazı meslektaşlarımızın sulh sözleşmesinin de benzer bir senaryo olduğunu söyleyebilmesi mümkündür. Belki bunda da haklılık payı olduğunu kabul etmemiz gerekir. Ancak, her ikale sürecinde gündeme gelen “işsizlik sigortasından işçi nasıl yararlanacak?”, “vergi ve sigorta kesintileri işçiye mi yoksa işverene mi yüklenecek?” sorula-

rının yarattığı sıkıntıyı uygulamanın içindeki herkesin yaşadığı bir gerçektir. Bu bağlamda, öteden beri tartışılan aynı konulara odaklanmak yerine, alternatif çözümleri tartışma zamanı gelmiştir. Bu bağlamda sulh sözleşmesi ve geniş anlamıyla “sulh kurumunun” Türk İş Hukukunun gündemine taşınması gerekmektedir.

Bu noktada, iş sözleşmesinin geçerli nedenle fesih sürecinde sulh sözleşmesinin ne şekilde düzenlenebileceğini incelemek yararlı olacaktır;

- Öncelikle yukarıda da incelediğimiz üzere, sulh sözleşmesinin geçerli bir biçimde düzenlenebilmesi için iş sözleşmesinin sona erdirilmesini aramak yerinde görünmektedir. Gerçi sulh sözleşmesi, mevcut veya olası uyuşmazlıklar için düzenlenebilir³⁵; ancak iş güvencesi hükümlerinin emredici niteliği iş sözleşmesi devam ederken düzenlenen anlaşmaların geçerliliğini tartışmalı hale getirebilecektir.
- İkinci olarak, sulh sözleşmesinde taraflar arasındaki uyuşmazlık tespit edilmeli ve sözleşme metnine işlenmelidir. Bu bağlamda, iş sözleşmesi işverence feshedilmiş ise, işverenin feshi geçerli fesih olarak nitelediği, işçi tarafının ise buna itiraz noktaları sözleşme metnine geçirilecektir.
- Daha sonra ise “karşılıklı fedakarlık” anlamında işçiye verilen ek ödeme belirlenecektir. İş sözleşmesi işverence geçerli nedenle feshedildiği iddiası söz konusu olduğundan, “kıdem tazminatı”, “ihbar tazminatı” veya “yoksun kalınan işsizlik sigortası” gibi kalemler zaten burada söz konusu olmayacak, doğrudan yasal fesih tazminatlarını aşan ek ödeme gündeme gelecektir. İşçi iş sözleşmesi işveren tarafından feshedildiği için işsizlik sigortasından yararlanacaktır.

V. Değerlendirme ve Sonuç

İkale kurumu yaklaşık on yıldır sıkça karşımıza çıkmaktadır. İkale bazen işçi lehinde

olabilmekle birlikte, çoğu zaman potansiyel işe iade davalarını engelleme amacıyla işverenler tarafından gündeme getirilmektedir. Ancak yaklaşık on yıllık geçmişe baktığımızda, ikaleye ilişkin deyim yerindeyse “kronik sorunlar” hala süregelmektedir. İşçi ikale durumunda işsizlik sigortasından yararlanamamakta, kıdem tazminatının yasal kesintilere tabi tutulması gerekmektedir. Bu durumda türlü “hukuk oyunlarına” başvurulmakta, İş-Kur ve Maliye’yi yanıltıcı bildirimler gerçekleştirilmekte, gerçeğe aykırı işlemlerle çıkış aranmaktadır.

Bize göre, iş güvencesinin olduğu bir yapı içinde, Fransız yazarların deyimiyle sistem içinde “gedik açan” bir kurumun düzenlenmesi, bunun genel hükümlere havale edilmesi gibi bir yaklaşım kabul edilebilir değildir. İkale, yasal düzenleme konusu olmalı, vergi ve sigorta ilişkileri açıklığa kavuşturulmalıdır. Gerek süreç, gerekse de içerik yönünden koruyucu normatif yapı oluşturulmalı, iş güvencesi hükümleri ile uyum sağlanmalıdır. Bunun yapılmamış olması, bugün yaşadığımız sorunların temelinde yatmaktadır.

İşverenin sözleşmeyi feshetmek istemesi ancak işçiyi işçinin işe iade davası açmasını engellemek için anlaşmaya sürüklemesi durumunda, işçinin kıdem tazminatı vergi yükünü üzerine alması, işsizlik sigortasından yararlanamaması gibi bir sonuç ortaya çıkması son derece tutarsız ve adaletsizdir. Nitekim bugün görülen ikaleler çoğu zaman benzer bir senaryo içinde gerçekleşmektedir. İşverenin odaklandığı nokta ise, bu süreçte iş sözleşmesinin nasıl sona erdiği değil, bunun sonucunda işe iade davasının açılmaması, yani taraflar arasındaki uyuşmazlığın önlenmesidir. Amaç esas itibarıyla taraflar arasında uyuşmazlığın ortadan kaldırılması olunca, sulh sözleşmesinin devreye girmemesi için hiçbir neden bulunmamaktadır. Özellikle, geçerli sebep anlamında işverenin tamamen dayanaksız durumda olmaması, ancak ispat noktalarında tereddüt yaşamaması gibi durumlarda sulh sözleşmesi bir alternatif olarak gündeme gelebilecektir.

Bu durumda iş sözleşmesi işverence fes-

Sulh sözleşmesi, kronolojik olarak ikalenin bir adım ilerisine geçmekte, sözleşmenin sona ermesini değil, sona eren bir iş sözleşmesinin sonuçlarını düzenlemektedir.

hedilecek; bundan sonra işçi ile yapılacak sulh sözleşmesi ile karşılıklı fedakârlık esasına göre uyuşmazlık çözümlenecektir. İş sözleşmesi işverence feshedildiği için işçi işsizlik sigortasından yararlanacak, kıdem tazminatını da vergiden muaf şekilde elde edecektir. Sulhün doğasında bulunan karşılıklı fedakârlık unsuru ise, işveren bakımından kıdem ve ihbar tazminatını aşan ek ödemenin dayanağını oluşturacaktır. Burada işçinin sulh anlaşmasını fesihten sonra imzalamaktan kaçınması durumunda ne olacağı gibi bir soru gündeme gelebilecektir. Ancak bu durum esasen birçok ikale uygulamasında da benzer şekilde yaşanmaktadır: İ kale süreçleri, işverenin geçerli fesih bağlamında tamamen dayanaksız olmadığı durumlarda çoğu kez deyim yerindeyse “take it or leave it” (al ya da bırak) şeklinde yönetilmektedir. İşçilerin de ikaleyi imzalamaktan kaçındıkları, hatta imzaladıktan sonra dava açtıkları sıkça görülmektedir. Dolayısıyla, burada da ikale uygulamalarından çok farklı bir kompozisyon oluşmamaktadır. Nitekim incelediğimiz, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kararına konu olan olayda işverenin yeniden yapılanma kararı aldığı, davacının yerine başka bir işçi almanın söz konusu olmadığı savunmada belirtilmektedir. İşçi tarafının iddiasında ise, feshin geçersizliğini son çare ilkesine uyulmamış olmasına dayandırılmaktadır. Görüldüğü üzere, sulh sözleşmesinin yapılmasına ilişkin koşullar gerçekleşmiş görünmektedir. İşveren geçerli fesih bağlamında savunması yerinde görülür ise tamamen dayanaksız değildir. İşçi tarafının iddiası esas alındığında son çare ilkesinin uygulanmasında sıkıntı olduğu saptanmaktadır. Buna göre sulh sözleşmesinin yapılması bağlamında gerçek anlamda bir uyuşmazlık olduğu görülmektedir. Yine karşılıklı fedakarlık bağlamında işçinin 4 aylık ücretine denk gelecek ödeme yapılmaktadır ki, Yargıtay'ın ikaleye ilişkin emsal kararları dikkate alındığında³⁶ bunun hiç de yetersiz bir ödeme olmadığı açık ve seçiktir.

leşmesinin yapılması bağlamında gerçek anlamda bir uyuşmazlık olduğu görülmektedir. Yine karşılıklı fedakarlık bağlamında işçinin 4 aylık ücretine denk gelecek ödeme yapılmaktadır ki, Yargıtay'ın ikaleye ilişkin emsal kararları dikkate alındığında³⁶ bunun hiç de yetersiz bir ödeme olmadığı açık ve seçiktir.

Sonuç olarak, işverenin iş güvencesinden yararlanan bir işçinin iş sözleşmesini feshetmek istemesi, ancak ortaya çıkan anlaşmazlığı “barışçı şekilde” çözmeyi arzu etmesi durumunda, işçiye bir yarar sağlamaktan, fedakârlık yapmaktan başka bir yolu yoktur. Nitekim sulh sözleşmesinin özü de budur: Ortaya çıkan uyuşmazlığı karşılıklı fedakârlık ile çözümlenmek. Sorun bunun ne zaman gerçekleşeceğinde düğümlenmektedir. Bu ise ya iş sözleşmesi sona ermeden “ikale” kurgusu üzerinden çözümlenecek, ikale ile birlikte iş sözleşmesi ve potansiyel uyuşmazlık sona erdirilecek; ya da iş sözleşmesi sona erdikten sonra “sulh sözleşmesi” ile çözümlenecektir. İ kalenin yasal altyapısının kurulduğu, sağlam süreç ve içerik güvencelerinin getirildiği bir model içinde ikale ve sulh kurumları birbirinden daha net biçimde ayrılabilir. Bu durumda, işçilere kendilerine daha çok güvence getiren modeli takip etmeleri önerilmektedir. Örneğin internet üzerinden araştırma yapıldığında, işçilerin “ikale mi, yoksa sulh sözleşmesi mi imzalamalıyım?” şeklindeki sorularına hukukçular tarafından verilen yanıtlar genelde ikalenin lehinde olmakta, buna gerekçe olarak da ikaleye ilişkin özel olarak getirilen yasal güvenceler³⁷ gösterilmektedir (ikale ve sulh sözleşmesi farklarının tablolarla izahı için bkz. <http://www.juritravail.com/Actualite/transaction/Id/1961>).

Buna karşılık, bizdeki gibi, ikalenin sadece yargı kararlarına dayalı denetiminin yapıldığı bir model içinde sulh sözleşmesi ile ikale birbiri ile amaç açısından yakınlaşmakta sadece süreç bakımından ayrılmaktadır. Sulh sözleşmesi, kronolojik olarak ikalenin bir adım ilerisine geçmekte, sözleşmenin sona ermesini değil, sona eren bir iş sözleşmesinin sonuçlarını düzenlemektedir. İ kalenin yasal altyapısının olmadığı bir sistemde, sulh sözleş-

leşmesi önemli avantajları da beraberinde getirmektedir: Kıdem tazminatı vergisiz şekilde ödenebilmekte, sözleşmeyi fesheden işveren olduğundan işçi işsizlik sigortasından da yararlanabilmektedir. Üstelik sulh sözleşmesinin doğasında bulunan “karşılıklı fedakârlık” unsuru her iki taraf için de gerçekleşmekte, işçinin işe iade davası açmaması karşılığında, ek bir menfaat elde etmesi beklenmektedir.

Sonuçta, sulh sözleşmesinin hukukumuzda ikale ile ilgili yasal altyapı kuruluncaya kadar etkin bir şekilde kullanılmaması için hiçbir neden yoktur. Hatta yasal hiçbir güvence ve düzenlemenin olmadığı bir sistem içinde işverenin işe iade davasını engelleme aracı olarak ikaleyi kullanmasına ilişkin karşı argümanlar ileri sürülebilir. Nitekim çalışmamızda vurguladığımız üzere, Batı’da bu yolda görüşler dile de getirilmiştir. Buna karşılık, hukukumuzda ikale, yaklaşık on yıldır sanki yegâne çözüm gibi kabul edilmiş, yarattığı teknik sorunlar sahte bildirimler ve hukuk oyunları ile aşmaya çalışılmıştır. İka-leye karşı ise neredeyse hiçbir itiraz yapılmamış, sözleşme serbestisinin doğal bir parçası olarak kabul edilmiştir. Ancak 2007 yılı sonrasında yargı ve öğretinin geliştirdiği makul yarar ölçütü belirli bir güvence sağlayarak bu kurumu “kabul edilebilir” hale getirmiştir. Bu yapı içinde alternatif çözüm yollarını tartışma zamanı gelmiştir.

Sulh sözleşmesi de bu özellikle geçerli fesih bağlamında işverenin tamamen dayanaksız olunmadığı durumlarda dikkate değer bir seçenek olarak dikkat çekmektedir. İşsizlik sigortası ve yasal kesinti sorunları bu yapı içinde aşılmaktadır. Buna karşılık, işverenin hiçbir biçimde geçerli fesih nedeninin olmaması durumunda, ya da işçiden gelen anlaşma tekliflerinde ikale yolunun uygulanabileceğini kabul etmek daha isabetli görünmektedir. Zira işveren geçerli fesih bağlamında tamamen dayanaksız ise, ortada feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı noktasında karşılıklı fedakarlık ile çözümlenecek gerçekçi bir uyuşmazlık söz konusu olmamaktadır.

Yine işçiden gelen anlaşma tekliflerin-

de ikalenin, ancak “usulüne uygun şekilde” kullanılabileceğini kabul etmek isabetli görünmektedir. Usulüne uygun derken, her türlü bildirim ve sözleşmesel yapı itibarıyla uygunluktan söz ediyoruz. Sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmesinde, işçinin işsizlik sigortasından yararlandırılmaması, yapılacak ödemelerin de yasal kesintilere tabi olması gerekmektedir. Zira işten ayrılma iradesi işçiden gelmektedir. Bu durumda yapılacak işveren feshi şeklindeki bildirim açıkça kanuna karşı hile niteliğini taşıyacaktır. Yine yasal tazminat ve makul yarar paketi böyle bir durumda taraflarca serbestçe belirlenebilmelidir. Burada yasal tazminatların sadece bir kısmının dahi ödenmiş olması, hatta işverenin ihbar tazminatı istemekten vazgeçmesi dahi makul yarar bağlamında geçerli görünebilecektir.

Sonuç olarak, sulh sözleşmesi, işverenin geçerli fesih bağlamında dayanaksız olmadığı durumlarda ortaya çıkan uyuşmazlığı çözümlenmeye yönelik bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin, irade sakatlığı ispatlanmamasına, işçiye karşılıklı fedakarlık bağlamında sulh sözleşmesi ile 4 aylık ödeme yapılmasına rağmen böyle bir kurum adeta yokmuş gibi sonuca gitmesi isabetsiz olmuştur.

Hatta 9. Hukuk Dairesi, sulh sözleşmesini yok sayarken, “...iş sözleşmesinin ikale ile sona ermediği” diyerek, ikaleyi sanki bu süreçte kullanılabilecek tek araç olarak görmüştür. Oysa yukarıda incelediğimiz gibi, sulh sözleşmesine değil, aksine ikalenin bu süreçte kullanılmasına yönelik bilimsel eleştiriler getirmek ve tartışmak mümkündür. Son derece ilginç bir biçimde, iş güvencesinin olduğu bir sistem içinde, açık yasal düzenleme olmadığı sürece varlığı bile sorgulanabilecek ikale bu derece yegane araç haline gelirken, Borçlar Hukukçularının tereddütsüz şekilde benimsediği, koşullarını tartıştığı ve incelediği sulh kurumu yargı tarafından görmezden gelinmiştir. Bu yaklaşımı kabul etmemize olanak bulunmamaktadır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu konuda eleştirilerimizin de ölçülü olması gerektiğini düşünüyö-

ruz. Yargıya yol gösterecek ve bilimsel açılım sağlayacak olan öğretiden başkası değildir. Buna karşılık iş güvencesinin yürürlüğe girdiği günden bu yana bu açılım sağlanamamış, M. Ekonomi' nin bir incelemesi dışında sulh gibi bir kurum gündeme dahi getirilmemiştir. Benzer sorunlar İbraname ile ilgili olarak da devam etmektedir. Yeni Borçlar Kanunu'nun İbranameye ilişkin düzenlemesi, İK uygulayıcılarını tamamen bloke etmiş, "ileri tarihli İbraname alınması" gibi hiçbir hukukçunun tasvip etmeyeceği garip uygulamalar baş göstermiştir.

Neticede, işçi ve işverenin anlaşma süreçlerinin tüm boyutlarıyla incelenmesi, vazgeçme ve feragat gibi kavramların hukukumuzda anlam ve kapsamının ortaya konulması zamanı da gelmiş, hatta geçmiştir. Mukayeseli hukuk alanında konuyu incelediğimizde, sulh sözleşmesinin bugün tüm bu konuların merkezinde olduğu görülecektir. Buna göre beklentimiz, de iş güvencesi sistemi içinde yerinin olup olmayacağı bile ikale kurumunu Yüksek Mahkemenin, tüm borçlar hukukçularımızın tereddütsüz benimsediği sulh sözleşmesi kurumunu tanımasıdır. Sulh sözleşmesinin tanınması, özellikle İbraname son derece isabetsiz biçimde adeta yok edildiği Yeni Borçlar Kanunu sistemi içinde, işveren arasındaki anlaşma zeminlerinin gelecekteki devamlılığı bakımından da yaşamsal bir önem kazanacak görünmektedir.

DİPNOTLAR

1 M. Ekonomi, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname İle İş Güvencesinden Feragat ve Sulh, Legal YKİ, Sayı: 1, 42 vd.; U. Aydın, İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2004, Sayı: 3, Cilt: 18, 5 vd.; A. Sevimli, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Haziran 2009, Sayı:14, 85 vd.; E. Özdemir, İstifa ve İkale, İşçinin Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemlerin Geçerliliği, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2009; G. Alpagut, İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale), İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından ortaklaşa gerçekleştirilen 11. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2008, 44 vd.; C. İ. Günay, İkale sözleşmesi, Çimento İşveren Dergisi, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale139.pdf>;

M. Alp, İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları, Legal İHD, 2008, Sayı: 17, 29 vd.; N. Gerek, İş Sözleşmesinin İkale İle Sona Ermesi, Çalışma ve Toplum, 2001/4; 43 vd.; S. Taşkent, İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi, Kamu İş 2011, Cilt: 11, Sayı: 4, 1 vd.; M. Kabakçı, Sözleşme Özgünlüğü ve İkale (karar incelemesi), SİCİL İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, 121 vd.

- 2 Ekonomi, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname İle İş Güvencesinden Feragat ve Sulh, 42 vd.
- 3 <http://www.ivdb.gov.tr/Mukteza/2008/gelirvergi-si2008/12268.htm>.
- 4 M. Şakar, İş Hukukunun Yeni Meselesi: Bozma (İkale) Sözleşmelerinin Hukuki Durumu, Yaklaşım, Aralık 2009, 3 vd.; İ. Işıklı, İkale sözleşmelerinde Vergilendirme, Dünya Gazetesi, 18 Mayıs 2011, <http://www.dunya.com/ikale-sozlesmelerinde-vergilendirme-122295yy.htm>.
- 5 V. İlki, Geniş Pencereden İkale Sözleşmesine Bakalım, <http://www.alitez.com/index.php?sid=yazi&id=5670>.
- 6 Yargıtay da işçinin ikale durumunda işsizlik sigortasından yararlanamayacağını altını çizmekte ve bunu ikalenin işçi lehinde yorumuna dayanak yapmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre; "...Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 Sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, iş hukukunda hâkim olan İbraname dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Y.9.HD, Karar Tarihi: 05.07.2012, 17930/26602, www.legalbank.net.
- 7 N. Gerek, İş Sözleşmesinin İkale İle Sona Ermesi, 54.
- 8 Y.9.HD, 05.07.2006, 929/19973, www.legalbank.net.
- 9 Y.9.HD, 30.11.2011 E: 2009/27721, K: 2011/46644, www.legalbank.net.
- 10 Y.9.HD, 02.10.2007, 15135/28823, www.legalbank.net.
- 11 Alp, İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları, 34-36.
- 12 Bkz. B.Teyssié, à propos de la résiliation conventionnelle du contrat de travail, JCP 1985, G.I, 14690, aynı yazar, sur la résiliation conventionnelle du contrat de travail, JCP 1986 G.I, 15511; Savatier, les limites de la faculté de la résiliation amiable du contrat de travail, RJS, 2002/5, 399; Morvan, libérer le départ volontaire pour motif économique, Dr Soc. 2005, 59.
- 13 Görüşlerin topluca değerlendirilmesi için bkz. P. Adam, Individualisation du Droit du Travail, Essai sur la réhabilitation du salarié-individu, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, tome 39, 2005, 170-171.
- 14 Péliissier, les départs négociés, Dr. Soc, 1981, 235 vd; aynı yazar, le recours à la négociation individuelle: les accords de rupture des contrats de travail, Dr. Soc. 1987, 483.

- 15 Bkz. Adam, Individualisation du Droit du Travail, 170 ve dn. 267'de yollama yapılan yazarlar.
- 16 E. Özdemir, Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2012, 42-44.
- 17 E. Önen, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara, 1972, Kuru-Arslan-Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000, 629; Alangoaya-M.K. Yıldırım-N.D. Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2004; Alpagut, İş Sözleşmesinin Anlaşmayla Sona Ermesi, 44; Aydoğdu/Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İleri Yay, 2013, 28-29; C.Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2012, 14-15; Zevkililer/Havutçu, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, 38-39.
- 18 E. Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, Doçentlik Tezi, Ankara 1971, 11; İ. Ulsan, Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yeni Seri, Yıl:5, No:7'den Ayrı Bası, İstanbul 1971, 6 vd.
- 19 Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2012, 14.
- 20 Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri, 14.
- 21 Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri, 14.
- 22 Fransız Hukukunda, Medeni Kanununun 2044'üncü maddede sulh sözleşmesi düzenlenmekle birlikte, "karşılıklı fedakarlık" unsuruna yer verilmiş değildir. Bununla birlikte, yargı kararlarında karşılıklı fedakarlık sulh sözleşmesinin esaslı unsuru olarak kabul edilmektedir. Bkz. A. Cermolacce, Transaction, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 32-20, Date de fraîcheur : 15 Avril 2010, 19-20.
- 23 Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri, 14.
- 24 E. Dockès, Droit du travail, Dalloz 2009, 377 vd.
- 25 A. Cermolacce, Transaction, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 32-20, Date de fraîcheur: 15 Avril 2010, 3 vd.
- 26 Bkz. İ. Raoul Duval, De l'intérêt de la transaction à l'ère de la rupture conventionnelle, Les Cahiers du DRH, Mars 2010, No: 163, 22 vd; H. Blaise, Rupture amiable et transaction, Droit Social, 1996, 33.
- 27 Dockès, Droit du travail, 380; Cermolacce, Transaction, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 32-20, Date de fraîcheur: 15 Avril 2010, 23-24.
- 28 H. Blaise, Rupture amiable et transaction, Droit Social, 1996, 32 vd.; ikale ve sulhün farklarının tablolarla izahı için bkz. <http://www.juritravail.com/Actualite/transaction/Id/1961>.
- 29 Fedakarlık kavramının sulh kurumu içindeki yeri için bkz. Ulsan, Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, 9 vd.
- 30 Ekonomi, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname İle İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, 46-47; benzer şekilde: Kaplan, İşçinin İbraname İle İş Kanununun 17, 18, 19, 20, 21, 22. maddeleri İle İş Kanunundan Doğan Talep ve Dava Haklarından Feragatinin Geçerli Olup Olmadığı (Karar İncele-
- mesi), 329.
- 31 K. Doğan Yenisey, la modification du contrat du travail, Schulthess 2005, 218-219.
- 32 Bu konuda Fransız sendika ve kuruluşların kapsamlı sunumları için: MEDEF, La Rupture Conventionnelle, Analyse détaillée, Direction des Relations Sociales Décembre 2008, http://www.upv.org/ftp/article/1870/dossier_presentation.pdf; CFE CGC, La rupture conventionnelle du contrat de travail, Mai 2012, <http://www.cfecgc-loiret.org/droit%20du%20travail/03-07-2012-GuideRuptureConventionnelleJuin2012.pdf>; ayrıca: F. Favennec-Héry, Le nouveau régime de la rupture conventionnelle, Semaine Sociale Lamy, No: 1337, 21 Janvier 2008, 3 vd.
- 33 Cermolacce, Transaction, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 32-20, Date de fraîcheur : 15 Avril 2010, 25-26.
- 34 Dockès, Droit du travail, 378-380.
- 35 Aydoğdu/Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, 28-29; Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri, 14-15; Zevkililer/Havutçu, Özel Borç İlişkileri, 38-39.
- 36 27.09.2011 tarihli kararında Yargıtay; aynen şu ifadelerle yer vermiştir; "...Davacı davalı işveren tarafından yapılan fesih bildiriminin geçersiz olduğunu ileri sürmüş, davalı ise karşılıklı anlaşmayla iş akdinin sona erdiğini savunmuştur. Davalı şirket tarafından 27.05.2009 tarihinde ikale amacıyla yapılan yazılı icap üzerine taraflar arasında aynı tarihli ikale protokolü düzenlenmiştir. Davacı satış kadrosunda bölge şefi olarak çalışmış eğitimli bir kişidir ve imzaladığı belgenin anlamını kavrayabilecek vasıflara sahiptir. Ayrıca iradesinin sakatlandığını da ispatlayamamıştır. Mahkemenin kabulünde olduğu üzere davacıya ikramiyeye kıdem ve ihbar tazminatlarına ilaveten iki maaş tutarında ek bir ödeme yapılmıştır. Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde iş sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla ikale yoluyla sona erdiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır (Y.22.HD, 27.09.2011, E: 2011/875, K: 2011/1286, www.legalbank.net; 6.7.2012 tarihli 22. Hukuk Dairesi kararında ise, "davacı mühendis olup eğitimi itibariyle imzaladığı belgelerin hukuksal sonuçlarını tayin ve takdir edecek durumdadır" denilerek işçinin eğitim durumuna yapılan atfı devam ettirilmiştir (Y.22. HD, 6.7.2012, 2012/1248, 2012/15981, Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 1180-1182).
- 37 Bu konuda bkz. F. Favennec-Héry, Le nouveau régime de la rupture conventionnelle, Semaine Sociale Lamy, No: 1337, 21 Janvier 2008, 3 vd.

Arş. Gör. Eda KARAÇÖP

T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi

Özürü Statüsünde Çalışan İşçinin Başka İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi

T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2011/5013**Karar No** : 2011/122**Tarihi** : 17.01.2012

ÖZET

Bir tartışma sırasında davacının adı geçen işçiye küfür ettiği kendi ikrarı ve dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Davacının epilepsi hastası olduğu ve önemli derecede işitme kaybı bulunduğu sağlık kurulu raporları ile sabittir. Böylesine önemli bir rahatsızlığı bulunan ve bu nedenle ilaç alan bir kimsenin iradesini kontrol etmekte sıkıntı yaşayabileceği muhtemeldir. Eylem rahatsızlığından kaynaklanmışsa feshin haklı nedene dayandığı kabul edilemez. Ne var ki, bu tür bir davranış hastalığından kaynaklansa da işin yürütümünü bozucu niteliktedir. Bu nedenle fesih için geçerli neden kabul edilebilir.

DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

Davacı vekili, davacının üretim ve montaj işçisi olarak davalı işyerinde özürü kadrosu ile çalıştığını, işyerinde başka birine sataşması nedeniyle iş akdi fesih edilmişse de, darp edilen ve ayrımcılık ve şiddete maruz kalanın müvekkili olduğunu, ayrıca kötü muamele gördüğünü ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine, karara

rağmen işveren tarafından süresi içerisinde işe başlatılmaz ise 8 aylık brüt ücret tutarında tazminatın belirlenmesine, 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 tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacı ile diğer işçi Cüneyt Duman'ın 26.10.2009 tarihinde mesai saatleri içerisinde işyerinde tartışmaları, bu tartışmada davacının diğer işçiye küfür ettiğini, davacının küfür ettiğini bizzat ikrar ettiğini, davacının küfür etmesi ile başlayan tartışmanın bu iki işçinin o gün ve ertesi gün kavga etmeleri ile devam ettiğini, disiplin kurulunun 27.10.2009 tarihinde toplanarak, her iki işçinin de iş akitlerini 25/II. (d) ve (e) bentlerine göre haklı nedenle feshedildiğini bu nedenle açılan davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının davalı işyerinde yaklaşık 11 yıldır çalıştığı, çalışmalarının başarılı olduğu daha önce işyerinde böyle bir olaya karışmadığı, geçimsiz ve kavgacı birisi olmadığı, tüm tanık beyanlarından anlaşıldığından işverenin yaklaşık 11 yıldır çalışan işçisinin ilk defa böyle bir davranışı nedeniyle derhal fesih yoluna giderek en ağır cezayı uygulamak yerine davacının uyarılması, davranışlarında düzelme olmadığı veya yeniden başka bir kavga olayına karıştığı takdirde feshin gerçekleştirilmesinin hakkaniyete uygun düşeceğinden davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekili tarafından karar temyiz edilmiştir.

KARAR

4857 sayılı İş Kanununun 25. maddesinin II. bendinde, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller sıralanmış ve belirtilen durumlar ile benzerlerinin varlığında işverenin haklı fesih imkânının olduğu açıklanmıştır. Yine aynı maddenin II. bendinin (d) alt bendinde, işçinin işverene yahut onun

ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması işverene haklı fesih imkânı verdiği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere yasadaki haller sınırlı sayıda olmayıp, genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene fesih imkânı tanımaktadır. Yasaya göre sataşma, sadakat borcuna aykırılığın özel bir hali olarak kabul edilmektedir. Sataşma söz veya fiili tecavüz anlamına gelen bir harekettir.

Dosyada mevcut 21.12.2006 tarihli İzmit Devlet Hastanesi Sağlık Kurulu Raporunda, davacının epilepsi nedeniyle poliklinikten izlendiği, uyku düzensizliği ve uyku nöbetlerini tetiklemesi nedeniyle gece çalışmasının uygun olmadığı belirtilmiştir. 18.08.2009 tarihli İzmit Seka Devlet Hastanesi Sağlık Kurulu Raporunda ise, davacının işitme kaybı nedeniyle sağ kulağa konuşmayı ayırt etme skorunu yükseltmek için bir adet kulak içi dijital işitme cihazı gerektiği, kulakta ileri derecede sensörinöral tip işitme kaybı mevcut olduğu tespit edilmiştir. 05.11.2008 tarihli İzmit Devlet Hastanesi Sağlık Kurulu Raporunda da, davacıda organik mental bozukluk bulunduğu, özür durumuna göre çalışma gücü kaybı oranının %60 olduğu belirtilmiştir.

Davalı işyerinde yaklaşık 11 yıl özürlü işçi statüsünde çalışan davacının 26.10.2009 tarihinde işle ilgili olarak aynı işyerinde çalışan Cüneyt Duman isimli kişi ile tartıştığı ve bu tartışma sırasında davacının adı geçen işçiye küfür ettiği kendi ikrarı ve dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Davacının epilepsi hastası olduğu ve önemli derecede işitme kaybı bulunduğu sağlık kurulu raporları ile sabittir. Böylesine önemli bir rahatsızlığı bulunan ve bu nedenle ilaç alan bir kimsenin iradesini kontrol etmekte sıkıntı yaşayabileceği muhtemeldir. Eylem rahatsızlığından kaynaklanmışsa feshin haklı nedene dayandığı kabul edilemez. Ne var ki, bu tür bir davranış hastalığından kaynaklansa da işin yürütümünü bozucu nite-

liktedir. Bu nedenle fesih için geçerli neden kabul edilebilir.

Rahatsızlığı nedeni ile ilaç kullandığı anlaşılan davacının diğer bir çalışana sataşma niteliğindeki eyleminin belirtilen rahatsızlığından kaynaklanıp kaynaklanmadığı, kullandığı ilaçların öfke kontrolünü etkileyip etkilemediği tıp uzmanlarından alınacak raporla tespit edildikten sonra dosyadaki diğer delillerle birlikte yeniden değerlendirilmek suretiyle oluşacak sonuca göre bir

karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.01.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

I. KARARA KONU OLAY

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin ilgili kararına konu olayda, davacı, davalının işyerinde on bir yıldır özürlü statüsünde üretim ve montaj işçisi olarak çalışmaktadır. Davacı, işyerinde bir başka işçiye sataşmış ve iş sözleşmesi işveren tarafından 4857 sayılı Kanun'un 25. maddesinin II. fıkrasının d ve e bentlerine göre ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık başlığı altında, kıdem tazminatı ödenmeksizin haklı nedenle feshedilmiştir. Davalının çalışma saatleri içerisinde bir başka işçi ile işyerinde tartıştığı ve küfrün takip ettiği tartışma akabinde o gün ve ertesi gün kavga ettiğini belirttiği davacı, darp edilip kötü muamele gördüğünü ifade etmiş, bu nedenle yapılan feshin geçersizliğine ve işe iade edilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

II. YARGI MERCİLERİNİN ÇÖZÜMÜ

İlk derece mahkemesi karşısına gelen olaya ilişkin vermiş olduğu kararında, davacı işçinin davalı işyerinde 11 yıldır çalıştığını, işyerinde daha önce böyle bir olaya karışmamış olması dolayısıyla derhal fesih yoluna gidilerek en ağır cezanın uygulanması yerine davacının uyarılarak davranışlarında düzelme olmadığı takdirde veyahut yeniden bir kavgaya karışması halinde iş sözleşmesinin feshinin gerçekleştirilmesinin uygun olacağını açıkça ifade etmiştir. Bu bağlamda, ilk derece mahkemesinin davanın kabulü yönünde vermiş olduğu kararında işçi-

nin davranışını 11 yıldır işyerinde çalışması ve başkaca bir kavgaya karışmış olmaması dolayısıyla feshin ancak uyarıya rağmen davranışın tekrarlanması halinde geçerli olduğu yönünde bir değerlendirme yaptığı anlaşılmaktadır.

Kararın davalı taraf tarafından süresinde temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay dosyayı incelemiş ve 17.01.2012 gün ve 2011/5013 esas ve 2011/122 karar numaralı ilamında; davalı işverenin feshi 4857 sayılı Kanun'un 25/II-d bendine dayandırdığını belirtmiş ve söz veyahut fiili tecavüz anlamını taşıyan sataşmanın Kanuna göre sadakat borcuna aykırılık oluşturduğunu ifade etmiştir. Kararın devamında dosyada mevcut delillerden davacı işçinin epilepsi nedeniyle izlendiği, uyku düzensizliği yaşamaması dolayısıyla gece çalışmasının uygun olmadığına yetkili sağlık kurulunca raporla tespit edildiği, yine bir başka yetkili sağlık kurulu raporuna göre davacının işitme kaybının bulunduğu ve davacının organik mental bozukluk nedeniyle özürlü durumunda olduğunun ve %60 oranında çalışma gücü kaybının söz konusu olduğunun anlaşıldığı vurgulanmaktadır. Yine Yargıtay kararında 11 yıldır işyerinde çalışan işçinin bir başka işçiye küfrettiği ve bunu ikrar ettiğinin de anlaşıldığı belirtilmektedir.

Kararda rahatsızlığı dolayısıyla ilaç kullanan davaya konu işçinin işyerinde çalışan bir başka işçiye sataşma niteliğindeki eyleminin yetkili sağlık kurullarınca tespit olunan rahatsızlıklarından kaynaklanıp kaynaklanmadığı araştırılmaksızın verilmiş olunan ilk derece mahkeme-

si kararının uygun olmadığı ifade edilmekte ve eksik inceleme ile verilen ilk derece mahkeme kararının bozulmasına karar verildiği açıklanmaktadır.

III. ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 17.01.2012 tarihli kararı, işyerinde çalışan bir işçinin çalışma saatleri içerisinde bir başka işçiye sataşması ve kavga etmesi akabinde yapılan feshin niteliğinin değerlendirilmesi bakımından önem taşımaktadır. Zira 4857 sayılı Kanun'un 25/II-d bendinde işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması halinin haklı neden olarak düzenlendiği açıkça görülmektedir. Kanunun bu açık düzenlemesine karşın sataşma eyleminde bulunan işçinin yetkili sağlık kurullarınca rahatsızlığının belirtilmiş olmasının eylem üzerindeki etkisi incelenerek feshin geçerli neden oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmesinin yapılması gerekliliğinin vurgulandığı karar Yargıtay'ın ilgili hükmün uygulanmasına yaklaşımını ortaya koymasından önem taşımaktadır. Nitekim tarafımızca inceleme konusu yapılan kararda, sağlık sorunu raporla tespit edilmiş olan işçinin işyerinde bir başka işçiye küfredmesi akabinde kavganın ortaya çıkması gündeme gelmekte ve işveren tarafından her iki işçinin de iş sözleşmesi İş Kanun'un 25/II-d bendine dayanılarak feshedilmektedir.

İlk derece mahkemesinin işçinin davranışının 11 yıllık kıdemine varlığı ve ilk kez olma niteliği karşısında ancak uyarılması ve tekrarlanması halinde geçerli neden oluşturacağı yaklaşımı dikkat çekicidir. Yargıtay ise işçinin rahatsızlığının eylem üzerindeki etkisinin araştırılıp ona göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, çözülmesi gereken temel husus, İş Kanunu'nun 25/II-d bendinde yer alan açık düzenlemenin ne şekilde değerlendirilmesi gerekliliği noktasında toplanmaktadır. Söz konusu sorunun çözümü ele alınırken öncelikle 4857 sayılı Kanunda öngörülen fesih halleri açıklanıp, geçerli ve haklı neden ayrımı ele alınacak, akabinde, davaya konu du-

rum ayrıntılı olarak irdelenecektir.

IV. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İlgili kararın değerlendirmesine geçilmeden önce, iş sözleşmesinin feshinin genel olarak ele alınarak, geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshi ile haklı nedenle iş sözleşmesinin feshinin açıklanması ve işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde geçerli neden-haklı neden ayrımının net bir şekilde belirlenmesinde yarar bulunmaktadır.

1. Genel Olarak İş Sözleşmesinin Feshi

a. Fesih Kavramı ve Türleri

İş sözleşmesinin sona erme nedenlerinden olan fesih, karşı tarafa yöneltilmesi gereken, tek taraflı bir irade beyanıyla iş sözleşmesinin derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırılabilmesine olanak tanıyan, bozucu yenilik doğuran bir haktır¹.

İş sözleşmesinin sona erdirilmesinde kanun iki şekilde fesih öngörmüştür. İlki feshin belirli sürelerin sonunda gerçekleştirilmesi anlamını taşıyan ve sadece belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar için mümkün olan 'süreli fesih'tir. İkincisi ise iş sözleşmesinin haklı nedenle ve bir süre öngörülmeyerek 'derhal' sona erdirilmesi anlamındaki 'haklı nedenle derhal fesih'tir. İş sözleşmesi ister belirsiz süreli, isterse belirli süreli olsun fark olmaksızın derhal fesih halleri her iki durumda çalışanları kapsamaktadır. Süreli fesih ile haklı nedenle fesih nitelik itibarıyla fesih türü olmakla birlikte iki farklı kurumu ifade etmektedir².

aa. İş Sözleşmesinin Süreli Bildirim ile Feshi

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından İş Kanununda belirtilen bildirim sürelerine uyulmak suretiyle sona erdirilmesi 'süreli fesih' olarak adlandırılır. Bu fesih türü, kişinin daha fazla bağlı kalmak istemediği bir sözleşme ile bağlı kalmasının kişi özgürlüğünü zedeleyeceği düşüncesine dayanır. Bu suretle, taraflar arasında sürekli bir

sözleşmesel ilişki kurulacak diye kişi özgürlüğü feda edilmiş olmayacaktır³. Süreli fesihle iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen taraf ki bu hak hem işçi hem de işverene tanınmaktadır, bu durumu iş sözleşmesinde veyahut sözleşmede hüküm yoksa İş Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen sürele uymak suretiyle her zaman diğer tarafa iletebilir. Kanundaki bildirim süreleri işçinin işyerindeki kıdemine göre belirlenmektedir. Sürelere uyulmaması durumunda ise ihbar tazminatı ödenmesi söz konusu olacaktır. İhbar tazminatı bildirim sürelerine tekabül eden dönemin ücreti tutarı kadardır⁴. İşçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığı fesihle bazı farklılıklar yaratmaktadır. En az otuz işçinin çalıştığı işyerlerinde, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve kıdemi 6 aydan fazla olan işçi iş güvencesi kapsamındadır. İş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesi ancak davranışları, yeterliliği veyahut işletme, işyeri ve işin gerekleri neden gösterilerek feshedilebilir⁵. İşçinin davranışları ve yeterliliği nedeniyle yapılan fesihlerde işçinin savunmasının alınması ise kanuni bir zorunluluktur. İş sözleşmesini sona erdirecek olan fesih bildirimini İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca, fesih nedenini açık ve kesin şekilde belirtiyor olması ve yazılı yapılması gerekmektedir. İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından ise fesih için bir gerekçe gösterme zorunluluğu olmayıp sürele uyulması Kanunda yeterli bulunmuştur. Yalnız iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesi feshedilirken işverenin bu fesih hakkını kötüye kullanmaması gerekmektedir. Aksi halde işveren işçiye 'kötü niyet' tazminatı ödeme yükümlülüğü ile karşılaşacaktır⁶.

İş sözleşmesi süreli fesih ile sona eren iş güvencesi kapsamındaki işçi, fesih usulü veyahut fesih nedenin kanuna uygun olmaması dolayısıyla bir ay içerisinde yetkili iş mahkemesinde işe iade davası açabilir⁷. Öte yandan, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçi, iş sözleşmesinin süreli fesih bildirimini ile sona erdirilmesi durumunda işe iade davası açamayacak sadece işverenin fesih hakkını kötüye kullanması söz konusu ise kötü niyet tazminatı isteyebilecektir.

bb. İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Derhal Feshi

İş sözleşmesini sona erdiren bir diğer hal ise, iş sözleşmesinin derhal feshidir. Haklı nedenle fesih, sürekli borç ilişkisi tesis eden sözleşmelerde objektif iyiniyet icabı iş ilişkisinin devamı kendisinden beklenemeyecek tarafı bu bağdan kurtarmayı amaçlamaktadır⁸. İş sözleşmesinin süresi belirli ya da belirsiz olsun, Kanunda gösterilen nedenlerden birinin gerçekleşmesi halinde, işçi ya da işveren sözleşmeyi sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin derhal feshedebilir. Burada en önemli unsur iş sözleşmesinin feshinden önce bildirim sürelerine uyulma zorunluluğunun söz konusu olmamasıdır. Bu da bildirim sürelerine uyulmanın sonucu olarak işveren veyahut işçi tarafından herhangi bir şekilde ihbar tazminatının ödenmesinin söz konusu olmayacağı anlamını taşır. Kanunda derhal fesih hali yaratan durumlar işçi ve işveren için ayrı maddelerde düzenlenmektedir. Yalnız genel olarak bakıldığında maddeler birbirine paralellik gösterir. Sözleşmenin işçi tarafından feshini düzenleyen haller İş Kanunu'nun 24. maddesinde, sağlık nedenleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve zorlayıcı nedenler olarak düzenlenmesini bulmuşken; işveren tarafından derhal feshine ilişkin İş Kanunu'nun 25. maddesinde ayrıca bunlara ek olarak tutukluluk haline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. İş sözleşmesinin derhal feshine olanak tanıyan durumlar genel olarak geçerli nedenle yapılan fesih hallerinden daha ağır ve iş ilişkisini taraflar için çekilmez hale sokan nedenlerdir. Kanunda ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık hali olarak sayılan haller örnek halleri teşkil etmekte ve maddede belirtilen hallere benzer durumları da kapsar niteliktedir.

İş sözleşmesinin derhal feshinde öncelikle işçinin savunmasının alınması zorunluluğunun olmadığı vurgulanmalıdır. Ayrıca işçi veyahut işveren tarafından yapılacak derhal feshin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık hallerinden birine dayanıyor olması durumunda kanun hak düşürücü bir süre öngörmektedir. Bu süre iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öteki tarafın öğrendiği günden başlayarak

Geçerli sebep-haklı sebep ayrımında kullanılabilir ölçütlerin başında, haklı sebebin iş ilişkisini taraflar bakımından çekilmez hale getiriyor olması yer almaktadır.

6 işgünüdür. Yani bu 6 iş günlük süre geçirildiğinde tarafın derhal fesih hakkını kullanması söz konusu olamayacak taraf bu hakkını o durum için kaybetmiş olacaktır.

b. Fesih Hakkının Sınırlandırılması ve İş Güvencesi Kavramı

İş Kanununda yer alan hükümler genel olarak işçi lehine değiştirilebilen ancak aleyhine değiştirilemeyen nispi emredici niteliktedirler. Bu bağlamda fesih hakkına ilişkin düzenlemelerin Kanunu'nun izin verdiği ölçüde işçi lehine iş sözleşmesi veyahut toplu iş sözleşmesi ile farklı düzenlenmesi mümkündür. Burada önemli olan husus, fesih hakkının özüne dokunulmamasıdır⁹.

İş güvencesi hükümlerinin hukukumuzda 4773 sayılı İş Güvencesi Yasası'yla¹⁰ girmesi akabinde işverenin süreli fesih hakkı kanunen belirli geçerlilik koşullarına bağlanarak sınırlandırılmıştır.

İş güvencesi dar ve geniş anlamda iş güvencesi olarak iki anlam taşımaktadır¹¹. Geniş anlamda iş güvencesi işçinin işten çıkarılmasını güçleştiren önlemler yanında işten çıkarılma sonucunu doğuran zararı telafi edici tüm önlemleri de içerir. İşten çıkarılmadan kaynaklanan riski en aza indirmeyi amaçlayan önlemler geniş anlamda iş güvencesi anlamını taşır. Dar anlamda iş güvencesi ise işçinin feshe karşı korunmasıdır. Bu koruma işverenin fesih hakkının geçerli bir sebep gösterme koşulu ile sınırlandırılması anlamına gelmektedir. İş güvencesi kavramı ile amaçlanan, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin her ne olursa olsun devam ettirilmesi değildir¹². İş güvencesi, işçinin keyfi bir şekilde işinden çıkarılması tehlikesine karşı korunmasını, iş sözleşmesinin işveren tarafından ancak Kanunda gösterilen sebeplerin

varlığı halinde feshedilebilmesini, ifade eder. Söz konusu nedenler yoksa iş güvencesi, işçiye işe iade veya tazminat ödeme şeklinde güvence sağlar¹³.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 vd. maddelerinde "feshin geçerli nedene dayandırılması", "sözleşmenin feshinin usulü", "fesih bildirimine itiraz ve usulü" ile "geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 18. maddesi, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde, işverenin maddede sayılan işçinin yeterliliği veya davranışları ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayanması gerektiğini düzenlemektedir.

Madde gerekçesinde, geçerli sebepler, "25. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen haller" olarak tanımlanmaktadır. Gerekçenin devamında, geçerli sebeplerin, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektirdiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabileceği belirtilmektedir.

Görüldüğü üzere geçerli nedenler haklı nedenle fesih düzeyine ulaşmamış derhal feshi uygun olmayan fakat dürüstlük kuralları çerçevesinde artık iş sözleşmesinin devam ettirilmesinin işverenden beklenemeyeceği durumları oluşturmaktadır¹⁴.

İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca iş güvencesine tabi olabilmek için her şeyden önce İş Kanunu ya da 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'a tabi çalışan işçi olunması gerekmektedir. Bu şartla birlikte işyerinde en az 30 işçi çalışıyor, işçinin kıdemi asgari altı ayı kapsıyor ve işçi belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyorsa işçi İş Kanunu'nun 18. maddesinin son fıkrasında belirtilen konumda bir işveren vekili değilse işçinin iş güvencesi kapsamında çalıştığı kabul edilmektedir. İş güvencesine tabi işçiler bakımından Kanun feshin ancak işçinin davranışları, yeterliliği veyahut işletme, işyeri

ve işin gerekleri neden gösterilerek yapılabilirliğini düzenlemektedir. İşçinin davranışları ve yeterliliği nedeniyle yapılan fesihlerde işçinin savunmasının alınması ve fesih bildirimının fesih nedenini açık ve kesin şekilde belirtiyor olacak şekilde yazılı yapılması gerekmektedir.

İş sözleşmesi süreli fesih ile sona eren iş güvencesi kapsamındaki işçi, fesih usulü ve yahut fesih nedenin kanuna uygun olmaması dolayısıyla bir ay içerisinde yetkili iş mahkemesinde işe iade davası açabilecektir.

2. Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı¹⁵

Yukarıda ifade edildiği üzere İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde iş güvencesi kavramı ve ilgili sonuçları düzenlenmektedir. 4857 sayılı Kanun'un 24 ve 25. maddelerinde işçi ve işverenin haklı nedenle iş sözleşmesini feshine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. 158 sayılı ILO Sözleşmesi iş güvencesi bakımından temel sözleşme niteliğinde olmakla birlikte ilgili sözleşmeden farklı olarak İş Kanunu'nda geçerli neden haklı neden ayrımının yer aldığı görülmektedir¹⁶.

Kanunda geçerli sebepler konusunda açık bir düzenlemeye yer vermediği Kanunun ilgili hükmünün gerekçesinde İş Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan düzenlemeler kadar ağırlıklı olmayan ancak işçinin kendisinden kaynaklanan ve işin yürütümünü olumsuz etkileyen durumlar kriterinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır¹⁷. Böylelikle işçinin haklı nedenle feshine temel oluşturmayacak ancak işin yürütümünde olumsuzluk yaratacak davranışlarının geçerli sebep ile sınırlandırıldığı görülmektedir¹⁸.

Bu bağlamda, fesih için geçerli sebep oluşturabilecek nitelikteki haller Kanunda haklı neden oluşturan haller gibi açıkça örneklenilmek suretiyle ifade edilmediğinden haki-min bu noktada somut olayın özelliğine göre bir belirleme yapması gerekmektedir. Oysa fesih için haklı neden oluşturan haller çoğu zaman hakimin takdir yetkisine gereksinim yaratmayan haller olmaktadır. Bu anlamda haklı sebebin varlığında, sadece haklı sebe-

bin varlığı belirlenecek, sebebin haklı sebeple sözleşmenin feshi için yeterli olup olmadığı değerlendirilemeyecektir¹⁹.

O halde geçerli sebep-haklı sebep ayrımında kullanılacak ölçütlerin başında, haklı sebebin iş ilişkisini taraflar bakımından çekilmez hale getiriyor olması yer almaktadır. Bu noktada daha ağır nitelikteki haklı sebebin geçerli sebebi kapsadığı söylenebilecektir. Bir başka belirleyici nokta ise, işçinin kusurunun ağır nitelikte olup olmadığının tespitinde yatmaktadır. Zira ağır kusur derecesine ulaşmayan işçi davranışları işin işleyişini olumsuz etkilemesi durumunda fesih için geçerli neden oluşturacaktır²⁰. Bu bağlamda işçinin davranışlarından kaynaklanan feshin geçerli fesih oluşturabilmesi için, işçinin davranışının iş sözleşmesini ihlal eder nitelikte olması, davranışın ağır nitelik oluşturmayacak derecede işçinin kusurlu hareketine dayanması, iş ilişkisinin sürdürülmesinin çekilmez hale gelmeyecek şekilde zedelenmiş ve işin işleyişinin bozulmuş olması ile iş sözleşmesinin feshinin kaçınılmaz olması gerekmektedir.

3. İşçinin İşverene Yahut Onun Ailesi Üyelerinden Birine Yahut İşverenin Başka İşçisine Sataşması

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. fıkrasının d bendi uyarınca, işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka bir işçisine sataşması iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle derhal feshine neden olmaktadır. Yine 1475 sayılı Kanun'un yürürlükte olan 14. maddesi çerçevesinde bu durumda fesih akabinde, işveren işçiye kıdem tazminatı ödemek yükümlülüğü altında da değildir.

Burada önemli olan nokta işçinin maddede yazılı işveren veyahut onun aile üyelerinden biri veya işverenin bir başka işçisine sataşma niteliğindeki her hareketinin haklı neden olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Sataşma kavramının geniş anlamda kullanıldığı ve tanımının yer almadığı hüküm karşısında her sataşmanın da haklı neden oluşturmayacağı

Haklı neden oluşturacak hallerin örnekleyici şekilde ifade edildiği İş Kanunu'nun 25. maddesi karşısında işçinin bilerek sebep olduğu işyerinde düzeni bozan sataşma eyleminin varlığı, iş sözleşmesine etkisine bakılmaksızın haklı sebep olarak değerlendirilmelidir.

görüşü etkin olmaktadır²¹. Bu bağlamda işçinin davranışının ağırlığı ve içeriğine bakmak önem arz etmektedir. İşçinin davranışının sataşma niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yargıtay kararları incelendiğinde genel olarak sataşmanın varlığından ziyade sataşma olarak adlandırılan rahatsız edici hallerin bazı durumlarda geçerli neden oluşturduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Zira 2008 tarihli bir kararında Yargıtay, İş Kanunu'nun 25/II-d bendinde ifade edilen sataşmanın kişiden kişiye farklılık gösterecek nitelikte olması nedeniyle sataşmanın geçerli sebep niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesinin işyerinin özellikleri, işyerinde uygulanan kurallar, işçinin eğitimi ve işçinin psikik durumuna göre yapılacak araştırma sonucunda mümkün olacağını ifade etmektedir²². Yine işyerinde işçilerin kavga etmesi halinin de geçerli sebep oluşturup oluşturmayacağını işverenin kavga üzerindeki etkisi ile fiilin işyerinde olumsuzluklara neden olması halleri birlikte değerlendirilerek belirlenecektir. Genel olarak bakıldığında Yargıtay'ın kararlarında²³ 25/II-d bendinde açıkça haklı neden olarak kabul edilen işçinin işverene, onun aile üyelerinden birine veya hut bir başka işçiye sataşması, sataşma kavga niteliğinde olsa bile geçerli neden olarak değerlendirilmektedir. Ancak az sayıdaki kararda işçinin yaralama fiilini gerçekleştirmesi dolayısıyla sataşmanın haklı neden niteliğinde olduğu ifade edilmektedir²⁴. İşçinin kıdemi, kavga veyahut sataşma olayına kendisinin sebebiyet

verip vermemesi, işçinin sözlerinin eleştiri ve görüş niteliğini aşması gibi kriterlerin geçerli nedenin belirlenmesinde önem taşıdığı dikkati çekmektedir.

4. Değerlendirme

İnceleme konusu kararda işçinin epilepsi, işitme kaybı ile organik mental bozukluk gibi hastalıklara sahip olduğunun yetkili sağlık kurumlarınca raporla tespit edilmiş olduğu görülmektedir. Karardan her ne kadar raporların içeriği tam olarak anlaşılmıyor olsa bile raporlarda işçinin kullandığı ilaçların işçi üzerindeki etkilerinin belirtilmediği söylenebilmektedir. Bu bağlamda işverenden işçiyi işe başlatırken almış olduğu raporda belirtilmeyen bir hususu iş süresince öngörmesini beklemek uygun değildir.

Diğer taraftan işçi, bizzat kendisi, işyerinde çalışan bir diğer işçiye küfür etmek suretiyle sataşmış ve iki gün üst üste işyerinde kavganın meydana gelmesine neden olmuştur. Bu bağlamda, Yargıtay'ın işçinin hastalığının davranışına etkisinin belirlenmesi ve buna göre davranışın geçerli neden niteliğinde olup olmadığının tespitine yönelik kararı her ne kadar daha önce vermiş olduğu kararları ile uyum ve paralellik göstermekte ise de karara İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. fıkrasının d bendinin açık düzenlemesi karşısında katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Zira geçerli neden ile haklı neden ayrımının temelinde iş ilişkisinin temelinden çökmesi halinin varlığı görülmektedir. Yine haklı neden oluşturacak hallerin örnekleyici şekilde ifade edildiği İş Kanunu'nun 25. maddesi karşısında işçinin bilerek sebep olduğu işyerinde düzeni bozan sataşma eyleminin varlığı iş sözleşmesine etkisine bakılmaksızın haklı sebep olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca işçinin 11 yıldır işyerinde çalışıyor olması onun bu davranışı hataen sadece bir sefere mahsus olarak yaptığı kanaatini de doğurmamalıdır. Kararda kavganın iki gün sürmüş olduğu açıkça ifade edilmektedir. Sataşmanın kavgaya dönüşmüş olması da işçinin bu yönde kastının varlığını ortaya koymakta ve durum iş sözleşmesinin feshi bakımından haklı neden oluşturmaktadır

kanaatindeyiz.

İncelemeye konu davada işçinin davranışı işveren ile arasında bulunması gereken güven temelini çökertecek ağırlıkta olup işçinin ağır kusurlu hareketiyle objektif olarak işverenin güvenini sarsacak niteliktedir. Zira işçi bir başka işçiye küfretmiş ve kavga çıkmasına neden olmuştur. Bu kavga da işyerinde iki gün süre ile devam etmiştir. Bu noktada iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi bakımından oranlılık ilkesine dikkat edildiğinde işçinin işyerinde işverenin bir başka işçisine sataşması olgusunun açık bir şekilde kendi kastı ile meydana geldiğini söylemek mümkündür.

Diğer taraftan işçiye ait raporlarda işçinin sadece hastalığının adı belirtilmekte oysa kullanılan ilaçların etkisine ilişkin bir belirlemeye yer verilmemektedir. Bu durumda özürlü statüsünde çalışan işçinin hastalığının etkilerinin işverence önceden öngörülmesini beklemek dürüstlük kuralına da aykırı olacaktır. Yine bir başka işçiyle kavgaya sevk eder nitelikte ilaçlar kullanan bir işçi ile işverenin çalışmasını zorunlu kılmak da uygun değildir. Yukarıda da ayrıntılı ifade etmiş olduğumuz üzere, İş Kanunu'nun 25/II-d bendindeki açık düzenleme karşısında hakimin sataşma olgusunu tespit etmesi gerekmektedir. Hakim sataşmanın iş sözleşmesinin feshi bakımından haklı neden oluşturacak etkiyi yapıp yapmadığını inceleyemeyecektir. Bu yönde bir inceleme kanaatimizce ancak ILO normlarına paralel şekilde geçerli neden haklı neden ayırımının kaldırılması veyahut İş Kanunu'nun 25. maddesinin örneklendirmeden uzak bir sistemle yeniden kaleme alınması karşısında mümkün gözükmektedir. Bu kapsamda, açıklanan bilgiler çerçevesinde İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. fıkrasının d bendi varlığını sürdürdüğü sürece ve somut olayda işçinin davranışındaki ağır kusuru karşısında Yargıtay'ın incelemeyi haklı neden çerçevesinde ele alması gerektiği kanaatine sahip olduğumuzu ifade ederiz.

DİPNOTLAR

- 1 Engin, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileriyle Feshi, İstanbul 2003, s. 1; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 25. Baskı, İstanbul 2012, s. 198.

- 2 Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul 2012, s.530.
- 3 Engin, s. 13.
- 4 Süzek, s. 547.
- 5 Kar, Bektaş: "İş Güvencesi Kavramı", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. II, S. 6, s.560; Ekonomi, Münir: "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento-İşveren Dergisi, Mart 2003, Özel Ek.
- 6 İş Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrasında düzenlenen kötü niyet tazminatı miktarı ihbar süresinin üç katı olarak belirlenmektedir.
- 7 Bir aylık süre hak düşürücü süre olup hakim tarafından resen dikkate alınması gerekmektedir. Süzek, s. 633.
- 8 Oğuzman, M., Kemal: Hukuki Yönden İşçi- İşveren İlişkileri, İstanbul 1984, s. 33.
- 9 Süzek, Sarper: "İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması", Kamu-İş Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, C.VI, S. 4, 2002, s. 5 (Armağan).
- 10 RG. 24847, 15.08.2002.
- 11 Kutal, Metin: "İşçinin Feshe Karşı korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları", İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin feshe Karşı Korunması", Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s.16; Şahlanan, Fevzi: "Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması", İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutuyla İşçinin Feshe Karşı Korunması", Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu 2001Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 144; Topal, Güneş: İş Kanununa göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Kararlaştırılması, Ankara 2008, s.87; Kar, s. 562.
- 12 Şahlanan, s.144. Eyrenci, Öner: "4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Üzerine Bir Değerlendirme", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.I, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2004, s. 31.
- 13 Kutal, s.16;Topal, s.88.
- 14 Çelik, s.211; Günay, Cevdet İlhan: İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 4. Baskı, Ankara 2005, s. 463.
- 15 Geçerli neden- haklı neden ayırımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, Deniz: "Karar İncelemesi: Haklı Neden-Geçerli Neden Ayırımı", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.14, http://www.calismatoplum.org/sayi14/karar_inceleme2.pdf, 02.06.2013.
- 16 Odaman, Serkan: "Fransız ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Bakımından Geçerli Sebep- Haklı Sebep Ayırımı", Kamu- İş Dergisi, C.VII, S. 2, 2003, s. 3, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/7234.pdf>, 02.06.2013.
- 17 Keser, Hakan: İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2010, s. 40.
- 18 Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009, s. 235 (Uygulama).
- 19 Alpogut, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı- Geçerli Sebep Ayırımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları-

- nın Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, S. 1, s. 75.
- 20 Uçum, Mehmet: Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2003, s.139; Süzek, s. 593.
- 21 Keser, s.131.
- 22 Yarg. 9. HD., 25.05.2008, E.2007/37454, K.2008/12655, www.kazanci.com.tr, 02.06.2013.
- 23 Yarg. 9. HD., 01.06.2009, E.2008/36399, K.2009/15178, Yarg. 9. HD., 16.06.2008, E.2008/2918, K.2008/15627, Yarg. 9. HD., 03.05.2010, E.2010/19368, K.2010/11949, www.kazanci.com.tr, 02.06.2013.
- 24 Yarg. 9. HD., 21.04.2008, E.2007/16255, K.2008/9377, www.kazanci.com.tr, 02.06.2013.

KAYNAKLAR

- ALPAGUT, Gülsevil: “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı- Geçerli Sebep Ayrımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, S. 1, s. 71-84.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 25. Bası, İstanbul 2012.
- DEMİR, Deniz: “Karar İncelemesi: Haklı Neden- Geçerli Neden Ayrımı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.14, http://www.calismatoplum.org/sayi14/karar_inceleme2.pdf, 02.06.2013.
- EKONOMİ, Münir: “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Çimento-İşveren Dergisi, Mart 2003, Özel Ek.
- ENGİN, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gereklilikleriyle Feshi, İstanbul 2003.
- EYRENCİ, Öner: “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Üzerine Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.I, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2004, s. 15-55.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 4. Baskı, Ankara 2005.
- KAR, Bektaş: “İş Güvencesi Kavramı”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. II, S. 6, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s. 559-569.
- KAR, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009 (Anılış: Uygulama).
- KESER, Hakan: İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2010.
- KUTAL, Metin: “İşçinin Feshe Karşı korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin feshe Karşı Korunması”, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 1-55.
- ODAMAN, Serkan: “Fransız ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Bakımından Geçerli Sebep- Haklı Sebep Ayrımı”, Kamu- İş Dergisi, C.VII, S. 2, 2003, s. 1-20, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/7234.pdf>, 02.06.2013.
- OĞUZMAN, M., Kemal: Hukuki Yönden İşçi- İşveren İlişkileri, İstanbul 1984.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul 2012.
- SÜZEK, Sarper: “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, Kamu- İş Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, C.VI, S. 4, 2002, s. 73-94 (Anılış: Armağan).
- ŞAHLANAN, Fevzi: “Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutuyla İşçinin Feshe Karşı Korunması”, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu 2001Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 143-159.
- TOPAL, Güneş: İş Kanununa göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Kararlaştırılması, Ankara 2008.
- UÇUM, Mehmet: Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2003.
- Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.

Dr. Ş. Esra BASKAN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Tazminat ve 6356 Sayılı Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler

Giriş

7 Kasım 2012 tarihinde Resmi Gazete'de¹ yayımlanarak yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, toplu iş ilişkilerine ilişkin getirdiği yeni düzenlemelerle bir yandan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda yer alan bazı aksaklıkların giderilmesini sağlamış, diğer taraftan iş hukuku öğretisinde önemli tartışmalara yol açan farklı sorunların doğmasına neden olmuştur. 6356 sayılı Kanun'un getirdiği en önemli düzenlemelerden biri de sendikal nedenle fesihle başvurulacak hukuki yollara ilişkindir. Özellikle iş güvencesinde olmayan işçiler bakımından sendikal tazminat talep edilebileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olması yeni yasanın en çok tartışılan hükümlerinden biridir. Gerçekten sendikal nedenle feshine ilişkin anılan kanunun 25. maddesinde yer alan düzenlemelerin lafzi olarak yorumlanması suretiyle çıkarılan anlam ile amaçsal yorumlanması suretiyle çı-

karılan anlamın birbirine aykırı olması, uygulamada işçilerin önemli hak kayıplarına uğrama ihtimallerini artıracaktır. Bu nedenle, 6356 sayılı Kanun'un sendikal tazminata ilişkin getirdiği yeni düzenlemelerin incelenmesi oldukça önemlidir. Bu itibarla, çalışmamızda öncelikle sendikal nedenle fesih olgusu kısaca açıklanacak, daha sonra sendikal nedenle fesihte sendikal tazminat talep edilebilmesinin koşulları incelenecektir.

1. Sendikal Nedenle Fesih Kavramı

Sendikal nedenle fesih öğretide pek çok yazar tarafından benzer şekillerde tanımlanmış olup, en genel tanımıyla işçinin sendikaya üye olması veya olmaması ya da sendikal faaliyette bulunması, bir başka deyişle sendikal hakların kullanılması nedeniyle yapılan fesih olarak ifade edilebilir². Sendikal nedenle feshin içeriğini, sendika özgürlüğü belirlemektedir. Zira bir işçinin olumlu ve olumsuz sendika özgürlüğü kapsamında sahip olduğu

hakları kullanması nedeniyle işveren tarafından işten çıkarılması sendikal nedenle fesih niteliği taşır. Bu itibarla sendikal nedenle feshin varlığından söz edebilmek için aranan en önemli unsurun, feshin temel nedeninin, işçinin sendikal haklarını kullanmasını engellemek olduğu belirtilmelidir. Bu noktada her şeyden önce işçinin sendika kurması veya mevcut sendikalardan birine üye olması ya da yasal sınırlar içinde kalmak koşuluyla sendikal faaliyetlerde bulunması nedeniyle işten çıkartılması sendikal nedenle fesih olarak nitelendirilir. Diğer taraftan işçinin hiçbir sendikaya veya belirli bir sendikaya üye olmaması ya da üye olduğu sendikadan ayrılması nedeniyle iş sözleşmesine son verilmesi de sendikal nedenle fesih teşkil etmektedir³.

Türk hukukunda sendikal nedenle fesih anayasal güvence (AY m. 51) altına alınmış olan sendika özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiği için, hukuka aykırı kabul edilmektedir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin 3. fıkrasında da açıkça işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında ya da işverenin rızasıyla iş saatleri içinde sendika ve konfederasyonların faaliyetlerine katılmasından dolayı işten çıkarılmayacağı hükmü yer almaktadır.

2. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler Bakımından Sendikal Nedenle Fesih

a) Feshin Hukuki Niteliği

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin süreli fesih yolu ile feshedilebilmesi için her şeyden önce geçerli bir nedenin varlığı şarttır. İş sözleşmesinin feshine yol açan sendikal nedenler, İş Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen işin, işletmenin ya da işyerinin gereklerinden kaynaklanan veya işçinin davranışları yahut yeterliliğinden kaynaklanan geçerli nedenlerden biri olarak kabul edilemez. Kaldı ki, 18. maddede sendika üyeliğinin, sendikal faaliyetlerin ve işyeri sendika temsilciliğinin geçerli neden teşkil

etmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu noktada sendikaya üye olma ya da olmama, sendikadan ayrılma, üye olunan sendikayı değiştirme gibi sendika üyeliği ile ilgili herhangi bir durumun fesih için geçerli neden oluşturmayacağı açıktır⁴. Bu nedenle iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesinin geçerli olarak feshedilmesi için kanunun aradığı diğer koşullara uyulmuş olsa dahi, sendikal nedenle yapılan fesih tartışmasız olarak geçersiz kabul edilir.

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesi sendikal nedenle ve derhal fesih yoluyla sona erdirildiğinde ise haksız fesih söz konusu olur. Buna rağmen söz konusu işçiler için haksız fesih durumunda dahi, İş Kanunu'nun 18, 20 ve 21. madde hükümleri gereğince geçersiz feshine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaktadır (İK m. 25/son).

b) Feshin Hukuki Sonuçları ve Sendikal Tazminat

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde yapılan atıf nedeniyle iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçiler, İş Kanunu'nun 18, 20 ve 21. maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanır. Anılan Kanunun 20. maddesi uyarınca "iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesine dava açabilir. Taraflar anlaşırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür."

2821 sayılı Sendikalar Kanunu döneminde iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçiler, mahkemenin verdiği işe iade kararı üzerinde işveren tarafından işe başlatıldıklarında boşa geçen süre ücretine hak kazanıyorlardı. Buna karşılık işe iade kararına rağmen işveren işçiyi işe başlatmadığında, işçi iş güvencesi tazminatına hak kazanmaktaydı. Ancak bu durumda iş güvencesi tazminatının miktarı, en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarında değil, işçinin sendikal nedeni ispat etmesi koşuluyla⁵,

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine göre işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleniyordu⁶. Bu itibarla söz konusu tazminatın ağırlaştırılmış iş güvencesi tazminatı olduğu kabul ediliyordu⁷. Yargıtay sendikal nedenle fesihle ödenecek iş güvencesi tazminatının miktar olarak değil, süre olarak belirlenmesi gerektiğine hükmetmekteydi⁸.

2821 sayılı Kanun'da getirilen bu düzenlemenin en önemli sakıncası, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin doğrudan söz konusu tazminatı talep edememeleriydi. Gerçekten iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçilerin en az bir yıllık ücret tutarında iş güvencesi tazminatına hak kazanabilmeleri ancak, işe iade davası sonucunda, mahkemenin verdiği işe iade kararına rağmen işverenin işe başlatmaması halinde söz konusu olabilmekteydi. Bir başka deyişle iş güvencesi kapsamındaki işçiler, işe iade yoluna başvurmak yerine, kapsam dışındaki işçiler gibi doğrudan sendikal tazminat talebinde bulunamamaktaydı⁹. Öğretide de işçinin, işe iade davası açmaksızın doğrudan sendikal tazminat talep edemeyeceği ileri sürülmekteydi¹⁰⁻¹¹. Yüksek Mahkemenin görüşü de aynı yöndeydi¹².

2821 sayılı Kanun döneminde iş güvencesi kapsamındaki işçinin işe iade davası açmak yerine sendikal tazminat talep edememesinin birtakım sakıncaları bulunmaktaydı. Bu sakıncalardan ilki, işe iade yolunun uzun süren bir dava süreci içermesi, iş güvencesi tazminatının işverenin işe başlatmayı kabul etmemesi gibi şarta bağlanan, doğrudan icraya konulamayan ulaşılması zor bir tazminat olmasıydı¹³.

Diğer taraftan, işçinin doğrudan sendikal tazminat talep edememesi, mahkemenin verdiği işe iade kararı doğrultusunda, işçinin işveren tarafından işe başlatılması halinde sendikal nedenle feshin hiçbir yaptırıma bağlanmaması sonucunu doğurmaktaydı. Gerçekten, mahkemenin verdiği işe iade kararı üzerine işveren işçiyi işe geri aldığı anda, işçi sadece boşta geçen süre ücretine hak kazanmakta, işverenin sendika özgürlüğünü ihlal eden hukuka aykırı eylemine ise ayrıca

bir yaptırım uygulanmamaktaydı. Bu durum, haklı olarak, öğretide eleştirilere yol açmıştı¹⁴. Zira işveren iş sözleşmesini feshetmeksiz, iş ilişkisinin devamında sendikal nedenle ayırım yaptığı anda, işçiye yoksun kalınan hakları yanında en az bir yıllık ücret tutarında sendikal tazminat ödemekteyken, sendikal nedenle ayrımcılık yapmak yerine iş sözleşmesini feshettiğinde, işçiyi işe başlatarak, sadece boşta geçen süre ücretinden sorumlu olmaktaydı¹⁵.

İş güvencesi kapsamındaki bir işçinin doğrudan sendikal tazminat talebinde bulunamamasının bir diğer sakıncası, işçinin bir aylık işe iade davası açma süresini kaçırmaması veya mahkemenin vermiş olduğu işe iade kararına rağmen, on iş günü içinde işverene başvuramaması durumunda kendisini göstermekteydi. Zira her iki durumda da fesih geçerli olarak kabul edilmekte ve işçi tazminat talep edememekteydi¹⁶.

Diğer taraftan, iş güvencesi hükümleri kapsamında işe iade yerine sendikal tazminat talep edilememesi, işçinin işe iade kararına ve işverenin davetine rağmen işe dönememesi veya dönmek istememesi halinde de¹⁷, işverenin sendikal nedenle fesih eylemine hiç bir yaptırım uygulanmamasına yol açmaktaydı¹⁸. Zira uygulamada söz konusu ihtimalde, feshin geçerli hale geldiği kabul edilmekteydi¹⁹. Bu durumda işçi, işe iadede yararlanamaması yanında tazminat hakkından da yoksun kalmaktaydı ki, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler işe iade hakkına sahip olmamalarına rağmen, en azından sendikal tazminata hak kazanıyorlardı²⁰.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda ise iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından sendikal tazminat yaptırımını önceki kanuna nazaran farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Zira anılan kanunun 25. maddesine göre, "Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21. madde hükümlerine göre, dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi halinde, 4857 sayılı Kanunun 21. maddesine göre işçinin başvurusu,

işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması halinde ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.”

Görüldüğü üzere, 6356 sayılı Kanun’a göre iş güvencesi kapsamındaki işçiler öncelikle İş Kanunu hükümlerine dayalı olarak işe iade davası açma hakkına sahiptirler. Buna karşılık 25. maddenin 5. fıkrasının son cümlesinde açıkça belirtildiği üzere, işçi işe iade davası açmasa veya işe iade kararı üzerine işe başlatılması için işverene başvurmasa dahi, sendikal tazminata hak kazanabilir. Belirtmek gerekir ki, 6356 sayılı Kanun’la getirilen bu düzenleme oldukça isabetlidir. Zira 2821 sayılı Kanun’da yer almayan bu hüküm, özellikle işçinin işe iade istememesi, dava açma veya işverene başvurma süresini kaçırmaması gibi durumlarda sendikal tazminattan da yoksun kalması şeklinde ortaya çıkan sakıncaları ortadan kaldırmaktadır.

6356 sayılı Kanun’la getirilen yeni düzenlemelerin bir başka önemli sonucu, sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan işe iade davası sonucunda, işveren tarafından işe başlatılması halinde dahi, işçinin sendikal tazminata hak kazanmasıdır. Kanımızca anılan düzenleme de yeni Kanunun isabetli hükümlerinden biridir. Zira aksi yönde bir uygulama, işverenin sendika özgürlüğünü ihlal eden eyleminin, işçinin işe başlatılması halinde yaptırımsız kalmasına neden olmaktadır.

Diğer taraftan işçinin açmış olduğu işe iade davası sonucunda mahkemenin vermiş olduğu işe iade kararına rağmen işveren işçiyi işe başlatmazsa, işçi yine sendikal tazminat talebinde bulunabilir. Buna karşılık, bu durumda işçi 4857 sayılı İş Kanunu’na göre ayrıca iş güvencesi tazminatına hak kazanamaz. Sendikal tazminatın işe iadede bağimsiz olarak düzenlenmesi ve sendikal nedenle fesih tespiti halinde her durumda işçinin sendikal tazminata hak kazanabilmesi kanı-

mızca isabetlidir. Buna karşılık, mahkemenin verdiği işe iade kararına rağmen işçiyi işe başlatmayan işverenin sadece sendikal tazminattan sorumlu olması, ayrıca iş güvencesi tazminatına hükmedilmemesi eleştiriye açık bir düzenlemedir. Zira iş güvencesi tazminatı ile sendikal tazminat farklı amaçlara hizmet eden yaptırımlardır ve bu nedenle birbirinin alternatifi değildir. Gerçekten iş güvencesi tazminatı işe başlatmamanın, sendikal tazminat ise sendika özgürlüğünü ihlal eden davranışın yaptırımıdır. Diğer taraftan işçiyi işe başlatsa da, başlatmasa da sadece sendikal tazminattan sorumlu olacağını bilen işveren yüksek bir olasılıkla, işe başlatmama yolunu seçecektir. Bu nedenle kanımızca kanunda değişiklik yapılarak, sendikal tazminata hükmedilmesi halinde iş güvencesi tazminatına hükmedilemeyeceğini öngören düzenlemenin kanundan çıkarılması gerekir.

3. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Bakımından Sendikal Nedenle Fesih

a) Feshin Hukuki Niteliği

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından sendikal nedenle feshin hukuki niteliği ve buna bağlı olarak uygulanacak hukuki sonuçlar, iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olmasına, kullanılan fesih hakkına dayalı olarak farklılık göstermektedir. Bu nedenle feshin hukuki niteliğinin anılan ihtimallere göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmakta olan ve iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi durumunda fesih kötüniyetli fesih olarak nitelendirilmektedir. Gerçekten iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesinin süreli fesih yolu ile sona erdirilmesinde işverenin neden gösterme zorunluluğu olmamakla birlikte, fesih hakkının objektif iyiniyet kuralına uygun kullanılması gerekir. Bu kapsamda işçinin anayasal güvence altına alınmış sendika özgürlüğünden

İşçilerin sendikal haklarını kullanması nedeniyle işten çıkarılması objektif iyiniyet kuralına aykırıdır.

yararlanmasını engelleyen tüm fesihlerin objektif iyiniyet kuralına aykırı olduğu savunulmaktadır²¹. Bu nedenle sendikal nedenle fesih kötüniyetli fesih olarak değerlendirilmekte, hatta kötüniyetli feshin en önemli örneklerinden biri olduğu kabul edilmektedir²². Zira işçilerin sendikal haklarını kullanması nedeniyle işten çıkarılması objektif iyiniyet kuralına aykırıdır. Bu noktada her sendikal nedenle feshin, kötüniyetli fesih olduğu söylenebilir²³.

İş güvencesi kapsamında olmayan ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin iş sözleşmesinin sendikal nedenle ve fakat derhal fesih yoluyla sona erdirilmesi halinde ise, haksız fesih söz konusu olmaktadır. Zira belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından haklı nedenle derhal fesih, kanunda öngörülen haklı nedenlerden birinin varlığı halinde sözleşmeyi bildirim süresi vermeksizin sona erdirmeye yetkisi veren fesih türüdür. İşçinin sendika kurması, sendikaya üye olması veya sendikal faaliyete katılması ya da sendikaya üye olmaması yahut sendika üyeliğinden ayrılması şeklinde karşımıza çıkan sendikal nedenler ise hiçbir şekilde haklı neden olarak değerlendirilemez. Zira sendikal neden ne işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanıyan İş Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan nedenler kapsamında değerlendirilebilir, ne de dürüstlük kuralı gereğince iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren bir nedendir. Buna rağmen işveren iş sözleşmesini sendikal nedenle derhal feshederse, fesih haksız fesih olarak nitelendirilmelidir.

Belirli süreli iş sözleşmesinde ise sendikal nedenle fesih yine haksız fesih niteliği taşır. Zira belirli süreli iş sözleşmesi, iş ilişkisinin devam edeceği sürenin taraflarca önceden kararlaştırıldığı sözleşmedir ve kararlaştırılan sürenin bitimiyle kendiliğinden sona erer.

Nitekim, Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesine göre "Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, süre bitiminde kendiliğinden sona erer". Tarafların bu süre içinde süreli fesih hakları yoktur. Bu nedenle söz konusu sürenin sona ermesinden önce sendikal nedenle fesih, kötüniyetli fesih olarak nitelendirilemez. Aynı şekilde belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanamadıklarından, geçersiz feshine ilişkin sonuçların uygulanması da söz konusu olmamaktadır. Bilindiği gibi belirli süreli iş sözleşmesi yalnızca haklı nedenle feshedilebilmektedir. Oysa sendikal neden derhal fesih hakkı veren haklı neden teşkil etmez. Bu nedenle böyle bir fesih haksız fesih olarak kabul edilmelidir.

b) Feshin Hukuki Sonuçları ve Sendikal Tazminat

Yukarıda açıklandığı üzere, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından sendikal nedenle fesih kötüniyetli veya haksız fesih teşkil etmektedir. Ancak bu nitelikteki işçiler bakımından sendikal nedenle fesih hukuka aykırı bir fesih olmasına rağmen, iş sözleşmesini sona erdirir. Zira bilindiği üzere iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin, işe iade talebinde bulunma hakları bulunmaktadır. Öğretide bu durum isabetli olarak eleştirilmiş ve sendikal fesihte bütün işçilere işe iade hakkı tanınması gerektiği ileri sürülmüştür²⁴. Zira işe iade hakkının olmasının özellikle otuzdan daha az işçi çalıştıran işyerlerinde sendikal örgütlenmeye zarar verdiği savunulmuştur²⁵. Buna rağmen 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda da işe iade davası açma hakkı sadece İş Kanunu kapsamında iş güvencesinden yararlanma hakkına sahip olan işçilere tanınmıştır. Zira anılan kanunun 25. maddesinde "Sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanununun 18, 20 ve 21. madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir." ifadesine yer verilerek, işe iade davası açmak için işçinin İş Kanunu'nun

18. maddede yer alan koşulları taşıması gerektiği belirtilmiştir²⁶.

İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin işe iade talebinde bulunmaları söz konusu olmamakla birlikte, sendikal nedenle fesihle karşılaşan işçiler kötüniyetli feshe ve haksız feshe ilişkin hukuki sonuçlardan yararlanabilirler. Ancak söz konusu yaptırımlar dışında işçilerin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen sendikal tazminattan yararlanıp yararlanamayacakları özellikle üzerinde durulması gereken önemli bir husustur²⁷.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal nedenle iş sözleşmelerinin feshedilmesi durumunda miktarı en az bir yıllık ücret tutarında olan sendikal tazminat talep edebileceklerine ilişkin açık bir düzenleme yer almaktaydı. Sendikal tazminatı düzenleyen 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde ise, sendikal tazminat iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından özel olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için açık bir hükme yer verilmemiştir. Gerçekten söz konusu düzenlemede iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçilerin İş Kanunu'nun 18, 20 ve 21. maddelerinde göre işe iade davası açabilecekleri, ayrıca işçinin anılan hükümlere göre dava açmaması halinde sendikal tazminat talep edebileceği belirtilmiştir. Buna karşılık, söz konusu düzenleme içerisinde iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından özel bir hüküm yer almamıştır. Bu durum, yeni kanunla sendikal tazminata ilişkin getirilen düzenlemelerin sadece iş güvencesi kapsamında olan işçiler için geçerli olduğu, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından uygulama alanı bulmayacağına ilişkin bir görüşün doğmasına neden olmuştur. 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin lafzi olarak yorumlanması halinde söz konusu görüş isabetli görülmektedir. Buna karşılık, öğretide bizim katılmakta olduğumuz görüşe göre²⁸, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal tazminat hakkın-

dan yoksun bırakılması kabul edilemez. Zira işe iade davası açma hakkına da sahip olmayan bu nitelikteki işçilerin sendikal tazminat da talep edememesi, 25. maddenin amacına aykırı olmakta ve iş güvencesinden yararlanamayan işçileri sendikal nedenle feshe karşı koruma noktasında 2821 sayılı Kanuna göre daha güvencesiz hale getirmektedir. Bu itibarla, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin geniş yorumlanması ve iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal tazminat talep edebileceğine olanak tanınması daha isabetli olacaktır. Nitekim, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinde yer alan, "İşçinin 4857 sayılı Kanun'un yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez." hükmünün İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan iş güvencesinden yararlanma koşullarını taşımayan ve bu nedenle işe iade davası açamayan işçilerin, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesine göre sendikal tazminat talebinde bulunabileceği şeklinde yorumlanması mümkündür.

4. Sonuç

Sendikal nedenle fesih, işverenin bir işçiyi bireysel sendika özgürlüğünün tanıdığı hakları kullanması nedeniyle işten çıkarması durumunda karşımıza çıkar. Bu noktada her şeyden önce işçinin sendika kurması veya mevcut sendikalardan birine üye olması ya da yasal sınırlar içinde kalmak koşuluyla sendikal faaliyetlerde bulunması nedeniyle işten çıkartılması sendikal nedenle fesih olarak nitelendirilmektedir. Diğer taraftan işçinin hiçbir sendikaya veya belirli bir sendikaya üye olmaması ya da üye olduğu sendikadan ayrılması nedeniyle iş sözleşmesine son verilmesi de sendikal nedenle fesih teşkil etmektedir.

Türk hukukunda sendikal nedenle fesih sendika özgürlüğünü güvence altına alan Anayasa'nın 51. maddesine ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesine aykırılık teşkil etmekte, bu nedenle hukuka aykırı kabul edilmektedir.

Sendikal nedenle fesih, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından geçersiz fesih,

iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından ise kötüniyetli veya haksız fesih niteliği taşımaktadır. Bu itibarla iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçiler anılan hukuka aykırı fesihler için öngörülen haklardan yararlanabilirler. Buna karşılık sendikal nedenle fesih 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda da özel olarak düzenlenmiş ve ayrıca yaptırıma bağlanmıştır.

6356 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçi İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca feshe itiraz davası açarak işe iade talebinde bulunabilir. Buna karşılık işçi işe iade davası açmasa dahi, sendikal tazminat talebinde bulunabilir. İş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçinin açmış olduğu işe iade davasında, sendikal nedenle feshin ispatı üzerine, mahkeme feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verir. Söz konusu karara dayalı olarak işe başlatılması için işverene başvuran işçi, işe başlatıldığı takdirde kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar ücrete (İK m. 21) ve sendikal tazminata hak kazanır (STİSK m. 25). Hatta işçi mahkemenin verdiği işe iade kararına rağmen, işe başlatılması için işveren başvurmamış olsa dahi, sendikal tazminat talep edebilir (STİSK m. 25). Sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan işe iade davası sonucunda mahkemenin vermiş olduğu işe iade kararına rağmen işveren işçiyi işe başlatmadığında sendikal tazminat ödemek zorundadır. Buna karşılık bu durumda işçi ayrıca iş güvencesi tazminatına hak kazanamaz.

6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinde getirilen düzenlemelerin en olumsuz yönlerinden biri, sendikal nedenle fesih halinde işe iade davası açma hakkını sadece iş güvencesi kapsamındaki işçilere tanımış olmasıdır. Bunun yanı sıra anılan düzenlemede iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sendikal tazminat talep edebileceğine ilişkin bir hüküm de yer almamıştır. Ancak kanımızca, anılan Kanunun 25. maddesinin geniş yorumlanarak iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sendikal tazminat talep edebileceklerinin ka-

bul edilmesi isabetli olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 7 Kasım 2012 tarih ve 28460 sayılı Resmi Gazete.
- 2 Okur, Zeki, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi İddiasında İspat Yükü, Can Tunca'y'a Armağan, İstanbul 2005, s. 745, 746, Manav, Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s. 207, Sümer, Haluk Hadi, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul 2011, s. 1625, Bayram, Fuat, Sendikal Fesih Karinesi, Legal İHSGHD, S. 12, 2006, s. 1224.
- 3 Ayrıntılı bilgi için bkz. Baskan, Esra, 6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Ankara 2013, s. 91 vd.
- 4 Manav, s. 209. Okur, Z, s. 746.
- 5 Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s. 426, Ertürk, Şükran, 4857 sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 276, Okur, Z, s. 762, Özdemir, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, s. 348, Güzel, Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, s. 96.
- 6 Y9HD, 23.9.2004, 5319/19683, Y9HD, 8.7.2004, 17868/17365, Y9HD, 6.2.2006, 1067/2418, Y9HD, 5.5.2005, 8527/15825, Y9HD, 17.3.2005, 10550/14720, Y9HD, 30.12.2004, 17837/30098. Bu kararlar için bkz. Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan/Göktaş, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006, s. 840, 900, 923, 928, 943.
- 7 Tunca, Can, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2010, s. 91, aynı yazar, Birden Fazla Tazminat Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 3, S. 10, Haziran 2008, s. 109, Narmanlıoğlu, Ünal, Karar İncelemesi, İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi, Legal İHSGHD, S.5, 2005, s. 247, Sümer, Sendikal Nedenle Fesih, s. 1651.
- 8 "2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 6. fıkrasına göre sendikal nedenle fesihlerde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilmesi gerekir ise de davacının talebinin göz önünde tutulması gerekmiştir. ... Dairemizin kararlılık gösteren uygulamasına göre tazminatın süre olarak belirlenmesi yeterli olup, rakamsal olarak tutarın gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Zira işe başlatmama tazminatı ve dört aya kadar boşa geçen süre için öngörülen ücret alacağı feshin geçersizliği sonucuna bağlanmış tespit niteliğinde hükümlerdir. Böyle olunca mahkemenin yazılı şekilde miktar hükme bağlaması hatalıdır. 4857 sayılı Kanunun 21. maddesinin 3. fıkrası gereğince ücretin kesin bir süre belirtilmeden ve tutar gösterilmeden hüküm altına alınması gerekir". Y9HD, 29.7.2004, 5523/19994, Bkz. Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, İş Kanunu

- Şerhi, C.2, İstanbul 2008, s. 46, 47, Y9HD, 30.1.2006, 38852/1802, Y9HD, 17.1.2006, 38731/36, Y9HD, 31.5.2004, 2034/13161, Y9HD, 17.1.2006, 38724/33, Y9HD, 11.5.2004, 751/11565. Bu kararlar için bkz. Çankaya/Günay/Göktaş, s. 902, 976, 978, Y9HD, 10.4.2007, 32996/10191, Y22HD, 26.7.2011, 50/248. Bu kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr.
- 9 “Davacı işçi davalı işveren tarafından iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini ileri sürerek sendikal tazminat ve toplu iş sözleşmede öngörülen iş güvencesi tazminatının ödetilmesini talep etmiştir. İş güvencesi hükümlerinin uygulandığı işyerleri bakımından davacı işçinin doğrudan sendikal tazminat talep hakkı bulunmamaktadır. İşçinin süresi içinde işe iade davası açması halinde işe başlatmama tazminatı 12 aylık ücretinden az olmamak üzere belirlenebilecek iken, davacı işçi bu yola gitmemiştir. Bu nedenle davacının sendikal tazminat isteginin reddine karar verilmelidir”. Y9HD, 4.5.2010, 3695/12612, bkz. www.kazanci.com.tr. Aynı yönde Y9HD, 24.5.2005, 30766/19241, bkz. www.kazanci.com.tr. YHGK, 19.4.2006, 9-170/222, bkz. Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi, C.1, İstanbul 2008, s. 1424, Y9HD, 22.12.2008, 39832/34819, Y9HD, 20.10.2008, 29425/27963, Y9HD, 21.4.2008, 10110/9470. Bu kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr.
- 10 Zira bu görüşe göre, işçi feshe itiraz davası açmadığında fesih geçerli sayılır, bu durumda sendikal tazminat talebi de reddedilmelidir. Kaldı ki, işe iade davası sonucunda işe başlatmama halinde işçinin hak kazanacağı en az bir yıllık ücret tutarındaki tazminatın sendikal tazminat değil, miktari artırılmış iş güvencesi tazminatı olduğu kabul edilmektedir. Bu itibarla sendikal tazminat sadece iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için geçerli bir tazminat türü olarak kabul edilmelidir. Süzek, Sarp, İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 665, Bakırcı, Kadriye, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 2, Haziran 2006, s. 117, Çankaya/Günay/Göktaş, s. 48, Çil, Şahin, Karar İncelemesi Sendikal Tazminat, Legal İHSGHD, S.6, 2005, s. 669, Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2011, s. 55, Tuncay, Can, Toplu İş İlişkileri Bakımından Yargıtay’ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi) Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, s. 232, Baştürk, Faruk, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi ve İspat Sorunları, Legal İHSGHD, S. 22, 2009, s. 588, Şahlanan, Fevzi, İş Güvencesi Sistemi İçerisinde Sendikal Tazminat (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 315, Nisan 2006, s. 52, Demir, Fevzi, Sorularla Toplu İş Hukuku, Ankara 2006, s. 110, Narmanlıoğlu, Sendikal Tazminat Talebi, s. 249, Sur, Melda, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2009, s. 224, Terzioğlu, Ahmet, İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar, Kamu-İş, C.10, S.1, 2008, s. 60.
- 11 Buna karşılık, öğretide iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinde Avrupa Sosyal Şartı’nın 24. maddesine göre doğrudan sendikal tazminat talep edilebilmesinin mümkün olduğu da ileri sürülmüştü. Söz konusu görüşe göre, Türkiye Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nı onaylarken bazı maddelere çekince koymuş olmasına rağmen, Şartın 24. maddesine çekince koymamıştır. Anılan maddeye göre “Tüm çalışanlar iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkına sahiptir.” Dolayısıyla işçiye doğrudan tazminat isteme hakkı tanımayan 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesi ile Sosyal Şart’ın 24. maddesi çelişmektedir. Anayasa’nın 90. maddesine göre ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanun hükümleri çeliştiğinde sözleşme hükümleri uygulanır. Gerçekten söz konusu düzenlemeye göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Bu itibarla iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçiler İş Kanunu’nun 18. maddesi yerine Sosyal Şart’taki 24. maddeye dayalı olarak doğrudan sendikal tazminat talep edilebilir, Özveri, Murat, Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunmasına İlişkin Bir Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2, S. 5, Mart 2007, s. 116, 117, ancak bu görüş, işe iade hakkının tazminattan daha güvenceli olduğu, bu bağlamda Kanunun 18. maddesinin Avrupa Sosyal Şartı’nın öngördüğü korumayı sağladığı gerekçesiyle isabetsiz bulunmuştur. Bkz. Çil, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukuna Etkileri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.3, S.9, Mart 2008, s. 35.
- 12 Yargıtay 2004 yılında vermiş olduğu bir kararda işe iade davası sonucunda sendikal tazminata hükmeden mahkeme kararını aynen onamıştır. Y9HD, 10.5.2004, 7196/11144, bu karar ve incelemesi için bkz. Narmanlıoğlu, Sendikal Tazminat Talebi, s. 239-251, Yüksek Mahkeme anılan kararda işçinin gerçekte altı aylık kıdeme sahip olmasına rağmen SGK’ya geç bildirildiğini tespit etmiştir. Söz konusu tespiti rağmen sendikal tazminata hükmedilmesi ise öğretide eleştirilmiş, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin işe iade yerine sendikal tazminat talep etmesinin söz konusu olamayacağı belirtilerek mevzuata açık aykırılık olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Narmanlıoğlu, Sendikal Tazminat Talebi, s. 250, 251. Buna karşılık öğretide, sözü edilen kararda işçinin altı aylık kıdeme sahip olmadığı için iş güvencesi kapsamında olmadığı, dolayısıyla Yargıtay kararının isabetli olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Çil, Sendikal Tazminat, s. 667, Yargıtay daha sonraki kararlarında işe iade davasından bağımsız sendikal tazminat davası açılmayacağına karar vermiştir. Zira 2004 yılında verdiği bir kararda iş güvencesinden yararlanan işçinin sendikal tazminat talep edemeyeceğine ilişkin iş mahkemesi kararını onamıştır, Y9HD, 14.12.2004, 26418/27790. Bkz. www.kazanci.com.tr.; aynı yıl bu durumda sendikal tazminata hükmeden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur, Y9HD, 27.12.2004, 20181/29411, bu kararın incelemesi için bkz. Çil, Sendikal Tazminat, s. 665 vd. Özetle Yüksek Mahkemenin önceki kanun döneminde iş güvencesi

- kapsamındaki işçilerin doğrudan sendikal tazminat talebinde bulunamayacağını kabul ettiği söylenebilir. Aynı yönde Y9HD, 24.5.2005, 30766/19241, Y9HD, 1.5.2008, 14688/10987, bu kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr. Y9HD, 20.12.2005, 29192/40139, Y9HD, 29.9.2005, 20551/31698, Y9HD, 2.3.2005, 16558/6620, Y9HD, 31.1.2005, 391/2724, Y9HD, 27.12.2004, 20181/2941, bu kararlar için bkz. Çankaya/Günay/Göktaş, 825 vd.
- 13 Çil, Sendikal Tazminat, s. 670.
- 14 Çil, s. 35.
- 15 Çil, s. 35. Aksi görüş için bkz. Tuncay, Birden Fazla Tazminat, s. 109. Bu görüşe göre, hukukta saik değil hukuka aykırı eylem cezalandırılır. İşverenin işçiyi işe başlatmasıyla birlikte hukuka aykırı eylem sona erer. Bu nedenle bu ihtimalde sendikal nedenle feshe ilişkin ayrıca bir yaptırım uygulanmaması isabetlidir.
- 16 Sözü edilen ihtimallere uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Gerçekten bildirim süresi içinde işveren yanında çalışmaya devam eden işçinin, dava süresini kaçırmaması muhtemeldir. Diğer taraftan işe iade için işverene noter kanalıyla yapılacak olan başvurularda, postadaki gecikmeler (Belirtmek gerekir ki, Yargıtay işe iade davası sonunda işçinin işverene yapacağı işe başlatma başvurusunda postadaki gecikmeleri işçi aleyhine sonuçlandırmamaktadır. Zira Yüksek Mahkemeye göre "Postadaki gecikmeler nedeniyle iradenin 10 iş günlük süreden sonra işverene ulaşmış olması başvurunun süresinde yapılmadığını göstermez. Önemli olan iradenin 10 iş günlük süre içinde yöneltilmiş olmasıdır. Davacının kesinleşen işe iade kararına rağmen süresinde işe başlatılmadığı anlaşıldığından dava konusu tazminat ve alacağın hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir". Y9HD, 16.6.2010, 35175/19236. Bkz. www.kazanci.com.tr.) işçinin işe iade veya sendikal tazminat haklarından yoksun kalmasına neden olmaktadır. Bu görüş ve öneriler için bkz. Demir, Fevzi, Sendikal Örgütlenmenin Önündeki Hukuksal Engeller, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 549 vd. Belirtmek gerekir ki, mahkeme kararı üzerine işverene yapılacak olan işe iade başvurusunun noter kanalıyla yapılması bir geçerlilik koşulu değildir, bkz. Manav, s. 350. Buna rağmen, işverene başvuruda bulunulduğunu ispat etme yükümlülüğünün işçide olması göz önüne alındığında, başvurunun noter aracılığıyla yapılması işçiye ispat kolaylığı sağlamaktadır, bkz. Demir, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005, s. 240, Manav, s. 350.
- 17 İşe iade kararı ve işverenin davetine rağmen işçinin işe dönememesinin çeşitli nedenleri olabilir. Her şeyden önce, iş sözleşmesi geçerli neden olmaksızın feshedilen işçi işine dönmek istemeyebilir. Diğer taraftan işçi, uzun süren yargılama sırasında kendisinin ve ailesinin geçimini sağlamak üzere yeni bir işe girmiş ya da iş kurmuş olduğu için, fesih sırasında kendisine peşin olarak ödenen ihbar ve kıdem tazminatını iade etmek zorunda kalacağı için işe dönemeyebilir. Bununla birlikte işçi işe başlasa dahi kısa bir süre sonra başka bir bahane ile işten çıkarılabileceğini bilerek işe dönmek istemeyebilir, bkz. Soyer, Polat, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s. 65. Öğretide böyle bir ihtimalin gerçekleşme olasılığına karşı, ilk davada işe iade talep etmesi zorunlu olan işçinin, en azından ikinci davada doğrudan sendikal tazminat talep edebilmesinin uygun olacağı görüşleri sürülmüştür. Demir, Hukuksal Engeller, s. 553.
- 18 Manav, s. 201, Doğan Yenisey, Kübra, İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 80.
- 19 "Davacı işçinin işe iade başvurusunda bulunmamış olması sebebiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesi uyarınca işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Böyle olunca işe iade davasında tespit edilen işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süre ücretine hak kazanılması söz konusu olmaz. Yine, sözkonusu fesih geçerli hale gelmekle, 4 aylık sürenin ilavesine ve ücret artışına bağlı olarak ihbar ve kıdem tazminatı talep edilmesi de mümkün değildir". YHGK, 15.7.2009, 9-354/392. Aynı yönde Y9HD, 14.10.2008, 29383/27243, bu kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr.
- 20 Soyer, s. 65.
- 21 Günay, Cevdet İlhan, Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması, Ankara Barosu Dergisi, 1994/3, s. 401, aynı yazar, Sendikalar Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s. 581.
- 22 Yıldız, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s. 149, Süzek, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s. 132, Akyiğit, Ercan, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Ankara 2007, s. 133, Kılıçoğlu/Şenocak, Şerh I, s. 367, Kaplan, Emine Tuncay, İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987, s. 102, Bayram, s. 1223.
- 23 Çil, Sendikal Tazminat, s. 671.
- 24 Okur, Z, s. 761.
- 25 Demir, Hukuksal Engeller, s. 548.
- 26 Mevcut düzenlemede sadece iş güvencesi koşullarından yararlanan işçilere iş güvencesi hükümlerine başvurma hakkı tanınmış olmasına rağmen, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Taslağında sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçilerin İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan işyerinde en az otuz işçinin çalışıyor olması ve işçinin en az altı aylık çalışma süresini doldurması koşulları aranmaksızın işe iade davası açabileceği öngörülmüştür. Ancak Taslakta yer alan bu düzenleme kanun metnine alınmamıştır.
- 27 Sendikal tazminatın işçinin talep edebileceği diğer tazminatlarla ilişkisi için bkz. Baskan, s. 166 vd.
- 28 Dereli, Toker, 6356 sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Genel Bir Değerlendirme, Çalışma ve Toplum, 2013/1, s. 47, Senyen Kaplan, Emine Tuncay (Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, Emine Tuncay), İş Hukuku, Ankara 2013, s. 184, Arıcı, Kadir (Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, Emine Tuncay), İş Hukuku, Ankara 2013, s. 316, Kılıçoğlu, Mustafa, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Ankara 2013, s. 197.

KAYNAKLAR

- Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senay Kaplan, Emine Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2013.
- Akyiğit, Ercan, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Ankara 2007.
- Bakırcı, Kadriye, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 2, Haziran 2006.
- Başkan, Esra, 6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Ankara 2013.
- Baştürk, Faruk, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi ve İspat Sorunları, Legal İHSGHD, S. 22, 2009.
- Bayram, Fuat, Sendikal Fesih Karinesi, Legal İHSGHD, S. 12, 2006.
- Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan/Göktaş, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006.
- Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2012.
- Çil, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukuna Etkileri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.3, S.9, Mart 2008.
- Çil, Şahin, Karar İncelemesi Sendikal Tazminat, Legal İHSGHD, S.6, 2005.
- Demir, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005.
- Demir, Fevzi, Sendikal Örgütlenmenin Önündeki Hukuksal Engeller, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006 (Hukuksal Engeller).
- Demir, Fevzi, Sorularla Toplu İş Hukuku, Ankara 2006 (Sorularla).
- Dereli, Toker, 6356 sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Genel Bir Değerlendirme, Çalışma ve Toplum, 2013/1.
- Doğan Yenisey, Kübra, İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası, Çalışma ve Toplum, 2006/4.
- Ertürk, Şükran, 4857 sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.
- Günay, Cevdet İlhan, Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması, Ankara Barosu Dergisi, 1994/3.
- Günay, Cevdet İlhan, Sendikalar Kanunu Şerhi, Ankara 1999 (Şerh).
- Güzel, Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004.
- Kaplan, Emine Tuncay, İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987.
- Kılıçoğlu, Mustafa, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Ankara 2013.
- Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi, C.1, İstanbul 2008 (Şerh I).
- Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi, C.2, İstanbul 2008 (Şerh II).
- Manav, Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009.
- Narmanlıoğlu, Ünal, Karar İncelemesi, İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi, Legal İHSGHD, S.5, 2005.
- Okur, Zeki, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi İddiasında İspat Yükü, Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005.
- Özdemir, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.
- Özveri, Murat, Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunmasına İlişkin Bir Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2, S. 5, Mart 2007.
- Soyer, Polat, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005.
- Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2011.
- Sur, Melda, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2009 (Değerlendirme 2006).
- Sümer, Haluk Hadi, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul 2011.
- Süzek, Sarper, İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2012.
- Süzek, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976 (Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması).
- Şahlanan, Fevzi, İş Güvencesi Sistemi İçerisinde Sendikal Tazminat (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 315, Nisan 2006.
- Terzioğlu, Ahmet, İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar, Kamu-İş, C.10, S.1, 2008.
- Tuncay, Can, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2010.
- Tuncay, Can, Birden Fazla Tazminat Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 3, S. 10, Haziran 2008 (Birden Fazla Tazminat).
- Tuncay, Can, Toplu İş İlişkileri Bakımından Yargıtay'ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi) Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011 (Değerlendirme 2009).
- Yıldız, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

Av. Mustafa AVCI

Ankara Barosu Avukatı

6356 Sayılı Kanun'un Grev Oylaması Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Olası Uygulama Sorunları

GİRİŞ

07.11.2012 (Kabul; 18/10/2012) tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda grev oylaması konusunda da bir takım değişikliklere gidildiği görülmektedir. Anılan kanunda esas olarak gerek 275 sayılı gerekse 2822 sayılı Yasalardaki sistemin korunduğu ve benimsendiği anlaşılmaktadır. Ancak yapılan kimi değişiklikler, tartışmaya açık olduğu gibi uygulamada bir takım sorunlar yaşanmasına da yol açabilecek gibi görülmektedir.

1. GENEL OLARAK GREV VE GREV OYLAMASI

Grev, iş sözleşmesine dayalı ve işverene bağımlılık ilişkisi içinde çalışmakta olan işçilerin mevcut haklarını korumak veya geliştirmek üzere -iş sözleşmesini sona erdirmeye amaç ve iradesi bulunmaksızın- topluca işi bırakmaları,

işyerindeki faaliyeti durdurmaları veya önemli ölçüde aksatmaları olarak tanımlanabilir.

Grevleri yürürlükteki mevzuata bakarak "yasal" veya "yaşa dışı" olarak tasnif etmek mümkün olduğu gibi amacından hareketle menfaat grevi -hak grevi, ekonomik grev-siyasal grev, dayanışma grevi-sempati grevi, genel grev vb... şekilde adlandırmak da mümkündür. İşbu yazının konusunu oluşturan grev oylaması kavramının hukukumuz açısından ancak yasal grevler (toplu iş sözleşmesinin yapılması aşamasında ve menfaat uyuşmazlıkları) ile sınırlı olarak söz konusu olduğu belirtilmelidir.

Grev oylaması ise genel olarak kolektif bir uyuşmazlığı çalışanlar lehine sonuçlandırabilmek için greve başvurup başvurmama veya alınmış bir grev kararının uygulamaya geçilip geçilmeyeceği veyahut uygulanmakta olan grevin devamı konularında işyeri çalışanları veya sendika üyelerinin görüş ve onayına başvurma olarak adlandırılabilir.

Grev oylaması konusunda değişik ülkeler-

de farklı uygulamalar bulunmaktadır. Dünyadaki örneklerine bakıldığında işçilerin veya sendikaların grev oylamasına başvurmaksızın doğrudan grev uygulamasına geçebildiği sistemler (örnek olarak ABD, Fransa) olduğu gibi grev kararı öncesinde işçilerin oyuna başvurma zorunluluğunun bulunduğu örnekler (örnek Almanya, İngiltere, Meksika) veya ülkemizde olduğu gibi grev kararının sendikalarca serbestçe alınabildiği, ancak uygulamaya geçilmesi aşamasında belli sayıda işçinin talebi sonrasında gerçekleşecek grev oylaması prosedürü çerçevesinde, oylama sonucuna göre grev uygulanmasına geçilebildiği veya engel olunabildiği bir nevi karma durumlara da rastlanabilmektedir.

Aynı şekilde grev oylamasının yapılma şekli konusunda yeknesak bir uygulama bulunmayıp, yasal bir zorunluluk olmamasına karşın, değişik gerekçe ve amaçlarla veya tüzük düzenlemeleri uyarınca, sendikalarca tamamen iradi olarak bu yola gidilebildiği, duruma göre sadece sendika üyeleri yanında tüm çalışanların oy ve iradesine başvurulabildiği örnekler de bulunmaktadır.

II. ÜLKEMİZDE GREV OYLAMASI

1. GENEL OLARAK

1961 Anayasası ve akabinde, grev kavramıyla (275 sayılı Kanun m.17) eş zamanlı olarak hukukumuzda girmiş bulunan grev oylaması kurumu (275 sayılı Kanun m.22) 1982 Anayasası döneminde de varlığını sürdürmüştü (2822 sayılı TSGLK m.35-36) ve nihayet 07.11.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda (m.61) bir takım değişikliklerle yeniden düzenlenmiştir.

Sendikanın yetki almasıyla başlayan belirli ve zorunlu prosedür sonrası alınabilen grev kararı sonrasında grev oylaması gibi müesseye yer verilmesi hukukumuz açısından hep tartışma konusu olmuş, zaman zaman kimi itirazlarla karşılaşmıştır. Konunun teorik yönü ve tartışmalar bir yana Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası'nın ve 275 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu dönemde vermiş olduğu

ve halen geçerliliğini koruduğunu düşündüğümüz kararında “...davacı bu maddenin temeli olan birinci fıkrasının, grev hakkının kullanılmasında işverenin işçilere bir takım baskılar yapmasına yol açacağı ve hakkın kullanılmasını zorlaştıracacağı için Anayasanın 11. ve 47. maddelerine aykırı olduğunu ortaya atmaktadır. Grev oylaması, sendikanın işçilerin çoğunluğunun isteğine aykırı bir kararın uygulanmasını önlemek üzere öngörülen bir tedbirdir. Bu tedbirin demokratik nitelikte olduğu açıktır. Böylelikle sendika yöneticilerinin, durumu yanlış takdir ederek işçiler için istenilmeyen bir davranışa geçmesine fırsat verilmemiş olur. Bu oylamanın ancak ve ancak iş yerinde yapılabileceği anlamı, hükmün yazılışından kesin olarak anlaşılacakla birlikte, bunun ancak iş yeri içinde yapılabileceği kabul edilse dahi, oylamayı gözetleyecek olan memurun uygulayacağı ve “en büyük mülkiye amirinin belli edeceği tedbirler alınarak, işverenin işçiler üzerinde olumsuz etkide bulunması olanağı ortadan kaldırılabilir. Bu bakımdan bu hükmün, sendikaların tüzüklerine bırakılmayıp kanunda yer almasının grevin kullanılmasını zorlaştıracığı ve işçilere baskı yapılmasına yol açacağı ve bundan ötürü Anayasa'ya aykırı olduğu kabul edilemez¹...” demek suretiyle grev oylaması yolunun Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır .

Grev oylamasının mevcut toplu pazarlık sistemimiz açısından olmazsa olmaz bir işlevi bulunmamasıyla birlikte, yasadaki düzenlemeye bakıldığında Anayasa Mahkemesi kararında da işaret edildiği üzere demokratik bir katılım mekanizması olarak değerlendirilmesi de mümkün görülmektedir.

Grev oylaması kurumunun lehindeki veya aleyhindeki görüş ve değerlendirmelerden sonra grev oylaması kurumunun varlığını devam ettirmesi, grev hakkının bir uzantısı ve tamamlayıcısı olarak maceraya sürüklenmeyi önleyen bir görevi olduğu, yerinde ve zamanında işletilmesi koşuluyla grev oylamasının her üç tarafa da istismarı önlemekte önemli bir araç olduğu da ifade edilmektedir².

Grev oylamasının zamanlaması ve tüm iş-

çilerin oylamaya katılmaları konularında tartışmalar olsa da çok büyük bir itiraz konusu oluşturmamaktadır. Grev oylaması ile işçilerin yasal olarak alınmış bir grev sürecine müdahaleleri demokratik bir yoldur. Bunun ile birlikte işçiler ile işçi sendikaları arasındaki bağın daha da güçlendiğini söylemek yerinde olacaktır³. Kaldı ki, grev oylaması aleyhine işçi sendika veya konfederasyonlarınca dile getirilen, genel yakınmanın aksine ülkemiz uygulamasında zaman zaman eşyanın tabiatına aykırı bir biçimde, özellikle küçük ölçekli işyerleri ve grev uygulamasının göze alınamadığı kimi durumlarda hiç olmazsa Yüksek Hakem Kurulu aracılığıyla toplu iş sözleşmesine ulaşabilmek amacıyla bizzat grev kararını alarak ilan eden işçi sendikalarının üyesi işçileri grev oylaması talep etmeleri ve greve hayır oyu kullanmaları, işverenlerin ise aksine evet oyu kullanma yönünde gayret gösterebildikleri, yönlendirdikleri örneklerle de rastlanabilmektedir.

2. GREV OYLAMASI KONUSUNDA DEĞİŞMEYENLER

Grev oylaması kararını alan makam, hemen hemen tüm ülkelerde yetkili işçi sendikası iken bizim ülkemizde bu hak başından itibaren ve halen münhasıran o işyerinde çalışmakta olan işçilere tanınmıştır⁴.

Grev oylaması ancak işçi sendikasıncı yasal prosedüre uygun olarak alınmış grev kararının alınması ve işyerinde ilan edilmesi durumunda ve anılan grevin yasal olarak uygulanma ihtimalinin bulunduğu durumlarda gündeme gelebilecektir. Böyle olunca, esasen grevin uygulanma imkânının bulunmadığı, grev yasağı bulunan iş ve işyerleriyle, geçici grev yasaklarında ve erteleme durumlarında grev oylamasından söz etmek anlamsız olacaktır.

İşçi sendikasıncı yasal prosedüre uygun olarak alınmış grev kararının belirli şartların oluşmasına bağlı olarak uygulanmasını engelleyebilme durumu olarak tanımlanabilecek grev oylaması hukukumuz bakımından zorunluluk arz etmeyip ancak belirli sayıda işçinin (275 sayılı yasa döneminde o işyerinde çalışan işçilerin 1/3'ü, 2822 ve 6356 sayılı yasalara göre ise grev kararının ilan edildiği tarihte iş-

yerinde çalışan işçilerin en az 1/4'ünün) yazılı talebi üzerine gündeme gelebilecektir. Grev oylaması talebi için gerekli 1/4'lük nisaba ulaşıp ulaşılmadığının tespitinde grevin ilan edildiği tarihte iş sözleşmesi devam eden işçi sayısı dikkate alınacağından hastalık, rapor, izin vb. nedenlerle grevin ilan edildiği tarih itibarıyla fiilen işyerinde çalışmamakla birlikte -iş sözleşmesi devam eden tüm çalışanlar göz önünde bulundurulacak- iş sözleşmelerinin belirli veya belirsiz süreli, kısmi veya tam süreli olması sonuca etkili olmayacaktır.

Grev oylamasının konusu, başvuru aşama ve oylamaya katılanlar açısından ülkeler ve sistemler itibarıyla büyük farklılıklar arz etmekle birlikte, 275 sayılı Yasadan başlayarak hukukumuz açısından ancak işçi sendikasıncı usulünce grev kararının alınıp ilanından sonra gündeme gelmesi, sendikalı-sendikasız işyeri çalışanlarının talebi üzerine gerçekleşmesi ve işçi niteliğindeki tüm çalışanların oylarıyla sonuçlandırılması esasında herhangi bir değişikliğin olmadığı görülmektedir.

Grev oylaması eskiden olduğu gibi grev kararının işyerinde ilan edilmesinden itibaren 6 işgünlük hak düşürücü süre içinde istenebilecek, yazılı talepte bulunanların sayısının 1/4'e ulaştığının tespiti halinde, zorunlu olarak talep tarihinden itibaren 6 işgünü içinde grev oylaması yapılacaktır.

Grev oylamasına ilişkin prosedürün kesinleşmesi beklenmeden grevin uygulanmasına geçmek mümkün olmadığı gibi, oylama sonucunda salt çoğunluğun greve "hayır" şeklinde oy kullanması halinde de daha önce alınmış grev kararı uygulamaya konulamayacaktır. Bu haliyle grev oylaması, grev uygulaması öncesi geçilmesi gereken zorunlu bir durum ve aşama değilse de yasal şartlara haiz bir grev oylaması talebinin varlığı halinde grev oylaması prosedürünün tamamlanması ve beklenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Anılan biçimiyle grev oylaması yetkili işçi sendikasıncı yasal prosedüre uygun olarak alınmış grev kararının çalışanların istek ve iradeleriyle uygulamaya dönüşmesini engelleyebilecek bir işleve de sahiptir.

Oylama sonucuna, sendika, işveren veya

bundan hukuki yararı olan her hangi bir işyeri çalışanı tarafından, oylama gününden itibaren üç işgünü içinde iş davalarına bakmakla görevli mahkemeye itiraz edilebilecek, itirazlar mahkemece üç iş günü içinde kesin olarak karara bağlanacaktır (2822 sayılı TSGLK m.35 ve 36, 6356 sayılı STSK m.61 ve 79).

3. GREV OYLAMASI KONUSUNDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Grev oylaması talebinde bulunulacak makam eskiden mahallin en büyük mülki amirliği iken 6356 sayılı kanunla görevli makam (Çalışma ve İş-Kur İl Müdürlükleri) olarak değiştirilmiştir.

İşletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda grev oylaması talepleri her bir işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama ayrı ayrı yapılırken, grev oylaması isteyenlerin sayısının yeterli sayıya ulaşmış ve oylama sonuçları işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nce değerlendirilecek ve sonuçlandırılacaktır.

Grup toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda gruba dâhil her bir işverenlik için işyeri veya işletme olmalarına bağlı olarak yukarıda işaret edilen çerçevede hareket edilecek, değerlendirme yapılacaktır.

Grev uygulamasının usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenecektir.

2822 sayılı Yasanın aksine, 6356 sayılı yasadaki düzenlemede grev oylamasının yapılacağı yere ilişkin bir hükme yer verilmemişse de bu durumun çıkarılacak yönetmelikte önceden olduğu gibi işyeri- şeklinde yer alması amaca ve pratik yaşama uygun olacaktır.

Grev oylaması sonucunun "hayır" şeklinde sonuçlanmasına bağlı olarak işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi bağlanması istemiyle YHK'ya başvurabileceği süre, oylama sonucunun kesinleşmesinden itibaren altı işgünü olarak değiştirilmiş ise de (6356 sayılı STSK m.51/1), anılan değişikliğin m.61/3'le bağlantısının kurulmamış olması bir takım tereddütleri ve soru işaretlerini akla getirmektedir. Şöyle ki; 51.maddenin birinci bendine göre, grev oy-

lamasının "hayır"la sonuçlanması durumunda işçi sendikası altı işgünü içinde YHK'ya başvurmazsa sendikanın yetkisi düşecektir. Grev oylaması başlıklı 61. maddenin üçüncü bendine göre ise, tarafların altmış günlük süre içinde anlaşamaması veya işçi sendikasının m.51/1'de belirtilen altı iş günlük süre içinde YHK'ya başvurmaması durumunda yetki belgesinin hükmü kalmayacaktır. Anılan düzenleme karşısında, grev oylaması sonucunun hayır çıkması ihtimalinde sendikanın YHK'ya, altmış günlük görüşme süresini kullandıktan, sonunu bekledikten sonra başvurup başvuramayacağı sorusu akla gelmektedir. Mevcut düzenleme her iki yoruma da açık olmakla birlikte, yasal değişiklik yapılincaya kadar grev oylaması sonucunun hayır çıkması ihtimalinde altmış günlük görüşme süresi sonunun beklenmeksizin altı işgünü içinde YHK'ya başvurulabileceği daha akla yakın görünmektedir. Esasen, tarafların başvuru yapılmış olsa da YHK'ca TİS bağitlanıncaya kadarki aşamada dahi görüşmelere devam edip, uyuşmazlığı sonuçlandırma imkanı bulunmaktadır.

Grev oylaması konusundaki en önemli değişiklik, grevin uygulanmaması için daha önce grevin ilan edildiği tarihte işyerinde çalışanların salt çoğunluğunun greve "hayır" yönünde oy kullanması aranmakta iken, 6356 sayılı yasa ile oylamaya katılanların salt çoğunluğunun greve "hayır" demesi yeterli görülmüş, grev oylaması yoluyla grev uygulamasının önüne geçilmesi bir anlamda kolaylaştırılmıştır. Örnek olarak; 275 ve 2822 sayılı Yasaların yürürlükte olduğu dönemde, grevin ilan edildiği tarihte 50 işçinin çalıştığı işyerinde grev oylaması yoluyla grev uygulamasının engellenmesi için -oylamaya kaç kişinin katıldığına bakılmaksızın- en az 26 kişinin hayır oyu kullanması aranmakta iken, 07.11.2012 sonrasında grevin ilan edildiği tarihteki işçi sayısına bakılmaksızın oylamaya katılanların salt çoğunluğunun "hayır" oyu kullanmaları, oylamaya katılan 40 kişiden 21'inin hayır oyu kullanması anılan grevin uygulamasını engellemeye yeterli olacaktır.

Özellikle küçük işyerleri açısından gerek grev oylaması talebinde bulunulması gerekse oylamaya katılımın doğrudan veya dolaylı ola-

rak engellenmesi suretiyle oylama sonucuna tesir edilmesi ihtimali anılan düzenleme sonrası eleştiriye açık görülmektedir. Diğer yandan eski düzenlemede; “grev oylaması sonucuna tesir etmek maksadıyla hata, hile, tehdit veya cebir kullanılması cezai yaptırıma bağlanmışken (2822/76 üç yıldan bir yıla kadar hapis)” 6356 sayılı Yasada konuya özel her hangi bir cezai yaptırım öngörülmemiş olması da bu konudaki kaygıları haklı çıkaracak niteliktedir. Anılan boşluğun Türk Ceza Kanunu’ndaki genel hükümlerden veya m.117-118 düzenlemesinden hareketle doldurulması ise amaca hizmet etmeyen zorlama yöntemler olacaktır.

Grev oylamasına ilişkin süreçler 2822 sayılı Yasadaki işlem ve sürelerin tekrarından ibaret olduğu halde, oylamanın sonucu işçi sendikası tarafının aleyhine kullanılabilir biçimde değiştirilmiştir. Şöyle ki, 61. maddenin 3. fıkrasında, “oylamada grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde karar verirse bu uyuşmazlıkta alınan grev kararı uygulanamaz” denmiştir. Oysa niteliği gereği zaten grev hakkının olumsuz boyutu demek olan grev oylamasının 2822 sayılı yasa döneminde “oylamaya katılanların” değil, “grevin ilan edildiği tarihte” işyerinde çalışanların salt çoğunluğunun grevin yapılmaması yönünde karar vermeleri halinde grev kararının uygulanamaması söz konusu idi. Oysa, “oylamaya katılanların salt çoğunluğu”nun yeterli görülmesi grev yapılmaması yönündeki kararın daha kolay elde edilebilmesi anlamına gelebilecektir⁵.

Belirtmek gerekir ki, 6356 sayılı Kanun ile oylamaya katılanların salt çoğunluğu arandığı için yeni dönem toplu iş sözleşmelerinde “hayır” çıkma olasılığı artmış gibi görülmektedir. Ancak yine de altını çizerek belirtmek gerekir ki; yeni dönemde artık herkes sandık başına giderek rengini belli etmek zorundadır. Şayet sendika üyeleri grev yapmakta kararlı iseler bu takdirde dörtte bir nisaptan sonra oylamaya iştirak ederek sonucun oluşmasına katkı sunacaklardır⁶.

Grev oylaması-grev uygulaması ilişkisi bakımından şu ana kadar dile getirilmeyen, ancak

uygulamada bir takım sorunlar ve tartışmalar çıkarması muhtemel çok önemli bir noktaya da işaret etmek gerekmektedir.

Kanuni grev kararının alınması ve uygulanmasını düzenleyen 60. madde, eski düzenlemeden farklı olarak resmi arabulucu tarafından düzenlenmiş uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren 6 işgünü beklenmesi ve ikinci altı iş günü içinde grev kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmış, bu durum işçi sendikaları dahil genel bir memnuniyet ve rahatlama ile karşılanmışsa da özellikle grev oylaması prosedürünün söz konusu olduğu durumlarda bir takım sorunlara yol açabileceği göz ardı edilmektedir. Şöyle ki; 60 günlük grev kararı alma ve uygulama süresi resmi arabulucu raporunun tebliğiyle birlikte işlemeye, bir anlamda tüketilmeye başlamaktadır. İşçi sendikasının yeni yasanın verdiği rahatlık ve rehabet içinde resmi arabulucu raporunun kendisine tebliğinden itibaren 25-30 gün veya daha sonraki bir aşamada grev kararı alıp işyerinde ilan ettiğini, grev oylamasına ilişkin prosedürün de işletildiğini varsayalım. Grev oylaması talebi, grev oylamasının yapılması, itiraz ve sonuçlandırılması yasada toplam 18 günlük süreye bağlanmış olup (işlemlerinin muhataplarının resmi merciler olduğu da dikkate alındığında bu süre en azından 30 güne karşılık gelmektedir. Uygulamada iş mahkemesinin üç işgünü içinde uyuşmazlığı çözümleyemediği durumlara rastlandığı gibi esasen mahkemenin üç işgünü geçtikten sonra karar vermesinin kararın geçerliliğini etkilemeyeceği de göz ardı edilmemelidir) anılan sürelerdeki en ufak bir sapma veya aksama grevin yasal olarak uygulanma imkanını tehlikeye sokabilecektir. Böyle bir sakınca veya riskin nedeni 2822 sayılı TSGLK m.37/3’de yer alan; “grev oylaması yapılan hallerde altmış günlük süre oylamanın sonucunun kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlar” şeklindeki bir düzenlemeye yeni yasada yer verilmemiş olmasıdır.

Bu ihtimalde, grev oylaması sonucunun grevin uygulanması yönünde çıkması durumunda 6 işgünü önceden bildirimde bulunmak suretiyle resmi arabulucu raporunun tebliğinden itibaren işlemeye başlamış bulunan 60 günlük

süre içinde yasal bir grev uygulamasına gitmek mümkün olmayabilecektir. Yasal düzenlemede bulunmamasına karşın yasanın genel gerekçesinden hareketle yürürlükten kalkmış da olsa 2822 sayılı TSGLK m.37/3 düzenlemesinin kıyasen uygulanabileceği, böylelikle boşluğun doldurulabileceği ileri sürülebilirse de bu kabulde de grev kararının yasaca tanınmış 60 günlük sürenin sonuna doğru alınması suretiyle -yasada öngörülmemiş- ikinci bir altmış günlük süre kullanılabilmesi sonucu doğabilecektir ki, böyle bir çözümün de sağlıklı olmayacağı, yeni tartışmaları ve sorunları gündeme getirebileceği değerlendirilmektedir.

Mevcut yasal durum ışığında gerekli değişiklikler yapılınca kadar yasal zorunluluk bulunmasa da, resmi arabulucu raporunun tebliğinin hemen akabinde grev kararının alınması, olası grev oylaması prosedürünün ve akıbetinin görülmesi, sonucuna göre hareket edilmesi, grev uygulama gününün bu çerçevede belirlenmesi önerilebilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; 6356 sayılı Kanun dönemi bakımından da, grev kararını müteakip işyerinde grev oylaması sürecinin başlatılması, işverence lokavt kararı alınmasına veya alınmış lokavt kararının uygulanmasına engel olmayacaktır. Özellikle grev oylaması sonucunun “hayır” şeklinde çıkması ve grevin uygulanması imkânının kalmadığı durumlarda lokavt kararının akıbetinin ne olacağı hususunda yeni düzenlemede de hüküm bulunmamaktadır. Ancak, altı işgünlük süre içinde sendikanın başvuruda bulunmaması halinde yetkinin düşecek olması veya sendikanın başvurusu üzerine sözleşmenin YHK’ca bağitlanması durumlarında, lokavtın hukuken varlığını sürdürmesinden söz edilemeyeceği gibi lokavtı uygulamak veya sürdürmek de mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

6356 sayılı yasa, grev oylaması konusunda büyük oranda 275 ve 2822 sayılı Yasalardaki düzenlemeleri korumuş ve aynı sistemi benimsemiştir. Ancak, grevin uygulamaya konulmasını engellemek için oylamaya katılanların salt çoğunluğunun “hayır” oyu kullanmasının

yeterli görülmesi, grev oylaması yoluyla grev uygulamasının önüne geçilmesini kolaylaştırdığı gibi oylamaya katılımın doğrudan veya dolaylı olarak engellenmesi suretiyle oylama sonucuna tesir edilmesi ihtimalini artırması nedeniyle eleştiriye açık görülmektedir.

Aynı şekilde, özellikle grev oylamasının söz konusu olduğu durumlarda 2822 sayılı TSGLK m.37/3’de yer alan “grev oylaması yapılan hallerde altmış günlük süre oylamanın sonucunun kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlar” şeklindeki bir düzenlemeye yeni yasada yer verilmemiş olması, bazı durumlarda grevin uygulamaya konulmasını hukuken imkansız hale getiren sakınca ve riskleri bünyesinde barındırmakta olup yeni sorunlara ve tartışmalara yol açacak gibi görünmektedir.

Mevcut yasal durum ışığında gerekli değişiklikler yapılınca kadar yasal zorunluluk bulunmasa da işçi sendikalarınca resmi arabulucu raporunun tebliğinin hemen akabinde grev kararının alınması, olası grev oylaması prosedürünün ve akıbetinin görülmesi, sonucuna göre hareket edilmesi, grev uygulama gününün belirlenmesi önerilebilir.

DİPNOTLAR

- 1 02.05.1969 tarih ve 13188 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 19-20.10.1967 tarih ve E: 1963/337, K: 1967/31 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı.
- 2 Demir Fevzi, Grev Oylamasının Önemi ve Uygulaması, MESS Sicil, Haziran 2011, s.130.
- 3 Güler Şerafettin, Türk İş Hukukunda Grev Oylaması, MESS Mercek, Ocak 2013, s.144.
- 4 Güler, s.133.
- 5 Dereli Toker, Grev-Lokavtla İlgili Değişiklikler, Çalışma ve Toplum, S 36, s.61.
- 6 Güler, s.140.

Doç. Dr. Sabahattin YÜREKLİ

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Alt İşverenin Taraf Olduğu Toplu İş Sözleşmesinin Muvazaa Nedeniyle Hükümsüzlüğünün Geçmişe Etkili Olmaması

T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2012/1135

Karar No : 2012/4487

Tarihi : 16.3.2012

ÖZET

Davacı, ihbar tazminatı, sendikal tazminat, ücret farkı, ikramiye ve yakacak yardımı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Davacının üyesi olduğu İş Sendikası ile dava dışı alt işveren ... Ltd. Şti. arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi ise, adı geçen dönem için yürürlüktedir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz olması durumunda, alt işverenin imzaladığı sözleşmenin uygulanma kabiliyetini yitireceğinin kabul edilmesi 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda kabul edilen temel esaslara

uygun görülmektedir. Ancak, asıl işveren-alt işveren konusunun düzenlenmesine hâkim olan işçiyi korumak düşünceleri de dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün geçmişe etkili olmadığı, ileriye etkili olduğunun kabul edilmesi ve muvazaanın saptandığı tarihe kadar toplu iş sözleşmesinin geçerli sayılması gerekmektedir. Öte yandan, toplu iş sözleşmesinin baştan itibaren hükümsüzlüğü kabul edilse dahi, bir kimsenin kendi muvazaasından yararlanmaması esastır. Bu durumda, davacının, İş Sendikası ile dava dışı alt işveren ... Ltd. Şti. arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanacağı açıktır. Ayrıca, kesinleşen emsal işe iade davalarında, işçilerin sendikal nedenlerle iş sözleşmelerinin feshedildiği de kabul edilmiştir. Davanın kabulü kararı isabetsizdir.

DAVA

Davacı, ihbar tazminatı, sendikal tazminat, ücret farkı, ikramiye ve yakacak yardımı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

1- Miktar ve değeri temyiz kesinlik sınırını aşmayan taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi uyarınca uygulanmasına devam olunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427/2. maddesi uyarınca temyiz edilemez.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.06.1975 gün ve 1975/6-8 sayılı içtihadında, 5521 sayılı yasada açık düzenleme olmamakla birlikte, bu yasanın 15. maddesindeki düzenleme gereği 1086 sayılı Kanun'un 427/2. maddesindeki kesinlik sınırının iş mahkemelerinde verilen kararlarda da uygulanması gerektiği, grup halinde açılan davaların salt iş mahkemelerine özgü bir dava türü olmadığı, bu nedenle seri olarak açılan davalarda her dosya için kesinlik sınırına bakılması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Dosya içeriğine göre temyize konu edilen alacak miktarı hüküm tarihi itibarıyla 1.540,00 TL'lik kesinlik sınırı kapsamında kaldığından davalının temyiz isteminin reddine,

2- Davacının temyizine gelince;

Davacı vekili, davacının, davalının alt işvereni Y... Ltd. Şti.'nde 18.11.2007 tarihinde çalışmaya başladığını, İş Sendikası ile dava dışı Y... Ltd. Şti. arasında

26.12.2007 tarihinde toplu iş sözleşmesi imzalandığını, toplu iş sözleşmesinin ücret, ikramiye, yakacak yardımlarını düzenlediğini, yürürlük süresinin 15.03.2007-14.03.2009 olduğunu, davacının davalı işyerindeki altı aylık çalışma süresini doldurmadığından iş güvencesi hükümlerinden yararlanmadığını, ancak işten çıkarılan yaklaşık 150 işçinin Üsküdar İş Mahkemesi'nde açtıkları işe iade davasının kabul edildiğini, yapılan feshin sendikal nedene dayandığını da tespit edildiğini, davacının davalı A.Ş.'ne ait işyerinde çalışmasını sürdürmekte iken 02.01.2008 tarihinde işyerine geldiğinde Y... Ltd. Şti. kadrosunda olup sendikadan istifa etmeme konusunda direnen işçilerin tamamı gibi işyeri güvenlik kapısından içeri alınmadığını, böylelikle işbaşı yapmasının fiili olarak engellendiğini, davalı A.Ş.'nin eskiden alt işveren işçisi olarak istihdam edilen personeli doğrudan kendi personeli olarak işe almada İş Sendikası'ndan istifa etmelerini şart koştuğunu, istifa eden ya da sendikası'na üye olan işçilerin doğrudan A.Ş. kadrolu personeli olarak işe başlatıldığını, toplu iş sözleşmesi hükmü uyarınca davacının işe başlama tarihinden itibaren uygulanıp 02.01.2008 tarihine kadar ödenmesi gereken aylık 300,00 TL ücret zammı, yıllık 120 günlük ikramiye, aylık 100,00 TL yakacak yardımının ödenmediğini belirterek, fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla, ihbar tazminatı olarak 200,00 TL, sendikal tazminat olarak 200,00 TL, toplu iş sözleşmesine göre ücret farkları, ikramiye ve aylık yakacak yardımı olarak 200,00 TL olmak üzere toplam 600,00 TL alacağın faiziyle davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, kesin hüküm halini alan Üsküdar 1. ve 2. İş Mahkemelerinin kararına göre davacının dava dışı Y... Ltd. Şti.'nin işçisi olmayıp, davalı A.Ş.'nin iş-

çisi olduğu, toplu iş sözleşmesinin ise dava dışı Y... Ltd. Şti.'nin ile İş Sendikası arasında yapıldığı, A.Ş.'nin işyerlerinde bu sendikanın yetkili olmayıp, başka bir sendikanın yetkili olduğu, ayrıca davalı şirketin bağlı olduğu işkolunun da farklı olduğu, davacının İş Sendikası ile yapılan toplu iş sözleşmesinin ve bu işkolunda çalışan bir işçisi de olmadığından, bu toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanamayacağı, ancak davacının davalı A.Ş. işçisi olduğu, işyerinden haksız olarak çıkartıldığı ve çalışma süresine göre bilirkişi raporunda hesap edilen ihbar tazminatı tutarının ödenmesi gerektiği gerekçeleriyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Uyuşmazlık, kesinleşen mahkeme kararı ile asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tesbiti halinde, alt işveren işçisi olarak görünen işçinin alt işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Somut olayda, davalı A.Ş. ile dava dışı alt işveren Y... Ltd. Şti.'nin arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu 14.12.2009 tarihinde kesinleşmiş emsal işe iade davaları ile sabittir. Davacının üyesi olduğu İş Sendikası ile dava dışı alt işveren Y... Ltd. Şti. arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi ise, 15.03.2007-14.03.2009 dönemi için yürürlüktedir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz olması durumunda, alt işverenin imzaladığı sözleşmenin uygulan-

ma kabiliyetini yitireceğinin kabul edilmesi 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda kabul edilen temel esaslara uygun görülmektedir. Ancak, asıl işveren-alt işveren konusunun düzenlenmesine hakim olan işçiyi korumak düşünceleri de dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün geçmişe etkili olmadığı, ileriye etkili olduğunun kabul edilmesi ve muvazaanın saptandığı tarihe kadar toplu iş sözleşmesinin geçerli sayılması gerekmektedir. Öte yandan, toplu iş sözleşmesinin baştan itibaren hükümsüzlüğü kabul edilse dahi, bir kimse- nin kendi muvazaasından yararlanmaması esastır. Bu durumda, davacının, İş Sendikası ile dava dışı alt işveren Y... Ltd. Şti. arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanacağı açıktır. Ayrıca, kesinleşen emsal işe iade davalarında, işçilerin sendikal nedenlerle iş sözleşmelerinin feshedildiği de kabul edilmiştir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.03.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. İnceleme konusu yapılan karara konu olan olayda, davacı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesi talebiyle dava açmış, mahkeme isteği kısmen hüküm altına almış, bunun üzerine yerel mahkeme kararı temyiz edilmiştir. Davacı temyiz talebinde; ... İş Sendikası ile dava dışı Y... Yükleme Boşaltma Ltd. Şti. arasında 26.12.2007 tari-

hinde toplu iş sözleşmesi imzalandığını, toplu iş sözleşmesinin ücret, ikramiye, yakacak yardımlarını düzenlediğini, yürürlük süresi 15.03.2007-14.03.2009 olan toplu sözleşmeye dayanarak toplam 600,00 TL alacak iddiasında bulunmuştur. Davalı vekili davanın reddini talep etmiştir.

Somut olayda, davalı A.Ş. ile dava dışı alt işveren Y... Ltd. Şti. arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu 14.12.2009 tarihinde

kesinleşmiş emsal işe iade davaları tespit edilmiştir. Bu tespit üzerine uyuşmazlık, kesinleşen mahkeme kararı ile asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespiti halinde, alt işveren işçisi olarak görünen işçinin alt işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamayacağı noktasında toplanmıştır.

Yargıtay, toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün geçmişe etkili olmadığını, ileriye etkili olduğunun kabul edilmesi ve muvazaanın saptandığı tarihe kadar toplu iş sözleşmesinin geçerli sayılması gerektiği, bu nedenle davacının, Sendikası ile dava dışı alt işveren Y... Ltd. Şti. arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanacağına karar vermiştir.

2. Karara konu olan duruma temel oluşturan esas; taraflar arasındaki asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanması nedeniyle oluşan soruna dayanmasıdır. Karardan görüldüğü üzere, somut olayda davalı A.Ş. ile dava dışı alt işveren Y... Ltd. Şti. arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu 14.12.2009 tarihinde kesinleşmiş emsal işe iade davaları ile sabittir.

Alt işveren, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve görevlendirdiği işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir.¹ Alt işverenin iş aldığı işveren ise, asıl işveren olarak adlandırılmaktadır. Bu tanımdan yola çıkıldığında asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları, iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekir. İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir.² Ayrıca asıl işveren alt işveren ilişkisinin yasal unsurları taşıyıp taşımadığı veya muvazaalı olup olmadığı resen gözetil-

melidir.³ İşK.m.2/7'de sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.⁴

3. Muvazaa Türk Borçlar Kanunu m.19'da düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir.⁵

TBK.m.19'a göre, irade teorisi kabul edilmiştir. Gerçekten, TBK.m.19'a göre; bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında tarafların gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Burada tarafların birbirine uygun gerçek ve ortak iradeleri ise, muvazaalı işlemin meydana gelmemesi, yok olması, dolayısıyla hüküm ve sonuç doğurmamasıdır. O halde, muvazaalı işleme bağlanan hukuki sonuç yokluktur. Muvazaalı işlem gerçekte kurulmamış, meydana gelmemiş olduğundan⁶ İşK.m.2/7'de muvazaalı işveren-alt işveren ilişkisinin yaptırımı; "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".⁷

Ayrıca asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması veya yasal unsurları taşımaması halinde, asıl işveren başlangıçtan beri gerçek işverendir. Alt işverenin bu anlamda işverenlik sıfatı bulunmamaktadır.⁸

Somut olayda, taraflar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu 14.12.2009 tarihinde kesinleşmiş emsal işe iade davaları ile sabittir ki, bu konuda bir sorun yoktur.

4. Karardan görüldüğü üzere, İş Sendikası ile dava dışı Y... Ltd. Şti. arasında 26.12.2007 tarihinde toplu iş sözleşmesi imzalanmıştır. İmzalanan toplu iş sözleşmesi, 15.03.2007-14.03.2009 dönemi için yürürlük-

Türk borçlar hukuku alanında hükümsüzlük kuralı olarak geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur. Hükümsüz bir sözleşme yapıldığı andan itibaren hiç yapılmamış sayılır ve zaman içinde de geçerli hale gelmez.

tedir. Karara göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaası nedeniyle geçersiz olması durumunda, alt işverenin imzaladığı sözleşmenin uygulanma kabiliyetini yitireceğinin kabul edilmesi, kararın yayımlandığı dönemde yürürlükte olan 2822 Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda kabul edilen temel esaslara uygun görülmüştür.

Toplu iş sözleşmesinin normatif bölümü hukuk kuralları içerirse de bu kurallar kanun hükümlerine göre daha zayıftır. İkincil bir hukuk kaynağı olan toplu iş sözleşmesi kuralları,⁹ 7 Kasım 2012 tarih ve 28460 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 33/5. maddesinde düzenlendiği üzere; "Anayasaya ve kanunların emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içeremez". Aykırılık halinde yaptırımının ne olacağına dair hükümde bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda, STİSK. m.80/2'ye göre, toplu iş sözleşmeleri hakkında, STİSK.'da hüküm olmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile iş sözleşmesini düzenleyen diğer kanunların bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır.

STİSK. m.33/5'e aykırı bir toplu iş sözleşmesinin yapılması halinde, bu aykırılığın yaptırımını TBK. m.27/1'e göre, kesin hükümsüzlüktür. TBK. m.27/1'de, "kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür" şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Kesin hükümsüzlük durumu; kurucu unsurları mevcut olduğu için bir sözleşme ku-

rulmuş olmakla birlikte, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması halinde gerçekleşmektedir.¹⁰ Bir sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü gerektiren sebepler; irade beyanında bulunan kimsenin ehliyetsizliği, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olması, sözleşmenin geçerliliği için aranan şekle uyulmaması ve sözleşmenin muvazaalı olmasıdır.¹¹

Konuyla ilgili Yargıtay verdiği kararlarında, kanunun emredici kurallarına aykırı olan düzenlemeler TBK.m.27 gereğince kesin hükümsüz olup, bu durum iptal davası açılmaksızın baştan itibaren söz konusu olur.¹² Geçersizliğin tespiti için dava açılmayacağı gibi, eda davası açılabilir hallerde tespit davası dinlenemez.¹³

5. Önce kesin hükümsüzlük durumuna hizmet sözleşmeleri açısından bakıldığında: Hizmet sözleşmesinin tarafları, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan hizmet sözleşmesi yapamazlar. Hükümsüz kavramı, bir hukuki muamelenin kurucu unsurlarının tamam olmasına rağmen, geçerlilik şartlarından biri eksik ise, o muamele ile kurulan ilişkinin ya ölü ya da sakat olarak doğmasıdır.¹⁴ Kesin hükümsüzlük durumu herkes tarafından ileri sürülebilir, işlemi hükümsüz kılmak için bir dava açmaya veya beyanda bulunmaya gerek yoktur, hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulur. Çünkü işlem kendiliğinden hükümsüzdür.¹⁵ Kesin hükümsüz sözleşmeye dayanan borcun ifa edilmiş olması da sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Ancak kesin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının kötüye kullanılması hallerinde kesin hükümsüzlüğü ileri süren korunmaz.¹⁶

Türk borçlar hukuku alanında hükümsüzlük kuralı olarak geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur. Hükümsüz bir sözleşme yapıldığı andan itibaren hiç yapılmamış sayılır ve zaman içinde de geçerli hale gelmez.¹⁷

Ancak, yürürlüğe girmiş ve taraflar ara-

sında uygulanmakta olan bir hizmet sözleşmesinin baştan itibaren hükümsüz (geçersiz) sayılması, bu sözleşmenin sürekli ve kişisel ilişkiler kuran özelliğine ve iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına uymayacaktır.¹⁸ Hizmet sözleşmesinin hükümsüz (geçersiz) olması durumlarında, hizmet sözleşmesinin geçersizliğinin işçinin korunması amacıyla sınırlandırılması gerekmektedir.¹⁹

Öğretiye göre; bu durumda bir iş görülmüşse, işçinin ücret talep etme hakkı değil de, genel kurallara göre sebepsiz zenginleşme kurallarına göre ya da haksız fiil hükümlerine göre talep hakkı söz konusu olabileceği ileri sürülmüştür.²⁰ Ancak, hizmet sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılması halinde, tarafların o güne kadar ifa ettikleri edimlerin sebepsiz zenginleşme kuralına göre ortadan kaldırılması mümkün olamaz. Çünkü her şeyden önce işçinin yerine getirdiği hizmetin geriye iadesi şeklinde bir durumun olması mümkün değildir. Ayrıca, işçi ile işveren arasında doğmuş olan kişisel ilişkilerin, örneğin işçiyi gözetme, sadakat vb. sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri verilmesi imkânsızdır.²¹

Konuyla ilgili eski Borçlar Kanununa bakıldığında herhangi bir hükme yer verilmiş olması nedeniyle, o dönemde sözleşmenin hükümsüz sayılması kuralının uygulanmasının kanundaki güçsüz olan işçinin korunması amacına aykırı düştüğü ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin 255 sayılı tefsir kararındaki, batıl olan iş sözleşmesinin taraflardan biri bunu ileri sürünceye kadar geçerli bir sözleşme gibi işçi yararına hukuki sonuçlar doğuracağı görüşünün yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.²² Yargıtay da, o dönemde hükümsüzlüğün sadece geleceğe yönelik etki doğuracağı, geçmişe etkili olmayacağı şeklinde karar vermiştir.²³ Hizmet sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin bu sorun, Türk Borçlar Kanunu m.394/3 hükmü ile düzenlenerek giderilmiştir.

TBK. m.394/3'e göre; "Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve

sonuçlarını doğurur". Hükümle geçersizliğin etkileri iyi niyetle sınırlandırılmıştır. TBK. m.394/3'ün gerekçesinde ifade edildiği üzere geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. İşçi, geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir sözleşme gereğince işveren için bir iş gördüğü takdirde; sözleşmenin her iki tarafı da, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle hizmet ilişkisine son verinceye kadar, geçerli bir sözleşme varmışçasına, hizmet ilişkisinden doğan borçlarını ifa etmekle yükümlüdürler. İşçi hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyi niyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkrafta da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır. Belirtilmelidir ki, hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına, işçiye karşı sorumlu olacaktır.²⁴

TBK. m.394/3 hükmüne göre dikkat edilmesi gereken tarafların iyi niyetidir. İşçinin hukuka aykırılık hakkında bilgi sahibi olması durumunda işçinin iyi niyetinden söz edilemez. İşçi bu durumda TBK. m.394/3 hükmünden yararlanamayacaktır. İyi niyet eksikliğinde sebepsiz zenginleşmeye göre elde edilenlerin geri verilmesi gerekecektir. Bunun da iş hukuku açısından imkânsızlığı ortadadır.²⁵

Kanımızca TBK. m.394/3'de yer verilen "geçersizlik" kavramı TBK. m.27'ye göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan durumlarda sözleşmelerin hükümsüz olduğuna dair düzenlemesindeki "hükümsüz" kavramıyla aynıdır. Hükümde kullanılan "geçersizlik" kavramı, TBK. m.27'de yer verilen söz konusu durumlara uygulanacak olan yaptırımın hizmet sözleşmeleri için farklı olduğunu belirtmek için getirilmiş bir kavram olabilir. TBK. m.394/3'e göre, TBK. m.27'de yer verilen durumlarda; geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleş-

leşmelerinin, hizmet ilişkisi ortadan kaldırıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurması gerekir. Aksi halde öğretide de belirtildiği üzere telafisi mümkün olmayacak durumların önü açılmış olacaktır. İşçi-işveren ilişkilerinde hak kayıplarının olmaması açısından getirilen hüküm son derece isabetlidir. Ancak hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, işçi-işverenin hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmeleri halinde iyiniyetli sayılmayacaklar ve geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden de söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanmaları söz konusu olmayacaktır. Bu durumun işçiyi koruma amacıyla bağdaşmadığı ortadadır.²⁶

Bizim de katıldığımız öğreti görüşüne göre; işçi geçersizlik nedenini bilmesine rağmen iş bulma güçlükleri veya başka zorluklar nedeniyle sözleşme yapmak zorunda kalmış olabilir. Böyle bir durumda, işçinin emeğinin karşılığında hak ettiği haklarından yoksun bırakılmasının hakkaniyete ve iş hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşması mümkün değildir. Bu nedenle, işçinin geçmiş haklarının korunması iş hukukunun amaçlarına daha uygun olacaktır. TBK. m.394/3 hükmünün, İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde "geçersizliğin sonradan anlaşılması" koşulu aranmaksızın geçersiz iş sözleşmesinin ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmelidir. Eğer iş sözleşmesinin geçersizliği işveren tarafından ileri sürüldüğünde, sözleşmenin geçersizliğini bilen ya da bilebilecek durumda olan işverenin geçersizlik itirazı hukuken korunmamalıdır.²⁷

Yargıtay'ın 2012 yılında vermiş olduğu kararlarına göre; "İş sözleşmesi, kuruluşunda geçerlilik koşullarından birini taşııyorsa genel hükümlere göre yaptırımı geçersizdir. Geçersizlik, kural olarak, hukuki işlemi geçmiş etkili şekilde hükümsüz kılan bir yaptırım ise de, 30.09.1958 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 18.06.1958 tarih ve 20/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre iş sözleşmesi gibi sürekli

borç ilişkilerinde geçersizlik geçmişe değil, ileriye etkili şekilde sonuç doğurur. Bu ilke 11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen ve 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddenin üçüncü fıkrası ile kanuni bir kural haline gelmiş bulunmaktadır. Buna göre, geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesi, iş ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu açıdan geçersizlik, taraflardan birinin öne sürdüğü andan itibaren geleceğe yönelik etkili olacaktır".²⁸

6. Kesin hükümsüzlük durumuna toplu iş sözleşmeleri açısından baktığımızda: Toplu iş sözleşmesi açısından kesin hükümsüzlük halini meydana getiren durumlar; TBK. m.27/1 hükmü gereği, ehliyetsizlik, şekle aykırılık, hukuka ve ahlaka aykırılık, imkânsızlık, muvazaa ve şarta bağlanmaları caiz olmayan işlemlerin şarta bağlanmaları şeklinde sayılabilir.²⁹ Yargıtay toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün ancak yasada öngörülen prosedürün yerine getirilmesi suretiyle tespit olunacağına karar vermiştir ki³⁰; inceleme konusu yapılan kararda belirtildiği üzere toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğüne muvazaa nedeniyle karar verilmiştir.

Karara konu olan olaya ilişkin Yargıtay, muvazaaya dayalı asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersiz olması durumunda, alt işverenin imzaladığı sözleşmenin uygulanma kabiliyetini yitireceğinin kabul edilmesini STİSK.'da (eski TİSGLK) kabul edilen temel esaslara uygun olduğuna karar vermiştir.

Ancak, toplu iş sözleşmesinin özelliği dolayısıyla hükümsüzlüğün hangi andan itibaren başlayacağına dair öğretide değişik görüşler ileriye sürülmüştür.

Toplu iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğüne ilişkin öğretide ileri sürülen ve genel olarak kabul edilen görüşe göre; "Mahiyetleri icabı geçmişe etkili bir hükümsüzlüğe müsait bulunmayan hukuki münasebetler ancak istikbal için muteber olacak şekilde feshedilebilirler. Toplu iş sözleşmesinin devamlı bir münasebet meydana getirmesi ve taraflardan çok üçüncü kişilere uygulanması

Yargıtay, değerlendirmeye konu olan kararda olduğu gibi, 8.5.2008 tarihinde vermiş olduğu kararında da; toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün kural olarak ileriye etkili olduğuna karar vermiştir.

geçmişe etkili bir hükümsüzlüğe imkân vermeyecektir. Aksi takdirde üçüncü kişilere de şamil bulunan normlar başlangıçtan itibaren ortadan kalkmış olacak ve işveren ile işçilerin hak ve mükellefiyetleri geçmişe etkili olmak üzere yeni bir muhtevaya sahip olmaları icap edecek, bu ise geniş bir kitlenin hukuki münasebetlerinde huzursuzluk ve emniyetsizlik oluşturacaktır. Toplu iş sözleşmesinin herhangi bir sebeple hükümsüzlüğü halinde, borçlar hukukundaki geçmişe etkili iptalin yerini, istikbalde hüküm ifade edecek olan bir feshi ihbar almaktadır”.³¹ O halde, özel hukuk sistemine hâkim olan kesin hükümsüzlüğün geçmişe etkili olması kuralını toplu iş hukukuna uygulamak adil olmayan sonuçlara götürebilir. Toplu iş sözleşmesinde kesin hükümsüzlüğün geçmişe etkili olduğunu kabul edecek olursak o zaman toplu iş sözleşmesinin hizmet sözleşmeleri üzerinde hiçbir etki yapmadığı benimsenmiş olacaktır. Böyle bir durumun kabulü halinde de, hükümsüz toplu iş sözleşmesine dayanarak yapılan uygulamaların geriye etkili olarak kaldırılması veya işçilere yapılmış olan ödemelerin iadesi söz konusu olur ki, bu durum bir kargaşa oluşturmaktan öteye gidemez. Toplu sözleşme düzeninin geniş kitlelere hukuki güven ve istikrar oluşturma, çalışma barışının bozulmasını önleme amaçları doğrultusunda hükümsüzlüğün geçmişe etkili olması kuralı toplu iş sözleşmelerine uygulanamaz.³²

Kesin hükümsüzlüğe ilişkin öğretide ileri sürülen aksi yöndeki görüşe göre; “Anayasa-ya ve kanunların emredici hükümlerine aykırı toplu iş sözleşmesi kuralları geçerli kabul edilemez. Bu hükümsüzlük TBK. m.27. mad-

desine göre kesin hükümsüzlük olup kendiliğinden sonuçlarını doğurur. Bu hükümsüzlük toplu iş sözleşmesi yapıldığı anda bir iptal davası açılması gerekmeksizin baştan itibaren söz konusu olur. Geçersizliğin tespiti davası açılması gerekmez”.³³

Aksi yöndeki diğer görüşe göre; “Hükümsüzlüğü tespit eden karar geriye etkilidir. Toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü hizmet akdinin geçersizliğine benzetilemez. Zira hizmet akdi geriye etkili olarak hükümsüz sayılınca, arada cereyan etmiş hizmet ilişkisine uygulanacak hüküm kalmaz. Hâlbuki bir toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğü halinde, mevcut hizmet ilişkilerine toplu sözleşme yokken uygulanan hizmet akdi hükümlerinin uygulanmasına devam edilir”.³⁴

Yargıtay, değerlendirmeye konu olan kararda olduğu gibi, 8.5.2008 tarihinde vermiş olduğu kararında da; toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün kural olarak ileriye etkili olduğuna karar vermiştir.³⁵

Toplu iş sözleşmesinin hükümsüz olması halinde bunun yaptırımının ne olacağı STİSK.’da düzenlenmediği için, STİSK. m.80/2 gereğince Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. TBK.’da hükümsüzlük ile ilgili olarak m.27/1 ve 394/3’de hükme yer verilmiştir. Ancak, bu iki hükmü iş hukuku açısından göz önüne aldığımızda; “İş hukuku işçi hakları yönünden sürekli ileriye yönelik gelişimci bir karaktere sahiptir. Bu anlayıştan hareket edildiğinde, işçinin haklarının iş ilişkisinin devamı sırasında daha ileriye götürülmesi, iş hukukunun temel amaçları arasındadır”.³⁶ İş ve sosyal sigortalar kanunlarının temel amacı işçiyi korumaktır.³⁷ Bu nedenle, toplu iş sözleşmesinin hükümsüz olduğu durumlarda, hükümsüzlüğün sonuçları için TBK. m.27/1 değil, hizmet sözleşmesi için getirilmiş olan TBK. m.394 hükmünün uygulanması yerinde olacaktır. O halde, TBK. m.394/3 hükmü göz önünde bulundurulurken; hükümsüz toplu iş sözleşmesi, ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir toplu iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Her ne kadar, TBK. m.394/3’ün uygulanmasında iyiniyet aranmakta ise de,

karara konu olan olay açısından asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işçinin asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığını bilmesi beklenemez.

İşK. m.2/7'ye göre, asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanması halinde, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılsa da; davacının üyesi olduğu İş Sendikasıyla dava dışı alt işveren Y... Ltd. Şirketi arasında imzalanmış toplu iş sözleşmesi, muvazaa nedeniyle hükümsüz olduğunun tespit edildiği tarihe kadar, davacı toplu iş sözleşmesinden doğan haklardan yararlanacaktır. Bu nedenle, davacının toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarını talep etmesi yerindedir.

SONUÇ

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi; dava konusu olaydaki muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisi nedeniyle hükümsüz olan toplu iş sözleşmesinden, işçiyi koruma düşüncesiyle, toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün geçmişe etkili olmayıp ileriye etkili olduğu ve muvazaanın saptandığı tarihe kadar toplu iş sözleşmesinin geçerli sayılması gerektiği ve bu nedenle davacının toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanacağı şeklindeki kararıyla, olaydaki tesbitler dikkate alındığında isabetli bir sonuca varmıştır.

DİPNOTLAR

- 1 Talat Canbolat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, 15 vd.; Hande Bahar Aykaç, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, 3 vd.; Y22.HD., 12.9.2012, E. 2012/16790, K. 2012/17986, Kazancı.
- 2 Aykaç, 430 vd.; Y22.HD., 12.9.2012, E. 2012/16790, K. 2012/17986, Kazancı.
- 3 Y9.HD., 22.4.2011, E. 2010/217, K. 2011/12019, Kazancı.
- 4 Y9.HD., T. 12.7.2010, E. 2010/24882, K. 2010/22740, Kazancı; Y22.HD., T. 4.6.2012, E. 2012/6678, K. 2012/12196, Kazancı; Y22.HD., 12.9.2012, E. 2012/16790, K. 2012/17986, Kazancı; Y9.HD., T. 3.12.2009, E. 2009/28156, K. 2009/33477, Kazancı; YHGK., T. 2.10.2002, E. 2002/6-618, K. 2002/659, Kazancı.
- 5 "Muvazaa, iki tarafın iradesi ile beyanları arasında istenerek meydana gelen bir uyumsuzluk halidir", Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, 349; Y9.HD., T. 12.7.2010, E. 2010/24882, K. 2010/22740, Kazancı; Y22.HD., T. 4.6.2012, E.

2012/6678, K. 2012/12196, Kazancı; Y22.HD., 12.9.2012, E. 2012/16790, K. 2012/17986, Kazancı; Y9.HD., T. 3.12.2009, E. 2009/28156, K. 2009/33477, Kazancı; "Muvazaa, en basit tanımıyla, bir sözleşmenin taraflarının, üçüncü kişilerden, gerçek durumu gizleyerek, onları aldatmak maksadıyla, gerçek iradelerine uymayan ve kendi aralarında geçerli olmayan bir hususta anlaşmalarıdır. Bu şekilde yapılan işlemlere de, muvazaalı işlemler adı verilir. Nispi (mevsuf) muvazaada, görünüşteki işlem tarafların gerçek iradesine uygun bulunmadığından, her koşulda geçersizdir. Gizli işlem ise, Yasanın o işlem için öngördüğü şekil şartına ve ayrıca herhangi bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için aradığı genel geçerlilik şartlarına uygun bulunduğu takdirde geçerli olabilecektir. Nispi (mevsuf) muvazaa, ya sözleşmenin niteliğinde, ya konusunda ve şartlarında ya da tarafların şahsında ortaya çıkabilir. Görünüşteki hukuki işlem muvazaa nedeniyle geçersiz bulunduğu iddiası, hukuken korunması gereken bir hakkı bulunan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Çünkü, muvazaalı bir hukuki işlem ile üçüncü kişinin zarara uğratılması, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir. Somut olay yönünden önem taşıyan yön de, budur", "Görünüşteki işlemin geçerliliği ve ispatı bir şekle bağlı bulunsun bile, üçüncü kişiler muvazaa iddiasını tanık da dâhil olmak üzere her türlü delille ispat edebilirler. Esasen, üçüncü kişiye, tarafı olmadığı bir sözleşmedeki muvazaa olgusunu yazılı delille kanıtlanma yükümü getirilmesine hukuken olanak da yoktur", YHGK., T. 2.10.2002, E. 2002/6-618, K. 2002/659, Kazancı.

- 6 Eren, 356.
- 7 "4857 Sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen hükümleri ekonomik ve teknolojik gelişmelerin bir zorlaması olarak işletmelere alt işverenlere iş gördürme imkânı tanırken, işçilerin korunması amacıyla önemli güvenceler ve sınırlamalarda içermekte, bu istihdam modelinin İş Hukukunda temel bir kural değil, bir istisna olarak değerlendirildiğini ortaya koymaktadır. Buna göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerliliği kanunda belirtilen unsurları taşımasına bağlıdır. Maddenin yedinci fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisine ilişkin örnekleme yoluyla muvazaa kriterlerine yer verilmiş ve ilişkinin muvazaaya dayanması halinde alt işveren işçinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceği düzenlenmiştir", Y22.HD., 29.3.2012, E. 2011/11037, K. 2012/5994, Kazancı; Y21.HD., 26.10.2009, E. 2008/16060, K. 2009/13674, Kazancı.
- 8 Y9.HD., 22.4.2011, E. 2010/217, K. 2011/12019, Kazancı; Y9.HD., 1.4.2013, E. 2013/1506, K. 2013/10620, Kazancı.
- 9 Cevdet İlhan Günay, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Açıklamalar Kararlar İlgili Mevzuat, Ankara 1999, 156.
- 10 M. Kemal Oğuzman/M.Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, 177.
- 11 Oğuzman/Öz, 178; Eren, 332; "Geçerli bir iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için tarafların ehliyet ve varsa geçerlilik şekline uyma koşullarının gerçekleşmesi, iş sözleşmesinin emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına, kamu düzenine ve ahlâka aykırılık taşımaması, sözleşme

- konusunun imkânsız bulunmaması gerekir”, Y22.HD., 13.7.2012, E. 2011/12951, K. 2012/16944, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.
- 12 Y9.HD., 4.4.2001, E. 2001/5641, K. 2001/5576, Kazancı; YHGK., 15.07.2009, E. 2009/9-287, K. 20097360, Kazancı.
- 13 Y9.HD., 4.4.2001, E. 2001/5641, K. 2001/5576, Kazancı.
- 14 Sabahattin Yürekli, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2011, 93; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul 2010, 199; “Ehliyetsiz kişinin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. Akit iki taraflı bir hukuki işlemidir. Ehliyetsiz kişinin fiil hukuki sonuç doğurmaz ise, buna bağlı olarak akdin diğer tarafı için de bu fiil sonuç doğurmaz. Zira akit karşılıklı olarak iki tarafın iradesinin birleşmesiyle oluşur. Batıl olan akit bir taraf için geçerli, diğer taraf için geçersiz kabul edilemez”, YHGK., 27.11.2002, E. 2002/1-877, K. 2002/1029, Kazancı.
- 15 Oğuzman/Barlas, 203; Oğuzman/Öz, 178.
- 16 Oğuzman/Öz, 178.
- 17 “Hükümsüzlük, sözleşmenin başlangıçtan itibaren geçersiz olduğu ve sonuç doğurmayacağıdır”, Turgut Uygur, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Cilt 1, 947; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, 130.
- 18 Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı, İş Hukuku, Ankara 2011, 493; Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2009, 336.
- 19 Yürekli, 94.
- 20 Wolfgang Portmann, Bäsler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel 2007, Art. 320 N 23.
- 21 Süzek, 338; Mollamahmutoğlu/Astarlı, 493.
- 22 Yürekli, 94, Çelik, 135; Mustafa Çenberci; İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 62 vd.; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, 89, 90.
- 23 “Yaş küçüklüğü veya kadın olması nedeniyle herhangi bir işte çalışması yasak bulunan işçinin yaşına rağmen çalıştırılması halinde işçi sayılacağı ve işçi sigortaları kanunlarının tanıdığı haklardan yararlanacağı kabul edilmiştir”, YİBK., 18.03.1958, E. 20, K. 9, RG: 30.09.1958, No. 10020.
- 24 Yürekli, 95.
- 25 Yürekli, 95, 96.
- 26 Bak. Yürekli, 96, 97.
- 27 Süzek, 340; “Söz konusu hüküm, geçerli bir sözleşme hükmünde olmayı geçersizliğin sonradan anlaşılması koşuluna bağlamak suretiyle, kendisinin iş hukukundaki uygulama alanını oldukça daraltmıştır. Güçlük içinde kalan ve geçinmek zorunda olan işçi birçok durumda geçersizliği bile bile iş sözleşmesi yapmaktadır”, Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013, 90; “TBK.m.394/3 maddesinin geçersizliğin ileriye dönük hüküm ve sonuç doğurması durumunu işçi tarafından bilinmemesi koşuluna bağlayan hükmü iş hukukunun niteliğine ve koruma amacına uygun bulunmadığı ileri sürülmüştür”, Süzek, 339; “Geçersizliğin sonradan anlaşılması şeklindeki ifade, önceden bilinen geçersizlik durumunu dışarıda bırakmaktadır”, Ünal Nar-
- manlioğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2012, 249; “Türk Borçlar Kanunu'nun 394/3 hükmü ile hizmet ilişkisinin sadece taraflar arasında ortaya çıkması hali dikkate alınmıştır. Geçerli bir hizmet ilişkisinin doğmadığı durumlar ise, göz önünde bulundurulmamıştır. Hizmet sözleşmesinde ahlaka veya hukuka aykırılık bazen o kadar önemlidir ki, bunun geçerli bir hizmet ilişkisi olarak kabul edilmesi ve bundan sözleşme haklarının çıkarılması hukuk düzeninin temel görüşüyle bağdaşmaz. Nitekim hizmet ediminin konusunun veya amacının ahlaka aykırı olduğu veya cezai bir yasağı çiğnediği ya da kamu yararı için konulmuş bir çalışma yasağına her iki yanın bilerek aykırı davrandığı yahut hizmet sözleşmesinin her iki yanın anlaşılmasıyla sırf görünüşte (muvazaalı) yapıldığı durumlarda, geçerli bir hizmet ilişkisinin varlığından söz edilemez. Geçerli bir hizmet ilişkisinin doğmadığı durumlara ise, geçerli bir hizmet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması söz konusu olamaz. Bu nedenle, TBK. m.394/3 hükmünün hizmet sözleşmesinin geçersizliği karşın geçerli bir hizmet ilişkisinin doğabileceği durumlara sınırlı olarak ele alınması yerinde olacaktır”, Centel, 14; Tunçomağ/Centel, 14.
- 28 Y22.HD., 16.5.2012, E. 2011/18524, K. 2012/9992, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>; Y22.HD., 13.7.2012, E. 2011/12951, K. 2012/16944, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.
- 29 Tunçomağ/Centel, 369; Seza Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara 1967, 70-73; Devrim Ulucan, Toplu Görüşme ve Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, Ankara 1990, 70 vd.
- 30 Y9.HD., 01.28.1980, E. 19807150, K. 1980/453, Kazancı; Y9.HD., 01.28.1980, E.1980/281, K. 1980/432, Kazancı.
- 31 Bak. Reisoğlu, 75, dn. 206; Seza Reisoğlu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 94, 95.
- 32 A. Can Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2010, 247; Tunçomağ/Centel, 371; Fevzi Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 173, 174; Çelik, 609.
- 33 Cevdet İlhan Günay, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku Açıklamalar, Kararlar İlgili Mevzuat, Ankara 1999, 156, 157; “2822 sayılı Yasanın 5. maddesinin yaptırımını 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun yukarıda gösterilen emredici kurallarına aykırı olan toplu iş sözleşmesinin 96/b. maddesi BK'nun 20. maddesi gereğince kesin hükümsüzlük olup bu durum iptal davası açılmaksızın baştan itibaren söz konusu olur”, Cevdet İlhan Günay, Y9.HD., 4.4.2001, E. 2001/5641, K. 2001/5576, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.
- 34 Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, Cilt: 1, 4. Bası 1987, 99, 100.
- 35 Y9.HD., 8.5.2008, E. 2008/15782, K. 2008/11746, Kazancı.
- 36 Y9.HD. 12.11.2012, E: 2010/29128, K: 2012/37213, Çalışma ve Toplum 2013/2, 361.
- 37 YHGK., 2.2.2011, E. 2010/21-739, K. 2011/5, Kazancı.

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR

T.C. Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Öğretim Üyesi

“Üç De Yetmez Beş Tane” Demeden Önce Ailevi Yükler Sigortasını Kurmak Gerekir!

1. GİRİŞ

Sayın Başbakan her fırsatta ailelerin en az üç çocuk sahibi olmaları tavsiyesinde bulunmakta, son zamanlarda üç çocuğun da yetmeyeceği iddiasını dile getirmektedir. Bu görüşe katılmamak mümkün değil! Ancak bu tavsiyeyi destekleyecek uygulamaların hayata geçirilmesi konusunda ciddi bir hareket görülmemektedir.

Mevcut duruma şöyle bir bakarsak, sosyal güvenlik sistemimizde sigortalının sosyal sigorta prim matrahından indirilecek prim istisnası sadece iki çocuk için... 4/a'lı sigortalı kadına doğum borçlanması sadece iki çocuk için... En basitinden, işe bu durumu değiştirmekle başlanabilir.

Asıl çocuk yapmayı teşvik eden “ailevi yükler (aile yardımları) sigortası” ise ülkemizde mevcut değil!

O zaman, nerede kaldı en az üç çocuk?

Vergide de Sayın Başbakanı destekleyecek uygulamalar yeterli değil! “Çocuklar için “as-

gari geçim indirimi” nedeniyle sağlanan parasal avantaj, günde 4 kuruş! İkinci çocuk için de günde 4 kuruş. Üçüncü çocuk ve devamında azalıyor: 3 kuruş... Bekârlara; “Evlenin, eş ve çocuklar için çok özel vergi avantajları sağlanıyor” diyenler olabilir. Gelen artış da dahil eş için sağlanan avantajın tamamı günde 49 kuruş. Birinci ve ikinci çocukta tamamı günde 36’sar kuruş, üç ve devamında ise 24’er kuruş. 2013’de evlenmeden veya çocuk sahibi olmadan önce, bu avantajlara(!) dikkat etmenizde yarar var”¹.

Öte yandan Maliye Bakanlığı’nca hazırlanan ve bu satırların yazıldığı sırada henüz kanunlaşmamış olan Gelir Vergisi Kanunu Tasarısına “bebelere teşvik” düzenlemesi de girdi. Asgari ücretli bir çalışan 3. çocuğu yaparsa ayda 7 TL’lik avantaj sağlayacak. Yani 10.000 dolar milli gelire övünülürken, teşvik diye verilen 3 sent!

Asıl eksik olan ve en az üç çocuk tavsiyesi ile çelişen ise, bütün Avrupa ülkelerinde olan “Ailevi Yükler Sigortası”nın Türkiye’de

hala kurulmamış olmasıdır. Çeşitli yasalarla üç beş kuruluş avantaj sağlamak yerine, Avrupa Birliği'ne gerçekten girmek istiyorsak, hiç olmazsa “uyum sağlamak” adına bu sigorta kolunu hemen kurmalıyız.

II. AİLEVİ YÜKLER SİGORTASININ KURULMASI GEREĞİNİN TEMEL NEDENİ NÜFUS YAŞLANMASI RİSKİDİR!

Nüfus yapısının istatistikî olarak incelenmesini konu alan “demografi” bilimi ile sosyal güvenlik arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Bugün batılı ülkelerdeki sosyal güvenlik krizinin başta gelen sebebi “nüfus yaşlanması”dır. Bunun sebebi yeterince doğurmamak ve ortalama ömrün sürekli uzaması sebebiyle yeterince ölmemektir. Sağlıklı beslenme, sağlıklı çevre, koruyucu hekimlik faaliyetlerinin gelişmesi, sağlık hizmetlerinin kalitesinin artması, sağlık ve güvenlik tedbirlerine riayet ortalama ömrü gelişmiş ülkelerde sürekli artmaktadır. Bazı Afrika ülkelerine ortalama yaşam umudu 40 yıl iken, gelişmiş ülkelerde 100 yıla yaklaşmıştır.

Ortalama yaşama umudu, doğurganlık hızı, yaşlı nüfusun sayısı gibi demografik veriler bir ülkede emeklilik yaşının belirlenmesinde en önemli rolü oynar. Kısacası, sosyal güvenlik düzenlemeleri, demografik verileri gözden kaçırmamak zorundadır.

Aile ödenekleri, genç nüfusu arttırmada bir araç olarak kullanılabilir.

Dünya nüfusunun giderek yaşlandığına dikkat çeken Birleşmiş Milletler Nüfus Dairesi, bu durumun önümüzdeki yıllarda sosyo-ekonomik ve çevresel sorunlara yol açacağı uyarısında bulunmaktadır. 21. yüzyıl tarih kitaplarına “yaşlanma yüzyılı” olarak geçecektir. 2050 yılında 65 yaş ve üzerindeki nüfus, dünya nüfusuna oranının yüzde 7’den yüzde 16’ya çıkacağı, bazı ülkelerde ise bu oranın yüzde 30’u aşacağı tahmin ediliyor. Bu ülkeler giderek yaşlanmakta olan nüfusları ve yaşlıların sağlık ve bakım hizmetleri için daha fazla kaynak tahsis etmek sorunu ile karşı

Sanayileşme sonrası toplumların çoğunda nüfus yaşlanması olgusu kendisini artan ölçüde hissettirmektedir.

karşıya gelmektedirler².

IMF’nin yayınladığı World Economic Outlook (Dünya Ekonomik Görünümü) raporlarında oldukça karamsar tahminler yer almaktadır: Euro bölgesinde çalışma yaşındaki nüfusun 2010 yılında 186 milyondan, 2050 yılında 133 milyona düşmesi beklenmektedir.

Sanayileşme sonrası toplumların çoğunda nüfus yaşlanması olgusu kendisini artan ölçüde hissettirmektedir. Tıp ve biyotıp teknolojisindeki ilerlemeler ve daha sağlıklı yaşam biçimleri sayesinde ortalama yaşam süresi uzayacaktır. Dünya “genetik devrimi”nin arefesindedir. Bu gelişme nüfus yaşlanmasını daha da arttıracaktır.

Prof. Dr. Wolfgang Lutz’un³ The Future of World Population başlıklı çalışmasına göre, 1994’te 5.6 milyar, 1997’de 5.8 milyar olan dünya nüfusu, 2010 yılında 7.02 milyara, 2025’te yaklaşık 8 milyar’a yükselecektir⁴. Afrika’da nüfus 24 yılda ikiye katlanacak, buna karşılık aynı miktarda nüfus büyümesi için Avrupa’nın 1025 yıl beklemesi gerekecektir. Aynı incelemede, Türkiye’nin nüfusunun 2000’de 68 milyondan 2025’te 92 milyona çıkacağı tahmin edilmektedir.

Dünyada 1955’te ortalama yaşam beklentisi yalnızca 48 yıl iken; şu anda 66 yıldır ve 2025’e kadar 73 yıla ulaşacaktır. Nüfus yaşlanması sorununu yaşayan ülkeler ise bu yaşta çoktan aşmışlardır. 65 yaşın üzerindeki kişi sayısı 1997’de 390 milyon iken, 2025’de 800 milyona çıkacaktır. 20 yaş altı genç kişilerin oranı toplam nüfusun %40’ından %32’sine düşmüştür.

III. AİLEVİ YÜKLER SİGORTASI SAĞLIKLI NESİLLER İÇİN GEREKLİDİR!

Kişinin gelirinde kesilmeye ve/veya gi-

Aile sağlığı, özellikle, annenin hamilelik öncesi ve sonrasında verilen hizmetler, çocuklarının sağlık durumu için önemli belirleyici etkenlerdir.

derinde çoğalmaya yol açan olaylar “sosyal tehlike” olarak anılır ve sosyal güvenlik, kişinin bu tehlikelerin zararlarından kurtarılmaya güvencesidir.

Türkiye tarafından 1971’de kabul edilen⁵ Sosyal Güvenliğin Asgari Standartları Hakkındaki 28.06.1952 tarih ve 102 sayılı ILO Sözleşmesi, dokuz sosyal tehlike için sosyal güvenlik sağlanmasını öngörmektedir. Bu çerçevede kurulması gereken sosyal sigorta kolları; 1. İş Kazası, 2. Meslek Hastalığı, 3. Hastalık, 4. Analık, 5. Malûllük, 6. Yaşlılık, 7. Ölüm, 8. İşsizlik, 9. Ailevi Yükler sigortalarıdır.

Ailevi Yükler Sigortası Analık Sigortasının devamı gibidir. Doğan çocuğun bakılıp, beslenmesi ve eğitilmesi ekonomik sonuçları bakımından bir “sosyal tehlike”dir ve sosyal güvenlik sistemi, bu tehlikenin zararlarından kişileri kurtarmak görevini de üstlenmelidir. Yeni nesillerin, “yeterli protein” alması, iyi eğitilmesi, yani “geleceğimiz”- bir ölçüde buna bağlıdır.

Türkiye’nin, işsizlikle boğuşurken tüm olumsuz şartlara rağmen, AB’ye uyum sağlama uğruna, 1999’da yürürlüğe koyduğu 4447 sayılı Kanunla işsizlik sigortasını kurduktan sonra, sosyal güvenlik alanında tek eksiği Ailevi Yükler Sigortası kalmıştır.

Türkiye’nin onaylamadığı maddeler arasında bulunan aile yardımları ile ilgili hükümler sigorta kolu olarak ülkemizde uygulamada yer almayan bir risk alanını oluşturmaktadır. Oysaki sosyal güvenlik politikaları aileyi desteklemeye yönelik politikalar içinde en etkin olan politikalar⁶.

102 sayılı Sözleşmenin 40. maddesinde aile yardımları “Yardım yapılacak hal, mevzuatla tayin olunacağı şekilde, çocukların geçimini sağlama mükellefiyeti” olarak tanımlanmış-

tir. Yapılacak yardımlar ise sözleşmenin 42. maddesinde konulacak şartlar çerçevesinde periyodik ödemeler yapılması; çocuklara yiyecek, giyecek, mesken, tatil geçirme yerleri veya ev idaresinde yardım sağlanması yahut bu yardımların mezcedilerek temini olarak sıralanmıştır.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) 1998 Raporuna göre, 2025 yılına kadar; %97’si gelişmekte olan ülkelerde olmak üzere; beş yaş altı çocuklar arasındaki ölüm sayısı her yıl 5 milyon olacak ve bu ölümlerin pek çoğu yetersiz beslenme ile bağlantılı olarak akciğer iltihabı ve ishal gibi bulaşıcı hastalıklara bağlı olacaktır. Her yıl 24 milyon düşük kilolu bebek doğmaktadır. Erken ve düşük kilolu doğan bebeklerin çoğu, gelişmekte olan ülkelerdedir. Araştırmalar; erken çocuklukta stres, kötü fiziksel yaşama koşulları, yetersiz ve bakımsız çevrenin, daha sonraki yaşlardaki şiddet ve suç eğilimiyle bağlantılı olduğunu göstermiştir.

Aile sağlığı, özellikle, annenin hamilelik öncesi ve sonrasında verilen hizmetler, çocuklarının sağlık durumu için önemli belirleyici etkenlerdir. Doğum sonrasında, sağlık durumları daha fazla tehlike taşıyan bebekler, daha sonraki yaşamlarındaki çeşitli sağlık sorunlarına karşı daha acizdir. Çocukluklarında yetersiz beslenenlerde, entelektüel kapasite eksikliği, gecikmiş ergenlik, gelişim yetersizliği ve kadınlar için doğum sırasında daha fazla risk görülmektedir⁷.

Çocukluk ve ergenlik çağlarındaki kötü sağlık ve beslenmenin etkileri, yetişkinlikte açık bir halde ortaya çıkmaktadır. Özellikle doğum yapan kadınlarda bu sonuç çarpıcıdır. Gelişmekte olan ülkelerdeki, %50’den fazla hamile kadında kansızlık (anemi) sorunu vardır. Yaklaşık 585.000 kadın, her yıl hamileliğe bağlı nedenlerden dolayı ölmektedir. Risk oranı, Avrupa’da 1400’de bir iken; Asya’da 65’de bir ve Afrika’da 16’da bir’dir.

1971’den beri, WHO, aile sağlığı kavramını ön plana çıkararak, aileyi, sağlık hizmetlerinin temel birimi haline getirmiştir. WHO, anne ve çalışanların sağlığını koruyarak, aile biriminin sorumluluğundaki çocuk ve yaşlı-

ların sağlığını koruyabilmelerini sağlamayı amaçlamaktadır.

IV. AİLEVİ YÜKLER SİGORTASININ KAPSAMI VE SAĞLADIĞI YARDIMLAR

102 sayılı Sözleşmeye göre, ailevi yükler sigortasında yardım yapılacak hal, mevzuatla tayin olunacağı şekilde, çocukların geçimini sağlama mükellefiyetidir (md.40).

Korunan kimseleri; a) Bütün işçi ve hizmetlilerin yüzde ellisinden az olmamak üzere, mevzuatla tayin olunan işçi ve hizmetli kategorileri; b) Veya bütün mukimlerin yüzde yirmisinden az olmamak üzere, mevzuatla tayin olunan faal nüfus kategorileri; c) Veya çocuk geçindirmekle mükellef olduğu süre içinde geçim kaynakları mevzuatla tayin olunan hadleri aşmayan bütün mukimler; d) Veya en az 20 kişi çalıştıran sınai işyerlerindeki bütün işçi ve hizmetlilerin yüzde ellisinden az olmamak üzere, mevzuatla tayin olunan işçi ve hizmetli kategorileri; teşkil eder (md.41).

Yapılacak yardımlar; a) Mevzuatla tayin edilmiş bir bekleme süresini tamamlayan her korunan kimseye dönemsel ödemeler yapılması; b) Veya, çocuklara yiyecek, giyecek, mesken, tatil geçirme yerleri veya ev idaresinde yardım sağlanması; c) Yahut, (a) ve (b)'de belirtilen yardımların birlikte temini şeklindedir (md.42).

Bu yardımlar en az mevzuatla tayin edilen şekle göre, belli bir süre içinde 3 aylık prim ödeme veya çalışma yahut bir senelik ikamet şartlarından birini yerine getiren korunan kimseler için teminat altına alınır (md.43).

Yapılacak yardımların tutarı, a) Tespit edilecek (emsal) bir erkek işçinin ücretinin % 3'ü ile korunan kimselerin çocukları sayısının çarpımına; b) Veya bu ücretin % 1,5'i ile bütün mukimlerin çocukları sayısının çarpımına; eşit olmalıdır (md.44). Periyodik ödemeler şeklinde yapılacak yardımlar, yardımı gerektiren halin devamı süresince sağlanır (md.45).

102 sayılı Sözleşmedeki ilkelerin asgari standart olduğu unutulmadan, ilk aşamada

Aile yardımları (family allowances) sağlayan ailevî yükler sigorta programı, çocuk yetiştirmenin ortaya çıkardığı gider artışlarına karşı bir güvence sağlar.

bu ilkeler doğrultusunda Ailevi Yükler Sigortası kurulmalıdır.

Aile yardımları (family allowances) sağlayan ailevî yükler sigorta programı, çocuk yetiştirmenin ortaya çıkardığı gider artışlarına karşı bir güvence sağlar. Eski devirlerde çocuk ailede, özellikle tarım kesiminde bir üretim unsuru ve yaşlılık yılları için bir sosyal güvenlik güvencesi olarak görülürken, bugünün toplum yapısı içinde çocuk sahibi olma, gider artışına yol açan bir "sosyal tehlike" haline gelmiştir.

Ailevî yükler sigortası, 19. yüzyılda Avrupa'da bazı büyük şirketlerin çok çocuklu işçi ailelerine başlattıkları yardımlardan esinlenerek, 1920'lerde sosyal sigorta programlarına dahil edilmeye başlanmış, ancak, bugünkü programların çoğu II. Dünya Savaşından sonra kurulmuştur⁸.

Yardımların yapılması kimi zaman belli sayıda çocuğa sahip olmaya bağlanmıştır, fakat çoğunlukla ilk çocukla birlikte yardım da ödenmeye başlanır ve çocuk (14, 16 ya da 18 gibi) belirli bir yaşa gelinceye kadar ödeme devam eder. Çocuğun eğitimi devam ediyorsa, bu yaşlardan sonra da yardım sürdürülür. Özürlü çocuklar için Polonya, Portekiz gibi ülkelerde yaş sınırı yoktur. Bazı programlar çalışmayan eş için de yardım sağlar.

Primlerin tümünü ya da önemli kısmını işveren öder. İzlanda ve İsrail gibi bazı ülkeler, ailevî yükler sigortası yerine vergi indirimi ile çocuklu ailelere katkıda bulunurlar.

Almanya gibi bazı ülkeler, hem aile yardımları sigortasından, hem primsiz sosyal güvenlik rejiminden (karşılıksız) yardım sağlarken, vergi indirimi de öngörmektedir. Almanya'da ikamet eden her aileye 1975'ten beri her bir çocuk için ayrı ayrı ve çocukların sayısına göre artan miktarlarla çocuk parası

Türkiye, sosyal mevzuatını AB'ye uydurmak adına -er veya geç- ailevi yükler sigorta kolunu kuracaktır.

(Kindergeld) verilmektedir. 16 yaşın bitimine kadar her aile bu haktan yararlanabilirken çocuğun mesleki eğitim veya yüksek tahsil görmesi halinde çocuk parasının ödenmesi 27 yaşına kadar devam etmektedir. Sosyal sigortalı olsun veya olmasın gelir seviyesi düşük olan ailelere her bir çocuk için belirlenen çocuk parasına ilaveten çocuk parası zammı (Kindergeldzuschlag) adı altında bir ödeme daha yapılmaktadır⁹.

Sağlanan yardımın miktarı, nüfus politikasına göre, çocuk sayısı arttıkça yükselebilir veya azalabilir. Ülkelerin çoğu çocuk başına maktû bir miktar öder.

Ülkemizde genel olarak gelir seviyesi düşüktür. Buna karşılık ailede ortalama çocuk sayısı fazladır. O halde daha iyi bakılıp eğitilmiş bir nesil yetiştirilmesi için "çocuk ödenekleri"ne duyulan ihtiyaç, gelişmiş batılı ülkelere göre daha şiddetle kendini hissettirmektedir. Sosyal açıdan bakıldığında, sosyal güvenlik sistemimizin bu riski de kapsamaması gerekir. Oysa, ülkemizde böyle bir program yoktur. Ancak kalkınma planlarında bu sigorta kolunun kurulması öngörülmüştür.

Toplu sözleşmelerle işçilerin elde ettiği ve ayrıca Devlet memurlarına ödenen aile ve çocuk yardımları ise, hem sembolik düzeydedir, hem de sosyal güvenlik programlarıyla ilgili değildir.

V. SONUÇ

Türkiye nüfusu genç ve dinamikdir. Eğer bu genç nüfusu iyi besler, iyi yetiştirir ve iyi eğitebilirsek, önümüzdeki elli yıl içinde, dünyanın hızla değişen demografik dengeleri içinde, önemli bir avantaj yakalayacağımız kesindir. Zira AB, ABD, Japonya gibi ülkeler "nüfus yaşlanması" sorununu çözememektedirler. 2050'leri bulmadan ordularına asker, fabrikalarına işçi bulamayacaklardır. Tek çözümleri, nitelikli işgücü göçünü teşvik etmek

ve yatırımlarını nitelikli genç işgücünün bulunduğu ülkelere kaydırmaktır. Türkiye, genç nesillerini heba etmeden, ailenin desteklenmesi projelerine öncelik vermeli ve daha fazla gecikmeden Ailevi Yükler Sigortasını da kurmalıdır. Ancak, sağlanacak yardımlar, göstermelik değil, amaca hizmet eder seviyede olmalıdır.

Bugün sıfır doğurganlık oranı ve uzun ortalama hayat umudu ile "nüfus yaşlanması" olayını yaşayan batılı ülkelerde, abartılı aile yardımları nüfusu artırma ve demografik dengeyi sağlama aracı olarak kullanılmaya çalışılırken, makul ölçüler içinde uygulanacak bir ailevi yükler sigortası ülkemizin yeni nesilleri için olumlu sonuçlar doğurabilecektir¹⁰.

Sosyal açıdan gerekli olan ailevi yükler sigortası, bir başka bakış açısından, ekonomi ve nüfus politikası açısından sakıncalı görülebilir. Türkiye'nin daha fazla işgücüne ihtiyacı yoktur, tam tersine yoğun bir işsizlik sorunu yaşanmaktadır. Hızlı nüfus artışını frenlemeye çalışan bir ülkede, aile yardımları ve çocuk ödenekleri ile çocuk sahibi olmayı teşvik etmek bir çelişki olarak algılanabilir. Oysa Batılı ülkelerde çocuk başına adeta "küçük bir servet" olarak verilen çocuk ödenekleri ve primsiz yardımlar bir nüfus patlamasına yol açmamaktadır. Türkiye'nin de hızla değişen sosyo-kültürel yapısı içinde, ailevi yükler sigortasının nüfus patlamasına yol açacağı endişesi, kanımızca gereksiz bir korkudur. Şehirleşen ve sosyal güvenliğe kavuşan Türk insanı, artık çok çocuğu "toprakta çalışacak ücretsiz işçi" ve yaşlanınca kendine bakacak bir "sosyal güvenlik aracı" olarak görmekten uzaklaşmaktadır. Batı ülkeleri aileyi desteklerken, ülkemizin, nüfus artışı endişesi ile yeni kuşakları desteklemekten vazgeçmesi doğru olmaz.

Sonuçta Türkiye, sosyal mevzuatını AB'ye uydurmak adına -er veya geç- ailevi yükler sigorta kolunu kuracaktır. Ülkeler arasındaki sosyal güvenlik sözleşmelerindeki karşılıklık (mütekabiliyet) şartları da bunu gerektirmektedir. Türkiye, tüm bunların ötesinde, kendi gençliğinin sağlığı ve eğitimi için, bir

an önce bu sigorta kolunu kurmalıdır. Bu sayede, sade suya çorba, makarna ve ekmekle büyütülen bir çocuğumuz bile, et ve süt yüzü görürse kazanım sayılmalıdır.

Öte yandan, “en az üç çocuk” tavsiyesiyle tutarlı olabilmek için, sosyal güvenlik mevzuatımızdaki “sadece iki çocuk için” kısıtlayıcı düzenlemeler kaldırılmalı, hiç olmazsa “üç çocuk” ölçüsüne çıkartılmalıdır.

Aile yardımı uygulamalarını bir devlet politikasına dönüştürmüş ülkeler, konuyu iktisadi dengelerin vicdanına bırakılmayacak bir sosyal devlet sorunu olarak ele almaktadır. Ülkemizde de bu alanda yapılacak çalışmalar, çocukları ve gençleri merkeze alan ve eğitim ve istihdam olanaklarını arttıran bir anlayış ile daha adil ve daha aydınlık bir geleceğin şekillenmesinde yadsınamayacak bir fark yaratabilir.

Türkiye’de de aile yardımları bir sosyal güvenlik sigorta kolu olarak tek elden şekillendirilerek geleceğe yatırım yapan etkili bir devlet politikasına dönüştürülmelidir. Bu yapılırken elbette makro ve mikro iktisadi dengelerin iyi gözetilmesi, yardımlardan faydalanacak aileleri belirleyici ölçütlerin doğru tespit edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu uygulamalar, işsizlik oranlarını arttırıcı, büyüme ve istihdam oranlarını azaltıcı olumsuz etkiler yaratabilir¹¹.

İlginç olan husus şudur ki, nüfus yaşlanmasının olumsuz etkileriyle boğuşan Avrupa Birliği, nüfusu arttırabilmek ve gençleştirebilmek için ailevi yükler sigortasını alabildiğine kullanırken, Avrupa Birliği’ne “aday üye” olan ülkemizden ailevi yükler sigortasını kurmasını isteyen yoktur.

Avrupa ülkeleri, demografik yapılarını düzeltmezlerse, 2050’den sonra, bugün yarım asırdır kapıda beklettikleri Türkiye’ye muhtaç olacaklardır. Tabii o tarihte Avrupa Birliği mevcut olursa ve Türkiye Cumhuriyeti varlığını “ilelebet muhafaza ve müdafaa” iradesini sürdürmekten vazgeçmezse...

DİPNOTLAR

- 1 Şükrü KIZILOĞLU, “Ücretlilere Eş ve Çocuk Müjdesi”, Hürriyet, 06.01.2013

- 2 Bkz. Müjdat ŞAKAR, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 10.baskı, İstanbul 2011.
- 3 Wolfgang Lutz, The World Population Program of the International Institute for Applied Systems Analysis (IIASA) ve Vienna Institute of Demography (VID)’nin başkanıdır.
- 4 Wolfgang LUTZ, The Future of World Population Population Bulletin, Population Reference Bureau June 1994, 6, bkz. <http://www.stradigma.com/turkce/mayis2003/ekler/vizyon>. (Erişim: 07.11.2003)
- 5 10.07.1971 tarih ve 13922 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.
- 6 Hicran ATATANIR, “Sosyal Güvenlik ve Aile Yardımı Uygulamaları”, Çalışma İlişkileri Dergisi, Temmuz 2011, Cilt 2, Sayı 1, Sayfa: 150.
- 7 Bkz. <http://www.un.org.tr/who/dsogun02/aktifyaslanma.htm> (Erişim: 07.11.2003)
- 8 Bkz. US. Social Security Administration, Social Security Programs Throughout The World, Washington DC 1995.
- 9 Bkz. Ali SEYYAR “Federal Almanya’da Ailenin Sosyal Güvenliği”, Çimento İşveren Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 14, Ocak 2000.
- 10 Bkz. Sevgi CANTÜRK KURTULMUŞ, Teorik Esasları ve Tatbikatı Bakımından Aile Ödenekleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İÜSBE İstanbul 1992, s. 271.
- 11 ATATANIR, 165.

Dr. A. Eda MANAV

Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü
Tetkik Hakimi

Yurtdışında Yaşayan Türk Vatandaşlarının Çalışma Hayatına İlişkin Önemli Sorunları

GİRİŞ

Günümüzde yurtdışında pek çok vatandaşımız bulunmaktadır. 1960'lı yılların başında başlayan iş göçü yurtdışında çalışan vatandaşlarımızın sayısını artırmış, bu kişilerin bakmakla yükümlü oldukları kişilerle ilgili sosyal güvenlik sorunlarını da ortaya çıkarmıştır¹. Bu bağlamda yurtdışı hizmet borçlanması, yurtdışında yaşayan vatandaşlarımız bakımından çok önemli bir konudur. Yurtdışında yaşayan vatandaşlarımız yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanarak bu sürelerin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesini talep edebilirler. Yurtdışında yaşayan ve çalışan vatandaşlarımızın yurtdışı hizmet borçlanmasına ilişkin iş ve işlemleri 3201 sayılı Kanun, Yönetmelik ve Genelgeler çerçevesinde yürütülmektedir. Çalışmamızda bu konudaki mevzuat aktarılmaya çalışılırken, uygulamada karşılaşılan sorunlar ve yargı kararları ile konu somutlaştırılmıştır.

Bu çerçevede çalışmamızda ilk olarak yurtdışı hizmet borçlanması, bu konudaki mevzuat, borçlanma koşulları, yasadaki yararlanma

şartları, aylık bağlanması konuları ve söz konusu konulara ilişkin önemli sorunlar Yargıtay kararları çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır. Daha sonra 5510 sayılı Kanun çerçevesinde Türk işverenler tarafından geçici olarak yurtdışında çalıştırılacak Türk işçilerin sosyal güvenliği anlatılmıştır. Son olarak yurtdışında yaşayan Türk vatandaşlarının çalışma hayatından kaynaklanan sorunlarına ilişkin uygulama örnekleri verilerek çalışma sonlandırılmıştır.

1. YURTDIŞINDA GEÇEN HİZMETLERİN BORÇLANILMASI

Yurtdışı hizmet borçlanması, yurtdışında geçmiş belirli bazı hizmet sürelerinin sosyal güvenlik hakları açısından Türkiye'de geçmiş gibi sayılmasıdır². Birçok yabancı ülkede Türk işçileri çalışmakta ve bu işçiler Türkiye'ye döndüklerinde sosyal güvenliklerinin ne olacağı konusu önem arz etmektedir. Yurtdışında yaşayan Türk vatandaşları Türkiye'ye geri döndüklerinde, çalıştıkları ülkenin mevzuatına

göre yaşlılık aylığına hak kazanamamış olmaları ve varsa daha önce Türkiye’de geçen çalışmalarının Türkiye’de yaşlılık aylığına hak kazanmalarına yetmemesi ihtimal dahilindedir.

Yurtdışı hizmet borçlanması düzenleyen ilk borçlanma kanunu 30.5.1978 tarihinde kabul edilen, 7.6.1978 tarihinde yürürlüğe giren 2147 sayılı Kanundur. Bu kanunda borçlanmaya dayalı olarak aylık tahsisi talebinde bulunulabilmesi ve aylık bağlanabilmesi için yurtdışındaki işten ayrılma ve Türkiye’ye kesin dönüş yapma koşulu getirilmemiştir. Bu kanunun kimi konularda yetersiz kalması nedeni ile 22.5.1985 tarihinde 3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu çerçevede 3201 sayılı Kanun ile bu kanunun uygulanması ile ilgili esasları belirleyen Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesi ne ilişkin Yönetmelik önem taşımaktadır.

A. 3201 Sayılı Kanunun Amacı

3201 sayılı K.m.1’e göre, Türk vatandaşlarının yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu sürelerin arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve ilgililerin istekleri halinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir.

3201 sayılı Kanun ile getirilmiş olan bu borçlanma hakkı, isteğe bağlı bir uygulamadır. Diğer bir ifade ile, yurtdışında çalışan bir Türk işçi isterse bu kanun hükümlerinden yararlanabilir, istemez ise yararlanmaz. Kanunun getirdiği borçlanma imkanı çerçevesinde vatandaşlarımızın yurtdışında geçen süreleri, aynen Türkiye’de çalışılmış ve primi ödenmiş sigortalı hizmet süreleri gibi değerlendirilecektir.

B. 3201 Sayılı Kanunun Kapsamı

Yurtdışında çalışmış olup 18 yaşını doldurmuş bulunan Türk vatandaşları ve yurt-

dışında çalışanların ev kadını olarak bulunmuş eşleri yasadan yararlanabilir. Bu kanun yurtdışında Türk vatandaşı olarak çalışmış, çalışan ve çalışacak olanları kapsar. Yurtdışında çalışmış ve 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşları, yurtdışında hiçbir işte çalışmamış ve 18 yaşını doldurmuş Türk ev kadınları bu yasanın kapsamında borçlanma hakkından istekleri halinde yararlanabileceklerdir.

3201 s. K.m.3’e göre, bu Kanunun 1 inci maddesinde belirtilenler ile yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri sigortalının Türkiye’de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa Sosyal Güvenlik Kurumu’na, Türkiye’de çalışması varsa en son tabi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar.

C. Borçlanma Koşulları

1. Türk Vatandaşı Olmak

Yurtdışı hizmet borçlanmalarında iki halde Türk vatandaşlığı olma koşulunun yerine getirilmesi gerekmektedir. Borçlanılması istenen sürelerde ilgilinin Türk vatandaşı olması ve Türk vatandaşlığında geçen süreleri borçlanma talebinde bulunan sigortalı ya da hak sahibinin yazılı başvuru tarihinde Türk vatandaşlığının bulunması zorunludur³. 3201 s. Kanunun 1. maddesi kapsamında borçlanılacak süreler, “Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri” biçiminde ifade edilmiş ve yurtdışında geçen sürelerin borçlanılabilmesi belirtilen bu sürelerde Türk vatandaşı olunması koşuluna bağlanmıştır⁴.

3201 sayılı Kanun çerçevesinde hem borçlanma yapılacak sürelerde hem de borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olma koşulu getirildiği için, yurtdışında yaşayan ve yabancı ülke vatandaşlığına geçen Türk asıllı olan kişiler bu kanun hükümlerinden yararlanamazlar⁵. Yabancı ülke vatandaşlığından Türk vatandaşlığına geçilmesi halinde ise, Türk vatandaşlığının kazanılmasından sonraki süreler için borçlanma yapılabilecek, ancak Türk vatandaşlığına geçilmeden önceki dönem için

böyle bir hak söz konusu olmayacaktır⁶.

Çifte vatandaşlığa sahip olanların, yurtdışı hizmet borçlanmasından yararlanıp yararlanmayacağı konusunda yasada açıklık bulunmamaktadır. Ancak uygulamada Türk vatandaşlığı ile birlikte aynı zamanda yabancı ülke vatandaşlığına sahip olanların 3201 s. Kanundan yararlanmaları mümkün kabul edilmektedir⁷.

6.11.2008 tarihli Yönetmelik ve 2008/115 sayılı Genelge hükümlerine göre, Türk vatandaşı olma koşulu borçlanma için gerekli olup, aylık başvurusu sırasında ya da aylık alırken aranmamaktadır.

Yargıtay'ın bir kararına göre, "... Davanın kısmen kabulü ile davacının 18 yaşından sonraki 18.03.1978 tarihinden itibaren yurtdışında Türk vatandaşı iken gerçekleşen ev hanımlığı, çalışma ve 1 yıla kadar boşta geçen sürelerini borçlanma bedeli 25.05.2012 başvuru tarihindeki koşullara göre belirlenmek üzere talep tarihinde Türk vatandaşı olma şartı aranmaksızın borçlanmaya hakkı olduğunun tespitine, talebi reddeden kurum işleminin iptaline, fazla istemin reddine rakam ve sözcüklerinin yazılmasına ve hükmün bu düzeltilmiş şekli ile onanmasına oybirliğiyle karar verildi"⁸.

Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma başvurusunda bulunduğu tarihte Türk vatandaşı olmayan kişilerin Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında Türk vatandaşı olarak geçirdiği süreleri yurtdışı hizmet borçlanması kapsamında borçlanabilip borçlanamayacağı hususunda Yargıtay kararlarına konu olmuş pek çok uyuşmazlık söz konusudur. 3201 sayılı yasada buna ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararına göre, "Somut olayda; 06.03.1962 tarihinde, doğumla Türk vatandaşı olup, Türkiye'de, 10.01.1989-30.11.1989 tarihleri arasında hizmet sözleşmesine dayalı çalışmaları bulunan, Bakanlar Kurulu'nun 23.12.1998 gün ve 1998/12263 sayılı kararı ile Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verilen ve vatandaşlıktan çıkma belgesini teslim aldığı 26.08.1999 tarihi itibarıyla Türk vatandaşlığını kaybedip, halen Türk vatandaşı olmadığı anlaşılan da-

vacının; 28.11.2005 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurarak Almanya'da geçen çalışmalarının 3201 sayılı Kanun'a göre değerlendirilmesi için borçlanma talebinde bulunduğu, davalı Kurum tarafından, yurtdışında geçen çalışma sürelerini borçlanma hakkının sadece Türk vatandaşlığına haiz olanlara tanındığı gerekçesiyle isteğinin reddedildiği hususları tartışmasıdır. Her ne kadar 3201 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 2. ve 6. maddeleri borçlanmanın kabul edilebilmesi için davalı kuruma başvuru tarihinde hak sahibinin Türk vatandaşı olma şartını aramış ise de; Anayasa, Türk Vatandaşlık Kanunu ve 3201 sayılı Kanunun amaç ve özü gözetilerek yukarıda açıklanan maddeler birlikte değerlendirildiğinde, Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşlığına haiz olmayan davacıyı, Türk Vatandaşlık Kanunu'nun sosyal haklar bakımından vatandaş gibi kabul ettiği, ayrıca Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında gerçekleşen çalışma sürelerine ilişkin borçlanma hakkının, Türk Vatandaşlık Kanunu ile kazanılmış hak sayılarak korunması ve Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanması gerektiği belirgindir. Hal böyle olunca, davacının Türk vatandaşı olarak yurt dışında çalıştığı süreleri 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanabileceğinin kabulü gerekir"⁹.

Doktrinde kararı eleştiren bir görüşe göre, davacı bu dava yolu ile borçlanma hakkını elde etmiş olsa da, borçlanma sonucu elde ettiği hizmet birleştirilerek yaşlılık aylığı alabilmesi için 3201 s. K. m.6 uyarınca yurda kesin dönüş yapması gerekmektedir. Dava sonucu borçlanma primlerini ödeyen davacı Türk vatandaşı olmadan aylığa hak kazanamayacak ve Türk vatandaşlığına geçmezse ödediği primleri faizsiz olarak geri alarak zarara uğrayacaktır. Bu bağlamda sosyal güvenlik kurumu davacıyı borçlandırmamak suretiyle aslında davacının haklarını korumakta, ileride mağdur olmasını önlemek istemektedir. Bu çerçevede Türk vatandaşlığından Bakanlar Kurulu'nun izni ile çıkan kişilerin yurtdışında Türk vatandaşı olarak çalışmalarının Türk Vatandaşlık K. m.28 dikkate alınarak 3201 s. K. çerçevesinde borçlanma-

ları mümkün görülmemektedir¹⁰.

2. 18 Yaşın Doldurulmuş Olması

Borçlanma yapabilmek için 18 yaşını doldurmuş olmak şarttır. Yargıtay'ın bir kararına göre, "Somut olayda, 01.12.1964 doğumlu davacının 01.03.1982 tarihinden itibaren yurtdışında çalışması bulunmakta ise de, 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre 18 yaşını doldurduğu 01.12.1982 tarihinden önceki süreyi borçlanması mümkün değildir.

Mahkemece davacının yurtdışında geçen çalışmalarından 01.12.1982-15.04.2013 tarihleri arasındaki dönemi borçlanma hakkı bulunduğu tespitine karar verilmesi gerekirken 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesine aykırı biçimde 18 yaşını doldurmadan önce yurtdışında geçen çalışma süresini de borçlanma hakkı bulunduğu tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'un 438/7. maddesi uyarınca hüküm bozulmamalı, düzeltilerek onanmalıdır."¹¹.

Yargıtay'ın bir başka kararına göre, "Dava, 08.08.1964 doğumlu davacının Almanya'da rant sigortasına girdiği 18.01.1982 tarihinin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak tespiti istemine ilişkindir. ... Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. ... Somut olayda, 08.08.1964 doğumlu davacının 18.01.1982 tarihinden itibaren Almanya'da fiili çalışması bulunmakta ise de 506 sayılı Kanun'un 60/G maddesine göre davacının ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihinin 18 yaşını ikmal ettiği 08.08.1982 tarihi olarak tespitine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile yazılı biçimde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'un 438/7. maddesi uyarınca hüküm bozulmamalı, düzeltilerek onanmalıdır. Açıklanan nedenlerle hüküm fıkrasının (1.) bendinde yer alan "18.01.1982" tarihinin silinerek yerine "08.08.1982" tarihinin yazılmasına ve hükmün bu düzeltilmiş şekli ile onanmasına oybirliğiyle karar verildi."¹²

3. Belirli Nitelikte Yurtdışı Sürelerinin Bulunması

3201 sayılı Kanun uyarınca yurtdışı hizmet borçlanmasına konu olabilecek süreler, yurtdışında geçen sigortalılık süreleri ile bu süreler arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ve yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerdir. Bağımsız çalışma statüsünde geçen sürelerin de borçlanılabilmesi mümkündür. Ancak sigortalı olarak veya ev kadını olarak 18 yaşın doldurulmasından önce geçen süreler borçlanılamaz (Genelge 2008/115).

Yargıtay'ın kararına konu olan bir olayda, "... kadın olan davacının yurtdışında geçen çalışma süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri de borçlanma hakkı bulunduğu halde kararda yalnızca yurtdışında geçen çalışma sürelerini borçlanma hakkı bulunduğu tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'un 438/7. maddesi uyarınca hüküm bozulmamalı, düzeltilerek onanmalıdır."¹³.

a. Sigortalılık Süresi

Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesine göre sigortalılık süresi, borçlanma kapsamındaki sürenin bulunduğu ülke mevzuatına göre ikamet süreleri hariç, çalışılmış ya da çalışılmış sayılan süreler olarak anlaşılmalıdır. Çalışılmış sayılan süreler, ilgili ülke mevzuatına göre fiilen çalışılmadığı halde çalışmaya eşdeğer süre olarak kabul edilir ve hizmet cetvellerinde eşdeğer süre olarak gösterilen, aylığa hak kazanmada ve aylık hesabında değerlendirilen süreler olarak kabul edilir¹⁴.

b. İşsizlik Süresi

Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesine göre işsizlik süresi, ilgili ülke mevzuatına göre çalışma süreleri ile bu çalışma sürelerine eşdeğer süreler haricinde o

ülkede geçen süreyi ifade eder. Ancak 3201 sayılı Kanuna göre işsizlik sürelerinin tamamının borçlanma kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Sigortalılık süreleri arasında veya sonunda her birinde olmak kaydıyla bir yıla kadar olan yurtdışında geçen işsizlik süreleri borçlandırılacaktır. İkamet süreleri ve boşta geçen süreler de bu kapsamda değerlendirilir¹⁵.

c. *Ev Kadını Olarak Geçen Süre*

Yurtdışında ev kadını olarak geçen süreler, kadınların bekar veya evli olmalarına bakılmaksızın yurtdışında sigortalılık süreleri hariçindeki çalışmayan süreyi ifade eder¹⁶. Bu süreler işsizlik süresi veya boşta geçen süreler kapsamında değerlendirilmeyecek, borçlanma talebinde bulunanların yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerinin diledikleri kadar borçlandırılacaktır (2008/115 sayılı Genelge).

d. *Borçlanma Kapsamında Dikkate Alınmayan Süreler*

Yönetmelik m.6 ve 2008/115 sayılı Genelge ye göre,

- 18 yaşın doldurulmasından önce yurtdışında sigortalı ve ev kadını olarak geçen süreler,
- Türk vatandaşlığının kazanılmasından önce veya Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında sigortalı veya ev kadını olarak geçen süreler,
- İkili sosyal güvenlik sözleşmesine göre kendilerine kısmi aylık bağlanmış olanların yurtdışında geçen sigortalılık süreleri arasında ve bu sürelerin bitim tarihinden sonraki işsizlik süreleri,
- Sosyal güvenlik kanunlarına göre malulük, yaşlılık ve ölüm sigortaları kapsamında geçen sürelerle çakışan yurtdışı süreleri borçlandırılmaz.

Bu kapsamda; sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelerde iş üstlenen Türk işverenler tarafından yurtdışına götürülen Türk işçilerinin çalışma süreleri, Türkiye'deki sosyal güvenlik kanunlarına göre yurtiçinde isteğe bağlı sigortaya prim ödenen sürelerde bu ülkelerde geçen sigortalılık veya ev kadını olarak geçen süreler de borçlanma kapsamında

sayılmayacaktır.

4. *Hizmetleri Belgelendirmek*

Yurtdışında geçen hizmetlerin borçlandırılması için hizmetlerin belgelendirilmesi zorunludur. Borçlanılacak sürelerin tespiti hizmet belgeleri ile yapılır. Hizmet belgesine bağlanmamış süreler borçlanılamaz. Başvuru sahibi hizmet belgesindeki sürelerin tamamını borçlanabileceği gibi bir kısmını da borçlanabilir¹⁷.

Borçlanma için yazılı istekte bulunan, ancak ibraz ettikleri belgeleri borçlanma işlemi için yeterli görülmeyenlerin istekleri reddedilmez, belgeleri tamamlamaları talep edilir¹⁸. Yönetmeliğin 8. maddesine göre, borçlanma başvurusunda bulunanlar, yurtdışında geçen ve borçlanmaya esas olacak sürelerine ait 9 uncu maddede belirtilen belgelerden durumlarına uygun olanını, Kuruma ibraz etmekle belgelendirme mecburiyetlerini yerine getirmiş olurlar. Kurum, gerektiğinde sigortalılık sürelerinin tespiti için sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ülkelerden idari yardım talebinde bulunabilir. Belgelendirmenin nasıl yapılacağı ilgili yönetmelikte ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir^{19,20}.

5. *Yazılı Başvuruda Bulunmak*

Yurtdışında geçen çalışma ve veya ev kadınlığı sürelerinin borçlandırılmasına ilişkin yazılı talep 2008/44 sayılı Genelge eki "Yurtdışı Borçlanma Talep Dilekçesi"nin usulüne uygun doldurulup imzalanmasından sonra doğrudan ya da posta yolu ile kurumun ilgili birimine verilmesi ile gerçekleşir^{21,22}.

D. ZORUNLU GÖÇE TABİ SOYDAŞLARIMIZIN YURTDIŞI HİZMET BORÇLANMASI

3201 s. K. geç. m.6'ya göre, sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerden 1/1/1989 tarihinden, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar zorunlu göçe tabi tutulan, Türk vatandaşı olup Türkiye'de ikamet eden ve 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı Kanun dahil olmak üzere sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık almamak koşulu ile yurtdışında geçen ve belgelendirilen çalışma süreleri,

bu Kanuna göre borçlandırılmak suretiyle yaşlılık aylığı bağlanmasında sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir.

Bu çerçevede zorunlu göçe tabi soydaşlarımızın borçlanabilme koşulları:

- 01.01.1989 ile 08.05.2008 tarihleri arasında geldikleri ülke tarafından zorunlu göçe tabi tutulmak
- Zorunlu göçten sonra Türk vatandaşı olup, Türkiye’de ikamet ediyor olmak
- 2022 sayılı Kanun dahil olmak üzere ülkemizdeki sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir ve aylık almamak
- Geldikleri ülkedeki hizmet sürelerini belgelendirmek
- Borçlanma için yazılı istekte bulunmak
- Tebliğ edilen borç miktarını üç ay içinde ödemek²³ olarak belirtilebilir.

Türkiye’ye gelen soydaşlarımızın iskan ile ilgili yasalarda sadece Bulgaristan’dan gelenler için “zorunlu göç” ifadesi kullanıldığından, borçlanma hakkından bu ülkeden gelen vatandaşlarımız belirttiğimiz şartları gerçekleştirmeleri koşuluyla yararlanabilecektir²⁴.

Yargıtay’ın bir kararına göre, “Uyuşmazlık, davacının Bulgaristan vatandaşı iken yurtdışında geçmiş çalışma sürelerini 3201 Sayılı Yasa uyarınca borçlanmasının mümkün olup olmadığına, başka bir anlatımla borçlanma talebinde bulunulan hizmetlerin geçtiği dönemde Türk Vatandaşı olmanın gerekli mi olduğu veya bunun aksine sadece borçlanma talebi tarihinde Türk Vatandaşı olmasının yeterli bulunup bulunmadığına ilişkindir. 3201 sayılı Kanun uyarınca tanınan borçlanma hakkından, yurtdışında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olarak çalışan ve borçlanma sırasında Türk vatandaşı olanlar yararlanabilirler. Göçmen olarak Türkiye’ye gelenler, yurtdışında çalıştıkları sürede Türk vatandaşı olmadıkları için borçlanamazlar. Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınmanın ise geçmişe etkili bulunmaması nedeniyle, yurtdışında sadece Türk vatandaşlığını kazandıkları günden sonraki süreleri borçlanarak değerlendirebilirler^{25,26}.

Doktrinde söz konusu kararı ve benzer kararları eleştiren bir görüşe göre, söz konusu düşünce göçmen vatandaşlar açısından haksız,

hukuka ve Anayasa’ya aykırı sonuçların doğmasına neden olabilir. Sadece başvuru sırasındaki Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun getirdiği borçlanma hakkından yararlanmak için yeterli olmalıdır. Nitekim söz konusu düzenlemeler yurtdışında çalışan işçilerin Türkiye’ye dönüşlerinde sosyal güvenlikleri açısından kolaylık sağlamak amacıyla getirilmiştir²⁷.

E. YASADAN YARARLANMANIN ŞARTLARI

1. Yurda Kesin Dönüş Yapma Şartı Kaldırılmıştır

Bu kanundan yararlanırken borçlanma aşamasında kesin dönüş şartı aranmamakta, ancak, emekli aylığı talebi aşamasında yurda kesin dönüş şartı aranmaktadır. Diğer bir ifade ile, borçlanma yoluyla değerlendirilen sürele istinaden aylık bağlanabilmesi için yurda kesin dönüş yapılması gerekmektedir (3201 s. K.m.6).

2. Tahakkuk Ettirilen Borcun Ödenmiş Olması

8.5.2008’de 3201 s. Kanunda 5474 sayılı kanunla yapılan değişiklik uyarınca artık borçlanma tutarı TL olarak ödenmektedir. İlgili yurtdışında geçen sürelerin tamamını ya da dilediği miktarını TL olarak borçlanabilir.

3201 s. K.m.4’e göre, borçlanılacak her bir gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarı, başvuru tarihindeki 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 82 nci maddesinde belirtilen prime esas asgari ve azamî günlük kazanç arasında seçilecek günlük kazancın % 32’sidir. Ancak, prime esas asgari günlük kazancın altında olmamak üzere borçlanma tutarına esas alt sınırı farklı bir miktarda belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Tahakkuk ettirilen borç tutarı, tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde ödenir. Ödeme yapılan gün sayısı prim ödeme gün sayısına ve prime esas kazanç dahil edilir. Tahakkuk ettirilen prim borcunu tebligat tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödemeyenler için yeniden başvuru şartı aranır. Bu süre içerisinde ödeme yapmayanların başvuruları geçersiz

sayılır ve borçlanma için yeniden başvurularını gerekir.

3. Sosyal Güvenlik Kurumu'na Yazılı Başvuru

a. 3201 sayılı Kanuna Göre Borçlanmak İçin Başvurulacak Kuruluşlar

Yönetmelik m.5 çerçevesinde borçlanma hakkından yararlanabilmek için ilgili sosyal güvenlik kurumuna yazılı olarak başvurmak gerekir. 3201 s. K. m.3'e göre de, bu Kanunun 1 inci maddesinde belirtilenler ile yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri sigortalının Türkiye'de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa Sosyal Güvenlik Kurumu'na, Türkiye'de çalışması varsa en son tabi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar. Sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle kendilerine veya hak sahiplerine kısmi aylık bağlanmış olanların borçlanma işlemleri aylık aldıkları sosyal güvenlik kuruluşuna yapılır.

Borçlanma istemi ister daha önce Türkiye'de çalışmış olsun ister olmasın, tüm sosyal güvenlik kurumları tek bir kurum altında birleştiğinden Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılır.

b. Borçlanma İçin Başvuru Süresi

Başvuru için herhangi bir süre şartı yoktur. Başvuruyu ilgilinin kendisi yapabileceği gibi yurtdışında çalışmakta iken ya da kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin hak sahipleri de diledikleri zaman yapabilir.

c. Başvurudan Vazgeçme

Yurtdışı hizmet borçlanmasında hem başvuru aşamasında hem tahakkuk ettirilen borç tutarı ödendikten sonra borçlanmadan vazgeçilmesi mümkündür. Borçlanma başvurusunda bulunan kişi, borçlanma başvurusunda bulunup henüz borç tebliğ edilmeden veya tebliğ edildikten sonra üç aylık süre içinde henüz borç ödenmeden SGK'dan yazılı olarak talepte bulunarak borçlanma başvurusundan vazgeçme hakkına sahiptir. Bu durumda borçlanma başvurusu geçersiz sa-

yılarak, yeniden borçlanma istemi halinde tekrar talepte bulunmak gerekir²⁸.

3201 s. K. m.4'e göre, borçlanmadan sonradan vazgeçenler ile yapılan borçlanma sonrasında aylık bağlanması için gerekli şartları yerine getiremeyenlere ve bunların hak sahiplerine talepleri üzerine yaptıkları ödemeler, faizsiz olarak iade edilir.

Yargıtay'ın bir kararına göre, "Dava, davacının 26.01.1986-26.01.2006 tarihleri arasında yurt dışında geçen, 3201 sayılı Yasa uyarınca borçlandığı hizmetlerinin karşılığı olarak Kuruma ödediği 33.505,92 YTL'nin şimdilik kesin dönüş yapamayacağı için ödeme tarihinden itibaren yürütülecek mevduata uygulanan en yüksek faizi ile birlikte ödenmesi gerektiğinin tesbiti istemine ilişkindir. Davanın yasal dayanağını oluşturan 17.04.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5754 sayılı Yasa'nın 79. maddesi ile değişik 3201 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, borçlanmadan sonradan vazgeçenler ile yapılan borçlanma sonrasında aylık bağlanması için gerekli şartları yerine getiremeyenlere ve bunların hak sahiplerine talepleri üzerine yaptıkları ödemeler, faizsiz olarak iade edilir. Yine 06.11.2008 tarihinde yürürlüğe giren Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 11. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, borçlandıkları hizmetleri ile malullük ve yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanamayan sigortalılar ile ölüm aylığı bağlanamayan hak sahiplerine başvuruları halinde ödenen borçlanma tutarının tamamı faiz uygulanmaksızın Yeni Türk Lirası olarak iade edilir. Hal böyle olunca, yapılan borçlanma sonrasında aylık bağlanması için gerekli yurda kesin dönüş yapma şartını yerine getiremeyen davacının Kuruma yaptığı borçlanma tutarının faiz uygulanmaksızın tahsiline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."²⁹

d. Borçlanılan Sürenin Sigortalılık Hizmetine ve Sigortalılık Başlangıcına Etkisi

i. Borçlanılan Sürenin Sigortalılık Hizmetine Etkisi

Borçlanılan sürelerin hangi sigortalılık hali-

ne göre değerlendirileceği, başvuru sahibinin borçlanma yapmadan önce Türkiye’de sigortalılık hizmeti bulunup bulunmadığına göre belirlenir. 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun’un 5. maddesine 17.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun’un 79. maddesi ile eklenen (yürürlük tarihi 08.05.2008) 4. fıkraya göre “Yurtdışı hizmet borçlanmasına ait süreler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’na göre hangi sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağına belirlenmesinde; Türkiye’de sigortalılıkları varsa borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık haline göre, sigortalılıkları yoksa aynı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilir.” Bu hüküm çerçevesinde ilgilinin 2008 yılı Mayıs ayı öncesinde çalışma olmaması halinde, 4/a’nın uygulanmamasının kazanılmış hakları ihlal edip etmediği konusu gündeme gelmektedir. Nitekim 4/a çerçevesinde daha fazla maaş hakkı var iken; 4/b çerçevesinde daha az maaş alınması söz konusudur.

Yargıtay’ın bir kararına göre, “Davacının yurtdışındaki çalışması işçi statüsünde olup 5510 sayılı Kanun’daki karşılığı 4/1-(a) bendidir ve sigortalılık başlangıç tarihi kavramı da bu sigortalılara özgüdür. Davacının yurtdışında çalışmaya başladığı tarihin Türkiye’de Kanun’un 4/1-(a) bendi kapsamında sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabulü, borçlanılan sürenin de ülkemizde Kanun’un 4/1-(a) bendi kapsamında sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağına kabulünü zorunlu kılmaz. 3201 sayılı Kanun’un 5. maddesinin 4.fıkrası ile Türkiye’de sigortalı çalışması bulunmayan kişilerin borçlanma yoluyla elde ettiği sigortalılık süresinin Kanun’un 4/1-(b) bendi kapsamında sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağı kabul edilmiştir. Somut olayda, 01.03.1967 doğumlu davacının 01.01.1987 tarihinden itibaren Almanya’da fiili (eylemler) çalışmasının bulunduğu anlaşılacakla davacının yurtdışında çalışmaya başladığı tarihin Kanun’un 4/1-(a) bendi kapsamındaki sigortalılığının başlangıcı olarak

kabulü gerekirken yazılı biçimde Almanya’da sigortalı olarak çalışmaya başladığı 01/01/1987 tarihinin Türkiye’de 5510 Sayılı Yasanın 4/1-(b) maddesi kapsamında sigortalılık başlangıcı olarak tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK’un 438/7. maddesi uyarınca hüküm bozulmamalı, düzeltilerek onanmalıdır. Açıklanan nedenlerle hüküm fıkrasının (2.) bendinde yazılı “4/1-a” ibaresinin silinerek hükümden çıkartılmasına ve yerine “4/1-(b)” ibaresinin yazılmasına ve hükmün bu düzeltilmiş şekli ile onanmasına oybirliğiyle karar verildi.”^{30,31}

ii. Borçlanılan Sürenin Sigortalılık Başlangıcına Etkisi

Sigortalılığın başlangıç tarihi, sigortalının emekliliğinde, prim ödeme gün sayısının belirlenmesinde ve emeklilik yaşının hesaplanmasında önem taşır. Nitekim aylık bağlama işlemlerinde esas alınan sigortalılık süreleri, sigortalılığın başlangıç tarihi ile sigortalının aylık bağlanması için yazılı istekte bulunduğu, aylık bağlanması için istekte bulunmayan sigortalılar için ise ölüm tarihi arasında geçen süredir³².

Yurt dışındaki sigortalılık sürelerinin tespitinde, bunu belirten ve istek sahibinin ibraz edeceği ispatlayıcı belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere gün sayıları esas alınır, bu tespit 1 yıl 360 gün, 1 ay 30 gün hesaplanır (3201 s. K.m.5).

Sosyal güvenlik kanunlarına tabi hizmetleri olanların, borçlandıkları gün sayısı, prim ödeme gün sayıları ile ilgili hizmetlerine katılır. Sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler borçlanılmış ise, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülür. (3201 s. K.m.5). Örneğin, “10.6.1963-30.5.1984 tarihleri arasında yurtdışında çalıştıktan sonra kesin dönüş yapan ve 16.3.1985’te Türkiye’de sigortalı işe giren, yurtdışındaki çalışmalarının 6515 günlük kısmını borçlanırsa, sigortalılığı 6515 gün geri gidecek ve başlangıç tarihi 11.2.1967 olacaktır”³³.

Sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti

bulunmayan istek sahiplerinin sigortalılıklarının başlangıç tarihi, borçlarını tamamen ödedikleri tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülen tarihtir (3201 s. K.m.5).

Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz. (3201 s. K.m.5)

Yargıtay'ın bir kararına göre, "...Somut olayda davacı, 3201 sayılı Yasa kapsamında Almanya'da geçen 1.6.1977-3.7.1983 tarihleri arasındaki 2192 çalışma gününe isabet eden 7672,00 -TL ev hanımı olarak geçen 14.8.1973-31.5.1977 tarihleri arasındaki 1367 gününe isabet eden 5648,69 TL'yi Kuruma 26.10.2007 tarihinde ödemiştir. 4447 sayılı Yasa'nın 17. maddesi ile 506 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 81/C maddesinin yürürlüğe girdiği 23.05.2002 tarihinde Türkiye'de Sosyal Sigortalar Kapsamında sigortalı olarak çalışması bulunmadığı gibi 3201 sayılı Yasa kapsamında yapılmış bir borçlanma da bulunmamaktadır. Dava, yaşlılık aylığına hak kazanıldığı ve aylık bağlanması gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir... Uyuşmazlık davacının sigortalılık başlangıç tarihinin 3201 sayılı Kanuna göre mi yoksa Türk-Alman Sosyal Güvenlik Ek Sözleşmesine göre mi belirleneceği noktasında toplanmaktadır. Anılan madde (3201 s. K.m.5) uyarınca borçlanma konusu hizmetlerinden sonra Türkiye'de tescilli bulunan sigortalılar yönünden sigortalılık başlangıcı, tescil tarihinden itibaren borçlanılan süre kadar geriye gidilerek bulunacak tarih olacak, hiç tescili olmayanlar için de, borcun tamamen ödendiği tarihten borçlanma süresi kadar geriye gidilerek bulunacak tarih olacaktır. ... Öte yandan, davacının çalışmalarının geçtiği Almanya ile 02.11.1984 tarihinde imzalanan Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi hükmü uyarınca yurtdışında ilk defa çalışmaya başladığı tarih olarak kabul edilmesi gerekmektedir. ... Şu duruma göre, karşımıza, aynı konu hakkında bir tarafta iç hukuk alanında kabul edilen bir yasa kuralı diğer tarafta uluslararası sözleşmede yer alan farklı bir düzenleme çıkmaktadır. Bu sorunun

kurallar kademelenmesindeki (Normlar Hiyerarşisindeki) sıralamaya göre çözümlenmesinde kuşku bulunmamaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki; Anayasamızın 90/son maddesinde öngörüldüğü üzere; yöntemine göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. ... Somut uyuşmazlığın açıklanan bu ilke kapsamında değerlendirilmesi sonucunda; 02.11.1984 tarihinde imzalanan ve 5.12.1984 tarihli 3241 sayılı Kanunla onaylanıp 1.4.1987 tarihinde yürürlüğe giren ve yöntemine göre yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşme olarak 3201 sayılı Kanunun 5. maddesinden önce uygulanma önceliğine sahip bulunan 30 Nisan 1964 tarihli Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi hükmü uyarınca yurtdışında ilk defa çalışmaya başladığı tarih olarak kabul edilmesi gerekmektedir."³⁴

Yargıtay'ın bir başka kararına göre, "3201 sayılı Kanun'un 17.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun ile değişik 5. maddesinin son fıkrasında "Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz." hükmü bulunmakta ise de 02.11.1984 tarihinde imzalanan ve 05.12.1984 tarihli 3241 sayılı Kanunla onaylanıp 01.04.1987 tarihinde yürürlüğe giren ve Anayasa'nın 90.maddesi uyarınca yöntemine göre yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşme olarak 3201 sayılı Kanunun 5. maddesinden önce uygulanma önceliğine sahip bulunan 30 Nisan 1964 tarihli Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi hükmü uyarınca yurt dışında ilk defa çalışmaya başlanılan tarihin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Yurt dışında iken fiili (eylemli) çalışması bulunmadığı halde o ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına göre yardım niteliğinde ödeme yapılan dönemler ile ev hanımı olarak geçen sürelerin Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi anlamında yurt dışında geçen çalışma olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak

kabul edilmesi mümkün değildir. Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi hükmü uyarınca yurt dışında ilk defa çalışmaya başlanılan tarihin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi için borçlanma istemi veya borçlanma bedelinin ödenmesi koşul değildir.

Borçlanmanın usul ve esasları 3201 sayılı Kanun ile düzenlenmiş iken yurt dışında ilk defa çalışmaya başlanılan tarihin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak tespiti ise Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi hükmü gereğidir. Her iki hukuki kuralın amacı ve dayanağı farklıdır. Dolayısıyla anılan haklardan herhangi birinden yararlanmak için diğer hakkın kullanılması veya başvuru zorunluluğu yoktur. ... Mahkemece, yukarıda yazılı hukuksal nedenler gözetilerek 04.04.1964 doğumlu davacının 21.03.1983 tarihinden itibaren Almanya'da eylemli çalışması bulunduğu gözetilerek 21.03.1983 tarihinin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabulüne karar verilmesi gerekirken davacının borçlanma hakkını kullanmadığı gerekçesiyle istemin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."^{35,36} Bu çerçevede Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesi uyarınca yurt dışında ilk defa çalışmaya başlanılan tarihin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi için borçlanma istemi veya borçlanma bedelinin ödenmesi koşulunu aramamaktadır.

Açıkladığımız bilgiler ışığında 3201 s. Kanunun 5. maddesi uygulanırken, işçinin çalıştığı yabancı ülke ile sosyal güvenlik sözleşmesi olup olmadığına ve sözleşmede yer alan hükümlere bakılacaktır. Örneğin, Belçika ile yapılan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi madde 28'e göre, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları hakkında Türk mevzuatının uygulanmasında sigortalı, Türkiye'de yaşlılık sigortasına tabi işe girmeden önce Belçika'da bir yaşlılık sigortasına tabi olmuş ise, bu sigortaya tabi tutulduğu ilk gün, Türk mevzuatına göre sigorta kanunlarına tabi işe ilk defa girdiği gün olarak kabul edilir.

Ancak örneğin Libya'da çalışan Türk vatan-

daşları borçlanma yapamaz. Türk-Libya sosyal güvenlik sözleşmesine göre, Libya'da çalışan daimi nitelikteki Türk işçilerinin uzun vadeli sigorta kolları yönünden sosyal güvenlikleri Türk sigorta kuruluşunca yerine getirilir. Bu süreçte aynen Türkiye'de çalışıyor gibi kabul edildikleri ve uzun vadeli sigorta kolları için Türk sosyal sigortalar sistemine tabi oldukları için, bu süreleri tekrar borçlanamazlar³⁷.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin bir kararına göre, "Dosyadaki belgelerden davacının Türkiye'de ilk kez 506 sayılı Yasa kapsamında 1.3.1995 tarihinde çalışmaya başladığı, Libya'da 1.7.1981-1.5.1984 tarihleri arasında geçen 1021 günlük süreyi 3201 sayılı Yasa uyarınca borçlanarak borçlanma bedelini 23.2.2009 tarihi itibarıyla ödediği, davalı Kurum tarafından davacının sigortalılık başlangıcının 3201 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca borçlanılan süre kadar geriye götürülerek 1.5.1992 olarak tespit edildiği anlaşılmıştır. Davacının yurt dışında çalıştığı ve borçlanma yaptığı ülke Libya'dır. Türkiye ile Libya devleti arasında imzalanmış Sosyal Güvenlik Sözleşmesi var ise de, anlaşma metninde Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4.maddesinde ön görüldüğü gibi davacının Türk sigortasına girişten önce bir Libya rant sigortasına girmiş olması halinde bu girişin Türk sigortasına giriş olarak kabul edileceği yolunda paralel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple davacının sigortalılık başlangıcının 506 sayılı Yasa'nın 108 ve 3201 sayılı Kanununun 5. maddesine göre tespit eden Kurum işlemi yerinde olup davanın reddi gerekirken mahkemece, sosyal güvenlik anlayışı, sigortalı yararına yorum ilkesi gerekçe gösterilerek açık yasal düzenlemelere rağmen davacının sigortalılık başlangıcının Libya'da ilk kez çalışmaya başladığı tarih olduğunun tespitine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. O halde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır."³⁸

Yargıtay'ın 506 s. K. geç. 81. maddenin yürürlük tarihinden sonra, yürürlük tarihinden öncesine ilişkin devreye yönelik olarak yapılan borçlanmalarda sigorta başlangıç tarihinin belirlenmesinde geçici 81. maddenin uygu-

lanmasının mümkün olabileceğine ilişkin bir kararına göre, “Somut olayda; yurtiçinde daha önce hiçbir sigortalılığı bulunmayan davacının, Almanya’da geçen 02.12.1975-30.05.2000 tarihleri arasındaki çalışmalarından, 10.07.1986-30.05.2000 tarihleri arasındaki 5000 günlük çalışmasını, 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanarak, borçlanma bedelini 29.05.2007 tarihinde ödediği ve 01.06.2007 tarihinde yazılı olarak 506 sayılı Kanunun kapsamında yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır. ... Uyuşmazlık; yaşlılık aylığında kademeli geçişi öngören 4447 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun uyarınca yapılan borçlanma ile kazanılan sigortalılık süresi nazara alınarak tespit edilen sigorta başlangıç tarihi, 4447 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önceki bir tarih olduğunda, yaşlılık aylığı tahsis koşullarının 506 sayılı Kanunun geçici 81.maddedeki kademeli geçiş şartlarına göre mi, yoksa 506 sayılı Kanunun 4759 sayılı Kanunla değişik 60. maddesi hükümlerine göre mi değerlendirileceği noktasında toplanmaktadır. ... 3201 s. K.m.5’e göre, Türkiye’de tescilli bulunan sigortalılar yönünden sigortalılık başlangıcı, tescil tarihinden itibaren borçlanılan süre kadar geriye gidilerek bulunacak tarihtir; tescilli olmayanlar yönünden ise, borcun tamamen ödendiği tarihten borçlanma süresi kadar geriye gidilerek bulunacak tarihtir. Ancak bu kabule göre, Türkiye’de sigortalı olarak tescilli bulunanlar 506 sayılı Kanunun Geçici 81. maddesinin sigortalının lehine olan kademeli geçiş hükmünden yararlanırken, tescilli bulunmayanların ise daha sonra yurt dışı hizmet borçlanması yolu ile kazanılan sigortalılık süresinden yararlanamaması şeklinde bir adaletsizlik ortaya çıkmaktadır. 4956 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonra borçlanmaların, borçlandığı sürelerin Geçici 81. maddenin 4956 sayılı Kanun ile değişikliğe uğradığı 23.05.2002 tarihindeki sigortalılık süresinin hesabında dikkate alınmayarak, Geçici 81. maddeden yararlandırılmaması, 3201 Sayılı Kanun ile sigortalılara tanınmış olan hakların ortadan

kaldırılması sonucunu da doğurmaktadır... Açıklanan hukuksal nedenler karşısında; Yerel Mahkemenin, davacının yaşlılık aylığına esas sigortalılık süresinin hesabında, daha önce sigortalı olarak Türkiye’de tescilli olmayanların 506 sayılı Kanunun Geçici 81. maddesinin yürürlük tarihinden sonra, yürürlük tarihinden öncesine ait devreye ilişkin olarak yapacakları borçlanmaların; Geçici 81. madde uygulamasında gözetilmesi gerektiğini kabul ve bu yolla 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanarak kazandığı sigortalılık süresini de dikkate alarak, davacının yaşlılık aylığına hak kazanıp kazanmadığının 506 sayılı Kanunun Geçici 81. maddesindeki koşullara göre belirlenmesi ve bu değerlendirme ile ilk kararda direnmesi usul ve yasaya uygundur.”³⁹

Yargıtay’ın bu uygulamasını isabetli bulan bir görüşe göre, 3201 sayılı Kanuna göre sonradan borçlananların, 506 s. K. m.81’in yürürlüğe girdiği tarihte hiç hizmetlerinin bulunmaması nedeniyle 81/B maddesinin uygulama kapsamı dışında kabul edilmesi, 3201 s. K. m.5’te açıkça yazılı hakların ortadan kaldırılmasına sebep olur. Bununla birlikte böyle bir uygulama, 3201 s. Kanuna göre 8.9.1999 tarihinden sonra borçlanma bedelini ödeyenlerden kadınların 58, erkeklerin 60 yaşından önce yaşlılık aylığı alma olanaklarını da ortadan kaldıracaktır⁴⁰.

F. AYLIK BAĞLANMASI

3201 s. K. m.6’ya göre, aylık tahsisi yapılabilmesi için;

- Yurda kesin dönülmüş olması,
- Tahakkuk ettirilen borcun tamamının ödenmiş olması,
- Borcun tamamının ödenmesinden sonra yazılı istekte bulunulması şarttır.

1. Kesin Dönüş Şartı

Borçlanma talebinde bulunabilmek için yurda kesin dönüş şartı aranmamakta ise de, borçlanma sonucunda aylık bağlanabilmesi için yurda kesin dönüş olması gerekmektedir. Yurda kesin dönüşün ne anlama geldiği Yönetmeliğin 4. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, aylık tahsis talebinde bulunanların yurt-

dışındaki çalışmalarının sona ermesi, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği almama durumu olarak ifade edilmiştir.

Kanun kesin dönüş kavramının ne anlama geldiğini açıklamamaktadır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre bu kavram, ikametgahın, yaşamın ağırlıklı alanının tek bir ülkeye taşınması olarak tanımlanabilir. Ancak sosyolojik olarak bakıldığında, yurtdışında çalışan işçilerimiz yılın yarısını ülkemizde, yarısını yurtdışında geçirmekte, alışkanlıklarını ve diğer ülke ile bağlarını kolay koparamamaktadırlar. Bu nedenle yurtdışı ile bağını koparmak zorunda kalan işçi primini ödediği halde bazı sigorta edimlerinden feragat etmek zorunda bırakılmış olmaktadır⁴¹.

Diğer bir görüşe göre, yurda kesin dönüş, ikametini ülkeye nakletmek, hayat akışını Türkiye’de devam ettirmek niyetini ifade eder⁴².

Bir başka görüşe göre, yurda kesin dönüş yapan kimsenin yurtdışından işsizlik sigortası alıyor olması ve kendisini ve yabancı ülke mevzuatını ilgilendiren bir konudur. Bu durum, borçlanma sisteminin iptali ile kurum tarafından bağlanan aylığın kesilmesini gerektirmez⁴³.

Diğer bir görüşe göre, yurda kesin dönüşün belirlenmesinde eylemli çalışma olgusuna bakmak gerekmektedir. Kişinin yabancı ülkede eylemli çalışması yoksa, Türkiye’ye dönüş iradesi beyana bağlı olmalıdır. Kişi tekrar yurtdışına döner ve yurtdışında eylemli olarak çalışırsa aylık kesilir⁴⁴.

Bir diğer görüşe göre, yurtdışında işçi sıfatıyla ilgili tüm bağlarını kopartmadan ve iş ilişkisini bitirmeden geçici sürelerle yurda giriş yapmak, yurtdışındaki ilgili kurumlardan geçici iş göremezlik yardımı, işsizlik sigortası yardımı gibi birtakım yardımlar almak yurda kesin dönüş yapıldığı anlamına gelmez⁴⁵. Bununla birlikte yurda kesin dönüş, mutlak ve kesin bir tarih olarak algılanmamalı, makul ve kabul edilebilir bir süreç olarak değerlendirilmelidir. Bu süreç içinde yurda intikal etme ve yaşamı artık yurtda sürdürme iradesinin ortaya konulması gerekir⁴⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararına göre, “Yurtdışında çalışan Türk vatandaşlarının çalışma yaşamına yönelik tüm ilişkilerini gerek çalıştığı işyerleri ve gerek ilgili olduğu tüm sosyal güvenlik kuruluşları yönünden sona erdirerek yerleşmek ve sosyal güvenliklerini de burada sağlamak üzere Anavatan’a dönüş yapması gerekir. Yurtdışındaki işçi sıfatıyla çalışma yaşamıyla ilgili tüm bağlarını ve ilişkisini bitirmeden, geçici sürelerle yurda giriş yapmak ve Alman Sosyal Güvenlik kuruluşlarından yardım almak kesin dönüş anlamında kabul edilemez.”⁴⁷.

Yargıtay’ın bir başka kararına göre, “Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının 11.9.1986-1.1.1994 tarihleri arasında yurt dışında (Almanya’da) geçen hizmetlerini 3201 sayılı Yasa gereğince borçlanarak, borçlanma bedelini ödediği ve 18.7.1995 tarihli talebi dikkate alınarak 01.08.1995 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlandığı, daha sonra Alman Sigorta Mercii’nden alınan hizmet cetvelinden davacının yurda kesin dönüş yapmadığı ve 14.02.1997 tarihine kadar işsizlik yardımı aldığı anlaşıldığından bahisle Kurum tarafından davacının yaşlılık aylığının bağlanış tarihi itibarıyla iptal edildiği ve ödenen aylıkların davacıdan geri alındığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, davacının 31.12.2005 tarihinden itibaren Almanya’da aktif sigortalı olarak çalışmadığı, işsizlik sigortasından yardım almadığı gerekçesiyle bu tarihte yurda kesin dönüş yaptığı kabul edilerek yazılı şekilde karar verilmiş ise de davacının yurt dışı ilişkisinin bitip bitmediğinin yöntemince araştırılmadığı görülmektedir. Yapılacak iş; davacının Türkiye’de ikamet ettiği adresi davacıdan sormak, hangi tarihten itibaren bu adreste oturduğunu zabita ve muhtarlık aracılığı ile araştırmak, yurda giriş-çıkış yaptığı tarihlere Emniyet Müdürlüğü’nden sorulup davacının pasaport fotokopileri temin edilip Kurumdan 31.12.2005 tarihinden günümüze kadarki süreyi kapsayan TR4 formu getirtilerek tüm deliller birlikte değerlendirilerek davacının yurda kesin dönüş yapıp yapmadığını saptamak, kesin dönüş yapmış ise kesin dönüş tarihini takip eden aybaşından itibaren aylık bağlamaktan ibarettir. Mahkemece bu

maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”^{48,49}

Yargıtay’ın diğer bir kararına göre, “Uyuşmazlık, borçlanma ve aylık bağlama tarihinde davacının yurt dışında çalışıp çalışmadığı noktasında toplanmaktadır. Hollanda Sigorta Mercinin yazısına göre davacı 25.10.1965-04.09.2002 tarihleri arasında sigortalı sayıldığı halde, aynı Mercinin 23.12.2005 tarihli yazısında ise davacının 25.01.1985-31.01.2004 tarihleri arası sakatlık sigorta ve sağlık ödeneği,01.08.2007 tarihli yazısında ise maluliyet aylığı aldığı bildirildiğinden, davacının aylık tahsis talebinde bulunduğu 27.11.1991 tarihinde yurtdışında aktif sigortalı olarak çalışıp çalışmadığı veya hastalık, geçici işgöremezlik, işsizlik ödeneği alıp almadığı konusunda çelişki bulunmaktadır. Yapılacak iş, dosyadaki belgeler arasındaki çelişki giderilerek davacının aylık tahsis talebinde bulunduğu 27.11.1991 tarihinde yurtdışında aktif sigortalı olarak çalışıp çalışmadığını hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde saptamak, sakatlık sigorta ve sağlık ödeneği prosedürünü belirlemek ve bu dönemde mecburi prim kesilip kesilmediğini araştırmak, maluliyet aylığı aldığı belirtilen davacının Hollanda mevzuatına göre Hollanda da ikamet etme zorunluluğu bulunup bulunmadığını tesbit etmek, söz konusu dönemde davacıdan mecburi prim kesildiğinin anlaşılması ve ikamet etme zorunluluğunun bulunması halinde davacı kesin dönüş yapmış sayılamayacağından şimdiki gibi karar vermek, mecburi prim kesilmediğinin anlaşılması ve ikamet etme zorunluluğunun bulunmaması halinde davacı kesin dönüş yapmış sayılacağından davanın tümüyle kabulüne karar vermektен ibarettir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın ek-sik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”⁵⁰

Yargıtay’ın bir kararına göre, “Çalıştığı ülke Almanya’da geçici iş göremezlik yardımı ile işsizlik sigortası yardımı alan kişi, yurtdışında oturmuş ve yurda kesin dönmemiş kabul edilir. Ancak malullük aylığı alan kişi için aynı

durum söz konusu değildir.”⁵¹

Yargıtay’ın bir başka kararına göre, “Davacının borçlanma tarihinde kesin dönüş yapmadığı, yurtdışında aktif sigortalı olarak çalıştığı ve prim ödediği, üstelik hastalık yardımı da aldığı yurtdışından gelen return yazıdan anlaşılıyor, üstelik pasaportunda da ülkeye sık sık giriş çıkış yaptığı belirtiliyorsa kesin dönüş yaptığından söz edilemez.”⁵²

3201 s. K. m. 6 çerçevesinde aranan şartları yerine getirenlerden tahsise hak kazananların aylıkları, yazılı istek tarihini takip eden ay başından itibaren başlatılmak üzere 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi hükümlerine göre bağlanırlar.

Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında yabancı ülke mevzuatına tabi çalışanlar, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alanların aylıkları, tekrar çalışmaya başladıkları veya ikamete dayalı bir ödenek almaya başladıkları tarihten itibaren kesilir (3201 s. K. m.6-B).

Yargıtay’ın bir kararına göre, “Uyuşmazlık, yurtdışında geçen çalışmaların borçlanması sonucu sigortalıya yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra, sigortalının Türkiye’de sosyal güvenlik kurumlarına tabi olacak şekilde çalışması durumunda 3201 sayılı Yasa’nın 6/B maddesi uyarınca yaşlılık aylığının kesilip kesilmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Davanın yasal dayanağını oluşturan ve uyuşmazlık döneminde yürürlükte bulunan 3201 sayılı Yasa’nın 5754 sayılı Yasa’nın 79. maddesi ile değişik 6/B maddesine göre; “bu Yasa hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında yabancı ülke mevzuatına tabi çalışanlar, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alanlar ile Türkiye’de sigortalı çalışmaya başlayanların aylıkları, tekrar çalışmaya başladıkları veya ikamete dayalı bir ödenek almaya başladıkları tarihten itibaren kesilir.

5997 sayılı Yasanın 15. maddesi ile 3201 sayılı Yasanın 6/B maddesi değiştirilerek “Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle ay-

lık bağlananlardan tekrar yurt dışında yabancı ülke mevzuatına tabi çalışanlar, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alanların aylıkları, tekrar çalışmaya başladıkları veya ikamete dayalı bir ödenek almaya başladıkları tarihten itibaren kesilir. Türkiye’de sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar hakkında 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışılmasına ilişkin hükümleri uygulanır.” hükmü getirilmiş, madde hükmü 19.06.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yapılacak iş, davacının büfe işletmeciliği nedeniyle vergi, oda ve esnaf ve sanatkar siciline kaydı bulunup bulunmadığını ilgili yerlerden sormak zabıta araştırması yapmak, tarafların gösterecekleri tanıkları ve komşu işyeri tanıklarını dinlemek, davacının çalışmasının hangi tarihte son bulduğunu yöntemince belirlemek, davacının çalışmasının 19.06.2010 tarihinden önce sona erdiği belirlenir ise bu tarihten, çalışmasının 19.06.2010 tarihine kadar devam ettiği belirlenir ise Yasa’nın açık hükmü karşısında Yasa’nın yürürlük tarihinden itibaren yaşlılık aylığının yeniden bağlanmasına karar vermektir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”⁵³

Yurt içinde veya yurt dışında çalışması sona erenlerin veya ikamete dayalı bir ödenek alanlardan ödenekleri sona erenlerin, aylıklarının tekrar ödenmesi için yazılı talepte bulunmaları halinde, talep tarihini izleyen aybaşından itibaren aylıkları tekrar ödenmeye başlanır (3201 s. K. m.6).

2. Borcun Tamamının Ödenmesi Şartı

Yönetmeliğin 4/1-a maddesine göre borcun tamamının ödenmesi, aylık talep tarihinden önce en az aylığa hak kazanmaya yetecek süre karşılığı ödenen miktarı ifade eder. 3201 sayılı kanunda yurtdışı hizmet borçlanmasında borcun tamamının ya da bir kısmının borçlanılabilmesine olanak tanınmıştır. Üç aylık sürede borçlanılan sürenin tamamı ödenmese bile, ödenen kısma isabet eden süre geçerli kabul edilir⁵⁴.

3. Aylık İçin Yazılı Başvuruda Bulunulması Şartı

Yurtdışı hizmet borçlanmasında aylık tahsis talebinde bulunanların yazılı başvuru yapmaları ve tahsis talep ve beyan taahhüt belgesi ve 3201 sayılı Kanuna göre aylık talebinde bulunanlara mahsus beyan ve taahhüt belgesi ile yurtdışında çalıştıkları işten ayrıldıklarını, yurtdışında ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneğinin sona erdiğini gösterir hizmet belgesi vermeleri gerekmektedir⁵⁵.

4. Sosyal Güvenlik Kanunlarına Göre Aylığa Hak Kazanma Şartı

3201 sayılı Kanuna göre yurtdışı hizmet borçlanmalarında, yurtdışında geçen sürelerin aylığa hak kazanılması bakımından değerlendirilmesinde Türkiye’de yürürlükte olan Sosyal Güvenlik Kanunları geçerlidir⁵⁶. Bu çerçevede borçlanma başvurusunda bulunan kişinin Sosyal Güvenlik Kanunlarına göre aylığa hak kazanma koşullarını yerine getirmiş olması gerekir.

G. KISMİ AYLIĞIN TAM AYLIĞA ÇEVİRİLMESİ

3201 s. K. m.9 ve Yönetmelik m. 16’ya göre, sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle Sosyal Güvenlik Kanunlarına göre kendilerine veya hak sahiplerine kısmi aylık bağlanmış olanlar, talep ettikleri takdirde, borçlarını tamamen ödemeleri şartıyla kısmi aylıklarını, borçlarını ödedikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren tam aylığa çevirebilirler. Bu uygulamada borç miktarının tahakkukunda sözleşme akdedilen ülkenin sigorta kurumlarınca gönderilmiş olan hizmet cetvelindeki, tam aylığa yeterli olan gün sayıları esas alınır. Yargıtay’a göre de bağlanan kısmi aylığın her zaman tam aylığa dönüştürülmesi mümkündür⁵⁷.

H. TRANSFER EDİLEN PRİMLERİN İADESİ

3201 sayılı Kanun borçlanmaya ilişkin bir düzenleme yapmakla birlikte, yurtdışında çalışan Türk işçilerin yabancı ülkelerde yatırmış oldukları primlerin yurda dönüş yaptıktan sonra ülkeye transferine ilişkin de düzenleme

getirmiştir. 3201 s. K. m.10'a göre, "Türk vatandaşları hesabına yabancı ülkelerdeki sosyal güvenlik kurumlarına yatırılmış bulunan primlerin, ülkelerarası anlaşmalarla Türkiye'ye transferlerinin sağlanması halinde;

a) Transfer olunan primlere ilişkin sürelerin tamamını bu Kanuna göre borçlanarak, tahakkuk ettirilen borcunu da ödemiş olanlara, transfer olunan primlerin tamamı,

b) Transfer olunan primlere ilişkin sürelerin bir kısmını bu Kanuna göre borçlanarak tahakkuk ettirilen borcunu da ödemiş olanlara, transfer olunan primlerin borçlandıkları süreye isabet eden orandaki miktarı,

Transfer tarihindeki cari kur üzerinden Türk Lirası karşılığı olarak ilgili sosyal güvenlik kuruluşunca sigortalıya, hak sahiplerine veya mirasçılara iade edilir."

Yargıtay'ın bir kararına göre, "transfer edilen primlerin yaşlılık aylığı için gerekli olan kısmı kuruma kalmaktadır. Bunu aşan kısım ise sigortalıya iade edilmektedir."⁵⁸ Yargıtay'ın bir başka kararına göre, "Transfer edilen primler, transfer tarihindeki cari kur üzerinden ilgisine iade edilmelidir."⁵⁹ Yargıtay'ın bir diğer kararına göre, "Yurtdışında çalışmaları nedeniyle transfer edilen ve değerlendirilmeyen primler, transfer tarihindeki kur üzerinden, iade tarihine kadar hesaplanacak yasal faizi ile iade edilmelidir."⁶⁰

İ. BORÇLANMADA SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ UYGULAMASI

16/06/2010 tarihinde kabul edilen 5997 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce 3201 sayılı Kanun kapsamında hizmet borçlanması yaparak emekli aylığı bağlananların, bu aylıkları kesilmeksizin ülkemizde sigortalı bir işte sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışmalarına izin verilmemekteydi. Diğer bir ifade ile, yurt dışı hizmet borçlanması ile emekli aylığı bağlananların Türkiye'de sosyal güvenlik kanunlarına göre sigortalı olarak çalışmaya başlamaları halinde, çalışmaya başladıkları tarih itibarıyla emekli aylıkları kesilmekte idi. Aylığın kesilmesine yol açan nedenlerin orta-

dan kalkması halinde yeniden talepte bulunulması durumunda talep tarihini takip eden ay başından itibaren aylıklar tekrar ödenmeye başlanmaktaydı⁶¹. Ancak bu durum yurt dışı hizmet borçlanması yaparak emekli aylığı bağlanmış olanların emekli aylıklarının kesilmemesi için kayıt dışı çalışmayı teşvik ettiği için 3201 sayılı Kanunun 6.maddesinin (B) fıkrasının ilk paragrafında 5997 sayılı Kanunun 15.maddesi ile getirilen değişiklikle yurt dışı hizmet borçlanması yapmak suretiyle emekli aylığı bağlananların, bu aylıkları kesilmeksizin ülkemizde sosyal güvenlik destek primine tabi olarak hizmet akdi veya kendi nam ve hesabına çalışmaları önündeki engel kaldırılmıştır⁶².

Bu çerçevede 3201 s. K. m.6'ya göre, Türkiye'de sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar hakkında 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışılmasına ilişkin hükümleri uygulanır.

J. YURTDIŞINDA ÇALIŞANLARIN İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIĞI

5510 s. K. m.50'ye göre isteğe bağlı sigortalılıktan Türkiye'de ikamet edenler ile Türkiye'de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerdeki Türk vatandaşları yararlanabilir. 1/10/2008 tarihinden önce, Türk vatandaşlarının isteğe bağlı sigortalı olabilmeleri için Türkiye'de ikamet etme şartı yer almazken; 1/10/2008 tarihinden itibaren 5510 sayılı Kanunun 50 nci maddesinde yapılan değişiklik ile isteğe bağlı sigortalı olabilmek için Türk vatandaşı olmak ve Türkiye'de ikamet etme şartı getirilmiştir. Ancak bu konuda ülkemizle arasında sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelere giden Türk vatandaşları açısından bir istisna getirilmiştir. Buna göre, ülkemizle arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelere giden Türk vatandaşlarının isteğe bağlı sigortalı olabilmesi mümkündür.

Yargıtay'ın bir kararına göre, "Davacı, Türkiye'deki çalışmaları esas alınarak bağlanan yaşlılık aylığının geçerli olduğunun, kesilen yaşlılık aylıklarının kesildiği tarihten itibaren

ödenmesi gerektiğinin ve ödenen yaşlılık aylıkları nedeniyle Kurum'a borçlu olmadığına tespitine karar verilmesini istemiştir. Davacı için, 01.12.1982 – 02.03.1987 tarihleri arasında hem Türkiye'de hem de Avusturya'da prim ödediği konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Uyuşmazlık konusu dönemde yürürlükte bulunan ve 506 sayılı Yasa'nın isteğe bağlı sigortalılığı düzenleyen 85. maddesinde belirtilen "Her hangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna" deyimiyle Türkiye'deki sosyal güvenlik kuruluşları amaçlanmakta olup, bu durumda gerek sosyal güvenlik sözleşmesi yapılan ülkelerde (ikili antlaşmalarda aksine hüküm bulunmadıkça) gerekse sözleşme yapılmayan ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının Türkiye'de isteğe bağlı sigortalı olabilecekleri ve bu nedenle yurtdışındaki çalışma ile çakışan isteğe bağlı sigortalılığın geçerli olacağı; davacı için, anılan dönemde Türkiye'de uzun vadeli sigorta kollarından prim ödenen süreler isteğe bağlı sigortalı sayılarak, uyuşmazlığın buna göre çözülmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir."⁶³

II. 5510 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE TÜRK İŞVERENLER TARAFINDAN GEÇİCİ OLARAK YURTDIŞINDA ÇALIŞTIRILACAK TÜRK İŞÇİLERİN SOSYAL GÜVENLİĞİ

5510 s. K. m.10'a göre, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan sigortalıların işverenleri tarafından geçici görevle yurt dışına gönderilmeleri, (c) bendinde sayılan sigortalıların mevzuatlarında belirtilen usûle uygun olarak yurt dışına gönderilmeleri veya (b) bendinde sayılanların sigortalılığa esas çalışması nedeniyle yurt dışında bulunmaları halinde, bu görevleri yaptıkları sürece, sigortalıların ve işverenlerin sosyal sigortaya ilişkin hak ve yükümlülükleri devam eder.

5510 s. K. m.5-g'ye göre ise, ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelere iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçile-

ri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50 nci maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. Bu bent kapsamında yurt dışındaki işyerlerinde çalışan sigortalıların, bu sürede ödedikleri isteğe bağlı sigorta primleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık sayılır.

Bu hükümler çerçevesinde, yurtdışında Türk işverenler tarafından çalıştırılacak işçiler için iki farklı durum söz konusudur. Bu kişilerin kısa süreli işlerle ilgili olarak geçici görevle yabancı ülkelere gönderilip gönderilmedikleri ve ilgili ülke ile sosyal güvenlik sözleşmesi olup olmadığına tespiti gerekecektir. Eğer yabancı ülke ile sosyal güvenlik sözleşmesi varsa bu sözleşme hükümlerinin, yoksa 5510 s. K. m.5-g uyarınca kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması gereklidir. Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelere geçici olarak çalıştırılmak üzere yurtdışına gönderilen Türk işçileri hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri, bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde ise Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile diğer şartlar aranmaksızın haklarında genel sağlık sigortası primi hariç isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanmaktadır⁶⁴.

İşveren tarafından kısa süreli işler için geçici görevle yabancı ülkelere gönderme halinde geçici sürenin ne kadar olabileceğine ilişkin mevzuatta açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bu noktada yargı kararları belirleyici olacaktır. Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olan ülkelere çalıştırılmak üzere Türk işçi gönderilmesi halinde de ilgili sosyal güvenlik sözleşmesi hükümleri esas alınacaktır. Örneğin Tür-

kiye Cumhuriyeti ve Belçika Krallığı arasında 4/07/1966'da imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesi hükümlerine göre görevlendirilmiş kişiler, geldikleri ülkenin rejimi kapsamında kalmaya devam edebileceklerdir. Sözleşmenin 4 (a) maddesine göre, "Kanuni ikametgahlarının bulunduğu memleketteki bir işyerine bağlı olup işveren müessese tarafından diğer memlekette çalıştırılan işçilerle benzerleri, bu memleketteki çalışma süreleri 12 ayı geçmemek şartıyla, mutad çalışma yerlerinin bulunduğu memleket mevzuatına tabi olurlar;..." Belçika ile yapılan sözleşme çerçevesinde geçici görevlendirme süresi 12 ay olarak kararlaştırılmıştır⁶⁵.

Yurt dışında iş alan Türk şirketleri, bu işlerde çalıştıracakları işçileri genellikle Türkiye'den temin etmektedir. Bu çerçevede yabancı bir ülkede Türk işçisi çalıştırmak isteyen firmaların işçi teminine Kurum ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu gereğince Kurum tarafından iş ve işçi bulmaya aracılık izni verilen özel istihdam büroları yetkilidir. İş-Kur tarafından hazırlanan "Bireysel Tip İş Sözleşmesi" Türkiye İş Kurumu nezdinde işçi ve işveren veya vekiline imzalatılmaktadır. Bu sözleşme ile, işçi ve işverenin karşılıklı hak ve sorumlulukları belirlenmektedir⁶⁶.

III. YURTDIŞINDA YAŞAYAN TÜRK VATANDAŞLARININ ÇALIŞMA HAYATINDAN KAYNAKLANAN SORUNLARINA İLİŞKİN UYGULAMA ÖRNEKLERİ

Yurtdışında yaşayan vatandaşlarımızın çalışma hayatına ilişkin karşılaştıkları ve uyuşmazlık konusu yapılan bazı sorunlar ve Yargıtay kararlarına konu olan uygulama örnekleri şöyledir:

Yargıtay'ın bir kararına göre, "Somut olayda; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan davacı borçluya yurtdışından bağlanan ve yurtdışı sigorta mercii tarafından ödenmekte olan emekli maaşının tamamının haczedildiği anlaşılmıştır. Borçlunun yurtdışı sigorta mercii tarafından ödenen aylığının haczedilemeyeceği yönünde İİK'nın 82. maddesinin aradığı şekilde özel bir

kanun hükmü bulunmadığından, yurtdışından alınan aylığın haczi mümkündür. Yargıtay HGK'nın önüne gelen benzer bir konuda verdiği 2009/12-166 E. ve 10.6.2009 tarihli kararından sonra yurtdışından bağlanan emekli maaşları İİK'nın 83. maddesi kapsamında değerlendirilmeye başlanılmıştır. Ne var ki, icra müdürü tarafından borçlunun yurtdışı sigorta mercii tarafından ödenen emekli maaşının tamamı üzerine haciz konulmuştur. Mahkemeye borçlunun şikayetinin İİK'nın 83. maddesi kapsamında değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yurtdışı emekli maaşının haczinin mümkün olduğu gerekçesi ile şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi isabet-sizdir."⁶⁷

Yargıtay'ın bir başka kararına göre, "Davacı vekili, davacının davalı şirketin yurtiçi ve yurtdışında bulunan şantiyelerinde çalıştığını, üç öğün yemek yardımı, barınma ve ısınma gibi ihtiyaçlarının işveren tarafından karşılandığını, iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini, izin kullanılmadığını belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağına davalı işveren tarafından tahsiline karar verilmesini talep etmiştir... Dosya içeriğine göre davacının davalı şirket tarafından yurtdışı işyerinde çalıştırılmak üzere gönderildiği, yurtdışı işyerinde davalının organik bağ içinde olduğu ve o yer mevzuatına göre kurulan şirket tarafından çalıştırıldığı anlaşıldığından, iş sözleşmesinin haksız feshi nedeni ile davalının kıdem ve ihbar tazminatından sorumluluğuna karar verilmesi isabetli bulunmuştur. Davacı Türk uyruklu ve davalı da Türk Ticaret Sicilinde kayıtlı işveren olup, millilik ve iş hukukunun emredicilik ilkesi gereğince kıdem ve ihbar tazminatı hükümlerinde olduğu gibi yıllık ücretli iznin de Türk Hukuk Mevzuatı uygulanarak belirlenmesi gerekir."⁶⁸

Yargıtay'ın bir diğer kararına göre, "Somut olayda davacı 1.1.1999-6.3.2003 ile 22.5.2003-30.11.2007 tarihleri arasında uluslararası tır şoförü olarak davalı işyerinde çalışmıştır. Davacının çalıştığı döneme ilişkin hangi tarihlerde yurtdışına giriş-çıkış yaptığına ilişkin pasaport kayıtları getirilmelidir. Bu kayıtlara göre davacının yurtdışında bulunduğu süreler belirle-

nerek genel tatil çalışma alacağı hüküm altına alınmalıdır. Tanık beyanlarına itibar edilerek isteğin hüküm altına alınması hatalıdır.”⁶⁹

Yargıtay’ın bir başka kararına göre, “Dosya içeriğine göre davacının davalıya ait yurtdışı işyerinde çalışırken, işyerinde yabancı uyruklu işçilerin saldırısı sonucu yaralandığı, işverenin gerekli güvenlik önlemlerini almaması nedeni ile bu saldırı sonunda kişilik haklarının hukuka aykırı şekilde ihlal edildiği, davacının işyeri güvenlik önlemlerini almaması ve kişisel güvenliğinin tehlikede olması nedeni ile belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği anlaşılmaktadır. Öncelikle kişilik hakları, beden bütünlüğü, işyerinde gerekli iş güvenliği önlemleri nedeni ile zarara uğrayan, bu nedenle elem ve acı duyan işçinin BK.m.322 yolu ile aynı kanununun 47, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 77 ve 24/II-a maddeleri yolu ile aynı kanununun 26/2 maddesi uyarınca davacı işçi, davalıya ait işyerinde işverenin gerekli güvenlik önlemlerini almaması nedeni ile yabancı uyruklu işçilerin saldırısı sonucu yaralanması nedeni ile acı ve üzüntü duyduğunu belirterek manevi tazminat talep etmiştir. Davalı işverenin çalışanları gözetme ve koruma borcu kapsamında işyerinde gerekli güvenlik önlemleri almadığı, davacının işyerinde yabancı uyruklu işçilerin saldırısı sonucu yaralandığı anlaşıldığından, BK.m.47’e göre cismani zarara uğrayan kişiye zararın ağırlığına ve diğer tazminat öğeleri dikkate alınarak yargıç tarafından adalete uygun bir tazminat verilmelidir.”⁷⁰

SONUÇ

Birçok yabancı ülkede Türk işçileri çalışmakta ve bu işçiler Türkiye’ye döndüklerinde sosyal güvenliklerinin ne olacağı konusu önem arz etmektedir. Yurtdışında yaşayan Türk vatandaşları Türkiye’ye geri döndüklerinde çalıştıkları ülkenin mevzuatına göre yaşlılık aylığına hak kazanamamış olmaları ve varsa daha önce Türkiye’de geçen çalışmalarının Türkiye’de yaşlılık aylığına hak kazanmalarına yetmemesi ihtimal dahilindedir.

Bu bağlamda çalışmamızın ilk bölümünde yurtdışında yaşayan vatandaşlarımız bakımından çok önemli bir konu olan yurtdışı hizmet

borçlanması incelenmiştir. Yurtdışında yaşayan vatandaşlarımız yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanarak bu sürelerin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesini talep edebilirler. Yurtdışında yaşayan ve çalışan vatandaşlarımızın yurtdışı hizmet borçlanmasına ilişkin iş ve işlemleri 3201 sayılı Kanun, Yönetmelik ve Genelgeler çerçevesinde yürütülmektedir.

Yurtdışında çalışmış olup 18 yaşını doldurmuş bulunan Türk vatandaşları ve yurtdışında çalışanların ev kadını olarak bulunmuş eşleri yasadan yararlanabilir. Yurtdışı hizmet borçlanması yapabilmek için Türk vatandaşı olmak, 18 yaşını doldurmuş olmak, belirli nitelikte yurtdışı sürelerinin bulunması, yazılı başvuru yapmak ve hizmet belgelerini tamamlamak gerekmektedir.

3201 sayılı Kanun çerçevesinde hem borçlanma yapılacak sürelerde hem de borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olma koşulu getirildiği için, yurtdışında yaşayan ve yabancı ülke vatandaşlığına geçen Türk asıllı olan kişiler bu kanun hükümlerinden yararlanamazlar. Yargıtay, başvuru tarihindeki koşullara göre belirlenmek üzere talep tarihinde Türk vatandaşı olma şartı aranmaksızın ilgililerin borçlanmaya hakkı olduğunun tespitine karar vermiştir. Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığından çıkarılan kişilerin de Türk vatandaşı olarak yurtdışında çalıştığı süreleri 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanabileceği kabul edilmektedir.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, daha önce 5510 sayılı Kanun’un 4/1-(a) bendi kapsamında sigortalılığı bulunmayan ilgilinin 3201 sayılı Kanun’un 5. maddesinin 4. fıkrasına göre yurt dışı hizmet borçlanmasına ait sürelerinin 5510 sayılı Kanun’un 4/1-(b) bendi kapsamında sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağını kabul etmektedir. 5510 s. K. m.4/1-b kapsamında emeklilik maaşı daha az, 4/1-a kapsamında maaş daha fazla olduğu için bu uygulama eleştirilmektedir.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, göçmen olarak Türkiye’ye gelenlerin, yurtdışında çalıştıkları sürede Türk vatandaşı olmadıkları için borçlanamayacaklarını, yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınmanın ise geçmişe

etkili bulunmaması nedeniyle, yurtdışında sadece Türk vatandaşlığını kazandıkları günden sonraki sürelerin borçlanarak değerlendirilebileceğini kabul etmektedir.

Yargıtay sigortalılık başlangıcına ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarda, 3201 sayılı Kanunun 5. maddesinden önce uygulanma önceliğine sahip bulunan 30 Nisan 1964 tarihli Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi hükmü uyarınca ilgilinin yurtdışında ilk defa çalışmaya başladığı tarihin esas alınması gerektiğini kabul etmektedir. Bu bağlamda iç hukuk mevzuatımız yerine uluslararası sözleşme asıl olarak uygulanmaktadır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesi uyarınca yurtdışında ilk defa çalışmaya başlanılan tarihin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi için borçlanma istemi veya borçlanma bedelinin ödenmesi koşulunu aramamaktadır.

3201 sayılı yasadın yararlanabilmek için kesin dönüş koşulu kaldırılmıştır. Tahakkuk ettirilen borcun ödenmesi ve yazılı başvuru yapılması gerekmektedir. Ancak aylık bağlanabilmesi için yurda kesin dönüş yapılmış olması şarttır. Yargıtay'a göre, yurtdışında çalışan Türk vatandaşlarının çalışma yaşamına yönelik tüm ilişkilerini gerek çalıştığı işyerleri ve gerek ilgili olduğu tüm sosyal güvenlik kuruluşları yönünden sona erdirerek yerleşmek ve sosyal güvenliklerini de burada sağlamak üzere Anavatan'a dönüş yapması gerekir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde 5510 sayılı Kanun çerçevesinde Türk işverenler tarafından geçici olarak yurtdışında çalıştırılacak Türk işçilerin sosyal güvenliği konusu incelenmiştir. Bu bağlamda eğer ülkemiz ile yabancı ülke arasında sosyal güvenlik sözleşmesi varsa bu sözleşme hükümlerinin, yoksa 5510 s. K. m.5-g uyarınca kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması gereklidir. Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde geçici olarak çalıştırılmak üzere yurtdışına gönderilen Türk işçileri hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri, bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına

tabi olmak istemeleri halinde ise Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile diğer şartlar aranmaksızın haklarında genel sağlık sigortası primi hariç isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanmaktadır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde yurtdışında yaşayan vatandaşlarımızın çalışma hayatına ilişkin karşılaştıkları uyumsuzluk konusu yapılan ve Yargıtay kararlarına konu olan bazı uygulama örnekleri belirtilmiştir.

DİPNOTLAR

- 1 Ali Rıza Okur, "Yurtdışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu", Çalışma ve Toplum, 2006/3, s. 109.
 - 2 Ali Güzel/Saim Ocak, "Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Yargı Kararları Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Legal İHSGHD., C.4, S.13, 2007, s.1310 vd.; Fatih Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2009, s.256;
 - 3 Cüneyt Olgaç, Son Değişiklikler Işığında Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yurtdışı Borçlanma Uygulamaları Rehberi, Ankara 2011, s.20; Süleyman Tuncay/Ahmet Aras, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Son Düzenlemelerle Hizmet Borçlanmaları, Ankara 2010, s.44.
 - 4 Güzel/Ocak, s.1352.
 - 5 Tuncay/Aras, s.45.
 - 6 Tuncay/Aras, s.45.
 - 7 Uşan, s.257; Olgaç, s.20.
 - 8 Yarg. 21. HD., 25.4.2013, E.2013/6872, K.2013/8119 (Yargıtay kararları için kişisel arşiv kullanılmıştır).
 - 9 "Taraflar arasındaki uyumsuzluk, dava konusu dönemde yürürlükte bulunan 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanununun 20. (12/06/2009 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5901 sayılı yeni Türk Vatandaşlık Kanununun 25.) maddesi gereğince, Türk vatandaşlığından Bakanlar Kurulunun kararı ile çıkmasına izin verilip, 26.08.1999 tarihi itibarıyla Türk vatandaşlığını kaybeden ve halen Türk vatandaşı olmayan davacının, 20.04.1994-31.12.2004 tarihleri arasında bir kısmı Türk vatandaşı olduğu, bir kısmı da Türk vatandaşı olmadığı dönemlerde, Almanya'da gerçekleşen çalışma sürelerini, 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanarak, sosyal güvenliği bakımından değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir.
- Davacı vekili, müvekkilinin yurtdışına çıkmadan önce davalı kuruma bağlı sigortalılığı bulunduğunu, 1992 yılından dava tarihine kadar Almanya'da işçi olarak çalıştığını, 1999 yılında Türk vatandaşlığından çıkma izni alarak Alman vatandaşlığına geçtiğini, müvekkilinin yurtdışında geçen hizmetlerinin 3201 sayılı Kanuna göre borçlanma talebinin, davalı kurum tarafından Alman vatandaşı olması gereğiyle kabul edilmediğini belirterek, davacının 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanma yapabileceğinin ve yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunabileceğinin tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, 3201 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 2.maddesi açık hükmü karşısında doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da sonradan İçişleri Bakanlığından çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin yurtdışında Türk vatandaşı olarak çalıştıkları süreleri 3201 sayılı Kanuna göre borçlanamayacaklarını, Türk vatandaşlığından çıkmadan önce bu süreleri borçlanmış olsalar dahi, yönetmelik aylık alma süresinde dahi Türk Vatandaşı olması gerektiğinden, bu hizmetlerinin dikkate alınmadığını ve aylık bağlanmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Her ne kadar, 3201 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinde, borçlanma tarihinde de Türk vatandaşı olunması gerektiği belirtilmiş ise de; gerek, 12.06.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28. maddesinde; gerekse önceki 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 29. maddesindeki yasal düzenlemeye yer verilerek, doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığında vatandaşlıktan çıkma izni alanların, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı tutulmuş olup; anılan kişilerin bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri belirtilmiştir. Açıklanan kanun maddeleri, açıkça, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin kazanılmış haklarının korunacağını belirtmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.11.2005 gün ve 10/492-646, 16.11.2005 gün ve 21/682-618, 08.03.2006 gün ve 21/15-58 ve 08.03.2006 gün ve 21/6-56 sayılı kararlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir." Yarg. HGK. 28.4.2010, E.2010/10-210, K.2010/240.

- 10 Birten Dönmez/Gülen Kızıltaş, "Türk Vatandaşlığından İzinle Çıkanların 3201 sayılı Kanun Çerçevesinde Borçlanması", Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ocak 2013, C.3, S.1, s.144-145.
- 11 Yarg. 21. HD., 23.5.2013, E.2013/8079, K.2013/10762.
- 12 "... 5510 sayılı Kanun'un 38. maddesine göre malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı; sigortalının, 5417, 6900, 506, 1479, 2925, 2926, 5434 sayılı Kanunlar ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıklara veya 5510 sayılı Kanuna tâbi olarak malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edilir. Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklıdır.

Bu Kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlamış kabul edilir. Bu tarihten önceki süreler için ödenen malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edilir.

Kanun'un Geçici 6. maddesine göre 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Kanuna göre 1/4/1981 tarihinden önce malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescil edilmiş olanlar hakkında, bu Kanunun 38 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki sigortalılık süresinin 18 yaşın doldurulduğu tarihten başlayacağına ilişkin hükmü uygulanmaz.

506 sayılı Kanun'un 60/G maddesine göre "Bu maddenin

uygulanmasında; 18 yaşından önce Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına tabi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlamış kabul edilir. Ancak, bu tarihten önceki süreler için ödenen Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edilir." Kanun'un Geçici 54. maddesine göre "01/04/1981 tarihinden önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescil edilmiş olanlar hakkında 60 ıncı maddenin (G) fıkrası hükmü uygulanmaz."

Sigortalıların yurtdışında 1.4.1981 tarihinden önce 18 yaşını ikmal etmeden çalışmaya başlamaları halinde 5510 sayılı Kanun'un Geçici 6 ve 506 sayılı Kanun'un Geçici 54. maddesi hükmüne göre çalışmaya başladıkları tarihin ülkemizde de sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabulü gerekir." Yarg. 21. HD., 30.5.2013, E.2013/9492, K.2013/11307.

- 13 "Yukarıda açıklanan nedenlerle hüküm fıkrasının (1.) bendinde yer alan "çalışma sürelerini" sözcüklerinin silinerek yerine "sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri" sözcüklerinin yazılmasına ve hükmün bu düzeltilmiş şekli ile ONANMASINA oybirliğiyle karar verildi." Yarg.21. HD. 9.5.2013, E.2013/7648, K.2013/9443.
- 14 Tuncay/Aras, s.48.
- 15 Tuncay/Aras, s.49.
- 16 Tuncay/Aras, s.49.
- 17 Ali Güzel/Alı Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2004, s.380.
- 18 Olgaç, s.22; Tuncay/Aras, s.50.
- 19 Yönetmelik m. 7'ye göre, Borçlanma başvurusunda istenilecek belgeler: (1) Borçlanma başvuruları, örneği Kurumca hazırlanan ve Kurumun İnternet sayfasında yayımlanan Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesi ile yapılır.(2) Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesinde, yurtdışında borçlanma kapsamında geçen sigortalılık veya ev kadını olarak geçen süreleri bulunan kişinin adı, soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, borçlanılmak istenilen sürenin niteliği ve süresi, borçlanma miktarının hesabına esas bir günlük prime esas kazanç tutarı ve tebligat adresi ile Türkiye'de sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi geçen çalışmaları varsa kurumu, sigortalılık statüsü, sicil numarası ve süresi belirtilir. (3) Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesine, 9 uncu maddede belirtilen ve borçlanılacak süreye uygun belge asıllarının eklenmesi zorunludur. Kurum, bu belgelerin aslı yerine örneğini ve borçlanma işlemini tamamlamak için ihtiyaç duyduğu diğer belgeleri istemeye yetkilidir.
- 20 Yönetmelik m.9'da yurtdışı sigortalılık sürelerine ait belgeler aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.
- (1) Borçlanma yapılabilmesi için;
- a) Borçlanılacak süre sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmiş ülkelerde geçmişse;
- 1) Çalışılan ülkede bağlı bulunulan sigorta merciinden alınacak hizmet cetveli veya sigorta kartlarından,
- 2) Sigortalıların çalıştıkları iş yerlerinin resmi kuruluşlara ait olması veya resmi kuruluşlarca ya da kamu kurumu olarak

- kabul edilen kuruluşlarca düzenlenmesi halinde, belgelerin ayrıca tasdikine gerek kalmaksızın; çalışılan ülkede işyerinin ait olduğu belediyelerce düzenlenmiş hizmet belgeleri, vergi dairelerince çalışılan sürelerle ilişkin düzenlenmiş belgeler, iş bulma kurumlarınca işsizlikte geçen sürelerle ilişkin verilen belgeler, ilgili meslek kuruluşları veya birliklerince veya diğer resmi kuruluşlarca verilen hizmet belgelerinden,
- 3) Yurtdışında kendi adına ve hesabına çalışanların bağlı oldukları vergi dairesi, ilgili meslek kuruluşu veya birliklerince verilen hizmet belgesinden,
- 4) Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerinden,
- b) Borçlanılacak süre sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelerde geçmişse;
- 1) Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerinden,
- 2) Yurtdışında çalıştıkları iş yerlerinden alacakları hizmet sürelerini gösterir bonservisleri ile birlikte pasaportlarında bulunan çalışma izinlerinin tercümelerinden,
- 3) Gemi adamları, çalıştıkları geminin bayrağını taşıdıkları ülkelerde bulunan Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerinden alacakları ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerini veya iş yerlerinden alacakları sigortalılık sürelerini gösterir bonservisleri ile gemilerde çalıştıklarını gösterir belgelerde kayıtlı bulunan çalışma izinlerinin tercüme ya da pasaportlarında çalışma süreleri ile örtüşen giriş-çıkış tarihlerini gösterir sayfaların örneklerinden durumlarına uygun olan belgenin Kuruma ibraz edilmesi gerekir.
- (2) Ev kadını olarak geçen süreler, yurtdışında oturduklarına dair alacakları ikamet belgesinin Türkiye’de yeminli tercüme bürolarınca yapılmış veya yurtdışında bulunan Türk temsilciliklerince akredite edilmiş tercümanlarca yapılmış ve ilgili temsilcilikçe onaylanmış tercümesi ya da çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlik veya ataşeliğinin bulunduğu Türk temsilciliklerinde söz konusu birimlerin ikamet belgesine istinaden düzenleyecekleri belge ile birlikte, ikamet belgesi temin edilemiyorsa yurtdışına çıkış ve yurda giriş tarihlerinin, fotoğraf ve künye bilgilerinin bulunduğu pasaport sayfalarının fotokopisi ya da emniyet müdürlüklerinden alacakları yurda giriş-çıkış çizelgesi ile belgelendirilir.
- 21 Olgaç, s.24.
- 22 Yönetmeliğin 7. maddesine göre, “(1) Borçlanma başvuruları, örneği Kurumca hazırlanan ve Kurumun Internet sayfasında yayımlanan Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesi ile yapılır. (2) Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesinde, yurtdışında borçlanma kapsamında geçen sigortalılık veya ev kadını olarak geçen süreleri bulunan kişinin adı, soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, borçlanılmak istenilen sürenin niteliği ve süresi, borçlanma miktarının hesabına esas bir günlük prime esas kazanç tutarı ve tebligat adresi ile Türkiye’de sosyal güvenlik ku-

ruluşlarına tabi geçen çalışmaları varsa kurumu, sigortalılık statüsü, sicil numarası ve süresi belirtilir. (3) Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesine, 9 uncu maddede belirtilen ve borçlanılacak süreye uygun belge asıllarının eklenmesi zorunludur. Kurum, bu belgelerin aslı yerine örneğini ve borçlanma işlemini tamamlamak için ihtiyaç duyduğu diğer belgeleri istemeye yetkilidir.”

- 23 Olgaç, s.35-36; Yönetmelik geçici 2. madde.
- 24 Olgaç, s.36.
- 25 Yarg. HGK., 8.3.2006, E. 2006/21-6, K.2006/56.
- 26 Yargıtay’ın benzer bir başka kararına göre, “3201 sayılı Kanun bir borçlanma yasası olup, 1. Maddede yapılan açık tanıma göre, ancak Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşı olarak yurtdışında geçen çalışmalarını borçlanabilmeleri öngörülmüştür. Anılan kanun, yurtdışı hizmet borçlanması hakkının kullanılabilmesi için çalışmanın geçtiği dönemde sigortalı ile uyruklu ilişkiyi aranmakta olup, “Türk soylu ya da sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış olmak” yeterli bulunmamaktadır. Anayasa ve 3201 sayılı Kanunun amaç ve ruhuna bakılmaksızın sadece borçlanma talebi sırasında Türk vatandaşı olmanın yeterli kabul edilmesi isabetsiz olup, 3201 sayılı Kanun uyarınca tanınan borçlanma hakkından, yurtdışında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olarak çalışan ve borçlanma sırasında Türk vatandaşı olanlar yararlanabilirler. Göçmen olarak Türkiye’ye gelenler, yurtdışında çalıştıkları sürede Türk vatandaşı olmadıkları için borçlanamazlar. Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınmanın ise geçmişe etkili bulunmaması nedeniyle, yurtdışında sadece Türk vatandaşlığını kazandıkları günden sonraki süreleri borçlanarak değerlendirilebilirler” Yarg. HGK., 23.11.2005, E.2005/10-492, K.2005/646; bkz. Okur, s.101-102.
- 27 Okur, s.133.
- 28 Tuncay/Aras, s.57.
- 29 Yarg.21. HD., 4.12.2008, E.2008/1631, K. 2008/18955.
- 30 Yarg. 21. HD., 23.5.2013, E. 2013/9342, K.2013/10733.
- 31 Yargıtay’ın bir diğer kararına göre, “Somut olayda, davacının borçlanma talep tarihi 30.12.2011 olup bu tarihten önce Türkiye’de 5510 sayılı Kanun’un 4/1-(a) bendi kapsamında sigortalılığı bulunmadığından 3201 sayılı Kanun’un 5.maddesinin 4.fıkrasına göre yurt dışı hizmet borçlanmasına ait sürelerin 5510 sayılı Kanun’un 4/1-(b) bendi kapsamında sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağına ilişkin Kurum işlemi doğru olduğu halde mahkemece yerinde olmayan gerekçeyle davacının yurt dışı borçlanmasının 5510 sayılı Kanun’un 4/1-(a) bendi kapsamında olduğunun tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Yarg. 21. HD., 6.3.2013, E.2013/2597, K.2013/4049.
- 32 Tuncay/Aras, s.60.
- 33 Güzel/Okur, s.380, dn.131.
- 34 Yarg. HGK.13.7.2011, E. 2011/21-430 , K. 2011/512.
- 35 “... Anılan uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi ile Almanya’da çalışan Türk vatandaşlarının ülkemize dönerek çalışması ve/veya borçlanması halinde uzun vadeli sigorta kollarından bağlanacak aylıklara hak kazanma koşullarında yurt dışında çalışmaya başladıkları tarihin dikkate alınma-

- sı yoluyla sosyal güvenlik haklarının korunması amaçlanmıştır. Anılan hüküm, borçlanma hakkından bağımsızdır. Yurt dışında geçen sigortalılık süreleri, işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen sürelerin borçlanılması zorunlu olmadığına göre yurt dışındaki çalışmasından sonra ülkemize dönen sigortalıların ülkemizdeki prim ödeme gün sayılarının yeterli olması halinde uzun vadeli sigorta kollarından aylık almaları mümkün olup bu halde sigortalıların borçlanma yapmadan yalnızca Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşmenin 29.maddesinin 4.bendi hükmü sayesinde yurt dışında çalışmaya başladıkları tarihin ülkemizde de sigortalılık başlangıç tarihi kabul edilmesi sigortalıların yararına olacaktır.” Yarg. 21. HD., 6.6.2013, E.2013/7798, K.2013/12062.
- 36 Yargıtay’ın bir başka kararına göre, “3201 sayılı Kanun’un 17.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun ile değişik 5.maddesinin son fıkrasında “Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlanmaların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz.” hükmü bulunmakta ise de 05.04.1966 tarihinde imzalanan, 16.12.1967 tarih ve 21778 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 01.02.1968 tarihinde yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında Sosyal Güvenlik Hakkında Sözleşme’nin 29. maddesine göre “Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları hakkındaki Türk mevzuatının uygulanmasında, sigortalı, Türkiye’de yaşlılık sigortasına tabi işe girmeden önce, Hollanda’da bir yaşlılık sigortasına tabi olmuşsa, bahis konusu Hollanda rejimine tabi olduğu ilk gün, Türk mevzuatına göre yaşlılık sigortasına tabi işe ilk defa girdiği gün olarak kabul edilir.” Yurtdışında iken fiili (eylemlî) çalışması bulunmadığı halde o ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına göre yardım niteliğinde ödeme yapılan dönemler ile ev hanımı olarak geçen sürelerin yurtdışında geçen çalışma olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından davacının ev hanımı olarak geçen ve Kuruma borçlandığı dönemin başlangıcının ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Somut olayda, davacının 01.01.1975-10.01.1995 tarihleri arasında Hollanda’da ev hanımı olarak geçen süreyi borçlanmak üzere Kuruma başvurduğu, Kurumun bildirdiği yurtdışı borçlanma bedelinin 3604 güne karşılık gelen bölümünü ödediği, dosyada davacının yurtdışında fiilen çalıştığını gösteren herhangi bir belgenin bulunmadığı, davacının yurtdışında fiili çalışması olup olmadığı Kurumdan sorulmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, davacının yurtdışında fiili çalışması olup olmadığı Kurumdan sorulmadan ev hanımı olarak Kuruma borçlandığı dönemin başlangıcının ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Yapılacak iş, davacının borçlanmaya esas olmak üzere yurtdışında hangi tarihte fiilen çalışmaya başladığını Kurumdan sormak, ilgili ülke sosyal güvenlik kurumundan alınan ve davacının yurtdışı çalışmalarını gösteren belgeler ile Türkçe tercümelerini getirtmek, davacının yurtdışında fiili çalışması olup olmadığını belirleyerek sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın eksik araştırma ve inceleme sonucunda yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Yarg. 21. HD., 16.1.2013, E.2012/23971, K.2013/428. Aynı yönde bkz. Yarg.21. HD., 9.5.2013, E.2013/7423, K.2013/9444.
- 37 Çolak/Öztürk, s.83.
- 38 Yarg. 21. HD., 23.9.2010, E.2010/11606, K.2010/8852.
- 39 Yarg. HGK.7.3.2012, E. 2011/10-805, K. 2012/120. Yargıtay’ın benzer yöndeki Yarg. HGK. 29.9.2010, E.2010/10-472, K.2010/440 sayılı kararını isabetli bulan görüş ve değerlendirmeler için bkz. Saim Ocak, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında 29.9.2010 Tarihli Kararın İncelenmesi”, Çalışma ve Toplum 2011/2, s.311 vd.
- 40 Mesut Balcı, “Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının 3201 sayılı Yasa’ya Göre Borçlanmalarında Yeni Uyuşmazlıklar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, s.280.
- 41 Ali Nazım Sözer, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, s.270.
- 42 Kadir Arıcı, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1999, s.399.
- 43 Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2005, s. 465.
- 44 Mustafa Kılıçoğlu, Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, Ankara 2002, s.89.
- 45 Mahmut Çolak/Ercüment Öztürk, Yurtdışındaki Türk Vatandaşlarının Emeklilik Yolları ve Sosyal Güvenliği, Ankara 2006, s. 68.
- 46 Çolak/Öztürk, s.68-69.
- 47 Yarg. HGK., 22.4.1998, E.1998/21-284, K.1998/300; bkz. Kılıçoğlu, s.87.
- 48 Yarg. 21. HD., 13.6.2011, E.2010/3637, K.2011/5529.
- 49 Yargıtay’ın benzer bir başka kararına göre, “Uyuşmazlık; davacıya, 2147 sayılı Kanun uyarınca bağlanan yaşlılık aylığının, 3201 sayılı Kanun ile artırılmasına olanak verecek “kesin dönüş” tarihinin, dosyadaki belgelerden kuşkuyla yer vermeyecek şekilde anlaşılıp anlaşılmadığı noktasında toplanmaktadır. Yardıma hak kazanılması için hesaplanması gereken sigortalılık sürelerinin araştırılması hakkında bilgiler içeren ve Alman Sosyal Güvenlik makamlarınca düzenlenen 18.2.2002 günlü (TR-4) belgede davacının çeşitli aralıklarla, 16.12.2001 tarihine kadar işçi ve hizmet sigortası kolundan mecburi prim ödemesinde bulunduğu, maluliyet aylığı istemine ilişkin (TR-2) dilekçe formunda ise yurtdışından 1.8.2000 tarihinden itibaren maluliyet aylığı almakta olduğu ifadesi yer almaktadır. Hemen belirtilmelidir ki, bozma kararında yer verilen “davacıya ait TR 4 belgesi dosya içerisinde bulunmadığı” ifadesi yanlıya dayalı olup, bozma kararı metninde yer alan bilgilerin anılan belge içeriğine ilişkin bulunduğu görülmektedir. Bu durumda yapılması gereken; davacının yurt dışındaki çalışma ilişkisinin sona erdiği tarihin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenmesi ve belirlenen bu tarihin, yurda kesin dönüş olarak kabulünün ve buna dayalı olarak; 3201 sayılı Kanun uyarınca yaşlılık aylığının artırılmasının olanaklı bulunup bulunmadığına karar vermekten ibarettir.” (Yarg. HGK. 24.5.2006, E.2006/10-283, K.2006/320.
- 50 Yarg.21 HD., 16.6.2008, E.2007/12490, K.2008/9300.
- 51 Yarg. HGK. 22.4.1998, E.1998/21-284, K.1999/200. Benzer yönde bkz. Yarg. HGK. 28.4.1999, E.1999/10-618,

- K.1999/247; Yarg. HGK. 6.10.1999, E.1999/10-661, K.1999/810; bkz. Çolak/Öztürk, s68-69.
- 52 Yarg. 21. HD., 6.10.1997, E.1997/6015, K.1997/6115; Tuncay/Ekmekçi, s.468, dn.47.
- 53 Yarg.21. HD.29.9.2011, E.2011/7274, K.2011/7424.
- 54 Tuncay/Aras, s.62.
- 55 Tuncay/Aras, s.64.
- 56 Tuncay/Aras, s.62.
- 57 Yarg. 21. HD., 11.7.2006, E.2006/8564, K.2006/8118.
- 58 Yargıtay vermiş olduğu kararında, transfer edilen primlerin sigortalıya iadesi talebini reddeden mahkeme kararını bozmuştur. "İsviçre ile yapılan anlaşma dikkate alınarak , transfer edilen primlerin aylık bağlamaya yetecek kadarının Kurumca değerlendirileceği, kalan kısmın iade edileceği öngörüldüğü gerekçesiyle, davacının Türkiye'deki çalışmaları ile zaten aylığa hak kazanmış olduğundan, transfer edilen primlerin davacıya iade edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Karara eklenen karşı oy yazısında transfer edilen primlerin kurumca değerlendirilerek, yaşlılık aylığı oranının artırılmasında kullanılabilceği ileri sürülmüşse de, bu yasanın amacını aşan bir yorumdur. Kanun sadece transfer edilen primlerin aylık bağlanması amacıyla kurum tarafından değerlendirilmesini öngörmüş, bunun dışında transfer edilen primlerin sigortalıya iadesini istemiştir." Yarg. 10. HD. 29.6.1992, E.1992/13092, K.1992/7486; bkz. Güzel/Okur, s.382, dn.133.
- 59 Yarg. HGK., 23.9.1987, E.1987/10-143, K.1987/650; bkz. Çolak/Öztürk, s. 84.
- 60 Yarg. 21. HD., 3.7.1995, E.1995/4019, K.1995/3786; bkz. Çolak/Öztürk, s.84.
- 61 Süleyman Tuncay, "Yurtdışı Hizmet Borçlanması Yaparak Emekli Olanların Sosyal Güvenlik Destek Primine Tabi Olarak Çalışmaları Önündeki Engel Kaldırıldı", Mali Çözüm, Temmuz-Ağustos 2010, s.190-191.
- 62 Tuncay, s.191-192.
- 63 Yarg.10 HD., 7.7.2009, E.2008/15667, K.2009/12580.
- 64 Ayrıntılı bilgi için bkz. Resul Kurt, "5510 sayılı Kanun Sonrasında Türk İşverenler Tarafından Yurtdışında Çalıştırılacak Türk İşçilerin Sosyal Güvenliği", Mali Çözüm, S.99, 2010, s.315 vd.
- 65 Bu bilgi Brüksel Çalışma Ateşeliğinden alınmıştır.
- 66 Kurt, s.313-314.
- 67 "İİK'nun 83. maddesi uyarınca; borçlunun maaş ve ücretinden, borçlunun ve ailesinin geçinmeleri için gerekli olan miktar haczedilemez, borçluya bırakılır. Bu madde uyarınca; maaşlar, ödenekler, her çeşit ücretler, emekli aylıkları, sigortalar veya emekli sandıkları tarafından tahsis edilen iratların bir kısmı haczedilemez. Maddedeki maaş ve ücret kavramında sınırlayıcı bir açıklama bulunmadığından geniş yorumlanmalı, ne şekilde adlandırılırsa adlandırılınsın, borçlunun bedeni veya fikri çalışmasının karşılığı olan her türlü ücret ödemesi bu kavram içinde değerlendirilmelidir. Kanun koyucu ücretin kaynağı veya ödeyen yönünden bir ayırım yapmamış, borçlunun geçimini sağladığı bir ücret olup olmadığı hususunu değerlendirmiştir. Ücretin,

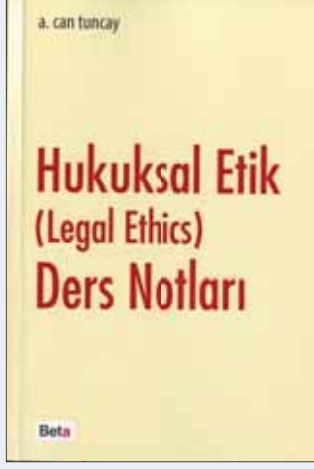
borçlunun ve ailesinin geçinmeleri için gerekli miktarı, icra müdürü tarafından borçlunun ve ailesinin sosyal, sağlık ve tahsil durumlarına göre takdir edilir." Yarg.12. HD., E. 2012/26084, K. 2013/1444.

- 68 Yarg. 9. HD., 4.6.2012, 2012/11518, 2012/19333.
- 69 Yarg. 9. HD.10.5.2012, 2010/10723, 2012/16591.
- 70 Yarg. 9. HD., 13.2.2012, 2009/42452, 2012/3132.

KAYNAKLAR

- ARICI, Kadir, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1999
- BALCI, Mesut, "Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının 3201 sayılı Yasa'ya Göre Borçlanmalarında Yeni Uyuşmazlıklar", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010
- ÇOLAK, Mahmut/ÖZTÜRK, Ercüment, Yurtdışındaki Türk Vatandaşlarının Emeklilik Yolları ve Sosyal Güvenliği, Ankara 2006
- DÖNMEZ, Birten/KIZILTAŞ, Gülen, "Türk Vatandaşlığından İzinle Çıkanların 3201 sayılı Kanun Çerçevesinde Borçlanması", Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ocak 2013, C.3, S.1
- GÜZEL, Ali/OCAK, Saim, "Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Yargı Kararları Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Legal İHSGHD., C.4, S.13, 2007
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2004
- KILIÇOĞLU, Mustafa, Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, Ankara 2002
- KURT, Resul, "5510 sayılı Kanun Sonrasında Türk İşverenler Tarafından Yurtdışında Çalıştırılacak Türk İşçilerin Sosyal Güvenliği", Mali Çözüm, S.99, 2010
- OCAK, Saim, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında 29.9.2010 Tarihli Kararın İncelenmesi", Çalışma ve Toplum 2011/2
- OKUR, Ali Rıza, "Yurtdışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu", Çalışma ve Toplum, 2006/3
- OLGAÇ, Cüneyt, Son Değişiklikler Işığında Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yurtdışı Borçlanma Uygulamaları Rehberi, Ankara 2011
- SÖZER, Ali Nazım, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000
- TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2005
- TUNCAY, Süleyman, "Yurtdışı Hizmet Borçlanması Yaparak Emekli Olanların Sosyal Güvenlik Destek Primine Tabi Olarak Çalışmaları Önündeki Engel Kaldırıldı", Mali Çözüm, Temmuz-Ağustos 2010
- TUNCAY, Süleyman/ARAS, Ahmet, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Son Düzenlemelerle Hizmet Borçlanmaları, Ankara 2010
- UŞAN, Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2009

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. A. Can Tuncay tarafından hazırlanan **“Hukuksal Etik (Legal Ethics) Ders Notları”** adlı eser Nisan 2013 tarihinde yayımlanmıştır.

Hukuk uygulamasında sıkça sorulan “amaca ulaşmak uğruna her yolu mubah sayan becerikli avukat mı, yoksa hukuku bilen dürüst avukat mı tercih edilir?” sorusunun cevabı kişiden kişiye, kişisel çıkarlara göre değişmektedir. Fakat hukukun üstünlüğüne, adalete, dürüstlük kuralı gibi temel hukuk ilkelerine inanıyorsak kuşkusuz “hukuku bilen, dürüst avukat tercih edilir” cevabını vermemiz gerekir. İşte “hukuksal etik” bu tür sorulara cevap aramaktadır.

Genel anlamda etik, ahlaki inceleyen bir felsefe disiplindir. Çok yönlü bir kavram olsa da belirli bir faaliyet alanında veya meslekte işlem ve eylemlerin gerçekleştirilmesinde göz önünde tutulması gereken ahlaki değerler bütününe de etik denmektedir. Eserde, hukuk alanındaki etik ele

alınmaktadır.

Eser, yazarın mensubu olduğu hukuk fakültesinde dört yıldan beri verdiği derslerin bir derlemesi niteliğindedir ve her şeyden önce öğrencilerin ders notu ihtiyacını karşılamaktadır. Çalışmada ahlak, adalet, eşitlik, hukukun üstünlüğü, insan hakları gibi temel hukuk ilkeleri ele alınmakta, etik konusunda inceleme yapmış olan eski ve yeni çağ filozoflarının görüşlerine yer verilmekte, bazı yabancı ülkelerdeki hukuk etiği eğitimleri hakkında ve ülkemizdeki avukatlık meslek kuralları hakkında temel bilgiler verilmektedir.



Doç. Dr. Pir Ali Kaya tarafından hazırlanan **“İş Hukuku Temel Yasalar”** adlı eserin 4. basısı Mart 2013 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserde, her şeyden önce iş hukukuna kaynaklık eden çalışma mevzuatının bir araya getirilmesi amaçlanmıştır. Bu çalışma yapılırken teori ve uygulamada karşılaşılan sorunlar dikkate alınmıştır. Daha önce yapılan mevzuat çalışmalarından farklı bir yöntem izlenerek eser dört temel bölüm başlığı altında düzenlenmiştir.

Birinci bölümde bireysel iş hukuku konuları yer almaktadır. Bu bölümde, 4857 sayılı İş Kanunu, “açıklamalı, gerekçeli ve içtihatlı” olarak açıklandıktan sonra iş hukuku ders metodolojisi dikkate alınarak; bireysel iş hukuku teorisine yer verilmektedir. Ayrıca güncellenmiş Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu metinlerine de yer verilmektedir. İkinci bölümdeki, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, gerekçeli olarak hazırlanmıştır. Ayrıca bu bölümde, 04.04.2012 tarih ve 6289 sayılı Yasa ile önemli ölçüde değiştirilen 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu da yer almaktadır. Üçüncü bölümde, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nun güncel metinlerine yer verilmektedir. Son bölümde ise, diğer ilgili kanunlar başlığı altında başta Anayasa’nın ekonomik ve sosyal haklar bölümü olmak üzere, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ceza Kanunu’nun iş hukukuyla ilgili bölümleri ile Meslek Eğitimi Kanunu, İş Mahkemeleri Kanunu, Hafta Tatili Kanunu ve Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun metinlerine de yer verilmektedir.

Halil ÖZDEMİR

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi

Trafik Kazaları Nedeniyle Oluşan Sağlık Hizmet Bedellerinden Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Sorumluluğunun Kapsamı

1- GENEL OLARAK

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sağlık hizmetlerinin amacı, genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını, hastalanmaları halinde sağlıklarını yeniden kazanmalarını, iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde gerekli sağlık yardımlarının verilmesini, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılarak veya azaltılarak yeniden çalışmaya başlamalarını sağlamaktır.¹

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, sigortalısı veya hak sahiplerinin, sağlık sigortası kapsamında tedavi giderlerini karşılama görevi vardır. Kurum, hastalık veya iş kazası nedeniyle oluşan tedavi giderlerini karşılar ancak tedavi giderine kusurlu davranışı ile sebep olan işveren veya üçüncü kişilere yasal mevzuat gereği rücu imkânı da vardır. 6111 sayılı Yasa ile trafik kazaları sebebiyle oluşan sağlık hizmet bedellerinin kazazedenin sosyal güvenesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal

Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır hükmü ile yeni bir düzenleme getirilmiştir.

Önceki yasal düzenleme ile trafik kazalarında oluşan tedavi giderlerini kazazede, aracın Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası varsa, sigorta şirketinden isteyebileceği gibi aynı zamanda Sosyal Güvenlik Kurumu sağlık sigortası kapsamında ise, buradan da tedavi giderlerini isteme imkânına sahipti. 6111 sayılı Yasa değişikliği ile trafik kazası sonucu oluşan tüm tedavi giderlerinin Sosyal Güvenlik Kurumu'nca karşılanacağı esası getirilerek sigorta şirketlerinin sorumluluğu kaldırıldı.

Makalemizde, yeni düzenleme karşısında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, tedavi giderlerini karşılamasının kapsamı ne olmuştur ve sigorta şirketlerinin tedavi gideri yönünden sorumluluklarının sona erip ermediği, Kurum'un rücu hakkının devam edip etmediği hususu ele alınacaktır. Bu konu henüz tüm yönleri ile yargıya intikal etmediği gibi Yargıtay'ca da emsal olabilecek yeterince karar oluşturulmadığından uygulamaya katkı sağla-

yacağını umuyoruz.

II- YASAL DÜZENLEME VE ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

A- Yasal Düzenleme

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Tedavi Giderlerinin Ödenmesi başlığı altında 98/1. fıkrası, "Motorlu araçların sebep oldukları kazalarda yaralanan kimselerin ilk yardım, muayene ve kontrol veya bu yaralanmadan ötürü ayakta, klinikte, hastane ve diğer yerlerdeki tedavi giderleri ile tedavinin gerektirdiği diğer giderleri aracın zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapan sigortacı, başvurma tarihinden itibaren sekiz iş günü içinde ve zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları kapsamında öder" şeklinde iken, 6111 sayılı Yasa'nın 59. maddesi ile değişiklik sonrası 98. maddesi tümüyle kaldırılarak "Sağlık hizmet bedellerinin ödenmesi" başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. 98/1. fıkraya göre; "Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır."

6111 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesi ile de, "Bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır (...)" hükmü getirilmiştir.

B- Yasanın Zaman Bakımından Uygulanması, Geçici Madde 1

2918 sayılı Yasa'nın 98. maddesini değiştiren 6111 sayılı Yasa'nın 59. maddesi, 25.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu madde ile trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı esası getirildiğinden artık belir-

tilen tarihten itibaren trafik kazaları sebebiyle tedavi giderleri Kurum'ca karşılanacaktır.

6111 sayılı Kanun'un, yayımı tarihinde yürürlüğe giren Geçici 1. maddesi ile de, bu Kanun'un yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri, yine Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı belirtilmiştir.

Yasa'nın yürürlüğe girdiği 25.02.2011 tarihinden itibaren, ister bu tarihten önce isterse sonra olsun, tüm trafik kazaları nedeniyle oluşan tedavi giderleri, henüz ödenmemiş ise artık Sosyal Güvenlik Kuruluşu tarafından karşılanacaktır. Trafik kazaları nedeniyle zarar görenlerin, resmi ve özel tüm sağlık kurum ve kuruluşlarında, sağlık hizmet bedeli ödeme yükümlülüğü kalkmıştır.

III- SİGORTA ŞİRKETLERİNİN VE GÜVENCE HESABININ PRİM AKTARIMI

6111 sayılı Yasa ile değişik 2918 sayılı Yasa'nın 98/2. fıkrası;

"Trafik kazalarına sağlık teminatı sağlayan zorunlu sigortalarda; sigorta şirketlerince yazılan primlerin ve Güvence Hesabınca tahsil edilen katkı paylarının % 15'ini aşmamak üzere, münhasıran bu teminatın karşılığı olarak Hazine Müsteşarlığınca sigortacılık ilkeleri çerçevesinde maktu veya nispi olarak belirlenen tutarın tamamı sigorta şirketleri ve 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 14 üncü maddesinde düzenlenen durumlar için Güvence Hesabı tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılır. Söz konusu tutar, ilgili sigorta şirketleri için sigortacılık ilkelerine göre ayrı ayrı belirlenebilir. Aktarım ile sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının bu teminat kapsamındaki yükümlülükleri sona erer. Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu söz konusu tutarı % 50'sine kadar artırmaya veya azaltmaya yetkilidir."

Yine, 6111 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesi;

"Bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır. Söz konusu sağ-

lık hizmet bedelleri için bu Kanunun 59 uncu maddesine göre belirlenen tutarın % 20'sinden fazla olmamak üzere belirlenecek tutarın üç yıl süreyle ayrıca aktarılmasıyla anılan dönem için ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabının yükümlülükleri sona erer. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Kurumunun görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.”

Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan ve 27.08.2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Trafik Kazaları Nedeniyle İlgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde, Kurum tarafından karşılanan sağlık hizmet bedelleri için bu Yönetmelik ile belirlenen usul ve esaslara göre ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı tarafından Kurum’a aktarım yapılacağı belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 5. maddesine göre, Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortası ile Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası poliçesi düzenleme yetkisi bulunan sigorta şirketleri, kısa süreli dâhil, yazdıkları sigorta priminin prim tahakkuk ettiği ilgili ayı izleyen 3. ay sonuna kadar defaten veya 3 eşit taksitte Kurum’a aktarırlar. Bu şirketler Kanun’un yayımı tarihinden önce meydana gelen trafik kazaları bakımından bu Yönetmelik ekinde Zorunlu Trafik Sigortası için yer alan hesaplama yöntemine göre belirlenen tutarı Müsteşarlıkça belirlenen vadelerde Kanun’un yayımı tarihinden itibaren 3 yıl boyunca ayrıca Kurum’a aktarırlar.

Güvence Hesabı, Güvence Hesabına ilişkin mevzuatta belirlenen usul ve esaslar dâhilinde, Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortası ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası için ilgili sigorta şirketlerinden tahsil ettiği tüm katılım paylarının yüzde on beşini tahsilâtı izleyen ayın 10. gününe kadar Kurum’a aktarır. Güvence Hesabı, Kanun’un yayımı tarihinden önce meydana gelen trafik kazaları bakımından bu fıkranın ilk cümlesi çerçevesinde ilgili sigorta şirketlerinden tahsil edip Kurum’a aktaracağı katılım paylarının yüzde yirmisini bu fıkranın ilk cümlesiyle belirlenen vadede ayrıca Kurum’a aktarır.

6111 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girdiği

25.02.2011 tarihinden önce veya sonra meydana gelen trafik kazaları nedeni ile kazazedeye yapılan tedavi giderlerinden dolayı, sigorta şirketlerinin, Güvence Hesabının, Sosyal Güvenlik Kurumu’na karşı sorumluluktan kurtulması için, 6111 sayılı Kanun’un 59 ve Geçici 1. maddesinde belirtilen tutarları Sosyal Güvenlik Kurumu’na aktarımının zorunlu olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Yasa’nın bütünü ile maddedeki, “aktarım ile sigorta şirketlerinin ve güvence hesabının bu teminat kapsamındaki yükümlülükleri sona erer” cümlesi ele alındığında sorumluluğun ne zaman sona erdiği hususunda tereddütler yaşanmaktadır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi uzun süre, muhalefeti olarak verdiği kararlarında, sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının yükümlülüklerinin sona ermesi için aktarım yapılmasını şart koşmuştur.²

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, azınlık oyunu benimseyerek karar vermiştir. “(...) 6111 sayılı Kanunun 59. maddesi ile 2918 sayılı Kanunun 98. maddesinde yapılan değişiklik ve 6111 sayılı Kanunun Geçici 1. maddeleri birlikte gözetildiğinde; Kanunun yürürlük tarihinden önce meydana gelen trafik kazalarında, 2918 sayılı Kanunun 98. maddenin 2. fıkrası düzenlemesinden, primlerin aktarılmamış olması halinde sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı’nın sorumluluğunun devam edeceği anlamının çıkarılabileceği görülmekte ise de, bu hükmün aynı maddenin 3. fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde; maddenin, sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı’na eski hükümlere göre, rücu hakkı verdiği şeklinde değil, süresinde aktarılmayan primleri tahsil için takip yapabilme yetkisini verdiği, dolayısıyla, sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının, yapacağı aktarım ile prim aktarma borçlarının sona ereceği şeklinde anlaşılması gerekir. Buna karşılık aktarımın yapılmaması halinde, Kurumun sigorta şirketine, Güvence Hesabına, işletene ve şoföre rücu hakkının devam edeceği şeklindeki düşünce, Kanun’un amacına uygun düşmeyecektir. Özellikle Yasa’da aktarım için üç yıllık bir sürenin öngörülmüş olması nedeni ile aktarım yapıldığı tarihe kadar sorumluluğun devam edeceğinin kabulü, 6111 sayılı Kanunun Geçici

ci 1. maddede düzenlenen geçmiş dönemlerin prim ve katkı paylarının aktarımı hükmü fiilen uygulanamaz hale gelecektir. Bunun sonucunda da Kurum, geçmiş dönem için hem primleri ve katkı paylarını tahsil ederken aynı zamanda, zararını rücu tahsil edebileceği için sebepsiz zenginleşebilecektir.” (HGK, 13.03.2013 tarih, 2012/10-1156 E, 2013/339 K).

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de, HGK kararını benimseyerek, artık, 25.02.2011 tarihinden itibaren aktarıma gerek olmadan sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının sorumluluğunun kalmadığını kabul etmektedir.

IV-TEDAVİ GİDERLERİN KAPSAMI-GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK

6111 sayılı Yasa ile değişik 2918 sayılı Yasa'nın 98/1 fıkrasında “trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır” denilmiş, sunulan sağlık hizmeti yönünden bir ayrıma gidilmemiştir. Bu nedenle, trafik kazaları nedeniyle oluşan her türlü sağlık gideri Kurum’ca karşılanacaktır. Trafik kazasına uğrayan kazazedenin, Sosyal Güvenlik Kurumu Genel Sağlık Sigortası kapsamında olup olmadığı ve tedavinin yapıldığı sağlık kuruluşunun özel veya resmi olup olmaması sonuca etkili olmayıp hepsi Kurum’ca karşılanacaktır.

Yasa’da, tedavi gideri ve tedavi cinsi yönünden Kurum’un sorumluluğunu sınırlayan bir limit yoktur. Miktarla ve kapsamla sınırlı olmadan tüm tedavi masrafları Kurumca karşılanacaktır.

Anılan Kanun’un 98. maddesinin eski şeklinde düzenlendiği üzere sigorta şirketlerince karşılanan, kişiye ilişkin zarar halinde ilk yardım, muayene ve kontrol veya yaralanma nedeniyle ayakta, klinikte, hastane veya benzeri yerlerdeki tedavi giderleri ile tedaviyle ilgili diğer giderler Kurum’ca karşılanacaktır. Trafik kazası ile zarar görme, fiziki ve ruhsal bütünlüğün ihlalidir. Bu nedenle, trafik kazası sonucu ruhsal bütünlüğe ilişkin tedavi giderleri de

Kurumca karşılanmalıdır. Ancak hastane harcaması dışında sarf edilen sair tedavi harcamaları ve bakıcı giderleri Kurum’un sorumluluğunda olmayıp poliçe içeriğine göre zorunlu mali sorumluluk sigortacılarının sorumluluğunda bulunmaktadır.³

Geçici iş göremezlik ödeneği 6111 sayılı Yasa ile getirilen muafiyet kapsamında değildir. Geçici iş göremezlik ödeneği, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde Kanun’da belirtilen geçici iş göremezlik sürelerinde verilen ödenektir. Geçici iş göremezlik ödeneğinin poliçe kapsamında olduğu HGK’nın 13.10.2010 tarih, 2010/10-500-490 sayılı kararı ile kabul edilmiştir. Uygulamada, sigorta şirketlerinin, işletenin ve sürücünün geçici iş göremezlik ödeneğinden de sorumlu olmadığı yönünde sıkça itiraza rastlansa da 10. Hukuk Dairesi’nin uygulaması, Kurum’un sorumluluğu sadece tedavi gideri ile sınırlı olduğu ve geçici iş göremezlik ödeneği yönünden rücu hakkı devam ettiği yönündedir.

V- KURUMUN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI VE RÜCU HAKKI

A- Sosyal Güvenlik Kurumu’nun Rücu Hakkı

6111 sayılı Yasa ile değişik 2918 sayılı Yasa’nın 98. maddesi, yasanın yürürlük tarihinden sonra trafik kazaları sebebiyle oluşan sağlık hizmet bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağını öngörmektedir. Kurum’un ödeme yaptıktan sonra sağlık hizmet bedeli oluşmasında kusuru olanlara rücu imkânı var mıdır? Kurum, zorunlu sigorta poliçelerinden prim aktarımı nedeniyle mali kaynak imkânına kavuştuğundan sosyal devlet ilkesi gereği trafik kazaları sonucu tüm tedavi giderlerini üstlenecek midir?

Yukarıda değinildiği gibi, Sosyal Güvenlik Kurumu, genel sağlık sigortalısının her türlü tedavi giderlerini karşılamak zorundadır. Tedavi giderine sebep olan işveren veya üçüncü kişilere kusurlu olmaları halinde rücu imkânı veren yasal düzenlemeler vardır. Burada farklı olan,

Kurum, sosyal güvencesi olmayan, yani genel sağlık sigortası kapsamında olmayan kazazedelerin tedavi giderlerini de üstlenmektedir.

6111 sayılı Yasa'nın 59. maddesi ile değişik 2918 sayılı Yasa'nın 98. maddesinde, trafik kazaları sebebiyle sunulan sağlık hizmet bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı belirtilmiş, sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı tarafından prim aktarımı düzenlenmiş ancak, Kurum'un tedavi giderlerine sebep olanlara rücu imkânından bahsedilmemiştir. Burada, sunulan sağlık hizmet bedellerinin Kurumun üzerinde kalacağı şeklinde yorum yapma imkânı zordur.

Öncelikle, SGK, sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının trafik kazaları nedeniyle karşılamak zorunda kaldıkları miktarlar yönünden, prim ve katkı paylarını devraldığından 2918 sayılı Yasa'nın 98. maddesinde belirtilen tedavi giderleri yönünden sorumluluk "Sosyal Güvenlik Kurumu'na" geçmiştir. Yani SGK, sigorta şirketleri ve Güvence Hesabının yerine geçecektir. Bu nedenle sigorta şirketleri ve Güvence Hesabının rücu imkânına sahip olduğu durumlarda SGK da rücu imkânına sahiptir.⁴

SGK, Genel Sağlık Sigortalısına yaptığı giderleri, zarara sebep olanlara 5510 sayılı Yasa ve mülga yasalar çerçevesinde de rücu imkânına sahiptir. Belirtilen yasal düzenlemeler yürürlükte ve 2918 sayılı Yasa'nın 98. maddesi ile yürürlüğü kaldırılmamıştır. Başka deyişle, SGK'nun mülga yasalar ve 5510 sayılı Yasa'ya göre rücu hakkı devam etmektedir. Aynı zamanda SGK, sigorta şirketlerinden prim aktarımı yapılmakla sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının yerine geçtiğinden bu nedenle de ödeme yaptıktan sonra ilgililere rücu hakkına sahiptir. Aksi düşünce ile Kurum'un rücu hakkının olmadığı varsayıldığında, trafik kazalarında kusurlu olanlarla kusuru bulunmayanlar arasında fark kalmadığı gibi kusuru nedeniyle trafik kazasına sebebiyet verenler sorumluluktan kurtulmuş olacaklardır.

B- Rücu Hakkı Veren Yasa Maddeleri

Trafik kazaları nedeniyle oluşan sağlık hizmet bedelleri yönünden Kurum'un rücu hakkının hangi yasa kapsamında sağlanacağı hu-

susunda, sağlık hizmet bedellerinin ödenmesine yol açan olayın (trafik kazasının) meydana geldiği tarih önemlidir. Maddi olay, 01.10.2008 tarihi ve sonrasında meydana gelmişse, 5510 sayılı Yasa, öncesinde meydana gelmiş ise mülga olan eski yasalar uygulanacaktır.

5510 sayılı Kanun genel olarak 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Kanunları mülga kılmıştır. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sağlık gideri ile ilgili rücu hakkı ve kapsamı yönünden 01.10.2008 tarihi sonrasında tek Yasa, 5510 sayılı Yasa uygulanacaktır.

Trafik kazaları nedeniyle Kurum'un yaptığı tedavi gideri harcamaları yönünden rücu imkânı veren Yasa maddeleri, 6111 sayılı Yasa değişikliği yönünden incelenecek olursa:

506 sayılı Yasa'nın 26/1 ve 2. fıkralarında, trafik iş kazası olması halinde Kurum'un sigortalısına yaptığı sağlık yardımlarının işveren ve üçüncü kişilerden rücu hakkı düzenlenmiştir. Yasa metninde, her türlü gider denildiğinden sağlık gideri de 26. madde kapsamına girmektedir. Kaldı ki, 506 sayılı Yasa'nın 12. maddesinde iş kazası halinde sağlık yardımı yapılacağı da belirtilmiştir.

2925 sayılı Yasa'nın 39. maddesinde bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde uygulanacak maddeler arasında 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesi de sayılmıştır.

506 sayılı Yasa'nın 9. maddesine göre "İşveren çalıştıracağı kimseleri, işe başlatmadan önce örneği Kurumca hazırlanacak işe giriş bildirgeleriyle Kuruma doğrudan bildirmekle veya bu belgeleri iadeli-taahhütlü olarak göndermekle yükümlüdür." Anılan Yasa'nın 10. maddesine göre ise, 9. maddede öngörülen işe giriş bildirgesini süresinde Kurum'a intikal ettirmeyen işverenler hakkında 26. maddede öngörülen sorumluluk halleri aranmaksızın, kusursuz sorumluluk ilkesi gereği hiç kusuru olmasa bile zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle Kurum tarafından bağlanan gelir ve harcamanın işverenden tahsil edileceğini düzenlemiştir. Aynı yasal düzenleme, 5510 sayılı Yasa'nın 23. maddesinde de tekrar edilmiştir.

6111 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklik ile trafik iş kazasında işveren, işleten veya sürücünün 506 sayılı Yasa'nın 9. ve 10. madde sorumluluğu da kaldırılmıştır.

506 sayılı Yasa'nın 39. maddesinde, iş kazası sayılmayan ancak kastı veya suç sayılır hareketi ile sigortalının, eşinin veya çocuğunun hastalanmasına sebep olan üçüncü kimselere, bu Kanun gereğince hastalık sigortasından yapılan her türlü giderler yönünden Kurum'un rücu hakkını düzenlemektedir. Trafik kazaları nedeniyle oluşan zararlar da bu madde kapsamındadır.

Yine, 506 sayılı Yasa'nın 111. maddesinde, kendi kusuru nedeniyle iş kazasına veya trafik kazasına uğrayan sigortalıya Kurumca sağlık yardımları yapılmakta ancak sigortalının bağışlanamaz kusurunun tespiti halinde Kurumca sağlık gideri ödenmişse, kusurun derecesine göre sigortalıya rücu edilebileceği düzenlenmiştir. 6111 sayılı Yasa'nın kapsamına 506 sayılı Yasa'nın 111. maddesi de dâhildir.

Bağ-Kur sigortalısına veya hak sahiplerine, trafik kazasında, üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile Kurumca sağlık yardımı yapılmasına neden olunursa, Kurum'un 1479 sayılı Yasa'nın 63. maddesi kapsamında rücu hakkı vardır.

2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 3. maddesinde 2926 sayılı Kanun'a tabi sigortalılar hakkında da uygulanacak maddeler arasında 1479 sayılı Yasa'nın 63. maddesi de sayılmıştır.

5510 sayılı Yasa'da, Genel Sağlık Sigortası üçüncü kısımda düzenlenmiş ve 76. maddede, işverenin, genel sağlık sigortalısının ve üçüncü kişilerin sorumluluğu ayrıca düzenlenmiştir. Trafik kazası sonucu oluşan tedavi giderleri de bu madde kapsamında değerlendirilecektir.

Yukarıda belirtilen Yasa maddeleri çerçevesinde Kurum'un, karşıladığı tedavi giderleri yönünden işveren ve üçüncü kişilerden rücu hakkı vardır. Elbette, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası sözleşmesinin sağladığı haktan yararlananlar, poliçe limiti kadar sorumluluktan kurtulduğundan limit dâhilinde rücu kapsamı dışındadırlar.

Trafik kazaları nedeniyle oluşan tedavi giderlerine sebep olanlar ve SGK'ca rücu edilenler genellikle işveren ve üçüncü kişilerdir. Ancak, tek taraflı trafik kazalarında veya zarar görenin

tam kusurlu olduğu kazalarda, Kurum'ca karşılanan tedavi giderleri zarar görenden rücu edilebilecek midir? 2918 sayılı Yasa'nın 6111 sayılı Yasa ile değişik 98. maddesi düzenlemesi ile Kurum'ca zarar görenin tüm sağlık hizmet bedelleri karşılandıktan sonra kusurlu bulunan zarar görene tekrar rücu edilmesi mümkün değildir. Aksi takdirde yasa, uygulanamaz hale gelecektir.

Zarar gören Genel Sağlık Sigortalısı ise zaten, Kurum'ca tüm tedavi giderleri karşılanacaktır. Ancak GSS kapsamında olmayanlar da yasa gereği, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın yine tedavi giderleri Kurum'ca karşılanacaktır.

5510 sayılı Yasa'nın Geçici 12. maddesine göre, 1.1.2012 tarihinden sonra Genel Sağlık Sigortası herkese uygulanmaya başlanmıştır. Bu nedenle belirtilen tarihten itibaren herkes GSS kapsamında sayıldığından artık yasa gereği herkesin tedavi gideri Kurum'ca karşılanacaktır. Bu nedenle, tedavi giderine Genel Sağlık Sigortalısının kendisinin sebep olması durumunda Kurum'ca sağlık gideri karşılandıktan sonra sigortalıdan geri istenemeyecektir. Ancak, burada sigortalının kusurlu davranışı ile kendisine tedavi gideri yapılmalıdır. Sigortalı, kusuru ile başka bir sigortalının tedavi giderine sebep olursa üçüncü kişi olarak Kurum'ca rücu imkânı vardır.

C- Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Sorumluluğunun Kapsamı

Sosyal Güvenlik Kurumu, trafik kazası sonucu oluşan tüm tedavi giderlerini karşılayacak ancak üzerinde kalacak sorumluluk miktarı, yerine geçtiği sigorta şirketlerinin sorumlu olduğu poliçe limiti kadar olacaktır. Zorunlu sigorta teminat tutarlarını aşan tedavi giderlerinin, zarara sebep olan veya hukuken sorumlu olanlar tarafından karşılanacağı, bu kişiler yönünden poliçe limitini aşan kısım yönünden sorumluğun devam edeceği de kabul edilmelidir. Ancak, sigorta sözleşmesinin sağladığı teminattan yararlanmayanlar, Kurum'a karşı, limit ile sınırlı olmaksızın tüm zarar miktarından sorumludurlar.

Yasa'da, Kurum'un sorumluluğunu sınırla-

yan bir limit yoktur. Miktarla sınırlı olmadan tüm tedavi masrafları Kurum'ca karşılanacaktır. Ancak Trafik Kazaları Nedeniyle İlgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre; "Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları tedavinin gerektirdiği tüm sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Kurum tarafından Sağlık Uygulama Tebliğinde (SUT) yer alan hükümler doğrultusunda karşılanır." Resmi sağlık kuruluşlarında sağlanan tedavi gideri yönünden sorun olmamakla birlikte özel sağlık kuruluşlarında yapılan tedavilerde Sağlık Uygulama Tebliğinde belirtilen miktarların üzerinde fiyatlandırma yapılabilmektedir. Bu durumda Kurum, özel sağlık kuruluşuna sadece SUT'daki tarifeler kadar ödeme yapacaktır. SUT'u aşan miktarı, özel sağlık kuruluşu kazazededen talep edecektir. Uygulamada, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun ödemesinin ZMMS poliçe limiti altında kalması halinde bakiye zarardan, zarar sahiplerinin sorumluluğunun devam edip etmediği hususunda ihtilaflar yaşanacaktır.

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü tarafından 07.02.2012 tarih 2012/5 sayılı Trafik Kazalarına Bağlı Tedavi Giderlerine ilişkin Genelge çıkarılmıştır. Burada, 6111 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra verilecek hizmetlerin nasıl olacağı düzenlenmiştir.

Söz konusu Genelge'ye göre verilecek sağlık hizmetlerinin kapsamı şu şekildedir.

1- 6111 Sayılı Kanun'un Yürürlük Tarihinden Sonra Verilen Hizmetler

(1) Trafik kazasının oluş tarihine ve kazazedenin genel sağlık sigortalısı olup olmadığına bakılmaksızın 25/02/2011 tarihinden itibaren Kurum'la sözleşmeli/protokollü üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarınca verilecek tüm sağlık hizmet bedelleri Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) hüküm ve ekleri esas alınarak Kurum'ca karşılanacaktır.

(2) Kurum'la sözleşmeli olmayan sağlık hizmet sunucularınca (SHS) trafik kazalarına bağlı olarak sağlık hizmeti giderleri SUT hüküm ve ekleri esas alınarak manuel olarak değerlendirilip ödenecektir.

(3) Genel sağlık sigortalısı olmayanların tedavi giderlerinin karşılanması ülkemizde meydana gelen trafik kazaları halleriyle sınırlı olup, bu kişilerin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda tanımlanan trafik kazası tarifine uymayan kazalar sonucu oluşacak tedavi giderleri Kurum'ca karşılanmayacaktır.

(4) Yabancı plakalı araçların karıştığı ülkemizde meydana gelen trafik kazalarından kaynaklanan sağlık hizmet bedelinden yeşil kart sigortası çerçevesinde yabancı plakalı araç işleteninin sorumluluğuna isabet eden kısım il müdürlükleri tarafından Türkiye Motorlu Taşıt Bürosu'ndan (TMTB) talep edilecektir.

(5) Yabancı uyruklu kişilerin trafik kazalarına bağlı tedavilerinin devamını yabancı ülkelerde sürdürmeleri halinde yurt dışında verilen tedavi hizmetlerinin bedeli Kurum'ca karşılanmayacaktır. T.C. uyruklu kişilerin yurt dışı tedavileri ise Kurum'un ilgili mevzuatı çerçevesinde yürütülecektir.

(6) Trafik kazalarına bağlı tıbbi malzeme, yol, gündelik, refakatçi giderleri şahıs ödemeleri ve optik provizyonu sistemi üzerinden ilgili Kurum mevzuatı doğrultusunda SUT hüküm ve ekleri esas alınarak Kurum'ca karşılanacaktır.

(7) Trafik kazalarına bağlı ilaç giderlerinin ödemelerinde Sağlık Hizmet Sunucuları'nda (SHS) düzenlenen reçeteler üzerinde reçeteyi yazan hekimce trafik kazasına bağlı tedavi reçetesi olduğu mutlaka belirtilecektir. İlaç giderleri eczane provizyon sistemi üzerinden SUT hüküm ve ekleri esas alınarak Kurum'ca karşılanacaktır.

2- 6111 Sayılı Kanun'un Yürürlük Tarihinden Önce Verilen Hizmetler

(1) Trafik kazasının oluş tarihine ve kazazedenin genel sağlık sigortalısı olup olmadığına bakılmaksızın 25/02/2011 tarihinden önce üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarınca verilmiş ancak, "Motorlu Araçlar Zorunlu Mali

Sorumluluk Sigortası” kapsamında olmadığından (kusur oranı, araç işletenin tedavisi, tek taraflı kaza vs.) dolayı sigorta şirketlerince ödemesi yapılmayan sağlık hizmet bedelleri SUT hüküm ve ekleri esas alınarak Kurum’ca karşılanacaktır.

(2) Kurum’la sözleşmeli olmayan SHS’lerce verilmiş trafik kazalarına bağlı sağlık hizmeti giderleri SUT hüküm ve ekleri esas alınarak SHS’ye manuel olarak değerlendirilip ödenecektir.

(3) Mükerrer ödemeleri önlemek amacıyla sağlık hizmeti sunucuları kaza tespit tutanağıyla birlikte trafik kazası sağlık giderlerine ait bedelleri sigorta şirketlerinden veya tedaviyi gören kişilerden tahsil etmediğine veya kısmen tahsil ettiğine dair belgeyi ibraz edeceklerdir. Kısmi olarak tahsil edilen bedeller Kurum’ca yapılacak bedelden düşülerek ödeme yapılacaktır.

(4) SHS’de gördüğü tedavi bedeli kendilerince karşılanan kişilerin tedavi giderleri SUT hüküm ve ekleri esas alınarak Kurum’ca karşılanacaktır. Mükerrer ödemeleri önlemek amacıyla kişilerden kaza tespit tutanağıyla birlikte trafik kazası sağlık giderlerine ait bedelleri sigorta şirketlerinden tahsil etmediğine veya kısmen tahsil ettiğine dair belgeyi ibraz etmeleri istenecektir. Kısmi olarak sigorta şirketlerinden tahsil edilen bedeller Kurum’ca yapılacak bedelden düşülerek ödeme yapılacaktır.

(5) Trafik kazalarına bağlı tıbbi malzeme, ilaç, yol, gündelik ve refakatçi giderleri kendilerince karşılanan kişilerin bu giderleri şahıs ödemeleri ve optik provizyonu ve MEDULA eczane provizyonu üzerinden ilgili Kurum mevzuatı doğrultusunda SUT hüküm ve ekleri esas alınarak Kurum’ca karşılanacaktır.

(6) Başbakanlık (Hazine Müsteşarlığı) tarafından 27.08.2011 tarihli ve 28038 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Trafik Kazaları Nedeniyle İlgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin geçici 1. maddesine göre; kanunun yayımı tarihinden önce meydana gelen trafik kazalarından kaynaklanan ve anılan tarih itibarıyla ödenmemiş tüm sağlık hizmeti bedelleri Kanun’un geçici 1. maddesi kapsamında

Kurum’ca ödenecektir. Bu tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle ilgili sigorta şirketlerinden ve güvence hesabından tahsil edilen tutarlar bakımından ilgili sigorta şirketlerine ve Güvence Hesabına herhangi bir iade yapılmayacaktır. Bu nedenle, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 99. maddesi gereğince sigorta şirketlerine mağdurlar tarafından gerekli bilgi ve belgeler gönderilmiş olmasına rağmen tedavi giderlerinin 8 iş günü içerisinde ödenmeyerek kişilere/hastanelere iade edilen faturalar da Kurum’ca karşılanacaktır.

D- SORUMLULUKTAN KURTULANLAR-RÜCU EDİLEMİYENLER

25.02.2011 tarihinden itibaren trafik kazaları nedeniyle oluşan tedavi giderleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağını belirttik. Kurum’un, prim aktarımı karşılığı tedavi giderlerini üstlenmesinde rücu hakkının sona erdiği ve devam ettiği durumlar vardır.

1- Sigorta Şirketleri

Sigorta şirketinin yasadan ve sözleşmeden doğan tedavi gideri karşılama yükümlülüğü, 6111 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile sona erdirilmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte söz konusu Yasal düzenleme zarar sahipleri yönünden, haksız fiil sorumluları (işleten ve sürücü gibi) yönünden herhangi bir ayrıksı düzenleme getirmemiş olduğundan bu kişiler yönünden tedavi giderlerine ilişkin sorumluluk devam edecektir.

Zorunlu mali sorumluluk sigortası kavramı, 18.10.1984 tarihinde yürürlüğe giren 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda yer almakta olup; anılan Kanun’un 91 ila 111. maddeleri ve aynı Kanun’un 93. maddesi hükmü uyarınca, Hazine Müsteşarlığı’nca çıkarılan Karayolları Trafik Kanunu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda ise konu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Buna göre, motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne, yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde o aracı işletenin zara-

ra uğrayan üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dâhilinde karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması zorunlu kılınan sorumluluk sigortası türüne zorunlu mali sorumluluk sigortası adı verilmektedir.

Zorunlu mali sorumluluk sigortasında, rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği tazminat, 2918 sayılı Kanun'un 91. maddesinin yollamasıyla aynı Kanun'un 85. maddesine göre belirlenir. Buna göre sigortacı; sigorta ettiren işleten tarafından, motorlu aracın işletilmesi sırasında ortaya çıkan maddi zararlar ile kişinin yaralanması veya ölmesi gibi bedeni zararlardan sorumludur. Kişinin bedenine gelen zararlarda tedavi giderlerinin ödenmesine ilişkin koşullar 98. maddede, diğer tazminat ve giderlerin ödenmesi esasları ise, 99. maddede açıklanmıştır.

6111 sayılı Kanun'un 59. ve Geçici 1. maddesi, Trafik kazası nedeniyle sağlık hizmet sunucularınca verilen tedavi hizmet bedellerinin tamamının, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması esasını getirmiştir. Sigorta şirketleri bu amaçla SGK'ya prim aktaracağından her halükarda sigorta şirketlerinin SGK'ya ve üçüncü kişilere karşı tedavi gideri nedeniyle sorumluluğu sona ermiş bulunmaktadır.

Trafik Kazaları Nedeniyle İlgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "Aktarımın Sonucu" başlığı altında 8. maddede;

"(1) Bu Yönetmelik hükümleri kapsamında Kuruma yapılan aktarım ile sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortası ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası poliçeleri kapsamında sigortalılara ve hak sahiplerine karşı sağlık/tehdavi giderleri teminatı bakımından sorumlulukları sona erer.

(2) Bu Yönetmelik çerçevesindeki sağlık hizmet bedelleri için Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortası ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası çerçevesinde sigortalı olan kişilerden ayrıca talepte bulunulamaz."

2- Garanti Fonu/Güvence Hesabı

Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı 2918 sayılı Yasa'nın 108. maddesinde düzenlenmiş

iken bu madde 14.06.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 45. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan Yasa'nın 14. maddesi ile Güvence Hesabı adı altında yeniden düzenleme yapılmıştır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun mülga 108/b maddesi uyarınca, kazaya neden olan aracın geçerli zorunlu trafik sigortasının olmaması durumunda kişiye gelen bedensel zararlar için işletenin sorumluluğuna ilişkin kurallar uyarınca geçerli bulunan teminat tutarları dâhilinde karşılanmak amacıyla Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde Garanti Fonu oluşturulacağı düzenlenmiş ve Fon'un sorumluluğunun sınırları anılan maddede belirlenmiş olup, bu sorumluluk aynı Yasa'nın 85 ve devamı maddelerinde düzenlenen işletenin sorumluluğu esasına dayandırılmıştır. Buna göre işletenin hukuki sorumluluğunu üzerine alan Fon ancak işletenin kusuru oranına isabet eden ve teminat limitleri içinde kalan gerçek zarardan sorumludur.⁵

Aynı hususlar 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 14. maddesinde de düzenlenmiştir. Güvence Hesabının da, SGK'ya prim aktarımı yaptığından, trafik kazaları nedeniyle oluşan tedavi giderleri nedeniyle SGK'ya ve üçüncü kişilere karşı sorumluluğu sona ermiş bulunmaktadır.

3- İşleten

Trafik sigortası olarak da adlandırılan, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, 2918 sayılı Kanun'un 91. maddesinde belirtildiği üzere işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları karşılamak amacıyla oluşturulmuş bir zarar sigortası türüdür; Yasa'nın 91/1. ve 85/1. maddeleri uyarınca, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasını yapan sigortacı işletenin sorumluluğunu üstlenmektedir.

2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 3. maddesinde İşleten: "Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu

ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır.”

İşletenin hukuki sorumluluğu ise anılan Kanun’un 85. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olur. İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur.

2918 sayılı KTK’nın 91. maddesiyle işletenin 85. maddenin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiştir. Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın A-1. maddesinde de, “sigortacı bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermesinden dolayı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder” denilmiştir.

İşleten, trafik kazası nedeniyle oluşan tedavi giderlerinden, sigortacı ve diğer zarar sahipleri ile birlikte müteselsilen sorumludur. İşletenin, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası yaptırması ve ödediği primlerin belli oranı SGK’ya aktarılması nedeniyle poliçe limitlerine kadar sigorta şirketi ile birlikte SGK’ya karşı sorumluluktan kurtulur. Burada SGK, yasal olarak sigorta şirketi yerine geçtiğinden ve sigorta şirketinin sorumluluğunu üstlendiğinden poliçe sahibi işletene karşı rücu hakkını kullanamayacaktır. Ancak sigorta şirketinin ve dolayısıyla SGK’nın işletene karşı hukuki sorumluluğu sigorta limitleri kadar olduğundan limiti aşan zararlar nedeniyle SGK’nın işletene rücu hakkı devam etmektedir. Yani, trafik kazaları nedeniyle oluşan tedavi giderlerinde işleten, SGK’ya karşı poliçe limiti kadar sorumluluktan kurtulmakta, limiti aşan zararlar yönünden ise sorumluluğu devam etmektedir.

4- Sürücü

Karayolları Trafik Kanunu’nun 3. maddesine göre sürücü; karayolunda, motorlu veya motorsuz bir aracı veya taşıtı sevk ve idare eden kişidir. Aracın sürücüsü ve işleteni ayrı ayrı olabilir. Eğer Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası yaptırılmışsa sürücü de SGK’na karşı tedavi giderlerinden poliçe limiti kadar sorumluluktan kurtulacaktır. SGK ancak, poliçe limitini aşan sorumluluk hallerinde sürücüye rücu imkânına sahiptir.

E-SORUMLULUĞU

DEVAM EDENLER-RÜCU EDİLEBİLENLER

1- Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Sözleşmesi Olmayanlar

Trafik kazaları nedeniyle Kurum’un sağlık gideri harcamasına neden olan işveren ve üçüncü kişilerin kusurları varsa ve ZMSS sözleşmeleri yoksa 6111 sayılı Yasa’nın 59. ve Geçici 1. maddenin kapsamında olmayıp kusur oranlarına göre Kurum’un yaptığı sağlık giderlerinden sorumludurlar.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 14. maddesinde sayılan hallerde zararın karşılanması için Güvence Hesabına başvurulabileceği belirtilmiştir. Güvence Hesabının primlerinin de aktarılması nedeniyle Güvence Hesabınca karşılanacak sağlık giderleri SGK’ca karşılanacaktır. Güvence Hesabı Yönetmeliği’nin 16. maddesinde, zorunlu sigorta yaptırmayan kişilere rücu hakkının kullanılacağı belirtildiğinden, Güvence Hesabının sorumluluğunda bulunan sağlık harcamaları Kurumca karşılanacak ancak ZMSS sözleşmesi olmayan zarar sahiplerine rücu edecektir. Yani ilgililer, zararın Güvence Hesabı sorumluluğunda kaldığı savunmasını ileri süremeyeceklerdir.

2- ZMSS Sözleşmesi Olmasına Rağmen Sorumluluk Halleri

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın “Zarar Görenlerin Haklarının Saklı Tutulması ve Sigortacının İşletene Rücu Hakkı” başlığı altında

ZMSS sözleşmesi olmasına rağmen ödeme yapan sigortacının rücu edebileceği haller ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Buna göre;

a) Tazminatı gerektiren olay, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasdi bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise,

b) İşleten, yetkili makamlardan izin almaksızın düzenlenen bir yarış için Karayolları Trafik Kanunu uyarınca yapılması gereken özel bir sigortanın yapılmamış olduğunu biliyorsa veya gerekli özeni göstermesi halinde bilebilecek durumda ise,

c) Tazminatı gerektiren olay, aracın Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine göre gereken ehliyetnameye sahip olmayan kimseler tarafından sevk edilmesi sonucunda meydana gelmiş ise,

d) Tazminatı gerektiren olay, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin veya motorlu aracın hatır için karşılıksız olarak kendilerine verilen kişilerin uyuşturucu veya keyif verici maddeler almış olarak aracı sevk ve idare etmeleri esnasında meydana gelmiş veya olay, yukarıda sayılan kişilerin alkollü içki almış olmaları nedeniyle aracı güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş bulunmalarından ileri geliyorsa,

e) Tazminatı gerektiren olay, yolcu taşıma ruhsatlı olmayan araçlarda yolcu taşınması veya yetkili makamlarca tespit edilmiş olan istiaab haddinden fazla yolcu veya yük taşınması veya patlayıcı, parlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan araçlarda, bu maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı yüzünden meydana gelmiş ise,

f) Sigorta ettirenin, rizikonun gerçekleşmesi halinde, B.1 maddesinde belirtilen (beş gün içinde ihbar, koruma ve kurtarma önlemleri alma, bilgi ve belgeleri gecikmeksizin verme, açılan davayı duyurma, başka sigorta sözleşmeleri varsa bunları bildirme) yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı zarar ve zıyan miktarında bir artış olursa,

g) Tazminatı gerektiren olayın aracın çalınması veya gasp edilmesi sonucunda olması halinde, çalınma veya gasp edilme olayında işle-

tenin kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduğu tespit edilirse,

Sigortacı, sigortacısına (işletene) karşı dönme (rücu) hakkını kullanabilecektir.

Genel şartlardaki bu düzenleme tarzı, maddenin yazımından da açıkça anlaşıldığı üzere, sınırlayıcı değil, sayıcı nitelikte bir açıklama hükmü olarak getirilmiştir.⁶

SGK, prim aktarımı nedeniyle sigorta şirketi yerine geçtiğinden yukarıda sayılan maddelerden (f) bendi hariç diğer durumlar vuku bulduğunda ZMSS sözleşmesi olmasına rağmen yine de limit gözetilmeksizin işletene rücu edebilecektir.

3- İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Yönünden

İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası, motorlu araç işleteninin, bu aracın işletilmesinden dolayı Karayolları Trafik Kanunu ve genel hükümlere göre oluşan zorunlu mali sorumluluk sigortası hadleri dışında kalan ve hukuki sorumluluğunu sigorta poliçesinde yazılı azami hadlere kadar sigorta güvencesi altında alan bir sigorta sözleşmesidir.⁷

İMSS sözleşmesi yapan sigorta şirketi, Kurum zararının, saptanacak zorunlu mali sorumluluk sigortası limiti üzerinde kalan kısmından ihtiyari mali sorumluluk sigortası poliçesinde öngörülen limiti aşmamak üzere sorumlu bulunmaktadır. Kurum zararı öncelikle ZMSS poliçesinden karşılanacak, limit üzerinde kalan kısım ise varsa İMSS poliçesinden limit dâhilinde karşılanacaktır.

F-SİGORTA ŞİRKETLERİNİN MÜKERRER ÖDEMELERİ

Sigorta şirketleri 6111 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden önce veya sonra SGK'ya tedavi gideri nedeniyle ödeme yapmış daha sonra da prim aktarmış olabilir. Bu durumda sigorta şirketleri mükerrer ödeme ile karşı karşıya kalacaktır.

Trafik Kazaları Nedeniyle İlgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin Geçici madde 1/1 de; "Kanunun yayımı tarihinden önce meydana gelen trafik kazalarından kaynaklanan ve anılan tarih itibarıyla ödenmemiş

tüm tedavi gideri bedelleri Kanun'un Geçici 1. maddesi kapsamında Kurum'ca ödenir. Bu tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle ilgili sigorta şirketlerinden ve Güvence Hesabından tahsil edilen tutarlar bakımından ilgili sigorta şirketlerine ve Güvence Hesabına herhangi bir iade yapılmaz. Bu tutarlar Kuruma bu Yönetmelik uyarınca aktarılan tutarlardan mahsup edilemez" hükmü getirilmiştir. Yönetmelik hükmüne göre 6111 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 25.02.2011 tarihinden önce SGK, sigorta şirketlerinden rücu tedavi giderlerini mahkeme kararına dayalı olarak veya resen tahsilât yapmış ise yapılan tahsilâtlar sigorta şirketleri tarafından istirdadı istenemeyecektir. Yasal düzenleme ile 25.02.2011 öncesi döneme ait, sigorta şirketlerinden belli oranda pirim aktarımı yapılarak henüz sigorta şirketleri tarafından karşılanmamış tedavi giderlerinin Kurum'ca karşılanması amaçlanmış, daha önce yapılan tahsilâtlar ayrı tutulmuştur.

Yasa'nın yürürlüğe girdiği 25.02.2011 tarihinden sonra, artık sigorta şirketlerinin tedavi gideri sorumluluğu kalmadığından yine de Kurum'ca, derdest davalar nedeniyle sigorta şirketlerinden tedavi gideri tahsilâtı yapılmış ise durum ne olacaktır? Bu durumda, sigorta şirketleri mükerrer ödeme yani hem prim aktarımı hem de tedavi giderini Kurum'a ödeme nedeniyle istirdat davası açma imkânı vardır ancak, Kurum tahsilâtı mahkeme ilamına dayanması halinde kesin hüküm sonuçları da tartışma konusu olacaktır.⁸

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sigorta şirketleri ile yapılan mahsuplaşmalarda mükerrer ödemelerin dikkate alınması, ihtilafların çözümünde en iyi yol olacaktır.

VI- MAHKEMELERCE VERİLEN KARARLAR

Mahkemelerde, SGK tarafından sigorta şirketleri, işveren ve üçüncü kişiler aleyhine açılmış birçok derdest dava varken 6111 sayılı Yasa yürürlüğe girmiştir. 6111 sayılı Yasa değişikliği, alacaklı konumundaki SGK'ya tedavi giderlerinden sorumluluğu yüklemesi sonucu devam eden davalar, konusuz kalacaktır. Bu nedenle, Yasa'nın yürürlüğe girdiği 25.02.2011 tarihin-

den önce açılan davalar yönünden "davanın konusu kalmadığından esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar verilmelidir. Sonradan çıkan yasa değişikliği ile ihtilaflar sonlandırıldığı ve haklı taraf bu aşamada belirlenmediğinden yargılama giderlerinin taraflar üzerinde bırakılmasına ve taraflara vekâlet ücreti takdirine yer olmadığına da karar verilmelidir.⁹

Sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı yönünden derdest davaların konusuz kalmasında şüphe yoktur. İşveren ve üçüncü kişiler yönünden ise, şayet yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde rücu edilemeyecekler kapsamında ise onlar açısından da dava konusuz kalacaktır.

Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra Kurum tarafından rücu davası açılacak olursa ve davalılar, 6111 sayılı Yasa değişikliği kapsamında iseler, borçlu sıfatları bulunmadığından davanın reddine karar vermek gerekecektir.

SGK'nın açtığı rücu davalarında davalı tarafın açıkça 6111 sayılı Yasa'dan yararlanma talebi olamasa ancak davanın reddini istemiş ise, mahkemece 6111 sayılı Yasa değişikliği resen uygulanmalıdır. Diğer itiraz nedenlerine göre bu Yasa'nın uygulama önceliği vardır.

VII- SONUÇ

Anayasa'nın 17. maddesine göre herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. 56. maddesine göre ise devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Görüldüğü gibi Anayasa, devlete, vatandaşlarının sağlıklı yaşama, vücut bütünlüğünü koruma, sağlık hizmetlerini yaygın bir şekilde yerine getirme görevi vermiştir.

Trafik kazaları ani olaylardır ve acil olarak vücut bütünlüğünün korunmasını gerektirir. Bu nedenle kaza sonucu en yakın sağlık kuruluşuna gidilmesi ve sağlık hizmeti alınması gerekir. Kazazedelerin en yakın sağlık kuruluşundan hizmet alırken parasal kaygı içinde olması, bu nedenle tercihinin değişmesi telafisi güç durumlar oluşturabilir. Bu yönde, trafik kaza-

ları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır düzenlemesi, devletin anayasal görevleri açısından yerinde olmuştur.

Uygulamada, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, belirtilen sağlık hizmet bedellerinin ne kadarını karşılayacağı, özel sağlık kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedellerinin resmi tarifeden fazla olması halinin kazazedelerin tercihlerini etkileyeceği ve hastane ile kazazede arasında ihtilafların yaşanacak olması, SGK'nın ZMSS poliçesi limiti kadar ödeme yapıp yapmayacağı, ödemediği sonra rücu talepleri başlıca sorunlar olarak karşımıza çıkacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nursen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, S: 731.
- 2 10. HD 2012/4155 (...)Ne var ki; anılan Yasanın 59 ve Geçici 1. maddelerinde, aktarım ile sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının bu teminat kapsamındaki yükümlülüklerinin sona ereceği belirtilmiş olup, yasanın açık hükmü karşısında, sorumluluğun ancak yapılacak aktarım sonrasında ortadan kalktığı kabulü gerekir. Mahkemece, yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilerek, 6111 sayılı Yasanın 59 ve Geçici 1. maddelerinde belirtilen tutarların sigorta şirketleri tarafından aktarılıp aktarılmadığı araştırılmaksızın, eksik inceleme ve yanlışlı değerlendirme sonucu, yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Karşı Oy:

25.02.2011 Tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 13.02.2011 tarih 6111 sayılı Yasanın 59. maddesi ile 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 98. maddesi değiştirilmiş, anılan değişiklik ile "Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır." hükmü getirilmiştir. Maddenin devamında trafik kazalarına sağlık teminatı sağlayan zorunlu sigortalarda; sigorta şirketlerince yazılan primlerin ve Güvence Hesabınca tahsil edilen katkı paylarının Kuruma aktarılacağı, aktarım ile sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının bu teminat kapsamındaki yükümlülükleri sona ereceği belirtilmektedir.

Sayın Daire çoğunluğu, tedavi gideri kapsamında, sigorta şirketinin, işleten ve şoförlerin, motorlu araç işle-

tilmesinden kaynaklanan sorumluluğun zorunlu olarak sigorta teminatına bağlanması nedeniyle yasadan ve sözleşmeden doğan yükümlülüğü, primlerin aktarımı ile sone ereceği, aktarım olmamış ise sorumluluğun yasa değişikliğinden önceki duruma göre devam edeceği düşüncesindedir. Bu görüşe aşağıdaki nedenlerle katılmamaktayız.

Aramızdaki ihtilaf, 25.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6111 sayılı yasanın 59. ve geçici madde 1 kapsamında, yasanın yayımlandığı tarihten önce ve sonrasında meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmasında, sigorta şirketlerince yazılan primlerin ve Güvence Hesabınca tahsil edilen katkı paylarının Kuruma aktarılmasının beklenip beklenmeyeceği hususudur.

Bu konuda 6111 sayılı yasanın 59. ve geçici madde 1. ile getirilen değişikliğin amacına ve yasal düzenlemelere bakmak gerekir.

6111 sayılı Yasanın 59. maddesinde, yasanın yürürlük tarihi olan 25.02.2011 tarihinden sonrası için trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı, Geçici Madde 1'de ise Kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri (milad belirtilmeksizin) Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir.

27 Ağustos 2011 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan Başbakanlık (Hazine Müsteşarlığı) tarafından çıkarılan Trafik Kazaları Nedeniyle İlgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte de aktarımın nasıl yapılacağı belirlenmiş, kanunun yürürlüğünden önceki dönem yönünden ise 01.01.2001-25.02.2011 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) ilgili sigorta branşında ruhsat sahibi sigorta şirketlerince bu sigorta kapsamında gerçekleştirilen tedavi teminatı ödeme tutarlarında söz konusu dönemde faaliyette bulunan tüm sigorta şirketlerinin hisseleri, ilgili dönem için Hazine Müsteşarlığı Sigorta Denetleme Kurulunca hazırlanan Sektör Faaliyet Raporlarında yer alan bedeni tazminat tutarları dikkate alınarak belirleneceği belirtilmiştir. (Yönetmelik 5. madde ve Eki).

Sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı tarafından ödenecek meblağın süresinde ödenmemesi halinde 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Kanunun 89 uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Kuruma zorla tahsil yetkisi verilmiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu Hukuk Müşavirliğinin 20.01.2012 tarihli genelgesi ile "trafik kazalarından kaynaklanan tedavi giderlerinin tahsili için sigorta şirketleri, Güvence Hesabı ve 3. kişiler aleyhine icra takibi ve dava açılmaması, Kanunun yürürlük tarihinden önce açılan icra takiplerine devam edilmemesi, (Ancak feragat edilmeyerek sadece takipsiz bırakılması) İtirazlı icra takipleri için itirazın iptali için dava açılmaması, Kanunun yürürlük tarihinden önce açılmış davalar yönünden; Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereğince, mahkemediği davanın konusuz kalması sebebiyle "dava hakkında ka-

rar verilmesine yer olmadığına... “şeklinde hüküm kurulması” gerektiği belirtilmiştir.

Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, Kanun değişikliğindeki amaç, kanunun yürürlük tarihinden sonra ve önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedellerinin, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmasıdır. Bu, Kurumun geçmiş 10 yıllık süre dâhil sigorta şirketlerince yazılan primlerin ve Güvence Hesabınca tahsil edilen katkı paylarının Kuruma aktarılması ile sağlanacaktır. Aktarım, somut kazaya ait poliçelere ilişkin olmayıp, tüm poliçe prim ve katkı paylarının toplu aktarımıdır. Bu durumda Kurum, bir nevi sigorta şirketi ve Güvence Hesabı yerine geçerek tahsil ettiği primler ile kar ve zararı kendisine ait olmak üzere trafik kazaları sebebiyle sağlık hizmet bedellerini karşılayacaktır. Eğer sağlık hizmet bedelleri Kuruma çok ağır yük getirecek olursa 6111 sayılı Yasanın 59. maddesi ile Bakanlar Kuruluna prim ve katkı paylarını % 50'sine kadar artırmaya yetki verilmiştir.

6111 sayılı Yasanın 59. maddesi ile değiştirilen 2918 sayılı yasanın 98/2. fıkrada “Aktarım ile sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının bu teminat kapsamındaki yükümlülükleri sona erer.” hükmü ile sigorta şirketi henüz primleri aktarmamış ise sorumluluğunun devam edeceği anlaşıyor ise de 3. fıkrada “Bu madde çerçevesinde sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı tarafından ödenecek meblağın süresinde ödenmemesi halinde 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Kanununun 89 uncu maddesinin ikinci fıkrası uygulanır.” hükmü ile Kuruma primleri tahsil yetkisi verildiğinden bu hüküm sigorta şirketine eski hükümlere göre rücu hakkı verecek şekilde yorumlanamaz. Kurum, sadece primleri tahsil için takip yapabilir. Yani sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının aktarım ile prim aktarma borçları sona erer. Aktarım hususu, SGK ile sigorta şirketleri arasında iç ilişkiyi ifade etmektedir.

Aktarım olmaması halinde, sorumluluğun eski düzenleme gibi devam edeceği ve Kurumun sigorta şirketine, güvence hesabına, işletene ve şoföre rücu hakkının devam edeceğinin kabulü, kanunun amacına ve Kurumun uygulamasına aykırıdır. Yasada, geçmiş yılların priminin aktarım için üç yıllık bir süre öngörülmüştür. Sorumluluk için aktarımın başladığı tarih mi yoksa aktarımın bittiği tarih mi esas alınacaktır? Aynı zamanda aktarım tarihine kadar sorumluluğun devam edeceği kabul edilirse 6111 sayılı Yasanın geçici 1. maddede düzenlenen geçmiş dönemlerin prim ve katkı paylarının aktarımı hususu fiilen uygulanamaz hale gelecektir. Bu durumda Kurum, hem geçmiş dönemin primlerini ve katkı paylarını tahsil edecek hem de sigorta şirketlerinden, sürücü ve işletenden zararını rücu tahsil edeceğinden Kurumun sebepsiz zenginleşmesine yol açacaktır. Ayrıca, her yıl o yıla ait primlerin aktarımı söz konusu olduğundan o yılın primlerinin aktarımı beklenerek tedavi giderine yol açan kaza yılını takip eden yılda ancak dava açılabilir hale gelecektir.

Yukarıda anlatılan gerekçelerle, yasanın yürürlük tarihi olan 25.02.2011 tarihinden itibaren Kurumun, sigorta şirketlerine, Güvence Hesabına, sürücü ve işletene karşı rücu hakkı ortadan kalkmıştır. Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî

ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumunun açtığı davalar ile derdest tüm davalarda, Kurumun Hukuk Müşavirliğinin genelgesi doğrultusunda “davanın konusu kalmaması nedeniyle karar vermeye yer olmadığına” karar verilmesi gerektiği düşüncesinde olduğumdan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

Halil Özdemir

10. HD Üyesi

- 3 17. HD 05.03.2013 tarih, 2012/3711 E, 2013/2739 K.
- 4 17. HD 19.02.2013 tarih, 2012/10274 E, 2013/1985 K. (...) Dava, trafik kazası nedeniyle ödenen tedavi giderinin rücu tahsili amacıyla başlatılan takibe vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Davacı Güvence Hesabı tarafından ZMSS poliçesi bulunmayan araçta yolcu olarak bulunan kişi için yapılan tedavi giderlerinin sorumlulardan rücu tahsili istenmektedir. 6111 s. Kanununun 59. maddesi ile değişen 2918 s. Kanununun Sağlık hizmet bedellerinin ödenmesi ile ilgili 98. maddesinde ‘Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır.’ hükmü getirilmiştir. Anılan madde uyarınca resmî ve özel sağlık kuruluşlarında sunulan sağlık hizmet bedelleri yönünden zorunlu mali sorumluluk sigortacısının sorumluluğu SGK. ye geçmekte olup, yapılan değişiklik 6111 s. Kanununun yürürlüğe girmesinden önce ödenen tedavi giderlerinin rücu tahsili açısından yeni bir düzenleme getirmemektedir.
- 5 11. HD 2007/7911 E, 2008/10768.
- 6 HGK 11.5.2011 tarih, 2011/17-182-294.
- 7 ULAŞ, Işıl: Uygulamalı Sigorta Hukuku, Ankara 2002, 3. Bası, S: 792.
- 8 17 HD önüne gelen sigorta şirketi tarafından SGK aleyhine açılan istirdat davasında görevli mahkemenin İş Mahkemesi olduğuna karar vermiştir. (...) davacı, her ne kadar, 6111 sayılı yasanın 59. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu 2918 sayılı Trafik Yasasının 98. maddesine dayanmış ise de, uyuşmazlığın 2918 sayılı Trafik Yasasından değil, trafik kazası sebebiyle, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması gereken sağlık hizmet bedellerinin tahsiline ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Sağlık hizmeti bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenmesine ilişkin uyuşmazlığın temeli 5510 sayılı Kanuna dayanmakta olup, 5510 sayılı Kanununun 101. maddesinde “bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, anılan Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemesinde görüleceği” hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda mahkemece dava konusu uyuşmazlığın İş Mahkemesinin görevine girdiği gözetilerek mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir. (17 HD 11.03.2013 tarih, 2012/12901 E, 2013/3163 K).
- 9 10. HD 17.06.2013 tarih, 2012/21331 E, 2013/13491 K, 13.05.2013 tarih, 2012/17924 E, 2013/10176 K.

Faruk YÜKSEL

Sosyal Güvenlik Kurumu Başmüfettişi

Hastalık ve Analık Geçici İş Göremezliklerinde Sigortalılık Niteliği Ne Zaman Yitirilir?

Bilindiği üzere sosyal güvenlik uygulamaları, insanların hayatları boyunca gerçekleşmesi muhtemel bazı sosyal risklere karşı güvence sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Ülkemizdeki sosyal güvenlik uygulamalarını düzenleyen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu da, karşılaşılabilecek bazı risklere karşı tedbirler getirmiştir. Bu risklerden biri de insanların sağlık durumları elvermediği için belirli bir süre çalışmaya ara vermeleri ve düzenli bir gelir elde edememe riskleridir. 5510 sayılı Kanun'da kısa vadeli sigorta kolları olan iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortalarından sağlanan yardımlardan biri de geçici iş göremezlik ödeneğidir.

Geçici iş göremezlik, sigortalının iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurulu raporlarında belirtilen istirahat süresince geçici olarak çalışmama halidir.

Geçici iş göremezlik ödeneği ise, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halle-

rinde geçici iş göremezlik sürelerinde verilen ödenektir.

Geçici iş göremezliğe hak kazanabilmek için istirahatın başladığı tarihte sigortalılık niteliğinin yitirilmemiş olması gerekir. Yazımızda, 5510 sayılı Kanun kapsamında Sosyal Güvenlik Kurumu (bundan sonra Kurum diye anılacaktır) tarafından, hastalık ve analık sigorta kollarından ödenen geçici iş göremezlik ödenekleri açısından sigortalılık niteliğinin ne zaman yitirilmiş sayılacağına ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

1. HASTALIK GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK ÖDENEĞİNDE SİGORTALILIK NİTELİĞİNİN YİTİRİLME ZAMANI

Hastalık; sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklardır.

5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanların tamamı hastalıkları halinde geçici iş

göremezlik ödeneği alma hakkına sahip değildir. Hastalıkları halinde geçici iş göremezlik ödeneği alabilecek sigortalılar şunlardır:

5510 sayılı Kanun'un;

- 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre sigortalı sayılanlar, yani hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar.

- 5. maddesinin (b) bendinde sayılan ve 05/06/1986 tarih ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler.

- 5. maddesinin (b) bendi gereğince, ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri.

Bu sigortalıların hastalıkları halinde geçici iş göremezlik ödeneği alabilmeleri için şu şartları yerine getirmiş olmaları gerekir:

a) İstirahatın başladığı tarihte sigortalılık niteliğinin sona ermemiş olması,

b) İş göremezliğin başladığı tarihten önceki 1 yıl içinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması,

c) Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurumlarından istirahat raporu alınmış olması.

Hastalık geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanıp kazanılmadığı değerlendirilirken sigortalılık niteliğinin ne zaman yitirilmiş sayılacağı şöyle belirlenmektedir:

Yukarıda sayılanlardan;

a) Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanların sigortalılıkları hizmet akdinin sona erdiği,

b) Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinin sigortalılıkları hizmet akdinin ortadan kalktığı,

c) Aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrencilerin sigortalılıkları ise bu niteliklerinin ortadan kalktığı tarih itibariyle sona erer.

Ancak geçici iş göremezlik ödeneği verilirken sigortalılık niteliği bu tarihler itibariyle değil yukarıda belirtilen tarihleri takip eden

onuncu günden itibaren sona ermiş sayılmaktadır.

Ayrıca sigortalıların ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması durumlarında, bu durumların ortadan kalkmasını takip eden onuncu günden itibaren sona ermiş sayılmaktadır. Elbette ücretsiz izin, grev ve lokavt hallerinin sona ermesinden sonra sigortalı çalışmaya devam ederse sigortalılık niteliği ortadan kalkmayacaktır.

Örnek:

Hizmet akdi ile çalıştığı işten 31/03/2012 tarihinde işten ayrılan (A), 03/03/2012 tarihinde yapılan muayenesi sonucunda bu tarihten itibaren 7 gün boyunca istirahatlı sayılmıştır. (A), istirahatlı olduğu tarihten önce işten ayrılmış olsa da hastalık geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanacaktır.

2. ANALIK GEÇİCİ İŞ GÖREMEZLİK ÖDENEĞİNDE SİGORTALILIK NİTELİĞİNİN YİTİRİLME ZAMANI

Sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve özürülük halleri analık hali kabul edilir.

Analık sigortası, sigortalı kadın veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşi, Kurumdan kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadın ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşi için düzenlenmiş olan bir sigorta koludur. Ancak sayılanların tamamı analık halinde geçici iş göremezlik ödeneği alma hakkına sahip değildir. Analıkları halinde geçici iş göremezlik ödeneği alabilecek kişiler şunlardır:

5510 sayılı Kanun'un;

a) 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre sigortalı sayılanlar, yani hizmet

akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar.

b) 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) kapsamında olan:

- Köy ve mahalle muhtarları,
- Ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar,
- Gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar,
- Tarımsal faaliyette bulunanlar.

c) 5. maddesinin (a) bendi gereğince; hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular.

d) 5. maddesinin (g) bendi gereğince, ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri.

Bu sigortalıların analıkları halinde geçici iş göremezlik ödeneği alabilmeleri için şu şartları yerine getirmiş olmaları gerekir:

a) İstirahatın başladığı tarihte sigortalılık niteliğinin sona ermemesi,

b) Doğumdan önceki 1 yıl içinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması,

c) Geçici iş göremezlik süresi içinde işyerinde çalışmamış olması,

d) Doğum olayının gerçekleşmiş olması.

Ayrıca yukarıda sayılan ve 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında olup da analık geçici iş göremezlik ödeneği talep edenlerin, sigorta primleri ve bu primlere ilişkin tüm borçlarını ödemiş olması gerekir.

Analık geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilecek sigortalılarından;

- Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar için hizmet akdinin sona erdiği,

- Köy ve mahalle muhtarları için, muhtarlık görevlerinin sona erdiği tarih,

- Gelir vergisi mükellefi olanlar için, mükellefiyetlerini gerektiren faaliyetlerine son verdikleri tarih,

- Gelir vergisinden muaf olanlar için, esnaf ve sanatkar sicili kaydının silindiği veya kaydı silinmemekle beraber aylık faaliyet gelirlerinden bu faaliyetine ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarı, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeledikleri tarih,

- Tarımsal faaliyette bulunanlar için, tarımsal faaliyetinin sona erdiği veya yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden, bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeledikleri yahut 65 yaşını doldurması nedeniyle talepte bulunduğu tarih,

- Ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular için bu durumun sona erdiği tarih itibarıyla sigortalılık sona erer.

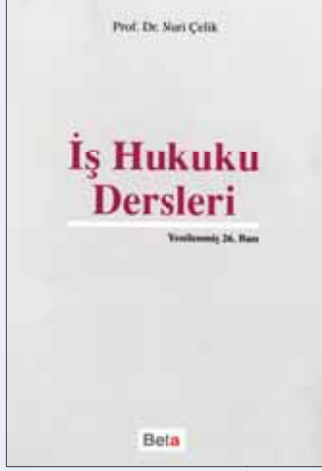
- Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri için hizmet akdinin ortadan kalktığı tarihlerde sigortalılıkları sona erer.

Ancak hastalık sigortası uygulamasında sigortalılar lehine getirilen düzenleme burada da geçerlidir. Analık sigortasının uygulanmasında sigortalılık niteliği yukarıda belirtilen tarihleri takip eden onuncu günden itibaren sona ermiş sayılmaktadır.

SONUÇ

Hastalık ve analık hallerinde geçici iş göremezlik ödeneğine 5510 sayılı Yasa kapsamındaki bazı sigortalılar hak kazanmaktadır. Belirtilen geçici iş göremezlik durumlarında sigortalılar lehine bir düzenleme ve uygulama bulunmaktadır. Geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilecek sigortalıların sigortalılıkları sona ermiş olsa da bir süre daha sigortalılık nitelikleri devam etmektedir. Yani sigortalılık sona ermekle beraber geçici iş göremezlik ödeneği alınabilmektedir. Genel olarak sigortalılığın sona erdiği tarihi takip eden onuncu günden itibaren sigortalılık niteliği sona ermiş sayılmaktadır.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Nuri Çelik tarafından hazırlanan “**İş Hukuku Dersleri**” adlı eserin yenilenmiş 26. Basısı, Temmuz 2013 tarihinde yayımlanmıştır.

Asıl amacı öğrencilere yardımcı olmak olan kitap, bireysel ve toplu iş hukuku mevzuatının yanı sıra yargı kararlarını ve bilimsel yayınları da yansıtmaktadır. Bu basıda ayrıca iş hukuku ile ilgili çevrelere yarar sağlayabilmek için, uygulama sorunları ele alınarak değerlendirilmeye çalışılmıştır. Kitapta değişik alanlardaki fakülte, yüksek okul ve bölüm öğrencilerinin farklı ders programları göz önüne alınarak bazı yerler büyük puntolarla gösterilmiştir.

2012 yılında iş hukukunu ilgilendiren iki temel kanun çıkarılmış ve yürürlüğe konulmuştur. Bunlardan ilki 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, bir diğeri ise 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’dur. Bu nedenledir ki, her iki kanunla ilgili olarak kitapta önemli değişiklikler ve açıklamalara yer verilmiştir.

Genel bilgiler başlığını taşıyan Birinci Kısım, bireysel iş hukuku başlıklı İkinci Kısım izlemektedir. Toplu iş hukuku başlıklı bölüm ise Üçüncü Kısım’da yer almaktadır.



Dr. Ş. Esra Başkan tarafından hazırlanan “**6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi**” adlı eser Ocak 2013 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin temel amacı; uygulamadaki aksaklıklara dikkat çekerek sendikal nedenlerle feshe ilişkin özellikle 6356 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemelerin incelenmesi, söz konusu düzenlemelerin önceki Kanun olan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nda yer alan düzenlemelerle karşılaştırılması ve sendikal nedenle feshin önlenmesi için yapılması gereken hukuki düzenlemelerin araştırılmasıdır.

Eserde sendikal nedenle feshe ilişkin incelemeler kapsamında karşılaşılan sorunlar üzerinde durulmuş ve söz konusu sorunların giderilmesine yönelik çözüm önerileri sunulmuştur. Ayrıca yabancı hukuk sistemlerindeki yasal düzenlemelerle karşılaştırma yapılarak uygulamadan örnekler verilmiştir. Bu şekilde sendikal nedenle feshin önlenmesi için yapılması gereken yasal düzenleme önerilerinde bulunulmuş ve sendika özgürlüğü ile işçilerin feshe karşı korunmasına ışık tutulmaya çalışılmıştır.

Eser üç bölümden oluşmakta olup; birinci bölümünde “Sendika hak ve özgürlüğü”, ikinci bölümde “Türk hukukunda sendikal nedenle feshin düzenlenişi” ve üçüncü bölümde “Sendikal nedenlerle feshin hüküm ve sonuçları” konularına yer verilmiştir.

Vakkas DEMİR

Sosyal Güvenlik Kurumu Başmüfettişi

Anonim Şirketlerin Kurucu Ortaklarının Sosyal Güvenlik Durumlarının Açıklanması

1- GİRİŞ

5510 sayılı Kanun'un bütün hükümleriyle birlikte yürürlüğe girdiği 1 Ekim 2008'den önce, anonim şirketlerin hem kurucu ortakları hem de yönetim kurulu üyesi olan ortakları 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesi kapsamında sigortalı sayılmaktaydılar.

5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (3) numaralı alt bendi ile, 1 Ekim 2008'den itibaren anonim şirketlerin sadece şirket ortağı olan yönetim kurulu üyelerinin yönetim kuruluna seçildikleri tarihten itibaren sigortalı sayılmaları hüküm altına alınmıştır.

5510 sayılı Kanun'un geçici 22. maddesi ile 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu kapsamında 1 Ekim 2008'den önce anonim şirketlerin kurucu ortağı olmaları nedeniyle Bağ-Kur sigortalısı olanlardan, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (3) numaralı alt bendi kapsamında sigortalılıklarını devam ettirmek isteyenlerin 1 Ekim 2008'den itibaren altı ay içinde yani 1 Nisan 2009 tarihine kadar SGK'ya yazılı olarak talepte bulunmaları halinde, sigortalılıkları devam ettirilmiştir. 1 Nisan 2009'a kadar talepte bulunmayanların sigortalılıkları ise,

1 Ekim 2008 tarihi itibarıyla sona erdirilmiştir.

Anonim şirketlerin kurucu ortaklarının sigortalılık durumlarıyla ilgili buraya kadar verdiğimiz bilgiler herkes tarafından bilinen ve uygulamada açık olan hususlardır. Ancak, 1 Ekim 2008'den sonra anonim şirketlerin kurucu ortaklarının 5510 sayılı Kanun kapsamında hangi statüde sigortalı olabilecekleri ve 1 Ekim 2008'den sonra anonim şirketin kurucu ortaklarının prim ödemeye devam etmeleri halinde ödedikleri primlerin isteğe bağlı sigortalılık süresi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususları herkes tarafından bilinmemektedir. Bu çalışmamızda anonim şirketlerin kurucu ortaklarının bu iki önemli sigortalılık durumlarıyla ilgili açıklamalarda bulunacağız.

II- 1 EKİM 2008'DEN SONRA KURUCU ORTAKLARIN HANGİ STATÜDE SİGORTALI SAYILACAKLARI

5510 sayılı Kanun'un 53. maddesinin ikinci fıkrasında; "4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sayılanlar, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden dolayı, 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsa-

mında sigortalı bildirilemezler.” hükümleri yer almaktadır.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin¹ 27. maddesi birinci fıkrasında; “Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sayılanlar, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden, Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı bildirilemezler.” hükümleri bulunmaktadır.

Kanun ve yönetmelikte yer alan aynı hükümler, 5510 Sayılı Kanun Gereğince Sigortalı Sayılanlar, Sayılmayanlar, Sigortalılığın Başlangıcı, Kuruma Bildirilmesi ve Sona Ermesi Hakkında Tebliğ’in²“V- Sigortalılık Hallerinin Çakışması” başlıklı bölümünün 6. bendinde de aynen ifade edilmiştir.

Üstte belirttiğimiz Kanun, Yönetmelik ve Tebliğ hükümlerini okuyan ve buna göre kanaate varan birçok okur, şirket ortaklarının ortağı olduğu şirkette 5510 sayılı Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı bildirilemeyeceğini ve bundan dolayı anonim şirketlerin kurucu ortaklarının da ortağı oldukları şirkette 4/a sigortalısı olamayacaklarını düşünebilirler.

Ancak, anonim şirketlerin kurucu ortaklarının 5510 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılık durumları, yani ortağı olduğu şirkette 5510 sayılı Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak bildirilip bildirilemeyeceği, üstte belirttiğimiz Kanun, Yönetmelik ve Tebliğ’deki hükümler iyice irdelendiğinde açıkça ortaya çıkacaktır.

Şöyle ki; 5510 sayılı Kanun’un 53. maddesinde, 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanların kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden dolayı 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı bildirilemeyecekleri ifade edilmektedir.

Kanun metnindeki hükümlerden anlaşılacağı üzere, kendi nam ve hesabına işyeri veya şirketi olan ya da bu gibi yerlerin ortağı olan her kişinin buralardan kendilerini 4/a sigortalısı olarak bildirilmemesi gibi genel geçer ve kesin bir şart yoktur. Kanun metninde yer alan kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden dolayı 4/a sigortalısı olunamayacağı şartı,

yalnızca söz konusu işyeri sahipliği ya da şirket ortaklığından dolayı 5510 sayılı Kanun’un 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için geçerli olan bir şarttır.

5510 sayılı Kanun’un 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanlara baktığımızda ise, anonim şirketlerin kurucu ortakları bunlar arasında yer almamaktadır.

İşte bu nedenden dolayı, anonim şirketlerin kurucu ortakları 1 Ekim 2008’den itibaren (bu tarihten sonra) ortağı oldukları anonim şirketlerde 5510 sayılı Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak bildirilebileceklerdir. Sosyal Güvenlik İl Müdürlükleri de anılan mevzuat hükümlerini belirttiğimiz şekilde kullanmaktadırlar.

5510 sayılı Kanun’un 53. maddesinde hüküm altına alınan; “...kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden, Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı bildirilemezler...” hükümleri, anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları ile limited şirket ortakları, diğer şirket ortakları ve kendi nam ve hesabına işyeri olan ya da bu işyerlerine ortak olan kişiler için geçerlidir.

Anonim şirketlerin kurucu ortaklarının 5510 sayılı Kanun’la 1 Ekim 2008’den itibaren değişen sigortalılık statüleri, bu kişilerin daha yüksek miktarlarda sigortalılık primi ödemelerine neden olmuştur. Çünkü, 5510 sayılı Kanun’un “Prime Esas Kazançlar” başlıklı 80. maddesinde; “...b) Sigortalı aynı zamanda işveren ise aylık prime esas kazancı, çalıştırdığı sigortalıların prime esas günlük kazancının en yüksekisinin otuz katından az olamaz...” hükmü yer almaktadır.

Bu hükümlerden dolayı, anonim şirketlerde kurucu ortak olan şirket ortakları şirketin genel müdür ve genel müdür yardımcısı gibi üst düzey görevlerinde bulunup yüksek miktarda maaş aldıkları halde Bağ-Kur’a primlerini basamak sistemine göre düşük miktarlarda ödemekteydiler.

5510 sayılı Kanun’la birlikte anonim şirketlerin Kanun’un 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılıkları 1 Ekim

2008'den itibaren sona erip, bu tarihten itibaren Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olmaları mümkün hale geldiğinden ve üstte belirttiğimiz 80. maddesi hükümlerinden dolayı, Bağ-Kur sigortalılığındaki gibi düşük prim ödeyerek sigortalı olma avantajları sona ermiştir.

III-1 EKİM 2008'DEN SONRA PRİM ÖDEMEYE DEVAM EDEN KURUCU ORTAKLARIN PRİMLERİ İSTEĞE BAĞLI SAYILIR MI?

Anonim şirketlerin kurucu ortaklarının 5510 sayılı Kanun'la birlikte 1 Ekim 2008'den itibaren 4/b sigortalısı olma imkanları sona ermiş ve bu kişilerin 1 Ekim 2008'den itibaren ortağı oldukları şirkette 4/a sigortalısı olma hakları doğmuştur. 1 Ekim 2008'den önce anonim şirketin kurucu ortaklığından dolayı Bağ-Kur sigortalısı olan kişiler, 1 Nisan 2009 tarihine kadar SGK'ya sigortalılıklarını devam ettirmelerine yönelik yazılı olarak talepte bulunmaları halinde kurucu ortaklıktan dolayı 4/b sigortalılıkları 1 Ekim 2008'den sonra da devam ettirilmiştir.

Ancak, mevzuat hükümlerinden haberi ve bilgisi olmadan kurucu ortak olarak 1 Ekim 2008'den sonra da sigortalılık primlerini ödemeye devam edenlerin sigortalılıkları, ödedikleri primlere göre isteğe bağlı sigortalılık süresi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 99. maddesi birinci fıkrasında; "isteğe bağlı sigortalılık, isteğe bağlı sigortalılık giriş bildirgesinin veya talep dilekçesinin Kurum kayıtlarına intikal ettiği tarihi takip eden günden itibaren başlar." hükümleri bulunmaktadır.

İsteğe Bağlı Sigorta İşlemleri Hakkında Tebliğ'in "B- İsteğe Bağlı Sigortalılık Başvurusu" başlıklı bölümünde; "İlk defa isteğe bağlı sigortalı olmak isteyenlerin örneği Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ekinde yer alan isteğe bağlı sigorta giriş bildirgesi ile ikametgahlarının bulunduğu sosyal güvenlik il/merkez müdürlüklerine başvurmaları gerekmektedir. Tekrar isteğe bağlı sigortalılık talebinde bulunacak si-

gortalıların ise talep dilekçesi ile müracaatları yeterlidir." hükümleri yer almaktadır.

Üstte madde metinlerini verdiğimiz Yönetmelik ve Tebliğ hükümlerinden anlaşılacağı üzere, 5510 sayılı Kanun kapsamındaki isteğe bağlı sigortalılık ancak isteğe bağlı sigorta giriş bildirgesi ve SGK'ya yazılı talep halinde başlatılabilmektedir. Bunun dışında zorunlu sigortalılık sona erdikten sonra yapılacak iradi prim ödemelerine göre isteğe bağlı sigortalılığın başlatılması ya da söz konusu iradi prim ödemelerinin isteğe bağlı sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesine imkan bulunmamaktadır.

Bu itibarla, anonim şirketlerin kurucu ortaklarından 1 Nisan 2008'e kadar SGK'ya sigortalılıklarını devam ettirmeye yönelik yazılı başvuruda bulunmadan, 1 Ekim 2008'den sonra prim ödemeye devam edenlerin ödedikleri primler talep edilmesi halinde 5510 sayılı Kanun'un 89. maddesinin 4. fıkrası gereği yasal faiziyle birlikte iade edilir.

IV- SONUÇ

Anonim şirketlerin kurucu ortakları 1 Ekim 2008'den itibaren ortağı oldukları şirkette 4/a sigortalısı olabileceklerdir. 5510 sayılı Kanun'un 53. maddesinde yer alan, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden dolayı 4/a sigortalısı olunamayacağı şartı, aynı Kanun kapsamında 4/b sigortalısı sayılanlar için geçerlidir. Anonim şirketlerin kurucu ortakları ise 1 Ekim 2008'den sonra 4/b sigortalısı sayılmamışlardır.

Anonim şirketlerin kurucu ortaklarından 1 Nisan 2009'a kadar 4/b sigortalılıklarını devam ettirmek için SGK'ya yazılı istekte bulunmayanların 1 Ekim 2008'den sonra ödedikleri primler isteğe bağlı süresi olarak değerlendirilmeyecek ve ödedikleri primler kendilerine yersiz ödeme olarak SGK tarafından iade edilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 28.08.2008 tarih ve 26981 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 2 28.09.2008 tarih ve 27011 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

Sağlık Hakkı Çerçevesinde Tedavi Giderlerinin SGK Tarafından Karşılanması

T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2011/7793
Karar No : 2011/12024
Tarihi : 20.09.2011

ÖZET

506 sayılı Kanun ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde; sigortalının eşinin SSK'nun sevki olmadan, özel sağlık kuruluşunda tedavisini yaptırması durumunda, özel sağlık kuruluşlarında yapılan giderlerin Kurumca sigortalıya ödeneceğine dair bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle Kurumun bu giderlerden sorumlu olmadığından söz edilemez.

DAVA

Özel hastanede yapılan tedavi nedeniyle eksik ödenen 41.357,00 TL'nin 09.09.2008

tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte tahsili davasının yapılan yargılaması sonunda; ilâmda yazılı nedenlerle davanın reddine ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davacılar Avukatınca istenilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tâbi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 20/09/2011 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmiştir. Duruşma günü davacılar adlarına Av. P. C. ile karşı taraf adına Av. B. B. geldiler. Duruşmaya başlandı. Hazır bulunan Avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı günde Tetkik Hâkimi H. K. tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

22.08.2008 günü göğüs ağrısı şikayeti

ile fenalaşarak ambulans ile saat 17.00 sıralarında Ş. E. Hastanesine götürülen davacı K. ayakta muayene edilmiş, tetkikler yapılmış, BT planlanmış ancak ilaç temin edilememesi nedeniyle çekilememiş, yatış yapılmamış, davacının ağrılarının devam etmesi ve teşhis konulamaması nedeniyle yakınlarınca ambulans ile saat 20.30 sıralarında A. Hastanesine getirilmiş, burada yapılan BT ve ultrasonografik tetkik sonrasında arkusa geri yayılan tip B aort diseksiyonu (yırtığı) şüphesi ile acil olarak ameliyatı yapılmış, tedavisinin tamamlanması ile salah ile 05.09.2008 gününde taburcu olmuştur. SSK'dan yaşlılık aylığı almakta olan davacı K. B...'nin eşi olan davacı K.'nin, A. Hastanesi'nde 22.08.2008-05.09.2008 tarihleri arasında yapılan tedavisi nedeniyle, özel sağlık kuruluşuna 05.09.2008 tarih 538995 sayılı fatura karşılığı olarak 42.903,00 TL'nin ödendiği, fatura bedelinin ödenmesi için 09.09.2008 tarihinde davalı Kuruma yapılan başvuru sonucunda Kurumun; 1.546,00 TL ödeme yaptığı dosyadaki bilgi ve belgelerden açıkça anlaşılmaktadır.

Dava sonuç itibarıyla, SSK'dan yaşlılık aylığı almakta olan sigortalının eşinin hastalığı nedeniyle özel sağlık kuruluşunca yapılan tedavi ve iyileştirme giderlerinin Kurumdan tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağını teşkil eden 506 sayılı Kanununun 32, 33, 34 ve 35. maddeleri hükümlerine göre, Kurum; hastalık sigortası kapsamındaki sigortalıya, gerektiğinde ve yasal koşulların oluşması halinde sigortalının eş ve çocuklarına da sağlık yardımı sağlamakla yükümlüdür. Yapılacak sağlık yardımları, ilgilinin hekime muayene ettirilmesi, hekimin göstereceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik ve laboratuvar muayenelerinin yapılması, gerekirse sağlık kuruluşlarına yatırılması ve tedavi süresince gerekli ilaç ve iyileştirme vasıtalarının sağlanması hallerini kapsar ve sağlık yardımları sigortalının iyileşme-

sine kadar devam eder. Yaşam hakkının kutsallığı nedeniyle, devletin sigortalıların tedavilerini en iyi şekilde yaptırması gereği, sosyal güvenlik hukukunun en temel ilkelerinden biri olarak, Anayasanın 56. maddesinde; Devletin bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak yerine getireceği hükmü öngörülmüştür.

Bu ilkelerin ışığı altında somut olaya bakıldığında; sigortalının eşinin rahatsızlığını niteliğine ve öncelikle muayene ve tedavi için yasal prosedüre uygun bir biçimde resmi sağlık kuruluşlarına başvurduğu halde saatler geçmesine rağmen gereğince muayene edilip teşhis konularak tedaviye başlanmaması, ağrılarının artması, yakınları tarafından hayati tehlikeye maruz kalacağı endişesi ile özel bir sağlık kuruluşu olan A. Hastanesine getirilmesi ve burada aort diseksiyonu teşhisi ile acilen ameliyata alınmış olmasına göre, iş bu hastalığın SGK sağlık kuruluşlarında tedavisinin mümkün bulunduğundan bahisle, davacının kurumun sağlık tesisinde kalarak gerekli muayene ve tedavisinin yapılmasını bekleme yükümlülüğünde olduğu kabulü mümkün değildir. 506 sayılı Kanun ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde; sigortalının eşinin SSK'nun sevki olmadan, özel sağlık kuruluşunda tedavisini yaptırması durumunda, özel sağlık kuruluşlarında yapılan giderlerin Kurumca sigortalıya ödeneceğine dair bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle Kurumun bu giderlerden sorumlu olmadığından söz edilemez. Sigortalının eşinin, ani olarak gelişen, tıbbi müdahale gerektiren, ivedilikle tıbbi müdahale yapılmaması halinde hayatın kaybedilmesi riski olan, bir başka deyişle acil ve hayati tehlike arz eden hastalığı nedeniyle Kurum sağlık tesisleri dışındaki özel bir sağlık Kuruluşunda tedavi görmesi; Kurumun hastalık sigortası kapsamındaki sağlık yardımlarını yapma yükümünü gereğince ve özenle yerine

getirmemiş olmasının doğal sonucu olup, davalı Kurum; davacı K. için A. Hastanesinde yapılan muayene ve tedaviye ilişkin masraflardan (özel harcamalar, oda ve refakat hizmetleri gibi masraflar hariç olmak üzere) sorumludur.

Mahkemece, açıklanan bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde istemin reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacılar vekilinin bu yönleri

amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, davacılar avukatı yararına takdir edilen 825,00 TL duruşma avukatlık parasının davalıya yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davacılar iadesine, 20.09.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARAR İNCELEMESİ

Sağlık hakkı pek çok uluslararası metinde düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır. Öncelikle İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 25. maddesi uyarınca "Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır. Herkes, işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir."

Avrupa Sosyal Şartının 1/11.maddesi de "Herkes, ulaşılabilecek en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılan her türlü önlemden faydalanma hakkına sahiptir" hükmünü içermektedir.

Bunların yanı sıra Birleşmiş Milletler'in Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve Çocuk Hakları Sözleşmesi de sağlık hakkı ile ilgili hükümler getirmektedir.

Birleşmiş Milletler Dünya Sağlık Örgütü Anayasası da erişilebilecek en yüksek seviyedeki sağlık hakkının herkes için temel bir insan hakkı olduğunu ifade etmektedir.

Uluslararası alanda insan hakları açısından temel nitelikteki metinlerde yer alan sağlık hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da 56. maddede düzenlenmiştir. Anılan madde sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması başlığını taşımaktadır. Maddenin üçüncü fıkrası devlete herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı

içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet verme görevini yüklemektedir.

Sağlık kavramı hakkında pek çok tanım bulunmakla birlikte, ülkemizde 1961 yılında çıkarılan 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanun, 2. maddesindeki tanım uyarınca sağlık, yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir.

Sağlık hakkı, yaşam hakkı ile de sıkı sıkıya ilişkili olup bazen eş anlamlı olarak da kullanılabilir. ¹

Yaşam hakkı bir temel hak ve hürriyet olarak Anayasa'da ifade edilmiş ve bu hakka dokunulamayacağı hükme bağlanmıştır (AY 12/I, 15/II). Yaşam hakkından anlaşılması gereken kişinin beden bütünlüğünün devamının yanı sıra sağlığının da devamıdır. Kişinin beden bütünlüğünün ve yaşama hakkının korunması üç boyut içermektedir. Bunlar yaşam hakkının kişinin kendisine karşı, başka bir bireye karşı ve topluma karşı korunmasıdır. ²

Dünya Sağlık Örgütü uyarınca sağlık hakkının dört unsuru bulunmaktadır. Bunlar;

1. Elverişlilik (Uygunluk): Yeterli sayıda toplumsal sağlık ve tıbbi bakım kurumları, mal ve hizmetler ve programların olması,
2. Erişilebilirlik: Sağlık kurumlarının, mal ve hizmetlerin herkes tarafından erişilebilir olması gerekmektedir. Erişilebilir-

liğin dört farklı boyutu bulunmaktadır. Bunlar;

- a. Sağlık hizmetlerine erişim açısından ayrımcılık yapılmaması
 - b. Fiziksel olarak erişilebilir olması
 - c. Ekonomik olarak erişilebilir olması (uygun maliyette olması)
 - d. Bilgilerin ulaşılabilir olmasıdır.
3. Uygunluk: Bütün sağlık kurumları, malları ve hizmetleri tıbbi etik kurallarına saygılı olmalı, kültürel açıdan uygunluğunun yanı sıra toplumsal cinsiyet ve yaşam döngüsü gerekliliklerine de duyarlı olmalıdır.
 4. Kalite: Sağlık kurumları, mallar ve hizmetler bilimsel ve tıbbi açıdan uygun ve iyi kalitede olmalıdırlar.

Sağlık hakkı, diğer tüm insan hakları gibi devletlere bir takım yükümlülükler getirmektedir. Sağlık hakkı çerçevesinde bu yükümlülükler şunlardır;

1. Saygı duy: Devlete olumsuz edim yükümlülüğü getirmektedir. Bireylerin sağlık hakkının kullanımına müdahale etmeme yükümlülüğü getirmektedir.
2. Korum: Devlet dışında kalan, üçüncü kişilerin, sağlık hakkının kullanımına engel olmamasını sağlama ödevi getirerek olumlu edim yükümlülüğü oluşturmaktadır.
3. Yap: Devlete, bireylerin sağlık hakkını kullanabilmeleri için gereken adımları atma, uygun bir mevzuat hazırlama, politika oluşturma ya da bütçe oluşturma gibi görevler yüklemektedir.³

Türkiye Cumhuriyeti, 9 Haziran 1949 tarih ve 5062 sayılı Kanunla Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nı onaylayarak Dünya Sağlık Örgütü'ne üye olduğundan, yukarıda yer alan ilkeler ve yükümlülükler ülkemiz açısından da bağlayıcıdır.

Sağlık hakkı kapsamında kişilere sunulacak hizmetler ve tanınacak olanakların düzeyi ülkeden ülkeye değişebilmekle birlikte bu kapsamda sağlanacak olanakların alt sınırı insan onuruna yaraşır bir düzey olmalıdır.⁴

İnsan onuruna yaraşır bir düzey kavramı ise sağlık hakkının salt maddi gerekçeler ya

Sağlık hakkı kapsamında kişilere sunulacak hizmetler ve tanınacak olanakların düzeyi ülkeden ülkeye değişebilmekle birlikte bu kapsamda sağlanacak olanakların alt sınırı insan onuruna yaraşır bir düzey olmalıdır.

da mali olanaklar ile sınırlandırılmasına geçit vermeyecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu anlayış doğrultusunda, 1991 yılında, 506 sayılı yasa kapsamında sağlık hizmetlerinin 18 ay süre ile sağlanmasına ilişkin hükmü iptal etmiştir.⁵ Bu kararında anılan düzenlemeyi, Devletin ekonomik ve sosyal alanlarında Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun önceliklerini de gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmesini düzenleyen AY 65. madde çerçevesinde incelemiştir. Kararda "Kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete ödev olarak verilmiştir. Güçsüzleri güçlüler karşısında koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak, böylece gerçek hukuk devleti niteliğine ulaşacaktır. Hukuk devletinin amaç edindiği yaşama hakkının korunması, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Sosyal güvenliği sağlayacak olan kuruluşların yasal düzenlemeleri "yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını" zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerekir....

Anayasa'nın 60. ve 65. maddeleri Yönünden inceleme:

İnsanların yarınlarından emin olma düşüncesi sosyal güvenlik kuruluşlarına olan gereksinimi doğurmuştur. Çağdaş hukuk sistemleri 'sosyal güvenlik' deyimini 'sosyal risk' olarak belirtilen kimi tehlikelere karşı kişileri güveneye almak görevini taşıyan kuruluşlar olarak tanımlamaktadır. Ayrıca, kişilerin 'ekonomik

güvencelerini' sağlayan önlemler olarak da düşünülebilir.

Sosyal güvenlik, uluslararası hukuk belgelerinde ve çağdaş Anayasalarda temel bir hak niteliğinde görülerek 'ekonomik ve sosyal haklar' bölümünde düzenlenmiştir. Toplumun tüm bireylerini kapsamına alma çabalarının bir sonucu olarak sosyal güvenlik, temel bir insanlık hakkı görünümü kazanmıştır.

Uluslararası kurallar açısından da incelendiği zaman sosyal güvenlik hakkının temel bir insanlık hakkı olduğu görülmektedir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948'de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 22. maddesi 'Her kişinin toplumun üyesi olarak sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu' ilkesini koyduktan sonra, bu hakkın gelişiminin ulusal ve uluslararası işbirliği ile sağlanabileceğini vurgulamıştır.

İtiraz konusu 34. maddenin '... 18 aya kadar ...' olan sözcükleri, temel olarak Anayasa'da yerini almış 'sosyal güvenlik hakkını' bir süre sonra kullanılmaz duruma getirmekte, sosyal güvenlik hakkının öğelerinden biri olan sağlık yardımı bu sürenin sonunda etkisiz kalmaktadır.

Anayasa'nın 65. maddesi, devletin sosyal ve ekonomik alanda belirtilen görevlerini yerine getirirken:

a) Ekonomik istikrarın korunması,

b) Mali kaynakların yeterliliği ölçütlerini göz önünde tutması gerektiğini belirtmektedir. Sosyal güvenlik kuruluşlarından Sosyal Sigortalar Kurumu, işçiye sağladığı sosyal güvenceleri işçi ve işverenden kesilen primlerle karşılamaktadır. Öte yandan kurum, görevini engelleyecek bir durumla karşı karşıya kalırsa 4792 sayılı Yasa'nın 19. maddesinin 9. bendi gereğince genel bütçeden yardım alabilecektir. Bu konuda, devletin yükümlülüğünden ve kurumun güçlü bir mali yapıya sahip olmasından sorumlu tutulacağı söylenebilir. Bu sorumluluğunu da yerine getirirken yukarıda belirtilen ölçütlere uygun davranması zorunludur.

Anayasa'nın 65. maddesindeki bu sınırlama ile 506 sayılı Yasa'nın 34. maddesindeki itiraz konusu '... 18 aya kadar ...' deyimi arasında bir ilişki kurulamaz. Anayasa'nın 60. maddesi kişi-

lere 'sosyal güvenlik hakkını' vermekle birlikte ikinci fıkrasında bunun için alınacak tedbirleri devlete görev olarak verirken 65. madde ile de bu göreve bazı sınırlamalar getirmiştir. Ancak, 60. maddede belirtilen bu sosyal hak, yine Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen '.. yaşama, maddi ve manevi ve varlığını koruma ... hakkı' ile çok sıkı bağlantı içindedir. Dolayısıyla devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda 'yaşama hakkını' ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacaktır. Bu nedenle Anayasa'nın 65. maddesindeki sınırlamaları, 506 sayılı Yasa'nın 34. maddesindeki itiraz konusu '... 18 aya kadar...' sözcüklerine uygulama olanağı yoktur.

İtiraz konusu '... 18 aya kadar ...' sözcükleri Anayasa'nın 60. maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir" ifadelerine yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, incelediği kanun maddesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı konusunda yaşam hakkı ve sosyal güvenlik hakkına üstünlük tanımış, yaşam hakkını kısıtlayacak düzenlemelere Anayasa'nın 65. maddesinin dayanak olamayacağını karar bağlayarak söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Yukarıda yer verilen Yargıtay kararı 506 sayılı yasa uyarınca verilmiş bir karar olmakla birlikte, sağlık hizmetinin finansmanına ilişkin bir uyumsuzluk olduğundan 5510 sayılı Yasa döneminde de geçerliliğini koruyacaktır. Bu nedenle aşağıda yer alan açıklamalarda yürürlükte bulunan 5510 sayılı Yasa hükümleri de dikkate alınmıştır.

Öncelikle karara konu olan olay tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat uyarınca Sosyal Sigortalar Kurumu, sigortalının eşine sağlık yardımı yapmakla yükümlü tutulmuştur. Yapılacak sağlık yardımlarının kapsamı da yasa hükümleri ile belirlenmiş olup bunlar, ilgilinin hekime muayene ettirilmesi, hekimin göstereceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik ve laboratuvar muayenelerinin yapılması, gerekirse sağlık kuruluşlarına yatırılması ve tedavi süresince gerekli ilaç ve iyileştirme vasıtalarının sağlanmasıdır. 506 sayılı Yasa sağlık yardımlarının sigortalının iyileşmesine kadar de-

vam edeceğini de düzenlemiş bulunmaktaydı (md.32-35).

5510 sayılı Yasa genel sağlık sigortası sistemini getirerek 506 sayılı Yasadan farklı bir sistem benimsemiştir. Genel sağlık sigortasının temel farklılığı Sosyal Güvenlik Kurumu'nun doğrudan sağlık hizmeti sunmak yerine sağlık hizmetlerinin finansmanını karşılamasıdır. 5510 sayılı Yasanın 62. maddesinin birinci fıkrasında bu durum şu ifadeler ile yer almaktadır; "Bu Kanun gereğince genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir hak, Kurum için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamak bir yükümlülüktür."

Genel sağlık sigortasından yararlanabilmek için yaşlılık aylığı alan veya bakmakla yükümlü olan kişi kapsamında yer alanların sağlık kuruluşlarına başvurmaları, kimlik tespitlerinin yapılması, katılım payı alınmayacak haller arasında sayılmamış bir nedenle sağlık kurumuna başvurulmuşsa katılım payı ödenmesi, hizmet basamakları ve sevk zincirine uygun olarak sağlık kuruluşuna başvurmaları gerekmektedir.⁶

5510 sayılı Yasa sağlık hizmetlerinde hizmet basamakları ve sevk zinciri uygulamasını da getirmiştir. Genel kural, kişilerin sevk zinciri kurallarına uygun hareket ederek sağlık hizmetinden yararlanmaktadır. Daha açık bir ifadeyle kişilerin öncelikle birinci basamak olarak adlandırılan sağlık kuruluşlarına başvurması, tedavilerinin bu basamakta yer alan sağlık kuruluşu tarafından yapılamaması durumunda bu kurumlar tarafından bir üst hizmet basamağında yer alan ikinci basamak sağlık kurumlarına sevk gerekmektedir. Sevk zincirine uyulmasının sonucu ise Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği'nin 40. maddesinde sağlık hizmetleri bedelleri ve yol gideri, gündelik ve refakatçi giderlerinin Kurumca karşılanmaması olarak belirlenmiştir.

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin sevk zincirine uymak zorunda olmaksızın sağlık hizmetinden faydalanabileceği haller de bulunmaktadır. Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliğinin 40. maddesi uyarınca "acil haller"de sevk zinciri-

5510 sayılı Yasa genel sağlık sigortası sistemini getirerek 506 sayılı Yasadan farklı bir sistem benimsemiştir. Genel sağlık sigortasının temel farklılığı, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun doğrudan sağlık hizmeti sunmak yerine sağlık hizmetlerinin finansmanını karşılamasıdır.

ne uyulmayabilecektir. Aynı yönetmeliğin 42. maddesi ise acil halleri tanımlamaktadır. Buna göre "Acil hâller; ani gelişen hastalık, kaza, yaralanma ve benzeri durumlarda olayın meydana gelmesini takip eden ilk 24 saat içinde tıbbî müdahale gerektiren durumlar ile ivedilikle tıbbî müdahale yapılmadığı veya başka bir sağlık kuruluşuna nakli hâlinde hayatın ve/veya sağlık bütünlüğünün kaybedilme riskinin doğacağı kabul edilen durumlardır. Bu nedenle sağlanan sağlık hizmetleri acil sağlık hizmeti olarak kabul edilir."

İncelemeye konu edilen Yargıtay kararında, ambulans ile devlet hastanesi niteliğindeki bir hastaneye götürülen hasta, birkaç saat tedavi görmek için beklemesine rağmen, gerekli ilacın bulunmaması nedeniyle tıbbi tetkiklerin yapılmaması ve ağrılarının devam etmesi nedeniyle yakınları tarafından ambulans ile özel bir sağlık kurumuna nakledilmiş ve "acil" olarak ameliyata alınmıştır. Olayın meydana geldiği tarihte yürürlükte olan mevzuatta Kurum tarafından sağlık hizmetinin bedelinin ödeneceğine dair açık bir hüküm bulunmamasına rağmen Yargıtay konuya yaşam hakkı ve Anayasa'nın 56. maddesinden hareketle son derece isabetli bir çözüm bulmuştur. Yüksek mahkeme, özellikle sigortalının eşinin, ani olarak gelişen, tıbbi müdahale gerektiren, ivedilikle tıbbi müdahale yapılmaması halinde hayatın kaybedilmesi riski olan, bir başka deyişle acil ve hayati tehlike arz eden hastalığı nedeniyle Kurum sağlık tesisleri dışındaki özel bir sağlık Kuruluşunda tedavi görmesinin gerekçesinin Kurumun has-

talık sigortası kapsamındaki sağlık yardımlarını yapma yükümünü gereğince ve özenle yerine getirmemiş olmasının doğal sonucu olduğunu da vurgulayarak, davalı Kurumun özel vakıf hastanesinde yapılan muayene ve tedaviye ilişkin masraflarından (özel harcamalar, oda ve refakat hizmetleri gibi masraflar hariç olmak üzere) sorumlu olduğunu hükme bağlamıştır.

Uyuşmazlığa esas teşkil eden sağlık harcamasının yürürlükte bulunan mevzuat döneminde gerçekleşmesi olasılığında da aynı sonuca varılması gerekecektir. Yukarıda yer verildiği üzere 5510 sayılı Yasa ve Genel Sağlık Sigortası Uygulama Yönetmeliği, acil hallerde sevk zincirine uymaksızın sağlık kurumlarına başvurulabileceğini düzenlemiştir. Kaldı ki, inceleme konu olan karara esas uyuşmazlıkta davacı, öncelikle Kurum hastanesine başvurmuş, burada tedavisinin yapılamaması üzerine özel vakıf hastanesine gitmiştir. Dolayısıyla, sağlık hakkı kavramı, kişilerin bedensel ve ruhsal olarak tam bir iyilik hali içinde olmasını karşıladığından, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, yaşam hakkını ya da sağlık hakkını kısıtlayacak şekilde sağlık hizmetlerinin finansmanını düzenlemesi, temel insan hakları, uluslararası anlaşmalar ve yürürlükte bulunan mevzuat açısından mümkün değildir. Özellikle Kurum tarafından karşılanmayacak sağlık hizmetleri kapsamında yer almayan sağlık giderlerinin finansmanında bu esaslara göre değerlendirme yapması gerekmektedir.

Acil durumlarda sağlanan sağlık hizmetleri ile ilgili olarak ifade edilmesi gerekli bir diğer husus ise 5510 sayılı Yasanın 73/8. fıkrasıdır. Bu fıkra uyarınca "...Sözleşmeli ve sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucuları, acil hallerde... genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden veya Kurumdan herhangi bir ilave ücret talep edemez." Dolayısıyla incelemeye konu edilen Yargıtay kararına esas teşkil eden uyuşmazlıkta olduğu gibi "acil hal" olarak değerlendirilen rahatsızlıklar nedeniyle genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamında sağlık hizmetinden yararlananlardan ilave ücretin de alınmaması gerekmektedir.⁷

Sonuç olarak Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin

kararı temel insan hakları arasında yer alan, yaşam hakkı ile sıkı sıkıya ilişki içinde olan sağlık hakkı ve yürürlükteki mevzuat açısından incelendiğinde son derece isabetlidir.

DİPNOTLAR

- 1 Güzel, Ali-Okur, Ali Rıza-Caniklioğlu, Nursen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 14.B, İstanbul 2012, 801.
- 2 Savcı, Bahri; Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara 1980, 18.
- 3 http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/en/erişim_tarihi_6.6.2013.
- 4 Güzel-Okur-Caniklioğlu, 801; Okur, Ali Rıza; Sağlık Hakkı ve Sağlık Sigortaları, 1992 (Yayımlanmamış), 11-12.
- 5 Benzer yönde Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Okur, 23-25; Güzel-Okur-Caniklioğlu, 803-808.
- 6 Ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel-Okur-Caniklioğlu, 926 vd; Tuncay, A. Can&Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 15.B, İstanbul 2012, 478 vd.
- 7 Güzel-Okur-Caniklioğlu, 947-948; Tuncay-Ekmekçi, 494-495.

Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

T.C. İstanbul Arel Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Yüksekokulu Öğretim Üyesi

Yeni Bir Vergi Affı: Yurt Dışındaki Bazı Varlıkların Ekonomiye Kazandırılması Amacıyla Yapılan Düzenlemenin Uygulama Esasları

1. GİRİŞ

29.05.2013 tarihinde yayımlanan 6486 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹ ile yeni bir vergi affı getirilmiştir.

“Vergi affı” ya da “mali af”, devlet tarafından bir yasayla konulan verginin aslı, vergi aslına bağlı cezalar ve gecikme zamlarından, vergiyi doğuran olayın meydana gelmesinden sonra yürürlüğe giren bir başka yasayla kısmen veya tamamen tek taraflı olarak vazgeçilmesi olarak tanımlanabilir.²

Anayasa'nın 87. maddesine göre genel ve özel af çıkarma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Anayasa'da vergi ile ilgili af çıkarılmayacağı konusunda bir yasak yoktur. Vergi Usul Kanunu ile Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da da vergi affı konusunda bir hüküm bulunmamaktadır³. Anayasamızın 73/3. maddesi vergi, resim, harç ve mali yükümlülüklerin yasayla konacağını, de-

ğiştirileceğini ve kaldırılacağını emretmektedir. Bu hüküm “vergide yasallık ilkesi”nin gereğidir. Bu nedenle vergi ve mali yükümlülükler yasayla konacağı gibi ancak yasayla kaldırılabilmektedir.

Cumhuriyet tarihinde vergi ile ilgili ilk af kanunu 17 Mayıs 1924'te çıkarılmıştır⁴. O günden günümüze kadar vergi af kanunlarının sayısı 42'yi bulmuştur. Doksan yıllık Cumhuriyet tarihinde ortalama iki yılda bir mali af çıkarılmıştır⁵. “Vergi affı” terimi bilimsel ya da gündelik hayatta kullanılmasına rağmen vergi yasalarında bu terimin sık kullanılmadığı görülmektedir⁶. Vergi hukukunda af kavramına sıcak bakılmadığı için yasa koyucu terim olarak “af” değil ama, kavramın içeriğinin örtüştüğü başka terimleri tercih etmektedir⁷. Nitekim 2003-2013 yıllarını kapsayan son on yıla baktığımızda vergi affı niteliğinde olmasına rağmen adında af ifadesi yer almayan 6 kanun çıkarılmıştır. Bunlar; 4811 sayılı Vergi Barışı⁸, 5736 sayılı Bazı Kamu Alacaklarının Uzlaşma Yoluyla Tahsili⁹, 5811 sayılı Bazı Varlıkların Milli Ekonomiye Kazandırılma-

Bir vergi uygulamasının isabetliliği açısından belirleyici olan temel vergi ilkelerinden aşama aşama uzaklaşmasına da yol açabilen vergi afları konusunda çok titiz davranılması gerekmektedir.

sı¹⁰, 5917 sayılı Varlık Barışını Uzatma¹¹, 6111 sayılı Yeniden Yapılandırma¹² ve en son 6486 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair kanunlarıdır. Bu kanunlar, adı konulmamış dolaylı-dolaysız; gizli-örtülü; geniş kapsamlı-dar kapsamlı af yasalarıdır¹³.

Devletler siyasi, ekonomik, mali ve vergi idaresinden kaynaklanan sebeplerle vergiye ve/veya vergi kabahati cezalarına ilişkin mali aflar çıkarabilmektedirler¹⁴. Vergi aflarının,

- Birikmiş ve tahsili giderek güçleşen vergi alacaklarının kısmen de olsa tahsiline imkân sağlaması,
- Sonuçlandırılmamış ve sonuçlandırılması fazla zaman alacak vergi işlemlerinin eritilmesi
- İdarenin birikmiş iş yükünün azaltılması

bakımından faydalar sağladığı savunulmakla birlikte

- Eşitlik ilkesine aykırı olması,
- Cezaların caydırıcılığını ve etkinliğini azaltması,
- Özellikle vergi yükümlülüklerini yasalara uygun şekle getirilmiş olanlar aleyhine eşitlik ve rekabet şartlarını bozması ve
- Vergi psikolojisi açısından önemli sarkıncalar doğurması bakımından eleştirilmektedir¹⁵.

Bir vergi uygulamasının isabetliliği açısından belirleyici olan temel vergi ilkelerinden aşama aşama uzaklaşmasına da yol açabilen vergi afları konusunda çok titiz davranılması gerekmektedir¹⁶.

Buna rağmen ekonomik, siyasi ve sosyal gerekçelerle vergi aflarına özellikle ülkemizde sıkça başvurulmaktadır. Bu durum vergi cezalarının önleyiciliğini azaltacağı için çok zorunlu olmadıkça bu yola başvurulmaması gerekmektedir¹⁷.

Maliye Bakanlığı, 29.05.2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6486 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 85. maddenin uygulama esaslarını açıklamak üzere 1 Seri No.lu Yurt Dışındaki Bazı Varlıkların Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Genel Tebliği¹⁸ çıkarmıştır.

Bu yazımızın konusunu, Tebliğ'deki açıklamalar doğrultusunda 6486 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin uygulama esasları oluşturmaktadır.

II. DÜZENLEMENİN GETİRDİKLERİ

6486 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na geçici 85. madde eklenmiştir. Geçici 85. madde, 15.04.2013 tarihi itibarıyla gerçek veya tüzel kişilerce sahip olunan ve yurt dışında bulunan para, döviz, altın, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazların banka veya aracı kurumlara bildiri veya vergi dairesine beyan edilmesini ve bazı yurt dışı kazançların gelir veya kurumlar vergisinden istisna edilmesini kapsamaktadır.

Bu kıymetler, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca defter tutan mükellefler tarafından beyan tarihini takip eden ay sonuna kadar kanuni defterlere kaydedilir. Bilanço esasına göre defter tutan mükellefler, Gelir Vergisi Kanunu geçici 85. madde hükümleri uyarınca kanuni defterlerine kaydettikleri kıymetler için pasifte özel fon hesabı açarlar. Bu fon hesabı, sermayenin cüz'ü addolunur, sermayeye ilave dışında başka bir amaçla kullanılamaz, işletmenin tasfiye edilmesi hâlinde ise vergilendirilmez. Serbest meslek kazanç defteri ile işletme hesabı esasına göre defter tutan mükellefler, söz konusu kıymetleri defterlerinde ayrıca gösterirler. Bu varlıklar dönem kazancının tespitinde dik-

kate alınmaz (GVK geçici madde 85/2).

Vergi dairelerine beyan edilen varlıkların değeri üzerinden %2 oranında vergi tarh edilir ve bu vergi, tarhiyatın yapıldığı ayı izleyen ayın sonuna kadar ödenir (GVK geçici madde 85/3).

Bildirilen veya beyan edilen varlıklar nedeniyle hiçbir suretle vergi incelemesi ve vergi tarhiyatı yapılmaz. Ancak, diğer nedenlerle bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra başlayan 01.01.2013 tarihinden önceki dönemlere ilişkin vergi incelemeleri ile takdir komisyonu kararları uyarınca gelir, kurumlar ve katma değer vergisi yönünden tespit edilen matrah farkından, bu madde kapsamında beyan edilen tutarlar, bu tutarlara ilişkin tarh edilen verginin vadesinde ödenmesi koşuluyla mahsup edilerek tarhiyat yapılır (GVK geçici madde 85/5).

Bildirim ve beyana konu edilen varlıklarla ilgili olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanununun amortismanlara ilişkin hükümleri uygulanmaz. Bu varlıkların elden çıkarılmasından doğan zararlar, gelir veya kurumlar vergisi uygulaması bakımından gider veya indirim olarak kabul edilmez (GVK geçici madde 85/7).

Bildirildiği veya beyan edildiği hâlde, 15.04.2013 tarihi itibarıyla yurt dışında bulunduğu kanaat verici belge ile tevsik edilemeyen para, döviz, altın, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazlar dolayısıyla Gelir Vergisi Kanunu geçici madde 85/5. fıkra hükmünden yararlanılamaz (GVK geçici madde 85/8).

Bildirim veya beyanın yapıldığı tarihi takip eden ay sonuna kadar Türkiye'ye getirilmeyen veya Türkiye'deki banka ya da aracı kurumlar da açılacak bir hesaba transfer edilmeyen para, döviz, altın, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları dolayısıyla Gelir Vergisi Kanunu geçici madde 85/5. fıkra hükmünden yararlanılamaz (GVK geçici madde 85/9).

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun kontrol edilen yurt dışı iştiraklerinin kurum kazancı ile ilgili düzenlemelerini içeren 7. maddesine göre, tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kurum

kazançları, dağıtılsın veya dağıtılmasın aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, Türkiye'de kurumlar vergisine tâbidir:

- İştirakin toplam gayrisafi hasılatının % 25 veya fazlasının faaliyet ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle yürütülen ticarî, zirâî veya serbest meslek faaliyeti dışındaki faiz, kâr payı, kira, lisans ücreti, menkul kıymet satış geliri gibi pasif nitelikli gelirlerden oluşması.
- Yurt dışındaki iştirakin ticarî bilânço kârı üzerinden % 10'dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşınması.
- Yurt dışında kurulu iştirakin ilgili yıldaki toplam gayrisafi hasılatının 100.000 TL karşılığı yabancı parayı geçmesi.

Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 85. maddesi ile yapılan düzenlemeyle Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 7. maddesine göre kurumlar vergisi alınması gereken kazançlar kurumlar vergisinden istisna olacaktır.

Tam mükellefiyete tabi gerçek kişiler ile kurumların;

- Kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumlara ilişkin iştirak hisselerinin satışından doğan kazançları,
- Kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumlardan elde ettikleri iştirak kazançları,
- Yurt dışında bulunan iş yeri ve daimi temsilcileri aracılığıyla elde ettikleri ticari kazançları,

31.10.2013 tarihine kadar elde edilenler de dâhil olmak üzere, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 31.12.2013 tarihine kadar Türkiye'ye transfer edilmesi kaydıyla gelir veya kurumlar vergisinden müstesnadır (GVK geçici madde 85/10).

Tam mükellefiyete tabi gerçek kişiler ile kurumların, kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumların tasfiyesinden doğan kazançları, 31.12.2013 tarihine kadar Türkiye'ye transfer edilmiş olması kaydıyla gelir ve kurumlar vergisinden müstesnadır (GVK geçici madde 85/11).

III. YURT DIŞINDA SAHİP OLUNAN VARLIKLARA İLİŞKİN BİLDİRİM, BEYAN VE BUNLARA İLİŞKİN VERGİNİN ÖDENMESİ

1. Yurt Dışında Sahip Olunan Varlıklara İlişkin Bildirim veya Beyan

1 Seri No.lu Yurt Dışındaki Bazı Varlıkların Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Genel Tebliğ'e göre, gerçek veya tüzel kişilerce 15.04.2013 tarihi itibarıyla yurt dışında sahip olunan ve kapsama giren varlıklar, maddenin yürürlüğe girdiği 29.05.2013 tarihinden itibaren 31.07.2013 tarihi akşamına kadar Türk Lirası cinsinden rayiç bedelleriyle bildirilecektir.

Kanunda ve Tebliğde "beyan" ve "bildirim" terimleri farklı anlamlar taşımaktadır.

"Bildirim";

- 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyette bulunan bankalara veya
- 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca faaliyette bulunan aracı kurumlara yapılacaktır.

"Beyan" ise gelir veya kurumlar vergisi bakımından bağlı olunan vergi dairesine yapılacaktır.

Bankalara bildirim yapılırken iki nüsha olarak hazırlanan "bankalara yapılacak bildirimle ilişkin form" (Tebliğ Ek-1), aracı kurumlara menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarının bildirim yapılırken de iki nüsha olarak hazırlanan "aracı kurumlara yapılacak bildirimle ilişkin form" (Tebliğ Ek-3) kullanılacaktır. Gerçek veya tüzel kişilerce yapılacak bu bildirimlerin yetkili kılınmış vekilleri veya kanuni temsilcileri tarafından da yapılabilmesi mümkündür.

Vergi dairelerine beyan ise "193 Sayılı Gelir Vergisi Kanununun geçici 85. maddesi kapsamında yurt dışında sahip olunan varlıklara ilişkin beyanname" ile gelir veya kurumlar vergisi yönünden bağlı olunan vergi dairelerine yapılacaktır. Beyanname 340 sıra no.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde belirtilen usul ve

esaslar doğrultusunda elektronik ortamda da verilebilecektir. Yıllık gelir veya kurumlar vergisi beyannamelerini elektronik ortamda vermek zorunda olan mükellefler, vergi dairelerine verilecek beyannamelerini de 340 ve 346 sıra no.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğlerinde belirtilen usul ve esaslar doğrultusunda elektronik ortamda vermek zorundadırlar.

Gerçek veya tüzel kişilerin, yurt dışında sahip oldukları bu türden varlıklarını Tebliğ ekinde yer alan formlar ile banka veya aracı kurumlara bildirmeleri halinde, bu bildirimlere ilave olarak vergi dairelerine de beyanda bulunulmayacaktır.

Yurt dışında bulunan varlıkların, vergi dairelerine beyan edilmesi ile banka veya aracı kurumlara bildirilmesinde ya da yasal defterlere kaydedilmesinde, bu varlıkların rayiç bedelinin Türk Lirası karşılığı esas alınacaktır. Rayiç bedel, söz konusu varlıkların sahiplerince bildirim veya beyan tarihi itibarıyla belirlenen alım-satım bedeli olup bu bedelin gerçek durumu yansıtması gerekmektedir. Döviz ve döviz cinsinden varlıklarda, T.C. Merkez Bankası döviz alış kuru dikkate alınarak Türk Lirası karşılığı bildirim ve beyana konu edilecektir.

2. Bildirim veya Beyan Süresi İçinde Bildirim veya Beyanlara İlişkin Yapılacak Düzeltme Talepleri

Bildirim ve beyan süresi Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 85. maddesinin yürürlüğe girdiği 29.05.2013 tarihinden 31.07.2013 tarihine kadardır.

Tek bir bildirim veya beyan verilmesi esas olmakla birlikte, maddenin uygulamasında bildirim veya beyanın yapıldığı her ay farklı bir vergilendirme dönemi olarak kabul edildiğinden birden fazla bildirim veya beyanda bulunulması mümkündür.

Bir bildirim veya beyanda bulunulduktan sonra aynı ay içerisinde, yapılan hataların düzeltilmesi amacıyla ya da bildirim veya beyana konu edilen varlıkları azaltıcı ya da artırıcı yeni bir bildirim veya beyanda bulunulmak istenilmesi halinde, ilk bildirim veya beyanın düzeltilmesi gerekmektedir. Banka ve aracı kurumlara

yapılan bildirimlerde, düzeltmenin ilgili banka ve aracı kurum tarafından yapılması gereklidir.

Bildirim veya beyanda bulunulduktan sonraki aylarda, yapılan hataların düzeltilmesi amacıyla ya da bildirim veya beyana konu edilen varlıkları azaltıcı bir bildirim veya beyanda bulunulmak istenilmesi halinde de önceki bildirim veya beyanın düzeltilmesi gerekmektedir. Bu durumda, banka ve aracı kurumlarca “banka ve aracı kurumlarca sorumlu sıfatıyla verilecek beyanname” (Tebliğ Ek-4) ile vergi dairesine bildirilen varlıklara ilişkin düzeltme talebinin banka ve aracı kurum aracılığıyla yapılması esastır.

Bildirim veya beyanda bulunulduktan sonraki aylarda, bildirim veya beyana konu edilen varlıkları artırıcı bir bildirim veya beyanda bulunulmak istenilmesi halinde ise önceki bildirim veya beyanın düzeltilmesi söz konusu olmayacak, ilave olarak bildirilmek veya beyan edilmek istenilen varlıklar için yeni bir bildirim veya beyan yapılacaktır.

Düzeltilme kapsamı dışında verilen tüm bildirim veya beyannameler yeni bir bildirim veya beyan olarak kabul edilecek ve önceki bildirim veya beyanla ilişkilendirilmeyecektir.

Örnek: Mayıs ayında 100.000 TL karşılığı döviz beyanında bulunan bir gerçek kişinin, aynı ay içerisinde beyan ettiği tutarı 50.000 TL’ye düşürmek ya da 150.000 TL’ye çıkarmak istemesi halinde ilk beyanına ilişkin düzeltme beyanname vermesi gerekecektir. Bankaya veya aracı kuruma bildirimde bulunulmuş olması halinde ise banka veya aracı kuruma verilen ilk bildirim düzeltilecektir.

Mayıs ayında 100.000 TL karşılığı döviz beyanında bulunan bir gerçek kişinin, Haziran veya Temmuz ayı içerisinde, beyan ettiği tutarı 50.000 TL’ye düşürmek istemesi halinde, Mayıs ayındaki beyanına ilişkin düzeltme beyanname vermesi gerekecektir. Banka ve aracı kurumlarca banka ve aracı kurumlarca sorumlu sıfatıyla verilecek beyanname ile vergi dairesine bildirilen varlıklara ilişkin düzeltme talebi ise banka veya aracı kurumlar aracılığıyla yapılacaktır.

Mayıs ayında 100.000 TL karşılığı döviz beyanında bulunan bir gerçek kişinin, Haziran veya Temmuz ayı içerisinde, beyan ettiği tu-

tarı 150.000 TL’ye çıkarmak istemesi halinde ise, Haziran veya Temmuz ayına ilişkin 50.000 TL’lik yeni bir bildirim veya beyanname vermesi gerekecektir. Yeni verilen bildirim veya beyannameler önceki bildirim veya beyanname ile ilişkilendirilmeyeceğinden, sadece ilave olarak beyan edilecek tutarın bildirilmesine veya beyan edilmesine dikkat edilecektir.

Bildirim veya beyan süresi sona erdikten sonra bildirim veya beyanlara ilişkin yapılan düzeltme talepleri ise dikkate alınmayacaktır. Bu çerçevede, 31.07.2013 tarihine kadar yapılan bildirim veya beyanların bu tarihten sonra düzeltilmesi mümkün olmayacaktır.

3. Yurt Dışında Sahip Olunan Varlıklara İlişkin Verginin Ödenmesi

15.04.2013 tarihi itibarıyla sahip olunan ve yurt dışında bulunan varlıklar, Türk Lirası cinsinden rayiç bedelleriyle vergi dairelerine verilecek beyanname ile gelir veya kurumlar vergisi yönünden bağlı olunan vergi dairelerine beyan edilebilecektir. Vergi dairelerine beyan edilen varlıklara ilişkin olarak herhangi bir belge istenmeyecektir. Beyan edilen varlıkların değerleri üzerinden, vergi dairelerince % 2 oranında tarh edilen vergi, tarhiyatın yapıldığı ayı izleyen ayın sonuna kadar ödenecektir.

Türkiye’de ikametgâhı bulunmayan kişiler yurt dışında bulunan varlıklarına ilişkin olarak

- Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı Başkent Vergi Dairesi Müdürlüğü,
- İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Be-yoğlu Vergi Dairesi Müdürlüğü
- İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı Konak Vergi Dairesi Müdürlüğü’ne beyanda bulunmaları ve tahakkuk eden vergileri ödemeleri mümkündür.

Banka veya aracı kurumların, kendilerine bildirilen varlıklara ilişkin olarak varlıkların bildirim değerleri üzerinden % 2 oranında hesapladıkları vergiye ilişkin beyannameyi, banka ve aracı kurumlarca sorumlu sıfatıyla verilecek beyanname ile aylık olarak vergi sorumlusu sıfatıyla bildirim izleyen ayın on beşinci günü akşamına kadar kurumlar vergisi yönünden bağlı

Bildirilen veya beyan edilen varlıklar nedeniyle hiçbir suretle vergi incelemesi ve vergi tarhiyatı yapılmaz.

oldukları vergi dairelerine, 340 ve 346 sıra no.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğlerinde belirtilen usul ve esaslar doğrultusunda elektronik ortamda vermeleri gerekmektedir. Tahakkuk eden vergiler ise aynı sürede ödenecektir.

IV. ŞİRKETLERİN KANUNİ TEMSİLCİLERİ, ORTAKLARI VEYA VEKİLLERİ ADINA GÖRÜNEN VARLIKLARIN DURUMU

Şirketlerin kanuni temsilcileri, ortakları ya da şirket veya şirketin ortakları adına madde kapsamına giren varlıkları, 15.04.2013 tarihinden önce yetkili kuruluşlarca düzenlenen bir vekalet veya temsil sözleşmesine istinaden tasarruf etmeye yetkili olanların, bu tarih itibarıyla sahip oldukları ve yurt dışında bulunan varlıklarının, Tebliğde yapılan açıklamalar çerçevesinde şirket adına bildirim veya beyana konu edilerek Türkiye'ye getirilmesi veya Türkiye'deki banka veya aracı kurumlarda açılacak bir hesaba transfer edilmesi halinde, bu varlıklara ilişkin olarak şirketin madde hükümlerinden yararlanabilmesi mümkündür.

Şirket veya şirket ortaklarına ait olduğu halde yukarıda belirtilenler dışındaki kişilerce tasarruf edilen varlıkların madde hükümleri çerçevesinde şirket adına bildirim veya beyana konu edilebilmesi ve maddenin beşinci fıkrası hükmünden yararlanılabilmesi için bildirim veya beyan dışındaki nedenlerle inceleme veya takdir komisyonu kararına istinaden yapılacak tarhiyatlar esnasında söz konusu varlıkların şirket veya şirket ortaklarına ait olduğunun izah ve ispat edilmesi gerekmektedir.

Bu açıklamalar gerçek kişilerin yurt dışında başkaları adına görünen varlıkları için de geçerlidir.

V. BİLDİRİLEN VEYA BEYAN EDİLEN VARLIKLARIN YASAL DEFTER KAYITLARINA İNTİKAL ETTİRİLMESİ

Bildirilen veya beyan edilen varlıklar, Vergi Usul Kanunu uyarınca defter tutan mükelleflerce, banka veya aracı kurumlara bildirildiği ya da vergi dairelerine beyan edildiği tarih itibarıyla belirlenen Türk Lirası karşılığı rayiç bedelleriyle, bildirim ve beyan tarihini takip eden ay sonuna kadar yasal defterlere kaydedilecektir.

Bu düzenlemenin getirdiği avantajlardan ise yurt dışında bulunan varlıkların şirket adına beyan edilmesi durumunda ilgili şirket; gerçek kişiler adına beyan edilmesi halinde ise bu gerçek kişilerin kendileri yararlanacaklardır. Şirket adına bildirim veya beyana konu edilen varlıkların anılan şirketin yasal kayıtlarına intikal ettirilmesi zorunludur.

Bilanço esasına göre defter tutan mükellefler, bu düzenleme gereğince yasal defterlerine kaydettikleri kıymetleri için pasifte özel fon hesabı açacaklardır. Söz konusu hesap sermayenin cüz'ü addolunacak ve sermayeye ilave dışında başka bir amaçla kullanılamayacaktır. Fon hesabında tutulan bu tutarlar, işletmenin tasfiye edilmesi halinde vergilendirilmeyeceği gibi Gelir Vergisi Kanunu'nun 81 inci maddesi ile Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri uyarınca gerçekleşecek devir ve bölünme hallerinde de vergilendirilmeyecektir. Serbest meslek kazanç defteri ile işletme hesabı esasına göre defter tutan mükellefler, söz konusu kıymetleri defterlerinde ayrıca göstereceklerdir.

Gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerince yukarıda yapılan açıklamalara göre yasal defterlere kaydedilen bu varlıklar, dönem kazancının tespitinde gelir unsuru olarak dikkate alınmayacaktır.

VI. GİDER VE AMORTİSMAN UYGULAMASI

Beyan edilen varlıkların değerleri üzerinden, vergi dairelerince % 2 oranında tarh edilen ve ödenen vergilerin, hiçbir suretle gelir veya kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider olarak

dikkate alınması ya da başka bir vergiden mahsup edilmesi mümkün değildir.

Bildirilerek veya beyan edilerek yasal defter kayıtlarına intikal ettirilen taşınmazlar hakkında Vergi Usul Kanununda yer alan amortismanlara ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

Kayıtlara alınan bu varlıkların daha sonra elden çıkarılmasından doğan zararlar, gelir veya kurumlar vergisi uygulaması bakımından gelirin veya kurum kazancının tespitinde gider veya indirim olarak kabul edilmeyecektir.

VII. YURT DIŞINDA SAHİP OLUNAN VARLIKLARIN TÜRKİYE'YE GETİRİLMESİ

Beyan edilen veya bildirilen varlıkların; 15.04.2013 tarihi itibarıyla yurt dışında bulunduğu ve gerçek veya tüzel kişilerce sahip olunduğunun belgelenmesi kaydıyla taşınmazlar dışındaki varlıkların, beyan veya bildirim tarihini takip eden ay sonuna kadar Türkiye'ye getirilmesi ya da Türkiye'deki banka veya aracı kurumlarda açılacak bir hesaba transfer edilmesi gerekmektedir.

Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 85. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten sonra, bildirim veya beyandan önce Türkiye'ye getirilen ya da Türkiye'deki banka veya aracı kurumlarda açılan bir hesaba transfer edilen varlıklara ilişkin olarak maddede öngörülen sürede bildirim veya beyanda bulunulması ve diğer şartların da yerine getirilmesi kaydıyla madde hükümlerinden yararlanılabilecektir.

Bu koşulların gerçekleşmemesi halinde, maddenin Gelir Vergisi Kanunu'nun 85. maddesinin beşinci fıkrası hükmünden yararlanılması mümkün değildir. Söz konusu madde hükmü şunları içermektedir:

Bildirilen veya beyan edilen varlıklar nedeniyle hiçbir suretle vergi incelemesi ve vergi tarhiyatı yapılmaz.

Diğer nedenlerle bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra başlayan 01.01.2013 tarihinden önceki dönemlere ilişkin vergi incelemeleri ile takdir komisyonu kararları uyarınca gelir, kurumlar ve katma değer vergisi yönünden tespit edilen matrah farkından, bu madde kapsamında

İndirimi reddedilen katma değer vergisine ilişkin mahsup edilecek matrah tutarı, indirimi reddedilen vergiye esas teşkil eden bedeldir.

beyan edilen tutarlar, bu tutarlara ilişkin tarh edilen verginin vadesinde ödenmesi koşuluyla mahsup edilerek tarhiyat yapılır.

İndirimi reddedilen katma değer vergisine ilişkin mahsup edilecek matrah tutarı, indirimi reddedilen vergiye esas teşkil eden bedeldir. Şu kadar ki, indirimi reddedilen vergiye ilişkin bedelin tespit edilememesi hâlinde mahsup edilecek matrah tutarı, %18 katma değer vergisi oranı dikkate alınarak hesaplanır.

Bu nedenle, söz konusu varlıkların 15.04.2013 tarihi itibarıyla yurt dışında bulunduğu, bu varlıklara yurt dışında sahip olunduğunun ve ilgili (kambiyo, gümrük, yabancı sermaye gibi) mevzuat çerçevesinde Türkiye'ye getirildiğinin kanaat verici belgelerle ispat yükümlülüğü mükelleflere ait olacaktır.

Bu tarih itibarıyla madde kapsamına giren varlıkların, bu tarihten 31.07.2013 tarihine kadar yine kapsama giren başka tür varlıklara dönüşmesi halinde, en son varlığın bildirim veya beyana konu edilerek Türkiye'ye transfer edilmesi mümkündür.

VIII. BİLDİRİM VE BEYANIN VERGİ İNCELEMESİ KARŞISINDAKİ DURUMU VE MAHSUP İŞLEMİ

1. Bildirim ve Beyanın Vergi İncelemesi Karşısındaki Durumu

Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 85. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, bildirilen veya beyan edilen varlıklar nedeniyle hiçbir suretle vergi incelemesi ve vergi tarhiyatı yapılamayacaktır.

Bildirim veya beyan dışındaki herhangi bir nedenle, 29.05.2013 tarihinden sonra 01.01.2013 tarihinden önceki dönemlere ilişkin vergi incelemesi veya takdir komisyonu kararı uyarınca ge-

lır, kurumlar ve katma değer vergisi yönünden tespit edilen matrah farklarından, madde kapsamında bildirilen veya beyan edilen tutarların, bu tutarlara ilişkin tarh edilen verginin vadesinde ödenmesi koşuluyla mahsup edilmesi gerekmektedir.

01.01.2013 tarihinden önceki dönemlerle ilgili olarak 29.05.2013 tarihinden önce başlayan vergi incelemeleri veya takdire sevk işlemleri ile 01.01.2013 tarihinden sonraki dönemlere ilişkin yapılacak vergi incelemeleri veya takdir işlemleri nedeniyle yapılacak tarhiyatlar açısından Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 85. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen mahsup hükmünün uygulanması mümkün değildir. Mahsup imkânından yararlanılabilmesi için, bildirilen veya beyan edilen tutarlara ilişkin tarh edilen verginin vadesinde ödenmesi şarttır. Tahakkuk eden verginin vadesinde ödenmemesi veya maddede yer alan diğer şartların yerine getirilmemesi nedeniyle mahsup imkânından yararlanılmaması durumu, vergi aslının gecikme zammı ile birlikte 6183 sayılı Kanun uyarınca takip ve tahsiline engel teşkil etmemektedir. Ayrıca, bildirim veya beyanlar nedeniyle tahsil edilen vergiler ret ve iade edilmeyecektir.

2. Matrah Farkları ve Mahsup İşlemi

Bildirilen veya beyan edilen tutarlar; gelir, kurumlar ve katma değer vergisi tevkifatı yapmak ve ödemekle sorumlu olanlar adına, diğer nedenlerle yapılan vergi incelemeleri sonucu bulunan gelir, kurumlar veya katma değer vergisi tevkifatı matrah farklarından da mahsup edilecektir.

Varlıklarını bildirim veya beyana konu eden ve defter tutma yükümlülüğü bulunmayan gelir vergisi mükellefleri ile ilgili olarak, diğer nedenlerle inceleme yapılması durumunda bulunan matrah farklarının hangi gelir unsuru ile ilgili olduğunun önemi olmaksızın, beyan edilen tutarlar bulunan matrah farklarından mahsup edilecektir.

3. Vergi Farkları ve Mahsup İşlemi

Bildirim veya beyan dışındaki herhangi bir nedenle, 29/05/2013 tarihinden sonra 1/1/2013 tarihinden önceki dönemlere ilişkin olarak vergi incelemesi yapılması halinde, gelir, kurumlar ve katma değer vergisi yönünden tespit edilen mat-

rah farklarının yanı sıra indirimi reddedilen katma değer vergisine ilişkin matrahtan, bildirilen veya beyan edilen tutarlar mahsup edilebilecektir.

İndirimi reddedilen katma değer vergisine ilişkin mahsup edilecek matrah tutarı, indirimi reddedilen vergiye esas teşkil eden bedel olarak dikkate alınarak mahsup uygulaması yapılacaktır.

Örneğin, bir faturadaki 10.000 TL'lik bir bedel üzerinden %8 oranında hesaplanan 800 TL katma değer vergisi indiriminin reddedilmesi durumunda, katma değer vergisi indirimi reddinden dolayı mahsuba konu olacak katma değer vergisi matrahı 10.000 TL olacaktır.

İndirimi reddedilen katma değer vergisinin hangi orana karşılık geldiğinin bilinmemesi ya da bedelin tespit edilememesi halinde ise mahsup uygulamasında dikkate alınacak matrah tutarı %18 KDV oranı dikkate alınmak suretiyle hesaplanacaktır.

Örnekte, indirimi reddedilen 800 TL katma değer vergisinin hangi orandan kaynaklandığının belirlenmemesi durumunda, mahsup imkanından yararlanabilecek matrah farkı $(800/0,18=) 4.444,44$ TL olarak hesaplanacaktır.

4. Diğer Vergi ve Cezalar ile Haksız İadeden Kaynaklanan Tarhiyatlar ve Mahsup İşlemi

Haksız iadeden kaynaklanan tarhiyatlar ile gelir, kurumlar ve katma değer vergisi dışındaki diğer vergilere yönelik yapılacak inceleme ve tarhiyatlar, mahsup uygulaması kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Usulsüzlük veya özel usulsüzlük cezaları da mahsup uygulaması kapsamında değildir.

IX. VERGİ İNCELEMESİ VE VERGİ TARHİYATI YAPILMAMASI ŞARTLARI

Gelir Vergisi Kanunu Geçici 85/5. maddesiyle getirilen düzenlemeden faydalanmak için şartlardan biri, yurt dışında sahip olduğu varlıkları banka veya aracı kurumlara bildiren veya vergi dairelerine beyan eden gerçek veya tüzel kişilerce, söz konusu varlıkların 15.04.2013 tarihi itibarıyla yurt dışında bulunduğu ve sahibi olduğunun kanaat verici vesikalarla tevsik

edilmesidir. Ayrıca, yurt dışında bulunduğu ve sahip olduğu tevsik edilen varlıkların, bildirim veya beyanın yapıldığı tarihi takip eden ay sonuna kadar Türkiye'ye getirilmesi veya bu sürede Türkiye'deki banka ya da aracı kurumlar da açılacak bir hesaba transfer edilmesi gerekmektedir.

Diğer bir şart ise, bildirim veya beyandan kaynaklanan vergilerin vadesinde ödenmesidir. Mahsup imkânından yararlanılabilmesi için, bildirilen veya beyan edilen tutarlara ilişkin tarh edilen verginin vadesinde ödenmesi şarttır. Tahakkuk eden verginin vadesinde ödenmemesi veya maddede yer alan diğer şartların yerine getirilememesi nedeniyle mahsup imkânından yararlanılmaması durumu, vergi aslının gecikme zammı ile birlikte 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca takip ve tahsiline engel teşkil etmemektedir. Ayrıca, bildirim veya beyanlar nedeniyle tahsil edilen vergiler ret ve iade edilmeyecektir.

X. YURT DIŞINDAN ELDE EDİLEN KAZANÇLARA İLİŞKİN GELİR VEYA KURUMLAR VERGİSİ İSTİSNA UYGULAMASI

Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 85. maddesinin on ve on birinci fıkraları ile yurt dışından elde edilen bazı kazançlar, gelir veya kurumlar vergisinden istisna edilmiştir.

"Tam mükellefiyete tabi gerçek kişiler ile kurumların;

- Kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumlara ilişkin iştirak hisselerinin satışından doğan kazançları,
- Kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumlardan elde ettikleri iştirak kazançları,
- Yurt dışında bulunan iş yeri ve daimi temsilcileri aracılığıyla elde ettikleri ticari kazançları,

31.10.2013 tarihine kadar elde edilenler de dâhil olmak üzere, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 31.12.2013 tarihine kadar Türkiye'ye transfer edilmesi kaydıyla gelir veya kurumlar vergisinden müstesnadır."

İstisna uygulamasından Türkiye'de tam mükellef olarak vergilendirilen gelir veya kurumlar vergisi mükellefleri (serbest bölgelerde faaliyet gösteren mükellefler dahil), bu kazançlarını Türkiye'ye transfer etmeleri şartıyla yararlanabileceklerdir.

İstisna kapsamına;

- Kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumlara ilişkin iştirak hisselerinin yurt dışında satışından doğan kazançlar,
- Kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumlardan elde edilen iştirak kazançları,
- Yurt dışında bulunan işyeri veya daimi temsilci aracılığıyla elde edilen ticari kazançlar

girmektedir.

31.10.2013 (bu tarih dahil) tarihine kadar elde edilen bu kazançlar ile kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumların tasfiyesinden doğan ve 31.12.2013 (bu tarih dahil) tarihine kadar elde edilen kazançlar da istisna kapsamındadır.

Yurt dışından elde edilen kazançlara ilişkin istisna uygulamasından yararlanılabilmesi için; yurt dışı iştirak kazancı, yurt dışı iştirak hissesi satış kazancı, yurt dışı şube kazancı ile kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumların tasfiyesinden doğan kazancın 31.12.2013 tarihine kadar, Türkiye'ye transfer edilmiş olması gerekmektedir.

Maddenin yürürlüğe girdiği 29.05.2013 tarihinden itibaren 31.10.2013 tarihine kadar elde edilen ve maddenin yürürlüğe girdiği tarihten 31.12.2013 tarihine kadar Türkiye'ye transfer edilen yurt dışı iştirak kazançları ile yurt dışı iştirak hisselerinin elden çıkarılmasından sağlanan kazançlar, 2013 yılına ilişkin verilecek yıllık gelir veya kurumlar vergisi beyannamelerinde gelire veya kurum kazancına dahil edilmek ve beyannamelerin ilgili satırında gösterilmek suretiyle vergiden istisna edilebilecektir.

Yurt dışında bulunan işyeri veya daimi temsilci aracılığıyla elde edilen şube kazançlarının, 31.10.2013 tarihine kadar elde edilen kısmı tespit edilecek ve bu kazanç, 2013 yılında geçici vergi dönemleri itibarıyla geçici vergi

beyanına konu edilmiş olsa dahi, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten 31.12.2013 tarihine kadar Türkiye'ye transfer edilmek şartıyla, 2013 yılına ilişkin verilecek yıllık gelir veya kurumlar vergisi beyannamelerinde gelire veya kurum kazancına dahil edilmek ve beyannamelerin ilgili satırında gösterilmek suretiyle istisnaya konu edilecektir.

Kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunan kurumların yani dar mükellef kurumların, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten 31.12.2013 tarihine kadar gerçekleşen tasfiyelerinden doğan ve 31.12.2013 tarihine kadar Türkiye'ye transfer edilen kazançları da 2013 yılına ilişkin verilecek yıllık gelir veya kurumlar vergisi beyannamelerinde gelire veya kurum kazancına dahil edilmek ve beyannamelerin ilgili satırında gösterilmek suretiyle istisnaya konu edilecektir.

Özel hesap dönemine tabi olan mükellefler, belirtilen tarihler arasında elde ettikleri kazançlarını, hesap dönemlerine göre 2013 ve 2014 yıllarına ilişkin verilecek yıllık gelir veya kurumlar vergisi beyannamelerinde gelire veya kurum kazancına dahil etmek ve beyannamelerin ilgili satırında göstermek suretiyle istisnaya konu edebileceklerdir.

01.01.2013 tarihinden önce elde edildiği halde kayıtlara intikal ettirilmeyen ve beyan dışı bırakılan iştirak kazançları, iştirak hisselerinin elden çıkarılmasından sağlanan kazançlar, yurt dışı şube kazançları ile bu tarihten önce elde edilen yurt dışı tasfiye kazançları ile ilgili olarak bu istisna hükmünden yararlanılması mümkün bulunmamaktadır. Ancak, söz konusu kazançların maddenin birinci fıkrasında belirtilen hükümden yararlanarak Türkiye'ye getirilme imkânı bulunmaktadır.

XI. SONUÇ

Vergi hukuku alanında vergi aflarına sıcak bakılmamasının pratikte çok önemsenmediği en son 6486 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeyle bir kez daha görülmektedir. Bu düzenlemenin gerekçesi ne olabilir diye sorduğumuzda Kanun'un madde gerekçesinden amacı çok net anlaşılmamaktadır. Ancak basına yansıdığı şekliyle G20 ve IMF-Dünya Ban-

kası bahar toplantılarında 2013 yılının 2012 yılına göre ekonomik açıdan daha sıkıntılı bir yıl olacağı¹⁹ ve Avro bölgesindeki krizin devam etmesiyle Güney Kıbrıs kaynaklı sıkıntıların artabileceği beklentilerinin etkili olduğu anlaşılmaktadır. Bu krizlerden ülkemizin en az düzeyde etkilenmesi amacıyla yurtdışındaki tasarrufların Türkiye'ye getirilmesi amaçlanmıştır²⁰. Yurt dışındaki bazı varlıkların milli ekonomiye kazandırılması için hazırlık çalışmaları sırasında Türklerin yurtdışındaki varlıklarının 130 milyar dolar civarında olduğu açıklanmış, bunun da 50 milyar dolara yakınının ABD Hazine bonosunda olduğu belirtilmiştir. ABD'de faizlerin düşüklüğü nedeniyle Türklerin varlıklarını Türkiye'ye yönelteceği beklentisi ağır basarken, Hükümet kanadından da bu düzenlemeden 30 milyar dolar civarında kaynak girişinin olması beklendiği yönünde açıklamalar gelmiştir. Ancak ülkemizde son zamanlarda yaşanan siyasi gelişmelerin etkisiyle aracı kurumlarla görüşme yürüten çok sayıda Türk'ün parasını getirmekten vazgeçtiği ifade edilmektedir. Bir kısım yatırımcıların da bu düzenlemeden faydalanarak varlıklarını kayıt altına aldırıp, %2 vergi ödedikten sonra yurt dışına çıkaracağı belirtilmektedir²¹.

Son söz olarak sevgili hocam Prof. Dr. Billur Yaltı'nın söylediği gibi "Ne vergiler öğrettik, zaten yoktular..."²².

DİPNOTLAR

- 1 R.G. 29.05.2013, 28661.
- 2 S. Ateş OKTAR, Vergi Hukuku, 8. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2012, s.168; Sadık KIRBAŞ, Vergi Hukuku: Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, 19. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2012, s.143; Yusuf KARAKOÇ, Genel Vergi Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yay., Ankara 2011, s.552; Şükrü KIZILOĞ/Doğan ŞENYÜZ/ Metin TAŞ/Recai DÖNMEZ, Vergi Hukuku, 3. Baskı, Yaklaşım Yay., Ankara 2008, s.165.
- 3 Nihal SABAN, Vergi Hukuku, 5. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2009, s.152; ; M. Kamil MUTLUER, Vergi Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.244.
- 4 Ankara Ticaret Odası, Aflar Tarihi Raporu, Ankara 2004. <http://www.atonet.org.tr/yeni/index.php?p=198&l=1> (Erişim 17.06.2013)
- 5 Billur YALTI, "Vergi Afları: Devlet (Siyaseten) Unutur, Bilim (Hukuku) Hatırlar", Vergi Sorunları Dergisi, Sayı

- 272, Mayıs 2011. (<http://www.vergisorumlari.com.tr/arsiv.aspx?dsayi=272>); Nurettin BİLİCİ, Vergi Hukuku, 31. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2013, s.162.
- 6 Nihal SABAN, "Vergi Suçlarında Affi Anayasa İle Sorunsallaştırmak", Anayasa Yargısı, Cilt 18, Yıl:2001, Anayasa Mahkemesinin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara. s.455. (http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/SABAN.PDF Erişim: 15.06.2013)
- 7 SABAN, "Vergi Suçlarında Affi Anayasa İle Sorunsallaştırmak", s.455.
- 8 R.G. 27.02.2003, 25033.
- 9 R.G. 27.02.2008, 26800.
- 10 R.G. 22.11.2008, 27062.
- 11 R.G. 10.07.2009, 27284.
- 12 R.G. 25.02.2011, Mükerrer 27857.
- 13 YALTI, "Vergi Afları: Devlet (Siyaseten) Unutur, Bilim (Hukuku) Hatırlar", <http://www.vergisorumlari.com.tr/arsiv.aspx?dsayi=272>.
- 14 Doğan ŞENYÜZ, Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ekin Yay., Bursa 2011, s.250.
- 15 OKTAR, s.168; Abdurrahman AKDOĞAN, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2011, s.97; ŞENYÜZ, s.251; Hasan Hüseyin BAYRAKLI, Vergi Ceza Hukuku, 3. Baskı, Külçüoğlu Matbaası, Afyonkarahisar, 2006, s.232.
- 16 AKDOĞAN, s.97.
- 17 Mualla ÖNCEL/Ahmet KUMRULU/ Nami ÇAĞAN, Vergi Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2011, s.220; MUTLUER, s.244.
- 18 R.G. 11.06.2013, 28674.
- 19 <http://www.sabah.com.tr>, 30.04.2013 (Erişim, 11.06.2013)
- 20 Yahya ARIKAN, "Varlık Barışı Ne Getiriyor?", Cumhuriyet, 25.04.2013.
- 21 Hülya GÜLER, "Bıyıklı Yatırımcımız Ürktü, Barışmıyor", Hürriyet, 19.06.2013.
- 22 YALTI, "Vergi Afları: Devlet (Siyaseten) Unutur, Bilim (Hukuku) Hatırlar" (<http://www.vergisorumlari.com.tr/arsiv.aspx?dsayi=272>).
- GÜLER, Hülya: "Bıyıklı Yatırımcımız Ürktü, Barışmıyor", Hürriyet, 19.06.2013.
- KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yay., Ankara 2011.
- KIRBAŞ, Sadık: Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, 19. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2012.
- KIZILOT, Şükrü/Doğan ŞENYÜZ/Metin TAŞ/Recai DÖNMEZ: Vergi Hukuku, 3. Baskı, Yaklaşım Yay., Ankara 2008.
- MUTLUER, M. Kamil: Vergi Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- OKTAR, S. Ateş: Vergi Hukuku, 8. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2012.
- ÖNCEL, Mualla/Ahmet KUMRULU/Nami ÇAĞAN: Vergi Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2011.
- SABAN, Nihal: "Vergi Suçlarında Affi Anayasa İle Sorunsallaştırmak", Anayasa Yargısı, Cilt 18, Yıl:2001, Anayasa Mahkemesinin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara. (http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/SABAN.PDF Erişim: 15.06.2013)
- SABAN, Nihal: Vergi Hukuku, 5. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2009.
- ŞENYÜZ, Doğan: Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ekin Yay., Bursa 2011.
- YALTI, Billur: "Vergi Afları: Devlet (Siyaseten) Unutur, Bilim (Hukuku) Hatırlar", Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 272, Mayıs 2011. (<http://www.vergisorumlari.com.tr/arsiv.aspx?dsayi=272>).
- <http://www.sabah.com.tr>, 30.04.2013 (Erişim, 11.06.2013).

KAYNAKLAR

- AKDOĞAN, Abdurrahman: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2011.
- ANKARA TİCARET ODASI, Aflar Tarihi Raporu, Ankara 2004. <http://www.atonet.org.tr/yeni/index.php?p=198&l=1> (Erişim 17.06.2013)
- ARIKAN, Yahya: "Varlık Barışı Ne Getiriyor?", Cumhuriyet, 25.04.2013.
- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin: Vergi Ceza Hukuku, 3. Baskı, Külçüoğlu Matbaası, Afyonkarahisar, 2006.
- BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, 31. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2013.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Sarper Süzek tarafından hazırlanan **“İş Hukuku”** adlı eserin yenilenmiş 9. Baskısı Eylül 2013 tarihinde yayımlanmıştır.

Kitabın Türk Borçlar Kanunu’na, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na ve Türk Ticaret Kanunu’na göre yenilenmiş olan 8. Baskısı Eylül 2012 tarihinde yayımlanmıştı. Ancak bu baskının tükenmiş olması ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun yürürlüğe girmesi sebebiyle yeni bir baskının yapılması ihtiyacı duyulmuştur. Söz konusu kitapta, İş Kanunu ve yukarıda bahsi geçen kanunlar, ayrıntılarıyla ele alınıp değerlendirilmiştir.

Genel Esaslar başlıklı Birinci Kitap, iş hukukuna giriş ve temel kavramlar başlıklı iki bölümden oluşmaktadır. Bireysel İş Hukuku başlıklı İkinci Kitabın birinci bölümünde iş akdine, ikinci bölümünde ise işin düzenlenmesi konu başlıklarına yer verilmiştir.



Yargıtay üyesi Dr. Halil Yılmaz tarafından hazırlanan **“Türk İş Hukukunda Bireysel İş İlişkileri Açısından İşveren Vekilliği”** adlı eser, Mart 2012 tarihinde yayımlanmıştır.

Yazar, çalışma konusunun seçiminde işveren vekilliği ile ilgili iki yüksek lisans teziyle Prof. Dr. Can Tuncay’ın tebliği ve birkaç makale dışında daha önce yayımlanmış özgün bir çalışmanın olmayışının etkili olduğunu ifade etmektedir. Konuyla ilgili Türk iş hukuku literatürü tamamen taranmış olmakla birlikte, çalışma, sadece teorik çerçeve ile sınırlandırılmamış, çalışma hayatının ihtiyaçlarının karşılanması bakımından, konu içinde uygulamadan ve Yargıtay kararlarından sıkça örnekler verilmiştir. Çalışmanın tamamlanmasından kısa bir süre sonra 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girmiş olması nedeniyle, çalışmada bu kanunlardaki hükümler esas alınmıştır.

Eser sırasıyla; “Genel olarak işveren vekilliği”, “İşveren vekilliğinin kazanılması” ve “İşveren vekilliğinin hüküm ve neticeleri” bölümlerinden oluşmaktadır.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Normal Mesai Ücretini Ödememenin Kabahatler Hukukundaki Sonuçları

I. Giriş

İşyerinin içinde bulunduğu ekonomik güçlükler, işçi ücretlerinin zamanında ve tam olarak ödenmemesi sonucunu yaratmaktadır. Bunun gibi, ülkenin zaman zaman içine girdiği ekonomik kriz dönemleri de, giderek işçi ücretlerinin ödenmesinde güçlük yaratmaktadır. Buna karşılık, ücret, çoğunlukla işçinin tek geçim kaynağını oluşturmaktadır. Bu durumda, eksiksiz bir ücret güvencesini yaratmak üzere iş yasaları, işçi ücretlerinin işveren tarafından ödenmemesine karşı, idari yaptırım öngörmektedir.

İşçinin ücretinin işveren tarafından zamanında ve eksiksiz ödenmesi, aynı zamanda hukuken işçi lehine alacak yaratmakta ve faiz hükümlerinin uygulanmasına yol açmaktadır. Ancak, aşağıda sadece kabahatler hukukundaki sorumluluk hükümleri dikkate alınacağı için, ücret ödemeyen işverenin hukuki sorumluluğu üzerinde durulmayacaktır. Buna göre, aşağıda öncelikle, ücret ödememe idari suçunun yasal unsurları ele alınacak ve daha sonra, değişik iş yasaları bakımından, genel bir değerlendirmeye gidilecektir.

İşçi ücretlerinin ödenmesi, sadece 4857 sayılı İş K. tarafından düzenlenmemiş; bunun ya-

nısıra, Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu'nun da, gemiadamı ile gazeteci bakımından, kabahat yarattıkları ve idari yaptırım öngördükleri göze çarpmaktadır. Ancak, her üç yasanın da, konuyla ilgili değişik anlatımları taşıdıkları görülmektedir. Bu bakımdan, ücret ödeme kabahatinin, her üç yasaya tabi olan işçiler bakımından, ayrı ayrı ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

Diğer yandan, ücret denildiğinde, normal mesai ücretinin yanısıra, fazla mesai ücreti ile yıllık izin ücreti gibi diğer ücret durumları da söz konusu olmaktadır. Ancak, bunlar hakkındaki kabahatler hukukuna ilişkin cezai sonuçların farklı (ayrı) düzenlemeler içinde yer alması karşısında, aşağıda sadece normal mesai ücretlerinin ödenmemesi hali ele alınacaktır.

II. İş Kanunu'na Tabi İşçinin Ücretinin Ödenmemesi

İş K.'na tabi işçilerin ücretlerinin işveren tarafından ödenmemesi hali ve buna ilişkin idari suçun yasal (kanuni) unsuru, İş K. m. 102/a'da düzenlenmiştir. Buna göre, "32 nci maddesinde belirtilen ücret ile işçinin bu Kanundan veya toplu iş sözleşmesinden veya iş sözleşmesinden

doğan ücret ödemelerini süresi içinde kasden ödemeyen veya eksik ödeyen .. işveren, işveren vekili ve üçüncü kişiye bu durumda olan her işçi ve her ay için yüzyirmibeş Türk Lirası idari para cezası .. verilir”.

1. İşçiye ücretinin ödenmemesi

a) Ücret ödemesinin işçiye yapılmaması

İş K. m. 102/a’da düzenlenmiş bulunan ücret ödememe kabahatinin ortaya çıkması için, “işçi” sıfatını taşıyan bir kişiye karşı ödemenin gerçekleştirilmemiş bulunması gerekir. Bu anlamda, İş K. m. 102/a’daki idari suçun maddi unsuru, işçiye ücretinin süresi içinde ödenmemesidir. Buna göre, öncelikle, ortada “işçi” niteliğini taşıyan bir çalışanın varlığı gerekir.

Kimlerin “işçi” niteliğini taşıdığı ise, İş K. m. 2/I’de açık bir biçimde gösterilmiştir. Bu bağlamda, ilgili kişinin, “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi” (İş K. m. 2/I tümce 1) olması ve İş K. m. 4’de gösterilmiş istisnalar içine girmemesi söz konusudur. İşte, bu kişilere ücreti ödenmemiş olacaktır ki, İş K. m. 102/a’daki kabahatin maddi unsuru ortaya çıkabilsin. Buna göre, sözgelimi, devlet memuru veya sözleşmeli personel ya da çırak statüsünde olan kişiler, belirtilen kapsamda bulunmayıp; ödemenin anılan kişilere yapılmamış olması, İş K. m. 102/a’nın uygulanmasını gerektirmeyecektir.

b) Ödememenin ücrete ilişkin olması

Yapılmayan ödemenin, “ücret ödemesi” olması gerekir. Bu durum, İş K. m. 102/a’daki “Bu Kanunun .. 32 nci maddesinde belirtilen ücret ile işçinin .. ücret ödemelerini” sözcüklerinden açıklıkla anlaşılacaktır. Bu anlamda, işveren tarafından işçiye normal mesai ücret alacağı dışındaki alacakları için yapılması gereken ödemelerin yapılmamış olması, İş K. m. 102/a’nın uygulanmasını gerektirmeyecektir.

Diğer yandan, anılan hükümde İş K.’nin “32 nci maddesinde belirtilen ücret”ten söz edilmektedir. Bu konuda, söz konusu olan, İş K. m. 32/I’de yapılmış olan genel nitelikteki ücret tanımına dahil bulunan ödemelerdir. Nitekim,

İş K. m. 32/I’e göre, “genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar”dır¹. Buna göre, İş K. m. 32 dışındaki herhangi bir yasa hükmünün “ücret” niteliğinde göreceği ama İş K. m. 32 bakımından ücret olarak nitelendirilemeyecek bir ödemenin işveren tarafından yerine getirilmeyişi, belirtilen kapsamda değerlendirilemeyecektir.

aa) Ücret ödemesinin dayanağı

İş K. m. 102/a’nın uygulanması bakımından, ücret ödemesinin hukuki dayanağı önem taşımaz. Nitekim, ödenmeyen ücretin yasadan veya sözleşmeden (bireysel iş sözleşmesinden ya da toplu iş sözleşmesinden) kaynaklanıyor olması, herhangi bir fark yaratmamaktadır. Buna göre, sözgelimi, yasadan (4857 sayılı İş K.’ndan) kaynaklanan normal mesai ücretinin yanı sıra, bireysel iş sözleşmesiyle kararlaştırılmış ücretin ya da toplu iş sözleşmesi gerçekleşmiş ücret artış farklarının ödenmemesi de, İş K. m. 102/a’nın uygulanmasına yol açabilecektir.

Diğer yandan, anılan madde metninde “bu Kanundan” denildiği için, sadece 4857 sayılı İş Kanunu’ndan kaynaklanan ücret alacakları için İş K. m. 102/a’nın uygulanabilmesi söz konusudur. Buna göre, diğer herhangi bir yasadan kaynaklanacak ücret alacaklarının işveren tarafından ödenmeyiş, İş K. m. 102/a’nın uygulanmasını gerektirmeyecektir.

bb) Ücret ödemesinin kapsamı

Ücret ödemesinin asıl (kök ya da çıplak) ücrete hasredilmesinin gerekip gerekmediği konusunda, İş K. m. 102/a’nın çok açık olmadığı söylenebilir. Nitekim, anılan maddede, İş K. m. 32’de belirtilen ücretten söz edilmekte; İş K. m. 32’nin ilk fıkrasında genel anlamda ücret tanımı yapıldıktan sonra ise, “ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak” deyimlerine yer verilmektedir. Bu bağlamda, İş K. m. 102/a’nın “ücret” sözcüğünü dar anlamda ele aldığını ve ücret ekleri ile sosyal yardım ödemelerini, bunun dışında tuttuğunu söylemek mümkündür.

2. Ücretin süresi içinde ödenmemesi

İş K. m. 102/a, ücretin “süresi içinde” öden-

memesinden söz etmektedir. Bununla anlatılmak istenen, normal mesai ücretinin ödenme zamanına uyulmamasıdır. Gerçekten, İş K. m. 32/V tümce 1 hükmü, kararlaştırılan ücretin en geç ayda bir ödenmesini öngörmektedir. Buna göre, İş Kanunu'na tabi işçilere ücret ödemesi, en geç aydan aya, yani bir aylık süre içinde yapılmak durumundadır. Ancak, sözleşme (bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi) hükmüyle, ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilecektir (İş K. m. 32/V tümce 2). Böylece, haklı bir neden olmaksızın, ücretin kararlaştırılan sürede hiç ödenmemesi veya ödeme süresi geçtikten sonra (geç) ödenmesi, İş K. m. 102/a'nın uygulanmasını olanaklı kılacaktır.

3. Ücretin kasten ödenmemesi

İş K. m. 102/a'da düzenlenmiş bulunan ücret ödememe eylemi, özelliği bakımından, “kabahat” niteliğindedir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na göre ise, Kabahatler Kanunu'nda kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, kabahatler hem kasten ve hem de taksirle işlenebilir (m. 9). Bu bağlamda, İş K. m. 102/a'daki kabahat, ancak “kasten” işlenebilir. Nitekim, İş K. m. 102/a'da açıkça, “kasden ödemeyen” anlatımına yer verilmiştir. Buna göre, İş Kanunu'na tabi işçinin ücretini ödememe suçu, ancak kastın varlığı halinde oluşabilecektir.

Diğer yandan, “kast”, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 21/1 tümce 2'de suçun yasal tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi biçiminde tanımlanmıştır. Kabahatler Kanunu'nda ise kast tanımlanmadığı gibi, bu konuda Türk Ceza Kanunu'na yollama yapılmış da değildir. Bununla birlikte, kast kavramının ceza hukukundaki anlamı, genel olarak kabahatler için de geçerli olmaktadır².

İş K. m. 102/a, işçi ücretinin bilerek ve istenerek ödenmemesini kapsamaktadır. Bu konuda, kastın varlığını ortadan kaldıracabilecek mücbir bir nedenin varlığı söz konusu olabilir. Nitekim, ekonomik güçlük içinde bulunan ve bu yüzden işçilerine normal mesai ücretlerini zamanında ödeyemeyen bir işverenin durumu, bunun en canlı örneğini oluşturur. Gerçekten, işçilerini çalıştırmaya devam etmek suretiyle üretimde bulunmak zorunda olan ve işçileri-

nin ücretlerini ancak bu sayede üretimden elde edeceği gelire ödeyebilecek durumda olan bir işverenin, kasten ücret ödemediğinden söz edilemeyecektir³.

Bu bağlamda, İş K. m. 102/a, zaruret hali bir özel hukuka uygunluk nedeni olarak metninde kabul etmiş değildir. Ancak, İş K. m. 102/a'nın metnindeki “kasden ödemeyen” anlatımından, anılan hükmün işverenin zarureti dikkate aldığı sonucunu çıkarmak olanaklıdır.

Nitekim, İş Kanunu'nun ücrete ilişkin bir başka düzenlemesi de, belirtilen sonucu destekler niteliktedir. Gerçekten, ücreti gününde ödenmeyen işçiye iş görme edimini yerine getirmekten kaçınma hakkı, “mücbir bir neden dışında” tanınmıştır. Buna göre, ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde “mücbir bir neden dışında” ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir (İş K. m. 34/I tümce 1). Bu nedenle, İş K. m. 102/a bakımından da, işçiye ücretinin süresi içinde ödenmemesi kabahatinin oluşması için, işverenin zaruret hali içinde olmadığı halde gerekli ücret ödemesini yapmamış olmasını aramak gerekmektedir.

Ancak, İş K. m. 102/a bakımından idari suçun oluşmaması için, işverenin gerçekten ekonomik güçlük içinde olması gerekir. Bu anlamda, işçiye ücret ödememenin alışkanlık haline getirildiği veya sonradan uygun bir zaman süreci içinde ücret ödemesinin gecikilerek de olsa yapılmadığı durumlarda, artık işverenin zaruret nedeniyle ödeme yapmadığından söz edilemeyecektir.

III. Gazetecinin Ücretinin Ödenmemesi

Gazeteciye ücretinin ödenmemesi, Basın İş K. m. 27/a'da ayrı ve özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, “14 üncü maddede yazılı ücreti gazeteciye zaruret olmaksızın zamanında ödemeyen .. işverene binbeşyüz Türk Lirası idari para cezası verilir”.

1. Gazeteciye ücretinin ödenmemesi

Basın İş K. m. 27/a'daki idari suçun maddi unsurunun gerçekleşebilmesi için, gazeteciye

ücreti zamanında ödenmemiş olmalıdır. Buna göre, öncelikle, ortada bir “gazeteci” niteliğini taşıyan çalışanın bulunması gerekir.

Kimlerin “gazeteci” niteliğini taşıdığı ise, Basın İş K. m. 1’de gösterilmiştir. Buna göre, Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkuteler ile haber ve fotoğraf ajanslarındaki her türlü fikir ve sanat işinde ücret karşılığı çalışanlar, “gazeteci”dir⁴. İşte, bu kişilere ücretleri zamanında ödenmeği takdirde, Basın İş K. m. 27/a’daki suçun maddi unsuru ortaya çıkabilecektir.

Diğer yandan, Basın İş K. m. 27/a, “14 üncü maddede yazılı ücret”in ödenmeyişinden söz etmektedir. Basın İş k. m. 14’de ise; “ücret”in, “prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak”tan ayrı olarak ele alındığı görülmektedir. Bu itibarla, Basın İş K. m. 27/a’daki “ücret” sözcüğüyle, “asıl (temel veya çıplak) ücret”in kastedildiği söylenebilir⁵.

2. Ücretin zamanında ödenmemesi

Basın İş K. m. 14/I tümce 1 hükmü, kararlaştırılan normal mesai ücretinin, her ay peşin olarak ödenmesini öngörmektedir. Buna göre, gazeteciye ücret ödemesi, aydan aya peşin olarak yapılmak durumundadır. Böylece, gazeteci ücretinin söz konusu aylık süreye tabi olmaksızın “zamanında” ödenmemesi, Basın İş K. m. 27/a hükmünün uygulanmasını olanaklı kılacaktır.

3. Zaruret olmaksızın ücretin ödenmemesi

Basın İş K. m. 27/a, gazeteciye ücretinin “zaruret olmaksızın” ödenmeyişini esas almaktadır. Buradaki “zaruret” hali, “hukuka özel aykırılık” olarak görülmek gerekir.

Gerçekten, hukuka aykırılık, kural olarak, kabahat normlarında yer almayan genel nitekte ve olumsuz bir unsurdur. Kabahat normuna uygun bir fiil işlendiği takdirde, söz konusu fiilin faili aleyhine yaptırım uygulanabilmesi için, somut olayda Türk Ceza Kanunu’nun 24 ila 26 ncı maddeleri arasında yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekir. Bu bağlamda, Kabahatler Kanunu’nun 12 nci maddesinde, “bu Kanunda aksine hüküm bu-

lunmayan hallerde Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır” denilmek suretiyle, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin, Kabahatler Kanunu’nda aksine bir hüküm olmamak kaydıyla, kabahatler hukuku için de geçerli bulunduğu hüküm altına alınmıştır.

Diğer yandan, bazı kabahat tanımlarında hukuka aykırılık unsuru açıkça gösterilmiş olabilir. İşte, kabahat normunda hukuka aykırılık unsurunun açıkça gösterildiği veya fiili meşru kılan bir nedenin bulunmadığının belirtildiği haller, “hukuka özel aykırılık” olarak adlandırılmaktadır⁶.

Bu konuda, Basın İş K. m. 27/a, “zaruret olmaksızın” sözcüklerine yer vermek suretiyle, özel hukuka uygunluk nedeni kabul etmiştir. Buna göre, gazeteciye ücretinin zamanında ödenmemesi kabahatinin oluşması için, işverenin zaruret hali içinde olmadığı halde gerekli ödemeyi yapmamış olması şarttır. İşverenin ekonomik güçlük içinde olduğu durumlarda ise, artık Basın İş K. m. 27/a’nın uygulanması söz konusu değildir⁷. Böylece, işverenin ücreti ödememe eylemi açısından “zaruret” söz konusuysa, artık hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir.

Ancak, bunun için de, işverenin gerçekten zaruret içinde olması gerekir. Nitekim, gazeteciye ücret ödememenin alışkanlık haline getirildiği veya sonradan uygun bir zaman süreci içinde ücret ödemesinin gecikmeli de olsa yapılmadığı durumlarda, artık işverenin zaruret içinde bulunduğundan söz edilemeyecektir⁸.

Bu anlamda, Basın İş K. m. 27/a’daki “zaruret” hali, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durumdur. Başka bir deyişle; böyle bir durumda, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyeceği için, idari para cezasının uygulanmasını gerektiren söz konusu kabahat eylemi oluşmaz. Buna karşılık, zaruret içinde olmadığı halde gazeteciye ücretini ödemeyecek işveren, Basın İş K. m. 27/a’daki idari para cezasıyla karşılaşır.

4. Ücretin kasten ödenmemesi

Basın İş K. m. 27/a’da düzenlenmiş bulunan suç, özelliği bakımından, “kabahat” niteliğinde-

dir. Kabahatler Kanunu'na göre ise kabahatler, daha önce belirtildiği üzere⁹, yasada açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten ve hem de taksirle işlenebilir (m. 9).

Bu bağlamda, kabahatler hukukunda kast, ancak kabahat normunda açıkça belirtilen hallerde veya normdaki fiilin niteliği itibariyle sadece kasten işlenebilecek bir fiil olması kaydıyla kabahatin oluşumu için aranmaktadır. Buna göre, Basın İş K. m. 27/a'daki kabahat, ancak kasten işlenebilecek niteliktedir. Gerçekten, Basın İş K. m. 27/a'da açıkça "kasten" sözcüğüne yer verilmemiş bulunmakla birlikte; anılan madde metninde "ödemeyen" sözcüğüne yer verilmiş bulunması karşısında, söz konusu kabahatin ancak kastın varlığı halinde oluşabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, "ödememe" eylemi, bilerek ve isteyerek hareket etmiş olmayı gerektirir. Nitekim, failin kasten hareket etmiş olması, söz konusu kabahatin oluşumu için zorunludur.

IV. Gemiadamının Ücretinin Ödenmemesi

Gemiadamının ücretinin ödenmemesi haline karşı, Deniz İş K. m. 51/I bent c'de idari yaptırım öngörülmektedir. Buna göre, "29 uncu madde gereğince gemiadamının ücretini zamanında ve tam olarak ödemeyen .. işveren veya işveren vekili hakkında bin Türk Lirası idari para cezası verilir".

1. Gemiadamına ücret ödenmemesi

Deniz İş K. m. 51/I bent c'deki idari suçun maddi unsuru, "gemiadamı"na normal mesai ücretinin tam olarak zamanında ödenmemesidir. Burada söz konusu olan "gemiadamı", Deniz İş K. m. 2/I bent B'de tanımlanmıştır. Buna göre, "bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimseler", "gemiadamı"dır¹⁰. İşte, ancak bu kişilere ücretleri tam ve zamanında ödenmediği takdirde, belirtilen idari suçun maddi unsuru gerçekleşecektir.

2. Ücretin zamanında ödenmemesi

Gemiadamına ücretin ödenme zamanı ko-

nusunda, Deniz İş K. m. 29/III "ücret ödeme devresi bir aydan fazla olamaz" hükmünü getirmekte; bunun dışında ise, ücret ödeme süresinin uzunluğunun belirlenmesi, iş sözleşmesi hükümlerine bırakılmaktadır¹¹. Böylece, en geç ayda bir ödenecek gemiadamının ücreti ödeme günü geldiği halde ödenmediği takdirde, Deniz İş K. m. 51/I bent c'deki suçun oluşması söz konusudur.

3. Ücretin tam olarak ödenmemesi

Deniz İş K. m. 51/I bent c, ücretin tam olarak ödenmemiş olmasını aramakta; böylece, ücretinin bir bölümünün ödenmemiş olması dahi, belirtilen kabahatin ortaya çıkması için yeterli olabilmektedir.

Tam olarak ödenmemiş bulunan ücretin kaynağı, idari suçun tamamlanması açısından önem taşımamaktadır. Buna göre, Deniz İş K. dahil olmak üzere herhangi bir yasadaki veya sözleşmeden (bireysel iş sözleşmesinden ya da toplu iş sözleşmesinden) kaynaklanan bir ücretin gemiadamına tam olarak ödenmeyişi, idari suçun doğumuna neden olabilecektir.

Diğer yandan, buradaki ücretin türü, yani asıl (temel veya kök) ücret ya da ücret eki (giydirilmiş ücret) olup olmadığı konusunda, herhangi bir açıklığa rastlanmamaktadır. Buna karşılık, Deniz İş K. m. 29'da "ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak"tan söz edilmektedir¹². Bu durumda, Deniz İş k. m. 51/I bent c'de asıl ücretin ücret eklerinden ayrı olarak düşünüldüğü ve burada söz konusu olanın da, sadece "asıl ücret"e yöneldiği sonucunu çıkarmak olanaklıdır.

4. Ücretin kasten ödenmemesi

Deniz İş K. m. 51/I bent c hükmünün metninde "kasten" sözcüğüne yer verilmiş değildir. Ancak, tıpkı Basın İş K. m. 27/a hükmünde olduğu üzere, buradaki kabahatin sadece kasten işlenebilecek nitelikte olduğu kabul edilmeli ve Deniz İş K. m. 51/I bent c'nin metninde "ödemeyen" sözcüğüne yer verilmiş bulunması karşısında, bundan söz konusu kabahatin salt kastın varlığı halinde oluşabileceği sonucu çıkarılmalıdır. Bu anlamda, failin kasten hareket etmiş olması, söz

konusu kabahatin oluşumu için zorunludur.

V. TBK.'ya Tabi İşçinin Ücretinin Ödenmemesi

Gazeteci veya gemiadamı olmayıp 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulama alanı dışında kalan (İş K. m. 4) işçiler, TBK. m. 393 vd.'ndaki hükümlere tabidir. İşverenin bunlara TBK. m. 401'de söz konusu olan ücretlerini ödememesi halinde ise, herhangi bir cezai yaptırım söz konusu değildir. Bunun nedeni, TBK.'nun özel hukuk ilişkilerini düzenleyen bir yasa olup, kamu hukukuna ilişkin ceza yaptırımlarını öngörmeyişidir.

VI. Değerlendirme ve Sonuç

Ücret ödememe eylemi, daha önce öngörülen ceza itibarıyla, "kast"ın varlığını zorunlu kılan bir "cürüm" olarak düzenlenmişti¹³. Aynı suçun günümüzde ise bir "kabahat" olarak düzenlenişi, suç olmaktan çıkarma ve özgürlüğü bağlayıcı cezalardan uzaklaşmaya ilişkin modern akıma uygun düşen bir eğilimi yansıtmaktadır. Bu bakımdan, her üç yasanın da, ücret ödememe hareketine karşı idari para cezasını içeren bir kabahat halini düzenlemesinin altı çizilmek gerekir.

Buna karşılık, İş Kanunu'na tabi işçiler ile gazeteci veya gemiadamına ücret ödenmemesi halinde, üç değişik iş yasasının esasta benzer olmakla birlikte, değişik metinlere sahip oldukları görülmüş bulunuyor. Bu konuda, farklılaşmayı haklı kılacak herhangi bir hukuki nedene ise, rastlanılmamaktadır. Buna göre, ücret ödememe idari suçunu düzenleyen söz konusu yasal metinler arasında, yasal uyum birliğinin gerçekleştirilmesi bakımından gerekli düzenlemenin gecikilmeksizin yapılmasında yarar görülmektedir.

Diğer yandan, anılan düzenleme metinlerinin, gerçekleşmeyen ücret ödemelerinin konusu hakkında, çok açık oldukları söylenemez. Bu bakımdan, her üç metne de, ödememenin asıl (temel) ücrete yönelik olduğu konusunda açıklık kazandırılmasında, hukuk güvenliği bakımından yarar bulunmaktadır.

Nihayet, İş K. m. 102/a'ya karşılık, ne Basın

İş K. m. 27/a ve ne de Deniz İş K. m. 51/I bent c, "kasten" sözcüğüne yer vermektedir. Oysa, ücret ödememe fiili, bilerek ve isteyerek ifadan kaçınmayı içerir. Bu anlamda, işverenin ekonomik güçlük içinde bulunması, ücret ödeme borcunu yerine getirebilmesini engeller.

Basın İş K. m. 27/a, "zaruret olmaksızın" sözcüklerine yer verip özel hukuka uygunluk nedeni kabul etmek suretiyle, işverenin belirtilen durumunu göz önünde bulundurmuş sayılabilir. Ancak, Deniz İş K. m. 51/I bent c, hem "kasten" ve hem de "zaruret olmaksızın" sözcüklerine yer vermeyerek, deniz işletmelerinin (işyerlerinin) de ekonomik sıkıntıya düşebileceklerini hesaba katmamıştır. Bu konuda, genel hükümlerden (esaslardan) hareket ederek bir sonuca varmak yerine, anılan hükme ekonomik güçlükler yönünden açıklık kazandırılması, daha yerinde olacaktır. Nitekim, deniz işletmelerinin, her zaman ekonomik güçlüklerden uzak yaşayacaklarını söyleme olanağı yoktur.

DİPNOTLAR

- 1 Ayrıntılı bilgi için bkz. Tankut Centel, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986, 55 vd.
- 2 Ali Pehlivan, Kabahatler Hukukunun Genel Esasları, (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul 2011, 176.
- 3 Ayrıca bkz. Centel, 382.
- 4 "Gazeteci" kavramı için bkz. Seracettin Gökteş/Şahin Çil, Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, Ankara 2003, 5 vd.; Müjdat Şakar, Basın İş Hukuku, Gazetecilerin Çalışma İlişkileri, İstanbul 2002, 60 vd.; A. Can Tuncay, Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1989, 27 vd.
- 5 Ayrıca bkz. Gökteş/Çil, 298.
- 6 Bkz. Pehlivan, 204-205.
- 7 Gökteş/Çil, 298.
- 8 Ayrıca bkz. Centel, 383.
- 9 Bkz. yukarıda II 3.
- 10 Ayrıca "gemiadamı" kavramı için bkz. Mehmet Nusret Bedük, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012, 8 vd.; Bektaş Kar, Deniz İş Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2012, 75 vd.; Oğuz Özbek, Yorum ve Yargıtay Kararlarıyla Deniz İş Kanunu, İstanbul 1984, 21-22; Devrim Ulucan, Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler (Sendikal Eğitim Elkitabı), İstanbul 1986, 18-23.
- 11 Ayrıca bkz. Kar, 143.
- 12 Ayrıca bkz. Kar, 134.
- 13 Bkz. Centel, 382-383.

Yrd. Doç. Dr. Özgür Hakan ÇAVUŞ

İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Turizm Fakültesi Öğretim Üyesi/SGK Eski Başmüfettişi

6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda Düzenlenen İşveren Yükümlülükleri Kapsamında İdari Para Cezaları

I. GİRİŞ

20.06.2012 tarihinde TBMM'de kabul edilerek 30.06.2012 tarihli R.G'de yayımlanan, bazı hükümleri 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmiş ve bazı hükümleri de 01.07.2014 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu¹ ile işverenlere ve çalışanlara önemli yükümlülükler getirilmiştir.

Kanunun önemli özelliklerinden bir tanesi de işyerlerinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından kısa vadeli sigorta kolları prim oranı da dikkate alınmak suretiyle “az tehlikeli”, “tehlikeli” ve “çok tehlikeli” olarak sınıflandırılmış olmasıdır (m.9). İşyeri tehlike sınıfları ile ilgili İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği² yayımlanarak, işyerlerindeki tehlike sınıfının tespitinde bir işyerinde yürütülen asıl işin tehlike sınıfının dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır (Tebliğ m.2/1).

İşyeri için belirlenecek olan tehlike sınıfı, aynı zamanda çalıştırılacak iş güvenliği uzmanının yetki belgesi ve Kanunun ilgili maddelerinin yürürlüğe girişi açısından da ayrı belirleyici özelliğe sahiptir. İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik³ hükümlerine göre, iş güvenliği uzmanlarından; (C) sınıfı belgeye sahip olanlar az tehlikeli sınıfta, (B) sınıfı belgeye sahip olanlar az tehlikeli ve tehlikeli sınıflarda, (A) sınıfı belgeye sahip olanlar ise bütün tehlike sınıflarında yer alan işyerlerinde çalışabilirler (Yön. m.7/2).

Bu makalede işverenin yükümlülükleri doğrultusunda idari para cezaları genel bir çerçevede ele alınmıştır.

II. KANUNUN UYGULANMA ALANLARI

6331 sayılı Kanun'un “Kapsam ve istisnalar” başlıklı 2. maddesinde, Kanunun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hükme

göre, Kanun en az bir çalışanın bulunduğu tüm işyerlerinde ve tüm sigortalılara uygulanacaktır. Kanunun 3/b maddesinde, çalışan; kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi olarak tanımlanmıştır.

Ancak Kanun hükümlerinin bazı faaliyetler ve kişiler hakkında uygulanmayacağı yönünde ayrıca düzenleme yapılmıştır. Buna göre;

- a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri,
- b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri,
- c) Ev hizmetleri,
- ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar,
- d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan iş yurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri bakımından Kanun hükümleri uygulanmayacaktır (6331 s. K., m.2/2).

Bu maddeye göre, kapsam dışı kalan “ev hizmetleri” açısından Kanunun uygulanmayacağı yönündeki düzenleme yerinde değildir. Çünkü gerek ev hizmetlerinde gerekse apartman temizlik hizmetlerinde çalışanlar 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 4/1-a maddesine göre sigortalı olmak zorundadırlar. Aynı zamanda “ev hizmetlerinde çalışanlar”, 6331 sayılı Kanun açısından “çalışan” tanımı kapsamında da oldukları için bu kişiler hakkında da Kanun hükümlerinin yargı kararlarıyla uygulanabilir hale getirileceği beklenebilir.

III. 6331 SAYILI İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU’NDA DÜZENLENEN İDARİ PARA CEZALARI

6331 sayılı Kanun açısından işverenin yükümlülükleri genel yükümlülükler ve diğer yükümlülükler olmak üzere iki ayrı başlık altında ele alınmıştır.

A) İŞVERENLERİN GENEL YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Avrupa Birliği’nin iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerinin temeli sayılan işçilerin çalışırken sağlık ve güvenliğine iyileştirilmiş tedbirlerin alınmasının teşvikine ilişkin 12 Haziran 1989 tarih ve 89/391/EEC sayılı Çerçeve Direktifinin de esas alınarak hazırlandığı 6331 sayılı Kanun’a göre, işveren öncelikle çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür (6331 s. K., m.4/1-a). Ayrıca işveren;

- a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.
- b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.
- c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır.
- ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır.
- d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.

Yine bu kapsamda işverenin işyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmayacaktır.

İş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili tedbir almayan, organizasyonu yapmayarak gerekli araç ve gereçleri sağlamayan, sağlık ve güvenlik tedbirlerini değişen şartlara uygun hale getirmeyerek ve mevcut durumu iyileştirilmek için çalışmalar yapmayan işverene her bir yükümlülük için ayrı ayrı 2013 yılı itibariye 2.156 TL idari para cezası (İPC) uygulanacaktır.

Ayrıca işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini izlemeyen, denetlemeyen ve uygunsuzlukları gidermeyen işverene her bir yükümlülük için ayrı ayrı 2.156 TL İPC uygulanacaktır.

B) İŞVERENLERİN DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1) Risk Değerlendirmesi Yapmak

Risk değerlendirmesi, işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmaları ifade etmektedir (6331 s. K. m.3/ö, İSG Risk Değerlendirme Yönetmeliği m.4/f).

6331 sayılı Kanun'a göre, işveren işin yürütümü esnasında aşağıdaki korunma politikalarına dikkat etmekle yükümlüdür. İşveren risk değerlendirmesi yaparken;

- Risklerden kaçınmak
- Kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek
- Risklerle kaynağında mücadele etmek
- İşin kişilere uygun hale getirilmesi için işyerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen göstermek, özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önlenemiyor ise en aza indirmek,
- Teknik gelişmelere uyum sağlamak,
- Tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmek,
- Teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek,
- Toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine göre öncelik vermek,
- Çalışanlara uygun talimatlar vermek,

zorundadır (6331 s. K., m.5).

Yine işveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yaparken/yaptırırken;

- Belirli risklerden etkilenecek çalışanların durumu,
- Kullanılacak iş ekipmanı ile kimyasal madde ve müstahzarların seçimi,
- İşyerinin tertip ve düzeni dikkate alınır.

Bu değerlendirme ile koruyucu ekipman ve donanımlar da belirlenmeli, uygulanacak tedbirler işyerinin her kademesinde uygulanabilir nitelikte olmalıdır (6331 s. K., m.10).

İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'ne⁴ göre risk değerlendirmesi, işverenin oluşturduğu bir ekip tarafından gerçekleştirilir. Risk değerlendirmesi ekibi aşağıdakilerden oluşur (İSG Risk Değ. Yön. m.6).

- a) İşveren veya işveren vekili.
- b) İşyerinde sağlık ve güvenlik hizmetini yürüten iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri.
- c) İşyerindeki çalışan temsilcileri.
- ç) İşyerindeki destek elemanları.
- d) İşyerindeki bütün birimleri temsil edecek şekilde belirlenen ve işyerinde yürütülen çalışmalar, mevcut veya muhtemel tehlike kaynakları ile riskler konusunda bilgi sahibi çalışanlar.

İşveren, ihtiyaç duyulduğunda bu ekibe destek olmak üzere işyeri dışındaki kişi ve kuruluşlardan hizmet alabilir (İSG Risk Değ. Yön. m.6/5).

Yapılmış olan risk değerlendirmesi; tehlike sınıfına göre çok tehlikeli, tehlikeli ve az tehlikeli işyerlerinde sırasıyla en geç iki, dört ve altı yılda bir yenilenir (İSG Risk Değ. Yön. m.12)⁵.

2) İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmeti Sunmak

6331 sayılı Kanun'da yer alan diğer bir işveren yükümlülüğü de iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunmaktır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunarken iki temel yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunlardan ilki uzman, hekim veya sağlık personeli istihdam etme zorunluluğu, bir diğeri de iş sağlığı güvenliği birimi oluşturmaktır.

Bu kapsamda genel olarak 6331 sayılı Kanun'a göre işveren; çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı⁶, işyeri hekimi⁷ ve diğer sağlık personeli⁸ görevlendirir. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet olarak yerine getirebilir (6331 s. K., m.6/1).

İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'ne⁹ göre de, işveren, işyerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, çalışanların ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla; çalışanları arasından bir veya birden fazla işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personeli görevlendirir. Gerekli nitelikleri haiz olması halinde tehlike sınıfı ve çalışan sayısını dikkate alarak bu hizmetin yerine getirilmesini kendisi üstlenebilir (İSG Hizmetleri Yönetmeliği m.5/1). Ayrıca işveren, işyerinde gerekli niteliklere sahip personel bulunmaması halinde birinci fıkrada sayılan yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını, OSGB¹⁰lerden hizmet olarak yerine getirebilir.

İşveren, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının tam süreli görevlendirilmesi gereken durumlarda İSGB¹¹ kurar. Tam süreli işyeri hekimi görevlendirilen işyerlerinde, diğer sağlık personeli görevlendirilmesi zorunlu değildir (İSG Hizmetleri Yön.5/3).

İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik¹² hükümlerine göre iş güvenliği uzmanlarından; (C) sınıfı belgeye sahip olanlar az tehlikeli sınıfta, (B) sınıfı belgeye sahip olanlar az tehlikeli ve tehlikeli sınıflarda, (A) sınıfı belgeye sahip olanlar ise bütün tehlike sınıflarında yer alan işyerlerinde çalışabilirler (m. 7/2). Ancak özellikle (A) sınıfı belgeye sahip uzmanların sayısının çok az olması nedeniyle (C) sınıfı belgeye sahip uzmanların çok tehlikeli işlerde görevlendirilebilmelerine olanak sağlayan Çok Tehlikeli İşlerde Görevlendirilebilecek (C) sınıfı İş Güvenliği Uzmanları Hakkında Tebliğ¹³ yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu

Tebliğe göre; (C) sınıfı iş güvenliği uzmanlarının görev alabileceği işyerlerinin tespitinde NACE Rev.2 Altılı Ekonomik Faaliyet Sınıflamasına göre altılı faaliyet kodu dikkate alınacaktır. Ayrıca üç yıllık mesleki tecrübe ve (C) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip olanların görevlendirilebilecekleri işler Tebliğin ekinde (Ek-1'de yer alan tabloda) belirtilmiştir. Tebliğin ekinde (Ek-1'de belirtilen) meslek unvanlarını haiz olan (C) sınıfı iş güvenliği uzmanının, unvanı ile eşleştirilmiş olan kodlarda, mezuniyetinden itibaren en az üç yıl görev yapmış olması ve bu üç yıl içinde kişi adına asgari 750 günlük prim ödenmiş olması durumunda ve İSG-KATİP üzerinden başvurulması halinde, başvurusu Genel Müdürlükçe değerlendirilerek, onaylanır. Tebliğ kapsamında yapılacak görevlendirmelere ilişkin başvurular yalnızca İSG-KATİP üzerinden Bakanlığa bildirilir ve işlemler bu program üzerinden sonlandırılır.

Böylece (A) sınıfı uzman istihdam etmek zorunda olan işverenlerin (C) sınıfı uzman istihdam edebilmesi imkanı getirilmiştir.

İş güvenliği uzmanı veya işyeri hekimi görevlendirmeyen işverene görevlendirmediği her bir kişi için 5.390 TL İPC, aykırılığın devam ettiği her ay için aynı miktar, diğer sağlık personeli çalıştırılmaması durumunda işverene her ay için 2.695 TL İPC uygulanacaktır.

Ayrıca İSG hizmetleri için görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşların görevlerini yerine getirmeleri amacıyla araç-gereç-mekân sağlamayan işverene 1.617 TL, İSG hizmetlerini yürütenler arasında koordinasyonu sağlamayan işverene 1.617 TL, görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşlar tarafından iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuata uygun olan ve yazılı olarak bildirilen tedbirleri yerine getirmeyen işverene 1.078 TL, görevlendirilen kişileri, hizmet alınan kuruluşları, başka işyerlerinden gelen çalışanları ve bunların işverenlerini İSG riskleri konusunda bilgilendirmeyen işverene 1.617 TL, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının hak ve yetkilerini kısıtlayan işverene uzman ve hekim için ayrı ayrı 1.617'er TL ve İSG birimi kurmayan işverene de 1.617 TL İPC uygulanacaktır.

3) İş Kazası ve Meslek Hastalıklarını Bildirmek

6331 sayılı Kanun'a göre işveren 01.01.2013 tarihinden itibaren iş kazası¹⁴ ve meslek hastalıklarını¹⁵ bildirmek zorunda olan işveren, bütün iş kazalarının ve meslek hastalıklarının kaydını tutacaktır. Ayrıca işyerinde meydana gelen ancak yaralanma veya ölüme neden olmadığı halde işyeri ya da iş ekipmanının zarara uğramasına yol açan veya çalışan, işyeri ya da iş ekipmanını zarara uğratma potansiyeli olan olayları inceleyerek bunlar ile ilgili raporları düzenlemek zorundadır (6331 s. K., m.14/1).

İşveren, iş kazalarını kazadan sonraki üç iş günü içinde ve sağlık hizmeti sunucuları veya işyeri hekimi tarafından kendisine bildirilen meslek hastalıklarını öğrendiği tarihten itibaren üç iş günü içinde bildirmek zorundadır (6331 s. K., m.14/2).

İş kazalarının ve meslek hastalıklarının kaydını tutmayan, ramak kala olayları ve iş kazaları ile ilgili incelemeler yaparak ilgili raporları düzenlemeyen işverenlere her bir yükümlülük için ayrı ayrı 2013 yılı için 1.617 TL İPC uygulanacaktır.

4) Sağlık Gözetimi ve Çalışanların Sağlık Muayenelerini Yapmak/ Yaptırmak ve Kayıtları Saklamak

6331 sayılı Kanun kapsamında alınması gereken sağlık raporları bundan böyle işyeri sağlık ve güvenlik biriminde veya hizmet alınan ortak sağlık ve güvenlik biriminde görevli olan işyeri hekiminden alınacaktır. Raporlara itirazlar Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılacak ve verilen kararlar kesin olacaktır (6331 s. K., m.15/3)

Ayrıca Kanunda çalışanların sağlık muayenesi yaptırmaları gereken durumlar daha ayrıntılı olarak yeniden düzenlenmiştir. Buna göre işveren;

- İşe girişlerde,
- İş değişikliklerinde,
- İş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde çalışanın talep etmesi halinde,

- İşyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen aralıklarda çalışanların sağlık muayenelerini yaptırmak zorundadır (6331 s. K., m.15/1, 2, 3, 4).

Ayrıca "tehlikeli" ve "çok tehlikeli" sınıfta yer alan işletmelerde çalışacak olan kişilerin, yapacakları işe uygun olduklarını gösteren sağlık raporları olmadan işe başlatılmaları yasaktır (6331 s. K., m.15/2). İşveren, yapmış oldukları tüm bu sağlık ve güvenlik harcamalarından hiçbirini çalışana yansıtamaz (6331 s. K., m.15/4).

Çalışanlar için daha önce alınmış olan periyodik sağlık raporları, bu raporların süresi bitinceye kadar geçerli olacaktır (6331 s. K., geçici m.3).

İşveren sağlık gözetimi ve sağlık muayenesi yapma yükümlülüğünün yanı sıra işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği faaliyetleri ile ilgili olarak mevzuatta belirlenen süreler saklı kalmak kaydıyla;

- a) İşyerinde yürütülen iş sağlığı ve güvenliği faaliyetlerine ilişkin her türlü kaydı,
- b) İşten ayrılma tarihinden itibaren en az 15 yıl süreyle çalışanların kişisel sağlık dosyalarını,

saklamak zorundadır (İSG Hizmetleri Yön. m.7/1).

Yine yeni düzenleme ile birlikte işveren, çalışanın işyerinden ayrılarak başka bir işyerinde çalışmaya başlaması halinde, yeni işveren çalışanın kişisel sağlık dosyasını yazılı olarak talep eder, önceki işveren dosyanın bir örneğini onaylayarak bir ay içerisinde göndermekle yükümlüdür (İSH Hizmetleri Yön. m.7/2).

2013 yılı için çalışanlara sağlık gözetimi yaptırmayan işverene sağlık gözetimine tabi tutulmayan her çalışan için 1.078 TL ve tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışacaklar için sağlık raporu almayan işverene de sağlıklı raporu alınmayan her çalışan için 1.078 TL İPC uygulanacaktır.

5) Acil Durum ve Tahliye Planları ile Yangınla Mücadele, İlk Yardım Planları Yapmak

6331 sayılı Kanun ile ilk defa acil durum, yangınla mücadele, ilk yardım ve tahliye ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

İşveren, çalışma ortamı, kullanılan maddeler, iş ekipmanı ile çevre şartlarını dikkate alarak meydana gelebilecek acil durumları önceden değerlendirerek çalışanları ve çalışma çevresini etkilemesi mümkün ve muhtemel acil durumları belirler ve bunların olumsuz etkilerini önleyici ve sınırlandırıcı tedbirleri almak ve acil durumların olumsuz etkilerinden korunmak üzere gerekli ölçüm ve değerlendirmeleri yapar, acil durum planlarını hazırlar (6331 s. K., m.11/a,b).

Ayrıca acil durumlarla mücadele için işyerinin büyüklüğü ve taşıdığı özel tehlikeler, yapılan işin niteliği, çalışan sayısı ile işyerinde bulunan diğer kişileri dikkate alarak; önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda uygun donanıma sahip ve bu konularda eğitilmiş yeterli sayıda kişiyi görevlendirip araç ve gereçleri sağlayarak eğitim ve tatbikatları yaptırarak ekiplerin her zaman hazır bulunmalarını sağlamak işverenin önemli yükümlülüğüdür (6331 s. K., m.11/c).

Bunun yanı sıra işveren 6331 sayılı Kanun'da belirtildiği şekli ile "ciddi, yakın ve önlenemeyen" bir tehlikenin meydana gelmesi durumunda çalışanların işlerini bırakarak derhal güvenli bir yere gidebilmeleri için önceden gerekli düzenlemeleri yapmış ve çalışanlara gerekli talimatları vermiş olmak zorundadır (6331 s. K., m.12).

İşyerlerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmeliğin¹⁶ 5/1,a-b maddesine göre işveren; çalışma ortamı, kullanılan maddeler, iş ekipmanı ile çevre şartlarını dikkate alarak meydana gelebilecek ve çalışan ile çalışma çevresini etkileyecek acil durumları önceden değerlendirerek muhtemel acil durumları belirleyerek acil durumların olumsuz etkilerini önleyici ve sınırlandırıcı tedbirleri almak zorundadır. Ayrıca işveren, acil durum planı (Yön. m.7), acil durum tahliye ve eylem planlarını (Yön. m.10), arama, kurtarma, tahliye ve yangınla mücadele ekiplerini de belirlemek zorundadır (Yön. m.11).

Acil durumları belirlemeyen, acil durumlar için tedbir almayan, acil durum planlarını hazırlamayan, destek elemanı görevlendirmeyen, araç gereç sağlamayan, acil durumlarda işyeri dışındaki kuruluşla irtibatı sağlayacak düzen-

lemeyi yapmayan, ciddi ve yakın tehlike durumunda; çalışanların işi bırakarak güvenli yere gitmelerini sağlamayan ve zorunluluk olmadıkça, gerekli donanıma sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini istemeyen, müdahalede bulunan çalışanları yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutan işverene her bir yükümlülük için 2013 yılı için 1.078'er TL İPC ve aykırılığın devam ettiği her ay için aynı miktarda İPC uygulanacaktır.

6) İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Kurmak

Elli ve daha fazla çalışanı bulunan ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere bir kurul oluşturmak zorundadır (6331 s. K., m.22).

Kanun koyucu, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu halleri özel olarak düzenlemiş, bir nev'i asıl işveren ve alt işvereni bir tek işyeri gibi değerlendirerek iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma sınırı olan elli kişilik çalışan sayısını bu iki işverenin toplamı üzerinden belirlemiştir.

Altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde (6331 s. K., m. 22/2);

- Asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda işbirliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanacaktır.
- Asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren koordinasyonu sağlamak üzere vekaleten yetkili bir temsilci atayacaktır.
- Asıl işverenin işyerinde kurul oluşturması gerekmiyorsa, bu durumda asıl işveren alt işverenin oluşturduğu kurula vekaleten yetkili bir temsilci atayacaktır.
- Kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren ve asıl işverenin çalışan sayılarının toplamı elliden fazla ise, bu durumda koordinasyonu asıl işverenin yapması

kaydıyla asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulur.

- e) Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması halinde ise işverenler birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirmek zorundadır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmeliğin¹⁷ 5. maddesine göre, işverene bağlı, fabrika, müessese, işletme veya işletmeler grubu gibi birden çok işyeri bulunduğu hallerde elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu her bir işyerinde ayrı ayrı kurul kurulur. İhtiyaç duyulması halinde kurullar arasında koordinasyon ve bilgi alışverişi işverence sağlanır. İşveren, birden çok işyerinin her birinde kurulacak kurulların çalışma usullerini düzenlemek, iş ve görüş birliğini sağlamak amacıyla bu işyerlerine ait iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili raporların, en az üç ayda bir, ilgili teknik eleman ve uzmanlarca incelenmesini sağlar. Ayrıca bu raporları göz önünde tutarak alınması gereken tedbirleri tespit eder ve uygulanmasını sağlar.

İş sağlığı ve güvenliği kurulunu oluşturmayan, alt işverenin bulunduğu hallerde uygun kurulu oluşturmayan kurullar arasında koordinasyonu sağlamayan işverene her bir aykırılık için ayrı ayrı 2013 yılında 2.156 TL İPC uygulanacaktır.

7) Güvenlik Raporu veya Büyük Kaza Önleme Politikası Belgesi Düzenlemek

İşletmeye başlanmadan önce, büyük endüstriyel kaza oluşabilecek işyerleri için; işyerlerinin büyüklüğüne göre büyük kaza önleme politika belgesi veya güvenlik raporu işveren tarafından hazırlanır. Güvenlik raporu hazırlamak zorunda olan işverenler; ancak hazırladıkları raporlar Bakanlıkça içerik ve yeterlilik olarak incelenmesinden sonra işyerlerini açabilirler (6331 s. K., m. 29).

2013 yılı için büyük endüstriyel kaza olabilecek işyerlerinde büyük kaza önleme politika belgesi hazırlamayan işverene 53.900 TL İPC ve güvenlik raporunu hazırlayarak Bakanlığa

sunmadan işyerini faaliyete geçiren işverene de 80.000 TL İPC uygulanacaktır.

8) Çalışanlara İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimleri Vermek/Verdirmek

İşveren, çalışanlarına iş sağlığı ve güvenliği eğitimi aldırarak zorundadır. Eğitimler işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değişikliğinde, iş ekipmanları değiştiğinde veya yeni bir teknoloji uygulandığında verilir.

Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin¹⁸ 6/4. maddesine göre; genel konulardan, sağlık ve teknik konulardan oluşan eğitimler¹⁹, değişen ve ortaya çıkan yeni riskler de dikkate alınarak;

- Çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde yılda en az bir defa,
- Tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde iki yılda en az bir defa,
- Az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde üç yılda en az bir defa olmak üzere düzenli olarak verilecektir.

İş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan çalışana işe dönüşünde çalışmaya başlamadan önce, kazanın veya meslek hastalığının sebepleri, korunma yolları ve güvenli çalışma yöntemleri ile ilgili ilave eğitim verilecektir (Çalışanların İSG Eğ. Hak. Yön. m.6/5).

Ayrıca herhangi bir sebeple altı aydan fazla süreyle işten uzak kalanlara, tekrar işe başlatılmadan önce bilgi yenileme eğitimi verilecektir (Çalışanların İSG Eğ. Hak. Yön. m.6/6).

Bu eğitimlerin maliyeti çalışana yansıtılmayacağı gibi, eğitimde geçen süreler çalışma süresinden sayılır. Eğitim süresi işçinin normal çalışma süresini aşıyorsa bu durumda kalan kısım fazla çalışma olarak değerlendirilir (6331 s. K., m.17/7).

Çalışanlara eğitim verme yükümlülüğünün yerine getirmeyen işverene her bir çalışan için 2013 yılında 1.078 TL İPC uygulanacaktır.

9) Çalışan Temsilcisi ve Destek Elemanının Seçilmesini Sağlamak veya Seçmek

6331 sayılı Kanun'un getirdiği en önemli yeniliklerden biri, işyerlerinde "çalışan temsilci-

si” ve “destek elemanı” seçilmesi veya çalışan temsilcisinin seçimle belirlenemediği durumda işveren tarafından atanmasıdır.

Destek elemanı, asli görevinin yanında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda özel olarak görevlendirilmiş uygun donanım ve yeterli eğitime sahip kişiyi ifade etmektedir (6331 s. K., m.3/ç).

Çalışan temsilcisi, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalara katılma, çalışmalarını izleme, tedbir alınmasını isteme, tekliflerde bulunma ve benzeri konularda çalışanları temsil etmeye yetkili çalışanı ifade etmektedir (6331 s. K., m.3/c).

İşveren; işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla, aşağıda belirtilen sayılarda çalışan temsilcisini görevlendirir (6331 s. K., m.20/1). Bu hükme göre;

2 - 50 arasında çalışanı bulunan işyerlerinde bir,

51 - 100 arasında çalışanı bulunan işyerlerinde iki,

101 - 500 arasında çalışanı bulunan işyerlerinde üç,

501 - 1000 arasında çalışanı bulunan işyerlerinde dört,

1001 - 2000 arasında çalışanı bulunan işyerlerinde beş,

2001 ve üzerinde çalışanı bulunan işyerlerinde altı

çalışan temsilcisi belirlenmek zorundadır. Birden fazla çalışan temsilcisinin olduğu hallerde, temsilcilerin arasında yapılacak bir seçimle bir “baş temsilci” belirlenir.

Çalışan temsilcileri, tehlike kaynağının yok edilmesi veya tehlikeden kaynaklanan riskin azaltılması için işverene öneride bulunma ve gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkına sahiptir. Çalışan temsilcilerinin veya destek elemanlarının hakları kısıtlanamaz ve görevlerini yerine getirebilmeleri için gereken imkanlar işveren tarafından kendilerine sağlanmak zo-

rundadır (6331 s. K., m.20/3). Çalışan temsilcisi, görevini destek elemanı ile birlikte yürütür.

İşyerinde sendika bulunması halinde, sendika temsilcisi çalışan temsilcisi olarak da görev yapar (6331 s. K., m.20/5).

2013 yılı için uygun sayıda çalışan temsilcisi görevlendirmeyen, çalışan temsilcilerinin ve destek elemanlarının haklarını kısıtlayarak gerekli imkanları sağlamayan işverene 1.078 TL, tehlike kaynağının yok edilmesi veya tehlikeden kaynaklanan riskin azaltılması için öneride bulunan ve gerekli tedbirlerin alınmasını isteyen çalışan temsilcilerinin isteklerini yerine getirmeyen işverene de 1.617 TL İPC uygulanacaktır.

10) Çalışanların Görüşlerini Almak ve Katılımlarını Sağlamak

6331 sayılı Kanun’da çalışanların görüşlerini almak ve karar mekanizmalarına katılmalarını sağlamak işverenlerin yeni yükümlülükleri arasında düzenlenmiştir.

İşveren, görüş alma ve katılımın sağlanması konusunda çalışanlara, iki veya daha fazla çalışan temsilcisinin bulunduğu işyerlerinde de sendika ya da çalışan temsilcisine iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda görüşlerini alarak teklif getirme hakkı tanıyarak bu konulardaki görüşmelerde yer almalarını, katılımlarını sağlayacaktır (6331 s. K., m.18/1,a).

Bunun yanında işveren, yeni teknolojilerin uygulanması, seçilecek iş ekipmanı, çalışma ortamı ve şartlarının çalışanların sağlık ve güvenliğine etkisi konularında da çalışanların görüşlerini alacaktır (6331 s. K., m.18/2).

İşveren çalışanların dışında ayrıca çalışan temsilcileri ve destek elemanlarının;

- İşyerinden görevlendirilecek veya dışarıdan hizmet alınacak işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer personel ile ilk yardım, yangınla mücadele ve tahliye konuları,
- Risk değerlendirmesi yapılarak alınması gereken koruyucu ve önleyici tedbirlerin, kullanılması gereken koruyucu donanım ve ekipmanın belirlenmesi,
- Sağlık ve güvenlik risklerinin önlenmesi ve koruyucu hizmetlerin yürütülmesi,

- Çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitimlerinin planlanması konularında önceden görüşlerinin alınmasını sağlamalıdır (6331 s. K., m.18/2).

2013 yılında çalışanlarının görüşlerini almayan ve katılımlarını sağlamayan işverene her bir aykırılık için 1.078 TL İPC uygulanacaktır.

11) Çalışanları Bilgilendirmek

6331 sayılı Kanun'da çalışanların bilgilendirilmesi ayrı bir madde ile düzenlenmiştir. Buna göre işveren; işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla işyerinin özelliklerini de dikkate alarak çalışanları ve çalışan temsilcilerini;

- İşyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler,
- Kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar,
- İlk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler,

konularında bilgilendirmek zorundadır (6331 s. K., m.16/1).

Ayrıca işveren; ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalan veya kalma riski olan bütün çalışanları, tehlikeler ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında derhal bilgilendirmelidir (6331 s. K., m.16/2,a). Yine işveren, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların kendilerine ve bunların işverenlerine de kendi çalışanlarını bilgilendirdiği konularda bilgileri vermek zorundadır (6331 s. K., m.16/2,b).

2013 yılı için çalışanlarını bilgilendirmeyen işverene bilgilendirilmeyen her çalışan için 1.078 TL İPC uygulanacaktır.

12) Onaylı defter tutmak

Onaylı defter, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı tarafından yapılan tespit ve tavsiyeler ile gerekli görülen diğer hususların yazıldığı, seri numaralı ve sayfaları bir asıl iki kopyalı şekilde düzenlenmiş her işyeri için tek olan defteri ifade etmektedir (İSG Hizmetleri Yönetmeliği m.4/e).

Onaylı defter işyerinin bağlı bulunduğu

Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlükleri, Genel Müdürlük veya noterce her sayfası mühürlenmek suretiyle onaylanır. Onaylı defter yapılan tespitlere göre iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ile işveren tarafından birlikte veya ayrı ayrı imzalanır. Onaylı deftere yazılan tespit ve öneriler işverene tebliğ edilmiş sayılır. Onaylı defterin asıl sureti işveren, diğer suretleri ise iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi tarafından saklanır. Defterin imzalanması ve düzenli tutulmasından işveren sorumludur. Teftişe yetkili iş müfettişlerinin her istediğinde işveren onaylı defteri göstermek zorundadır (İSG Hizmetleri Yönetmeliği m.7/2, 3, 4, 5).

İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları; görevlendirildikleri işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirleri işverene yazılı olarak bildirir. Bu bildirim onaylı deftere gereken tedbirlerin yazılması ile yerine getirilmiş olur. Bildirilen hususlardan hayati tehlike arz edenlerin işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, bu hususu işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı Bakanlığın yetkili birimine bildirmekle yükümlüdür (6331 s. K., m.8/2).

C) KANUNUN YÜRÜRLÜK TARİHİ

6331 sayılı Kanun'un 38. maddesine göre,

a) İşyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı, diğer sağlık personeli görevlendirilmesine ilişkin maddeler ile küçük işletmeler için devletçe sağlanacak desteklere ait düzenlemeler;

- Kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra (01.07.2014 tarihinde),
- 50'den az çalışanı olup tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra (01.07.2013 tarihinde),
- Diğer işyerleri için yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra (01.01.2013 tarihinde),

yürürlüğe girecektir.

b) İşyerlerinin bu Kanuna göre tehlike

sınıflarının belirlenmesi, 6331 sayılı Kanun'un yayımlandığı tarih itibarıyla yürürlüğe girmiştir (30.06.2012).

D) İDARİ PARA CEZALARININ UYGULANMA YÖNTEMİ

6331 sayılı Kanun'da belirtilen idari para cezaları, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürü'nce verilecektir. Tüzel

kişiliği bulunmayan kamu kurum ve kuruluşları adına da düzenlenebilecek idari para cezaları, tebliğinden itibaren otuz gün içinde ödenmek zorundadır (6331 s. K., m.26/2).

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun önemli yönlerinden biri de uygulanacak idari para cezalarının miktar olarak çok yüksek olması ve bazı aykırılıkların devam ettiği her ay için cezai müeyyidenin uygulanmasıdır.

6331 SAYILI İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU'NA GÖRE UYGULANACAK İDARİ PARA CEZALARI

Kanun Maddesi	Ceza Maddesi	Fil	30.12.2012 itibarıyla Ceza Miktarı	01.01.2013 itibarıyla Ceza Miktarı YDO=%7,80	Açıklama	
4	4/1-a	26-1/a	İş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili tedbir almamak, organizasyonu yapmamak, gerekli araç ve gereçleri sağlamamak, sağlık ve güvenlik tedbirlerini değişen şartlara uygun hale getirmemek ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapmamak.	2.000	2.156	Türk Lirası
	4/1-b	26-1/a	İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini izlememek, denetlememek ve uygunsuzlukları gidermemek.	2.000	2.156	Türk Lirası
6	6/1-a	26-1/b	İş güvenliği uzmanı çalıştırmamak.	5.000	5.390	TL / Her ay (Aykırılığın devamı halinde)
	6/1-a	26-1/b	İşyeri hekimi çalıştırmamak.	5.000	5.390	TL / Her ay (Aykırılığın devamı halinde)
	6/1-a	26-1/b	Diğer sağlık personeli çalıştırmamak.	2.500	2.695	TL / Her ay (Aykırılığın devamı halinde)
	6/1-b	26-1/b	İSG hizmetleri için görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşların görevlerini yerine getirmeleri amacıyla araç-gereç-mekân sağlamamak.	1.500	1.617	Türk Lirası
	6/1-c	26-1/b	İSG hizmetlerini yürütenler arasında koordinasyonu sağlamamak.	1.500	1.617	Türk Lirası
	6/1-ç	26-1/b	Görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşlar tarafından iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuata uygun olan ve yazılı olarak bildirilen tedbirleri yerine getirmemek.	1.000	1.078	TL / Her tedbir için
	6/1-d	26-1/b	Görevlendirilen kişileri, hizmet alınan kuruluşları, başka işyerlerinden gelen çalışanları ve bunların işverenlerini İSG riskleri konusunda bilgilendirmemek.	1.500	1.617	Türk Lirası
8	8/1	26-1/c	İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının hak ve yetkilerini kısıtlamak.	1.500	1.617	Türk Lirası / uzman ve hekim için ayrı ayrı
	8/6	26-1/c	Tam süreli görevlendirmelerde işyeri sağlık ve güvenlik birimini kurmamak.	1.500	1.617	Türk Lirası
10	10/1	26-1/ç	Risk değerlendirmesi yapmamak veya yaptırmamak.	3.000	3.234	Türk Lirası
		26-1/ç	Risk değerlendirmesi yapmamaya veya yaptırmamaya devam etmek.	4.500	4.851	TL / Her ay (Aykırılığın devamı halinde)
	10/4	26-1/ç	Risklerin belirlenmesine yönelik gerekli kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılmasını sağlamamak	1.500	1.617	Türk Lirası

11	11	26-1/d	Acil durumları belirlememek, acil durumlar için tedbir almamak, acil durum planlarını hazırlamamak, destek elemanı görevlendirmemek, araç gereç sağlamamak, acil durumlarda işyeri dışındaki kuruluşla irtibatı sağlayacak düzenlemeyi yapmamak.	1.000	1.078	TL / Her yükümlülük için
				1.000	1.078	TL / Her ay (Aykırlığın devamı halinde)
12	12	26-1/d	Ciddi ve yakın tehlike durumunda; çalışanların işi bırakarak güvenli yere gitmelerini sağlamamak. Zorunluluk olmadıkça, gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini istemek. Müdahalede bulunan çalışanları yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutmak	1.000	1.078	TL / Her yükümlülük için
				1.000	1.078	TL / Her ay (Aykırlığın devamı halinde)
14	14/1	26-1/e	İş kazalarının ve meslek hastalıklarının kaydını tutmamak, ramak kala olaylar ve iş kazaları ile ilgili incelemeler yaparak ilgili raporları düzenlememek.	1.500	1.617	TL / Her yükümlülük için
	14/2	26-1/e	İş kazalarını kazadan sonraki üç iş günü içinde, sağlık hizmeti sunucuları veya işyeri hekimi tarafından kendisine bildirilen meslek hastalıklarını, öğrendiği tarihten itibaren üç iş günü içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirmemek.	2.000	2.156	Türk Lirası
	14/4	26-1/e	Sağlık hizmeti sunucularının iş kazalarını, yetkili sağlık hizmet sunucularının meslek hastalıklarını en geç 10 gün içinde SGK'ya bildirmemesi.	2.000	2.156	Türk Lirası
15	15/1	26-1/f	Çalışanlara sağlık gözetimi yaptırmamak	1.000	1.078	TL / Her çalışan için
	15/2	26-1/f	Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışacaklar için yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu almamak	1.000	1.078	TL / Her çalışan için
16	16	26-1/g	Çalışanları, karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları hakkında, ilk yardım, yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler hakkında bilgilendirmemek	1.000	1.078	TL / Her çalışan için
17	17	26-1/ğ	Çalışanlara eğitim verme yükümlülüğüne uymamak (İSG eğitimi, çalışan temsilcisine özel eğitim, mesleki eğitim, iş kazası geçirene ilave eğitim, yenileme eğitimi, başka işyerinden çalışmak için gelenlere eğitim, geçici iş ilişkisiyle gelenlere eğitim vermemek, eğitim maliyetini çalışanlara yansıtmak, eğitimlerde geçen süreyi çalışma süresinden saymamak.)	1.000	1.078	TL / Her çalışan için
18	18	26-1/h	Çalışanların görüşlerini alma ve katılmalarını sağlama yükümlülüklerine uymamak.	1.000	1.078	TL / Her çalışan için
20	20/1	26-1/ı	Uygun sayıda çalışan temsilcisi görevlendirmemek. (2-50 çalışana 1, 51-100 çalışana 2, 101-500 çalışana 3, 501-1000 çalışana 4, 1001-2000 çalışana 5, 2001 ve üzeri çalışana bulunan işyerine 6)	1.000	1.078	Türk Lirası
	20/3	26-1/ı	Tehlike kaynağının yok edilmesi veya tehlikeden kaynaklanan riskin azaltılması için, öneride bulunan ve gerekli tedbirlerin alınmasını isteyen çalışan temsilcilerinin isteklerini yerine getirmemek.	1.500	1.617	Türk Lirası
	20/4	26-1/ı	Çalışan temsilcilerinin ve destek elemanlarının haklarını kısıtlamak ve gerekli imkanları sağlamamak	1.000	1.078	Türk Lirası / hakları kısıtlanan her birey için

22	22	26-1/i	İş sağlığı ve güvenliği kurulu ile ilgili yükümlülükleri yerine getirmemek	2.000	2.156	TL / Her aykırılık için
23	23/2	26-1/j	Birden çok işyerinin bulunduğu iş hanları, sanayi bölgeleri vb. yerlerde diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler konusunda işverenleri uyarılmayan, uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildirmeyen yönetimlere	5.000	5.390	Türk Lirası
24	24/2	26-1/k	İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda ölçüm, inceleme ve araştırma yapılmasına, numune alınmasına veya eğitim kurumları ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin kontrol ve denetiminin yapılmasına engel olmak	5.000	5.390	Türk Lirası
25	25	26-1/l	İşyerinin bir bölümünde veya tamamında verilen durdurma kararına uymayarak durdurulan işe devam etmek	10.000	10.780	Türk Lirası
	25/6	26-1/l	İşin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödememek veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermemek	1.000	1.078	Türk Lirası / ihlale uğrayan her çalışan için
29	29	26-1/m	Büyük endüstriyel kaza olabilecek işyerlerinde büyük kaza önleme politika belgesi hazırlamamak	50.000	53.900	Türk Lirası
			Güvenlik raporunu hazırlayarak Bakanlığa sunmadan işyerini faaliyete geçirmek.	80.000	86.240	Türk Lirası
			İşletilmesine Bakanlıkça izin verilmeyen işyerini faaliyete geçirmek	80.000	86.240	Türk Lirası
			Durdurulan işyerinde faaliyete devam etmek	80.000	86.240	Türk Lirası
30	30	26-1/n	30 uncu maddede öngörülen yönetmeliklerdeki hükümlere aykırı hareket etmek	1.000	1.078	TL / Her hüküm için
				1.000	1.078	TL / Her ay (Aykırlığın devamı halinde)

Örneğin 01.01.2013 tarihi itibarıyla görevlendirilmesi gerektiği halde iş güvenliği uzmanı görevlendirilmeyen işveren için 01.07.2013 tarihi itibarıyla uygulanacak idari para cezası şu şekilde hesaplanacaktır: 2013 yılı iş güvenliği uzmanının çalıştırılmaması nedeniyle uygulanacak İPC 5.390 TL olduğuna göre 01.01.2013-01.07.2013 dönemi (altı aylık dönem) için toplam İPC, 5.390 x 6= 32.340,00 TL olarak uygulanacaktır.

E) SONUÇ

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu işverenlere;

- Risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmak,

- Acil eylem planı yapmak,
- Çalışanlara iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermek
- Tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde çalışanlara mesleki eğitim verilmesi
- İlkyardımcı eğitimi aldırılması,
- Yangın eğitimi aldırılması,
- 50 ve daha fazla işçi çalışan işyerlerinde İSG Kurulu kurulması,
- Çalışan temsilcisi atanması veya seçilmesi,
- İşyeri hekimi ve İSG uzmanı çalıştırılması veya OSGB'lerden hizmet alınması gibi yükümlülükler getirilmiştir.

6331 sayılı Kanun yeni birçok düzenlemeyi

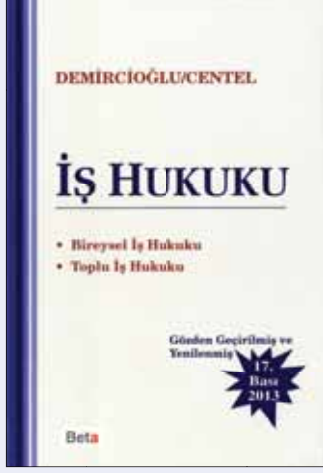
beraberinde getirmiştir. Ancak idari para cezalarının miktarları çok yüksek belirlenmiştir. Ayrıca işverenlerin Kanunla belirlenen yükümlülüklerini çok kısa sürelerde yerine getirmeleri mümkün görünmemektedir. Örneğin A sınıfı iş güvenliği uzmanı görevlendirmek zorunda olan işverenler, A ve B sınıfı iş güvenliği uzman sayısının yetersiz olmasından dolayı, çok tehlikeli işyerlerinin önemli bir kısmında ancak C sınıfı iş güvenliği uzmanı istihdam edilebilmektedir. Şu anda piyasada tüm işyerlerine atanacak uzman da bulunmamaktadır. Hal böyle olunca işyerlerinde A ve B sınıfı iş güvenliği uzmanı atanamamakta ve mutlaka açıkta kalan işyerlerine ceza yazılması yoluna gidilebilmektedir. Ayrıca Kanunun 7. maddesinde düzenlenen iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin desteklenmesine yönelik teşviklerin hem tutarının artırılması ve hem de aylık prim ve hizmet belgesinden aylık olarak indiriminin sağlanarak SGK priminden mahsup edilmesi gerekmektedir. Ayrıca sadece aynı işyerindeki işçi sayısı dikkate alınarak, aynı işverenin diğer işyerleri ve alt işverenlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi daha doğru olacaktır. Ayrıca eğer Kanunun uygulanması yönünde bir ileri tarihli bir erteleme olmazsa Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu'nun 2013 yılı içinde yapacağı denetimlerde, sektörel olarak çok büyük çaplı işyerlerinden denetime başlayarak rehberlik yönlü denetimlere ağırlık vermesi Kanunun uygulanabilirliğini kolaylaştıracaktır.

DİPNOTLAR

- 1 R.G, 30 Haziran 2012-28339.
- 2 R.G, 6 Aralık 2012-28509; Ayrıca söz konusu Tebliğde değişiklik yapan İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ de 29 Mart 2013 tarihli ve 28602 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 3 R.G, 29 Aralık 2012-28512.
- 4 R.G., 29 Aralık 2012-28512.
- 5 Ortaya çıkabilecek yeni risklerin, işyerinin tamamını veya bir bölümünü etkiliyor olması göz önünde bulundurularak risk değerlendirmesi tamamen veya kısmen yenilenir. Bu durumlar şunlardır: a) İşyerinin taşınması veya binalarda değişiklik yapılması, b) İşyerinde uygulanan teknoloji, kullanılan madde ve ekipmanlarda değişiklikler meydana gelmesi, c) Üretim yönteminde değişiklikler olması, ç) İş kazası, meslek hastalığı veya ramak kala olay meydana gelmesi,

- d) Çalışma ortamına ait sınır değerlere ilişkin bir mevzuat değişikliği olması, e) Çalışma ortamı ölçümü ve sağlık gözetim sonuçlarına göre gerekli görülmesi, f) İşyeri dışından kaynaklanan ve işyerini etkileyebilecek yeni bir tehlikenin ortaya çıkması.
- 6 İş güvenliği uzmanı, iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip mühendis, mimar veya teknik elemanı ifade etmektedir (6331 s. K., m. 3/f).
- 7 İşyeri hekimi, iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, işyeri hekimliği belgesine sahip hekimi ifade etmektedir (6331 s. K., m.3/ı).
- 8 İşyeri hemşiresi, 25/2/1954 tarihli ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na göre hemşirelik mesleğini icra etmeye yetkili, iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş işyeri hemşireliği belgesine sahip hemşire/sağlık memurunu ifade eder (6331 s. K., m.3/ş).
- 9 R.G. 9 Aralık 2012-28512.
- 10 Ortak sağlık ve güvenlik birimi (OSGB): Kamu kurum ve kuruluşları, organize sanayi bölgeleri ile 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre faaliyet gösteren şirketler tarafından, işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmak üzere kurulan gerekli donanım ve personele sahip olan ve Bakanlıkça yetkilendirilen birimi ifade eder (İSG Hizmetleri Yön. m.4/f). OSGB kurulabilmesi ve hizmet sunabilmesi için tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan en az bir; a) İşyeri hekimi, b) İş güvenliği uzmanı, c) Diğer sağlık personeli istihdamı zorunludur (İSG Hizmetleri Hakkında Yönetmelik m.12/1).
- 11 İşyeri sağlık ve güvenlik birimi (İSGB): İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütmek üzere kurulan, gerekli donanım ve personele sahip olan birimi ifade eder (İSG Hizmetleri Yönetmeliği m. 4/ç).
- 12 R.G., 29 Aralık 2012-28512.
- 13 R.G, 14 Haziran 2013-28677.
- 14 6331 sayılı Kanun'un 3/g maddesinde iş kazası, işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen özre uğratan olay olarak tanımlanmıştır.
- 15 Meslek hastalığı, mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalığı ifade etmektedir (6331 s. K., m.3/ı).
- 16 R.G, 18 Haziran 2013-28681.
- 17 R.G., 18 Ocak 2013-28532.
- 18 R.G,15 Mayıs 2013-28648.
- 19 Çalışanlara verilecek eğitimler, çalışanların işe girişlerinde ve işin devamı süresince belirlenen periyotlar içinde; a) Az tehlikeli işyerleri için en az sekiz saat, b) Tehlikeli işyerleri için en az on iki saat, c) Çok tehlikeli işyerleri için en az on altı saat olarak her çalışan için düzenlenir.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Tankut Centel ve Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu tarafından hazırlanan “**İş Hukuku-Bireysel İş Hukuku/Toplu İş Hukuku**” adlı eserin gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 17. basısı, Ağustos 2013 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin bireysel iş hukukuna ilişkin bölümü Prof. Dr. Tankut Centel, toplu iş hukukuna ilişkin ikinci bölümü ise 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 ayırımı anlayışına dayanılmayıştır. Nitekim, çok geniş 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. İkinci olarak; iş hukuku özellikle mühendislik fakültelerindeki öğretim için, giderek artan bir önem kazanmıştır. Nitekim, özellikle 25 yılı aşkın bir süreden beri iş hukuku dersi, mühendislik fakültelerinde zorunlu olarak okutulan bir ders durumuna gelmiştir. Bunda, iş hukukunun işletmelerde işçi çalıştırılması nedeniyle mühendisler için taşıdığı önemin payı büyüktür.



Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu tarafından hazırlanan “**Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı-İş Güvenliği Mühendisliği/İş Güvenliği Teknisyenliği**” adlı eserin güncellenmiş 2. basısı, Eylül 2013 tarihinde yayımlanmıştır.

Ülkemizde iş güvenliği uzmanlığı kavramı ilk kez 4857 sayılı Yasa'nın 82. maddesi ile çalışma yaşamına taşınmış, böylece hem işçilerin sağlıklı ve verimli ortamda çalışmasına, yaşam ve sağlık ile ilgili haklarının korunmasına sağlanmasına, hem de iş kazalarının azaltılmasıyla gerek ülke ekonomisinin gerekse işverenlerin her türlü kayıplarının önlenmesine çok yönlü katkılarda bulunulmuştur.

Çalışma hukuku mevzuatımızın Avrupa Birliği normlarıyla da tanışmasıyla iş güvenliği uzmanlığı kavramının önemi daha da artmıştır.

4857 sayılı Yasa'nın iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerinin yürürlükte olduğu süreçte uygulamada istikrar sağlanamamış, birçok yönetmelik gerek yargı organlarının verdiği iptal kararlarıyla gerekse de ortaya çıkan yeni gereksinimlerden ötürü kısa ömürlü olmuştur. Ayrıca 4857 sayılı Yasa'nın söz konusu hükümleri sadece bu Yasa'ya tabi işyerlerini kapsadığından, öğretilde kamu kesimini de kapsayan tek bir yasa çıkarılması yönünde görüşler ileri sürülmüş ve bu gereksinimler nedeniyle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa'sı yürürlüğe konmuştur. Tüm bu gelişmeler eserin 2. basısının yapılmasını zorunlu hale getirmiştir.

Prof. Dr. Nurhan SÜRAL

AB Avrupa Toplumsal Cinsiyet Alanındaki Hukuk Uzmanları Ağı Türkiye Temsilcisi

Şirketlere Kadın Kotası (Mı?)

1. Genel Olarak

Avrupa Birliği (AB) Komisyonu, 14 Kasım 2012 tarihinde, borsaya kayıtlı halka açık şirketlerin kurullarında cinsiyet dengesinin geliştirilmesini amaçlayan ve bu nedenle de kadın kotası öngören bir Taslak Direktif¹ kabul etmiştir. Ülkeden ülkeye değişebilen yasal düzenleme ve uygulamaların sonucu olarak bir şirketin yönetim ve denetim işlevlerini birleştiren tek bir kurulu (tekli sistem) olabileceği gibi yönetim ve denetim işlevleri gören kurulları ayrıştırılmış (ikili sistem) olabilir. Yöneticiler, tekli sistemde kurulun yönetici sıfatını taşıyan üyeleri, ikili sistemde ise yönetim kurulu üyeleridir. Denetçiler, tekli sistemde kurulun yönetici sıfatı taşıyan üyeleri dışındaki üyelerini, ikili sistemde ise denetim kurulu üyelerini ifade eder. Taslak Direktif, borsaya kayıtlı halka açık şirketlerdeki denetçilerin en az %40'ının 1 Ocak 2020 (kamu işletmeleri için 1 Ocak 2018) tarihine kadar kadınlardan oluşturulmasını amirdir.

Görüldüğü üzere, zorunlu kota, yöneticilere değil, denetçilere yöneliktir. Zorunlu kotaların yöneticileri (yönetim kurullarını) kapsamamasının nedeni, AB Temel Haklar Şartı ile güvence altına alınan teşebbüs özgürlüğüne ve mülkiyet haklarına müdahil olmamaktır.² Şirket kurullarındaki yönetici üyelerin %91.2'sinin, denetçi üyelerin %85'ini ve kurul başkanlarının %96.8'inin erkek olması, AB Komisyonunun böyle bir direktif önerisi hazırlamasının başlıca nedeni olmuştur.³ Bir diğer neden de şirket kurullarında cinsiyet dağılımı konusunda AB üyesi ülkelerde farklı düzenleme ve uygulamaların bulunmasıdır. AB üyesi ülkelerin on birinde (Belçika, Fransa, İtalya, Hollanda, İspanya, Portekiz, Danimarka, Finlandiya, Yunanistan, Avusturya ve Slovenya) şirket kurullarında cinsiyet dağılımına dair bağlayıcı kurallar vardır. Bu kurallar, bu ülkelerin sekizinde (Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Yunanistan, İtalya, Portekiz ve Slovenya) kamu işletmelerini kapsamaktadır. AB üyesi ülkelerin

Avrupa kamuoyunda Taslak üzerindeki tartışmalar ve kadın kotasının bir hukuki düzenlemeyle (direktifle) getiriliyor olma baskısı, şirket uygulamalarını etkilemiştir.

2/3'ünde ise bu konuda bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu hukuki belirsizliklerin tek pazarın işleyişini, özellikle de uluslararası şirketleri olumsuz etkileyebileceği, şirketlerin dış yatırım yapmaları, dış şubeler açmaları üzerinde caydırıcı etkileri olabileceği düşünülmüştür.⁴ Özel sektörü kadınların şirket karar mekanizmalarındaki sayılarını arttırmaya teşvik amacı taşıyan 1984⁵ ve 1996⁶ tarihli iki Konsey Tavsiye Kararı da amaçlanan sonuçları sağlamamıştır. Şirket kurullarındaki kadın sayısının yıl bazında yalnızca %0,6 artması, artışın ülkeden ülkeye farklılık göstermesi, kotayı yasayla öngören ülkelerde daha iyi sonuçlar alınması ve AB'deki üniversite mezunlarının %60'ını oluşturan kadınların potansiyellerinin daha iyi değerlendirilmesi, arzu edilen artışa ulaşılması için AB düzeyinde bir hukuki düzenleme (direktif) yapılması fikrini güçlendirmiştir.⁷ Kadınların ekonomik karar alma mekanizmalarına daha etkin katılımlarının önemini vurgulayan AB düzenlemeleri arasında, 5 Mart 2010 tarihli Kadın Şartı (Women's Charter),⁸ AB Komisyonu Kadın-Erkek Eşitliği Stratejisi 2010-2015 (Commission's strategy for equality between women and men 2010-2015)⁹ ve 7 Mart 2011 tarihli Cinsiyet Eşitliği Avrupa Paketi 2011-2020 (European Pact for Gender Equality 2011-2020)¹⁰ belirtilebilir.

AB Komisyonu'nun Taslak Direktifi'nin Direktife dönüşebilmesi için Avrupa Parlamentosu ve AB Konseyi tarafından kabulü gerekmektedir. Konsey, Taslak Direktifi ilk kez Aralık 2012'de ele almıştır. İstihdam ve Sosyal İşler Bakanlarından oluşan Konsey'in (EPSCO Council), Taslağı 20 Haziran 2013 tarihli toplantısında tartışması beklenmekte-

dir. Taslak henüz bir direktife dönüşmemişse de, Avrupa kamuoyunda Taslak üzerindeki tartışmalar ve kadın kotasının bir hukuki düzenlemeyle (direktifle) getiriliyor olma baskısı, şirket uygulamalarını etkilemiştir. AB Komisyonunun 25 Ocak 2013 tarihli açıklaması,¹¹ şirket kurullarındaki kadın sayılarında en yüksek yıllık artış oranının (%2,2) gerçekleştiğini ortaya koymaktadır. Bulgaristan (%4'lük düşüş), Polonya (%12'de sabit), İrlanda (%9'da sabit) hariç, diğer AB üyesi ülkelerde şirket kurullarındaki kadın sayıları artmıştır. Komisyonun açıklamasına göre, Ocak 2012 itibariyle %13,7 olan kadınların şirket kurullarında temsil oranı, Ocak 2013'de %15,8'e yükselmiştir. Ortalama artış, yönetimle ilgili olmayan üyeliklerde %15'den %17'ye, yönetimle ilgili üyeliklerde %8,9'dan %10'a olarak gerçekleşmiştir. En yüksek artışlar, kotayı yasayla öngören ülkelerden Fransa ve İtalya'da olmuştur. İtalya, 2015 yılına kadar borsaya kayıtlı şirketlerin ve kamu şirketlerinin yönetim ve denetim kurullarının 1/3'ü; Fransa 2017 yılına kadar borsaya kayıtlı olan ve olmayan büyük (50 milyon avroyu aşan kazancı olan ve en az 500 işçi çalıştıran) şirketlerin yönetimle görevli olmayan kurul üyeliklerinin %40'ı (2014'e kadar %20'si) için kadın kotaları getirmiştir. Fransa, 2011 yılı itibariyle borsaya (CAC 40) kayıtlı şirketlerin en üst kurulunda birden fazla kadın üyesi olan ilk AB ülkesi sıfatını kazanmıştır. Bu gelişmelere karşın, AB'nin en büyük şirketlerinin 1/4'ünün üst düzey kurullarında hiç kadın üye bulunmamaktadır.

Taslak Direktif, Avrupa'da destekleyenler ve karşı çıkanlar arasında hararetli tartışmalara yol açmışsa da kamuoylarından gelen talepler zorunlu kota lehine olmuştur. Karşı çıkmalar genelde iki gerekçeye dayandırılmıştır:

1. Şirketlerin yönetiminde olanlar için cinsiyet değil, pozisyona uygunluk, başarı ve beceri esas alınmalıdır. Bu nedenle, şirketlerin iç işleyişlerine kotalarla müdahale edilmemelidir;
2. Kadınların daha fazla temsiline destek verilmelidir fakat bunun zorunlu kota-

larla sağlanması yanlıştır.

Almanya ve İngiltere, zorunlu kotaya en fazla karşı çıkan ülkeler olmuşlardır. Almanya'da şirket kurullarındaki kadın oranı %4'dür. Alman Parlamentosu alt kanadı Bundestag'da 18 Nisan 2013'de yapılan oylamada muhalefetin 2023'den itibaren şirket yönetim kurullarında kadınlar için %40'lık kota getirilmesi teklifi 320'ye 277 reddedilmiştir. Muhalefetin uzlaşma amaçlı, 2018'de kotanın %20 olarak başlatılarak tedricen artırılması önerisi de destek bulunmamıştır. Almanya'da iktidarda olan Hıristiyan Demokrat Birliği partisi (CDU) içindeki görüş ayrılıklarının partisinde ve koalisyon ortağı liberal demokratların (FDP) genelde zorunlu kota karşıtı tutumlarının hükümet içinde krize yol açmaması için Başbakan Angela Merkel, konuyu partisinin seçim vaatleri arasına almayı uygun görmüştür. CDU başlangıçta şirket yönetim kurullarındaki kadın sayısı artışının şirketlerin ihtiyarıyla sağlanması görüşünden yana tavır koymuştur. Fakat aynı partiden Çalışma Bakanı Ursula von der Leyen'in başını çektiği grubun kotanın hararetli destekçileri arasında yer almasıyla, Başbakan Merkel, tavrını daha hafifletilmiş bir zorunlu kota lehine değiştirmiştir. Sonuç olarak CDU, Eylül 2013'de yapılacak seçim sonrasında, 2020'den başlamak üzere borsaya kayıtlı şirketlerin yönetim kurullarına %30 kadın kotası getirme taahhüdünde bulunacaktır.¹²

İngiltere'de borsaya (FTSE100) kayıtlı şirketlerin kurullarında kadınların temsil oranı Nisan 2013 itibarıyla %17,3'dür.¹³ Bu oran, 2004'de %9,4, 2010'da %12,5 idi.¹⁴ İngiliz hükümeti, 2015 yılına kadar FTSE100'e kayıtlı şirketlerin kurullarında kadın oranının %25 olarak hedeflenmesini ve ayrıca yönetim kurullarındaki kadın oranları için hedefler belirlemelerini istemiş, aksi takdirde AB'den gelecek baskılara direnmenin güçleşeceğini ifade etmiştir.¹⁵ FTSE100'e kayıtlı şirketlerin 1/4'ü %25 hedefine ulaşmış durumdadır.¹⁶

II. Taslak Direktif

II. 1. Taslak Direktif'in hukuki temeli

AB, cinsiyet eşitliği konusunda hukuki dü-

zenleme yapma yetkisini, AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 157. maddesinden almaktadır.

Lizbon Antlaşması'nın (Lisbon Treaty) 1 Aralık 2009'da yürürlüğe girmesiyle birlikte AB, Avrupa Topluluğunun (AT) yerine geçmiştir. AB, iki antlaşmaya dayanmaktadır: AB Antlaşması (Treaty on European Union, TEU) ve AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma (Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU). AB Temel Haklar Şartı da (Charter of Fundamental Rights of the European Union) Lizbon Antlaşmasıyla birlikte bağlayıcılık kazanmıştır.¹⁷

1957 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğu-
nu¹⁸ Kuran Antlaşma'nın (Topluluk Antlaşması) (Treaty establishing the European Economic Community, TEEC) 119. maddesi, 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması ile 141. madde olmuştur. Topluluk Antlaşmasının 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması ile değişik 141. maddesi, önceki 119. maddede öngörülen dar kapsamlı 'eşit işe eşit ücret ilkesi'nin çok daha ilerisine giderek 'eşit işe ve eşit değer-
de işe eşit ücret ilkesi, fırsat eşitliği, eşit muamele ilkesi ve pozitif ayrımcılığı' hükme bağlamıştır. AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma'daki karşılığı ise 157. maddedir. 157. madde, Topluluk Antlaşmasının 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması ile değişik 141. maddesini aynen tekrarlamaktadır. Tek fark, 157. maddenin 3. fıkrasında, 'Konsey' yerine 'Avrupa Parlamentosu ve Konsey' denilmesidir ki bu husus AB'deki yasama süreci ile ilgilidir.¹⁹ AB Antlaşmasının 2 ve 3. ve AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 8, 10, 19. maddeleri, eşitlik ilkesinden ve cinsiyet eşitliğinden bahseden diğer maddelerdir. AB Temel Haklar Şartı, Aralık 2000 tarihli Nice Avrupa Konseyi'nde kabul edildiğinde hukuki bağlayıcılığı yoktu, siyasi deklarasyon niteliğindedir. 2003-4 ve 2007 Hükümetlerarası Konferanslar'da Şart'ın hukuken kabulüne yönelik uyarlamalar yapıldı. Lizbon Antlaşması'yla birlikte bağlayıcılık kazanan AB Temel Haklar Şartı, cinsiyet eşitliğine ve cinsiyet ayrımcılığı yapılmamasına dair hükümler de içermektedir. AB Antlaşması, Şart'ta yer alan hakların, öz-

gürlüklerin ve ilkelerin AB tarafından tanındığını ve Şart'ın Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olduğunu belirtmektedir (m. 6/1). Fakat Şart, hukuki bağlayıcılığı haiz olmakla beraber yalnızca Avrupa mevzuatının yorumlanmasında ve üye devletlerin uygulamaya yönelik önlemler almasında yardımcı rol oynayacaktır zira AB Antlaşması, Şart'ın AB'nin Antlaşmalarla tanımlanan yetki alanınında ve görevlerinde bir değişiklik yapamayacağını açıkça hükme bağlamaktadır (m. 6/1, 51/2). Bu nedenle Şart'ın cinsiyet eşitliği konusunda Antlaşmalardan farklı hükümler getirdiğini ve AB'ye yeni yetkiler tanıdığını söyleyemeyiz.²⁰

II. 2. Taslak Direktif'te yer alan temel kavramlar

Tekli, ikili ve karma sistemler: Ticaret şirketlerinin haiz oldukları kurullar açısından incelendiğinde AB üyesi ülkelerde farklı sistemlerin bulunduğunu ve bu sistemlerin hepsinin Taslak Direktif kapsamında olduğunu görmekteyiz (m. 2/(2), (6)-(7)):

1. Tekli sistem (one-tier system): Tekli sistemi benimseyen ülkelerde şirketin tek bir kurulu vardır ve bu kurul yönetici (executive members) ve denetçi üyelerden (non-executive members) oluşur. Bir diğer deyişle, şirketin yönetim ve denetim işlevleri tek kurulda birleştirilmiştir.
2. İkili sistem (two-tier system): İkili sistemde yönetim kurulu (executive/management board) ve denetim kurulu (supervisory board) mevcuttur; yönetim kurulu, yöneticilerden (şirketin günlük işleyişiyle ilgili olarak görev üstlenen üyelerden), denetim kurulu da denetçilerden oluşur. Bazen aynı şahıs iki ayrı kurulun da üyesi olabilir, örneğin bir CEO'nun (Chief Executive Officer) veya CFO'nun (Chief Financial Officer) her iki kurulda da olduğu şirketler gibi. Her iki kurulda da yer alan şahıs, asıl fonksiyonu esas alınarak tek sayılır.
3. Karma sistem (mixed-system): Tekli ve

Ticaret şirketlerinin haiz oldukları kurullar açısından incelendiğinde AB üyesi ülkelerde farklı sistemlerin bulunduğunu ve bu sistemlerin hepsinin Taslak Direktif kapsamında olduğunu görmekteyiz.

ikili sistemle karşılaştırıldığında karma sistemin benimsendiği ülkeler istisnadır. Bu sistemde tekli ve ikili sistemin kimi özellikleri bağdaştırılmakta veya şirketlere kurullarını oluşturmada farklı seçenekler sunulmaktadır.

Direktör: İşgücünce atanan veya seçilen, bu nedenle de işgücünü temsil eden denetçiler dahil olmak üzere denetçiler (non-executive directors, NEDs) ve yöneticiler (executive directors, EDs) 'direktör' olarak adlandırılmaktadır (m. 2/3). Bir diğer deyişle, 'direktör', yönetici ve denetçilerin ortak adıdır. Yönetici ve denetçi kavramları, tekli ve ikili sisteme göre farklı tanımlanmaktadır (m. 2/(4)-(5)). Yönetici, tekli sistemde şirket kurulunun şirketin günlük işleyişiyle görevli olan üyesi, ikili sistemde ise yönetim kurulu üyesidir. Denetçi, ikili sistemin benimsendiği ülkelerde denetim kurulu üyelerini, tekli sistemin benimsendiği ülkelerde ise tek kuruldaki yöneticiler dışındaki üyelerini ifade eder. Kimi AB üyesi ülkelerde denetçilerin bir bölümü işgücünce atanmakta veya seçilmektedir; işgücünce atanan veya seçilen denetçiler de denetçi sayısına dahildir.

Küçük ve orta ölçekli işletme: Yıllık ciro-su 50 milyon veya yıllık bilançosu 43 milyon avroyu aşmayan, 250'den az çalışanı bulunan şirket, 'küçük ve orta ölçekli işletme'dir (small and medium-sized enterprise, SME) (m. 2/8).²¹ Küçük ve orta ölçekli işletmeler, Taslak Direktifin kapsamı dışındadır (m. 3).

II. 3. Taslak Direktif'in uygulama alanı

AB Komisyonu tarafından önerilen Di-

AB Komisyonu, kotanın %40 olarak belirlenmesinin nedenini %30'luk kritik eşik ile %50'lik tam eşitlik oranı arasında olması olarak açıklamaktadır.

rektif, 1 Ocak 2020 (kamu işletmeleri için 1 Ocak 2018) tarihine kadar küçük ve orta ölçekli işletmeler hariç, borsaya kayıtlı halka açık şirket denetçilerinin en az %40'ının daha az temsil olunan cinsiyetten (uygulamada kadınlardan) oluşmasını amaçlamaktadır. Buradan hareketle, Taslak Direktifin şirket tipi ve kişi açısından kapsamını şöyle belirtebiliriz:

1. Borsaya kayıtlı (listed company; quoted company) halka açık şirketler (public company; publicly traded company; publicly held company), Direktif kapsamındadır.
2. Küçük ve orta ölçekli işletmeler ile borsaya kayıtlı olmayan şirketler, borsaya kayıtlı olsun olmasın, Taslak Direktifin kapsamı dışındadır.
3. Üye ülkeler iç mevzuatlarında, kadınların şirket işgücününün %10'undan azını oluşturmaları durumunda zorunlu kotanın uygulanmayacağını öngörebilirler.
4. Zorunlu kota, tek kurullu şirketlerde kurulun denetçi sıfatını taşıyan üyelerine, denetim kurulu ve yönetim kurulunun ayrıştığı şirketlerde denetim kurullarına; esnek kota, tek kurullu şirketlerde kurulun yönetici sıfatını taşıyan üyelerine, denetim kurulu ve yönetim kurulunun ayrıştığı şirketlerde yönetim kurullarına yöneliktir.
5. Zorunlu ve esnek kota, uygulamada kadınların 'daha az temsil olunan cinsiyet' olmaları nedeniyle kadınlara uygulanacaktır.
6. Direktif'in süreyle sınırlı uygulama alanı vardır. Öngörülen hedefler, belirlenen sürelerde gerçekleştirilecektir. Son tarih, özel işletmeler için 1 Ocak 2020,

kamu işletmeleri (publicly owned enterprise; government-owned corporation) için 1 Ocak 2018'dir.

AB'de toplam 5.000 şirketin Direktif kapsamında olduğu tahmin edilmektedir. AB Komisyonu, kotanın %40 olarak belirlenmesinin nedenini %30'luk kritik eşik ile %50'lik tam eşitlik oranı arasında olması olarak açıklamaktadır.²²

II. 4. Taslak Direktif'in ana hatları

Taslak Direktif'in ana hatları şunlardır:

- Borsaya kayıtlı bir şirketin denetçilerinin en az %40'ı, kadınlardan (daha az temsil olunan cinsiyet) oluşmalıdır.
- Zorunlu kota, şirketlerin yönetim kurullarına değil, denetim kurullarına uygulanacaktır.
- Zorunlu kota, borsaya kayıtlı olmayan şirketlere ve küçük ve orta ölçekli işletmelere uygulanmayacaktır.
- Zorunlu kota, özel şirketler tarafından 2020, kamu şirketleri tarafından 2018 yılına kadar sağlanmalıdır.
- Şirketler, bu oranı sağlamak amacıyla kurul üyelerinin seçiminde vasıflı (üyelik için gerekli kriterleri taşıyan) kadın adaylara öncelik tanıyan yeni kriterler kabul etmelidir.
- Vasıf önemlidir. Bir aday, yalnızca kadın olması nedeniyle kurula seçilemeyeceği gibi vasıflı bir kadın da yalnızca kadın olması nedeniyle kurul üyeliğinden dışlanmamalıdır. Üyelik için hem kadın hem de erkek aday varsa ve adayların vasıfları eşitse, öncelik daha az temsil olunan cinsiyete (kadın adaya) verilecektir.
- Taslak Direktif, yönetici olmayan kurul üyelikleri için zorunlu kota öngörmekle kalmamakta, 'esnek kota' (flexi-quota) yükümlülüğü de getirmektedir. Esnek kota, zorunlu kotayı tamamlayıcı bir önlem olarak geliştirilmiştir. Esnek kota ile, 2020 (kamu şirketleri için 2018) yılına kadar gerçekleştirilmek üzere, bizzat şirket tarafından şirket yöneticileri için cinsiyet temelinde he-

def kotalar belirlenmesi kastedilmektedir.

- Üye ülkeler, Direktife uyulmaması hali için etkin, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar öngörmelidir. Direktif, idari para cezasını ve atama/seçim iptalini, yaptırım seçenekleri olarak saymaktadır.
- Öngörülen önlemler geçicidir; Direktif, 31 Aralık 2028'de kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır.

III. Türkiye'de Durum

6.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu²³ hükümlerine tabi olarak ve borsacılık faaliyetlerinde bulunmak üzere Borsa İstanbul Anonim Şirketi unvanıyla bir anonim şirket kurulmuştur. Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas sözleşmesinin tescil edilmesi ile İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının ve İstanbul Altın Borsasının her türlü varlıkları, borçları ve alacakları, hakları ve yükümlülükleri, elektronik ortamdakiler de dâhil olmak üzere her türlü kayıtları ve diğer belgeleri bir bütün olarak, bu maddede yer alan istisnalar dışında, başka bir işleme gerek kalmaksızın Borsa İstanbul Anonim Şirketine devrolunmuştur (m. 138). Sermaye Piyasası Kanunu'na göre, 'Halka açık ortaklık', payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar anlamındadır (m. 3/e). Payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır. Bu ortaklıklar halka açık ortaklık hükümlerine de tabi olurlar. Payları borsada işlem görmeyen anonim ortaklıklar, halka açık ortaklık statüsünü kazandıktan sonra en geç iki yıl içinde paylarının işlem görmesi için borsaya başvurmak zorundadırlar. Aksi durumda, Kurul, bu payların borsada işlem görmesi veya ortaklığın halka açık ortaklık statüsünden çıkarılması için, ortaklığın talebini aramaksızın gerekli kararları alır (m. 16).

Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmeliğin²⁴ 10.9.2012 tarih ve 2012/3834 ile değişik 4(b) maddesine göre

'küçük ve orta büyüklükte işletme (KOBİ)', 250 kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri 40 milyon TL'yi aşmayan ve mikro işletme, küçük işletme ve orta büyüklükteki işletme olarak sınıflandırılan ekonomik birimleri veya girişimleri ifade eder. Yönetmeliğin 5. maddesi, mikro, küçük ve orta büyüklükteki işletmeleri tanımlamaktadır. 'Mikro işletme', 10 kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri bir milyon TL'yi aşmayan işletmeler; 'küçük işletme', 50 kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri sekiz milyon TL'yi aşmayan işletmeler; 'orta büyüklükteki işletme', 250 kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri 40 milyon TL'yi aşmayan işletmeler anlamındadır.

Sermaye Piyasası Kurulu, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 17. maddesine (eski Kanun'un 22/1(z) maddesi) dayanarak halka açık ortaklıklarda kurumsal yönetim ilkeleri ile kurumsal yönetim uyum raporlarının içeriğine, yayımlanmasına, ortaklıkların kurumsal yönetim ilkelerine uyumlarının derecelendirilmesine ve bağımsız yönetim kurulu üyeliklerine ilişkin usul ve esasları belirlemektedir. Kurul, payları borsada işlem gören halka açık ortaklıkların, niteliklerine göre, kurumsal yönetim ilkelerine kısmen veya tamamen uymalarını zorunlu tutmaya, buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye, verilen süre içinde uyum zorunluluğunun yerine getirilmemesi hâlinde uyum zorunluluğunun yerine getirilmesini sağlayacak kararları almaya ve buna ilişkin işlemleri resen yapmaya, herhangi bir süre vermemiş olsa dahi uyum zorunluluğuna aykırı işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir istemeye, dava açmaya, açılan davada uyum zorunluluğunun yerine getirilmesi sonucunu doğuracak şekilde karar alınmasını istemeye, bu işlemlerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir. Sermaye Piyasası Kurulu'nun

45 ülkede 5977 şirketle yapılan Şirket Kurullarında Kadın Araştırması 2013, Avrupa'da şirket kurullarındaki kadın sayısının Norveç (%36,1), İsveç (%27,0) ve Finlandiya'da (%26,8) en yüksek oranlarda olmaya devam ettiğini göstermektedir.

aşağıda anılan tebliği ile borsa şirketlerinin esas alacakları kurumsal yönetim ilkelerine şirket yönetim kurullarında en az bir kadın üye bulundurma ilkesi getirilmiştir.

Sermaye Piyasası Kurulunun 'Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğde (Seri: IV, no: 56)²⁵ Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri: IV, no: 57)', 11 Şubat 2012 tarih ve 28201 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 57 sayılı Tebliğ, 56 sayılı Tebliğin ekinde yer alan Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerine 4.3.10 maddesi ile 'Yönetim kurulunda en az bir kadın üye bulunur' kuralını eklemiştir (m.7). Yaptırım açısından, Hollanda'da²⁶ olduğu gibi 'uy veya [uymama gerekçelerini] açıkla' (comply or explain) modeli/mekanizması benimsenmiştir: Borsa şirketinin bu ilkeye uymaması halinde, bu durum gerekçesiyle birlikte Kurumsal Yönetim İlkelerine Uyum Raporu ile kamuya açıklanacaktır (56 no.lu Tebliğ, m. 5).

Bağımsız global araştırma kuruluşu GMI Ratings'in 45 ülkede 5977 şirketle yapılan Şirket Kurullarında Kadın Araştırması 2013,²⁷ Avrupa'da şirket kurullarındaki kadın sayısının Norveç (%36,1), İsveç (%27,0) ve Finlandiya'da (%26,8) en yüksek oranlarda olmaya devam ettiğini göstermektedir. Ülkemizle ilgili olarak 27 şirket bazında yapılan araştırmanın sonuçlarına göre, bu şirketlerin %12,7'sinin kurullarında kadın üye bulunmaktadır. Kurullarında kadın bulunan şirketlerin

%63'ünde en az bir; %14,8'inde en az üç kadın bulunmaktadır. Bu şirketlerin %11,1'inde şirket başkanı kadındır. Türkiye, baz alınan şirketlerin %12,7'sinin kurullarında kadın olması oranıyla, Norveç, İsveç, Finlandiya, Fransa (%18,3), Danimarka (%17,2), Hollanda (%17,0) ve Almanya'dan (%14,1) sonra; İngiltere (%12,6), Avusturya (%11,3), Belçika (%9,2), İrlanda (%8,7), İtalya (%8,2), Yunanistan (%7,3) ve Portekiz'den (%3,7) önce gelmektedir. Bu oranlar, Avustralya'da %14, Kanada'da 13,1, ABD'de %12,6 (2011 itibariyle) ve Japonya'da %1,1'dir.

IV. Sonuç

AB Komisyonu, borsaya kayıtlı halka açık şirketlerin kurullarında cinsiyet dengesinin geliştirilmesini amaçlayan ve bu nedenle zorunlu ve esnek kotalar getiren bir Taslak Direktif'i 14 Kasım 2012 tarihinde kabul etmiştir. AB Parlamentosu ve Konseyi'nin kabulüyle direktife dönüşecek olan taslak, şirket denetçileri için %40'luk bir zorunlu kota, şirket yöneticileri için esnek kota öngörmektedir. Yıllık cirosu 50 milyon veya yıllık bilançosu 43 milyon avroyu aşmayan, 250'den az çalışanı bulunan şirket olarak tanımlanan 'küçük ve orta ölçekli işletmeler' kapsam dışındadır. AB ölçeğinde toplam 5.000 şirketin Direktif kapsamında olduğu tahmin edilmektedir. Direktif, henüz taslak olmasına karşın Avrupa'daki yasal düzenleme ve uygulamaları etkilemeye başlamıştır. Şirket kurullarındaki kadın oranları artıştır.

Ülkemiz şirket kurullarındaki kadın üye sayısı açısından pek çok AB üyesi ülkeden daha iyi durumdadır. Ülkemizde zorunlu kota, Taslak Direktif'in aksine, denetçiler için değil, yöneticiler için getirilmiştir. Sermaye Piyasası Kurulu'nun 'Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin 56 sayılı Tebliği'nde değişiklik yapan 57 sayılı Tebliğ'i, 56 sayılı Tebliğ ekindeki Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerine 4.3.10 maddesi ile 'Yönetim kurulunda en az bir kadın üye bulunur' kuralını eklemiştir. Yaptırım olarak, 'uy veya açıkla' modeli benimsenmiştir: Borsa şirketinin bu

ilkeye uymaması halinde, bu durum gerekçesiyle birlikte 'Kurumsal Yönetim İlkelerine Uyum Raporu' ile kamuya açıklanacaktır. Taslak Direktif aynen kabul edilirse, AB müktesebatına uyum sağlama amacıyla, Taslak Direktif'in uygulama alanı içindeki şirketlerin denetçileri için %40'lık zorunlu kota getirilmesi gerekecektir. Borsa şirketlerinin yöneticileri için 'en az bir kadın üye' düzenlemesi vardır. Şirketler iç işleyişlerinde bunun üzerine çıkmayı kararlaştırabilirler.

DİPNOTLAR

- 1 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures, COM(2012) 614 final, 2012/0299 (COD), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0614:FIN:en:PDF>
- 2 AB Komisyonu basın açıklaması 14.11.2012, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-860_en.htm, erişim 01.06.2013.
- 3 Taslak Direktifin hazırlanış nedenleri hakkında geniş bilgi için bkz.: AB, Women in economic decision-making in the EU: Progress report, A Europe 2020 initiative, Lüksemburg, 2012.
- 4 Aynı yer; AB Komisyonu basın açıklaması 14.11.2012.
- 5 Council Recommendation 84/635/EEC of 13 December 1984 on the promotion of positive action for women, Official Journal L 331, 19. 12. 1984, s. 34.
- 6 Council Recommendation 96/694/EC of 2 December 1996 on the balanced participation of women and men in the decision-making process, Official Journal L 319, 10.12.1996, s. 11.
- 7 Taslak Direktif gerekçe bölümü.
- 8 COM(2010) 78 final, http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/equality_between_men_and_women/em0033_en.htm
- 9 COM(2010) 491 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0491:FIN:en:PDF>
- 10 http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/lisa/119628.pdf
- 11 Official Journal C 155, 25.5.2011, s. 10.
- 12 Bu konuda geniş bilgi için bkz.: <http://www.dw.de/boardroom-quota-for-women-rejected-by-german-bundestag/a-16755599> ve AB Komisyonu basın açıklaması 14.11.2012.
- 13 The Telegraph 16.4.2013, <http://www.telegraph.co.uk/finance/jobs/9998067/Germany-prepares-to-impose-legally-binding-quotas-for-women-on-boards-of-leading-companies.html>
- 14 Women on Boards, Şubat 2011, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31480/11-745-women-on-boards.pdf

- 15 Aynı yer, s. 13-14, 21; The Telegraph 16.04.2013; The New York Times 16.04.2013, <http://www.nytimes.com/2013/04/11/business/global/britain-warns-of-loss-of-momentum-on-naming-women-to-boards.html?ref=europe&r=0>
- 16 The New York Times 16.04.2013.
- 17 Antlaşmaların ve AB Temel Haklar Şartının metinleri için bkz.: OJ C 83, 30.03.2010.
- 18 'Avrupa Ekonomik Topluluğu'ndan 'Ekonomik' sözcüğü, 7 Şubat 1992'de imzalanan ve 1 Kasım 1993'de yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması (AB Antlaşması) (Treaty on European Union, TEU) ile kaldırılmıştır.
- 19 Evelyn Ellis, 'The Impact of the Lisbon Treaty on Gender Equality,' European Gender Equality Law Review, S. 1/2010, s. 7-13, s. 9.
- 20 Aynı yer, s. 11. Ayrıca bkz.: Sophia Koukoulis-Spiliotopoulos, 'The Lisbon Treaty and the Charter of Fundamental Rights: maintaining and developing the acquis in gender equality,' European Gender Equality Law Review, S. 1/2008, s. 15-23, s. 9.
- 21 'Küçük ve orta ölçekli işletme' tanımı küçük ve orta ölçekli işletmelerin tanımlandığı Komisyon Tavsiye Kararı ile uyumludur (Commission Recommendation 2003/361/EC of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises, Official Journal L 124, 20.05.2003, s. 36).
- 22 AB Komisyonu basın açıklaması 14.11.2012.
- 23 Resmi Gazete 30.12.2012, S. 28513.
- 24 Resmi Gazete 18.11.2005, S. 25997.
- 25 Resmi Gazete 30.12.2011, S. 28158.
- 26 AB, Women in economic decision-making in the EU: Progress report, A Europe 2020 initiative, s. 13, 18.
- 27 GMI Ratings' 2013 Women on Boards Survey, http://www.fortefoundation.org/site/DocServer/GMIRatings_WOB_042013.pdf?docID=19201, erişim 06.06.2013.

Mete Noyan YORULMAZ

MESS Müşavir Avukatı

Ara Dinlenme Süresinin Önemli Ölçüde Aşılması Halinde Derhal Fesih

HESSEN EYALET İŞ MAHKEMESİ¹

Karar Tarihi : 24.11.2010**Karar Sayısı :** 8 Sa 492/10

Uyuşmazlık Konusu Olay:

35 yaşındaki davacı, 2001 yılından beri davalı işverenin yanında hava trafik kontrolörü olarak çalışmaktadır. Yürürlükteki mevzuat hükümleri uyarınca, gece vardiyasında hava trafik güvenliğini sağlamak üzere hava trafik kontrol kulesinde sürekli olarak iki hava trafik kontrolörünün bulunması zorunlu olup, iki saatlik ara dinlenme süresinin nasıl kullanılacağını, çalışanlar kendi aralarında belirlemeleri gerekmektedir. Bunun ile birlikte ara dinlenme sürelerini kullanırken çalışanların ulaşılabilir olmaları gerekmektedir.

Video kayıtlarının incelenmesi sonucunda davacının, kendi tuttuğu kayıtlarının aksine, Ağustos 2009 döneminde dört akşam ve Eylül 2009 döneminde bir akşam iki saatten fazla bir süre ara dinlenme süresi kullandığı tespit edilmiştir. Davacı, ortalama 20 ilâ 45 dakika fazladan ara dinlenme süresi kullanmıştır. Davacının bu davranışı üzerine davalı, davacı ile aralarındaki iş sözleşmesini derhal feshetmiştir. Davacının İş Mahkemesi nezdinde açmış olduğu dava kabul edilmiş, ancak Eyalet İş Mahkemesine yapılan temyiz başvurusu üzerine, dava reddedilmiştir.

Gerekçe:

Davacının iş sözleşmesinin, davalı tarafından derhal feshedilmiş olunması yasal olarak geçerlidir. Davalının, Medeni Kanunun 626. maddesinin 1. fıkrası hükmü uyarınca ihbar sürelerini dikkate almadan derhal feshetmesi uygundur.

Davacı, işyerinde yeterince hava trafik kontrolörünün bulunmaması halinde ortaya hangi risklerin çıkabileceği bilincine sahipti. Bunun ile birlikte davacı, Frankfurt Havaalanı'nda dava konusu olayın gerçekleşmesinden altı hafta önce gece mesaisinde iki uçağın inişi esnasında yaşanan olay hakkında da bilgi sahibi idi. Bunun ile birlikte davacının bilinçli olarak işyerinde bulunmadığı halde oradaymış gibi kendisini göstermiş olması, kusurunu ağırlaştırmaktadır.

Davacının yükümlülüklerini açıkça ihlal etmiş olması nedeniyle, ihbar süresinin beklenilmeden iş sözleşmesinin feshedilmiş olunması, yasal olarak geçerli bir eylem olmuştur. Hava trafik kontrolörü olarak istihdam edilmekte olan bir kişinin güven sağlıyor olması birincil koşullar arasında gelmektedir. Bu bakımdan davalı, davacıdan mevzuat hükümlerine uygun bir biçimde işini ifa ediyor olmasını bekleme hakkına da sahiptir.

KARARIN İNCELENMESİ

1. Karara Konu Olan Olay ve Çözümü Gereken Hukuki Sorun

2001 yılından beri davalı işverenin yanında hava trafik kontrolörü olarak çalışmakta olan ve iki saatlik ara dinlenme süresinin nasıl kullanılacağı kendisine bırakılmış olan davacının, video kayıtlarının incelenmesi sonucunda, kendi tuttuğu kayıtların aksine Ağustos 2009 döneminde dört akşam ve Eylül 2009 döneminde bir akşam iki saatten fazla bir süre ara dinlenme süresi kullandığı tespit edilmiştir. Davacının bu davranışı üzerine davalının, davacı ile aralarındaki iş sözleşmesini derhal feshetmesi uyumsuzluk konusu olmuştur.

Hessen Eyalet İş Mahkemesi davalı işvereni haklı görerek, iş sözleşmesinin derhal feshedilmiş olmasını yasal olarak geçerli kabul etmiştir. Kararda davacının, ara dinlenmesini uzun kullanması neticesinde, işyerinde yeterince hava trafik kontrolörünün bulunmaması halinde ortaya hangi risklerin çıkabileceği bilincine sahip olmasının, daha önce iki uçağın inişi ile ilgili olaylardan haberdar olmasının ve bilinçli olarak işyerinde bulunmadığı halde oradaymış gibi kendisini göstermiş olmasının kusurunu ağırlaştırdığı belirtilmektedir. Bununla beraber, davacının mesleği gereği güven sağlıyor olmasının birincil koşullardan olduğu ve davalı işverenin de davacıdan mevzuat hükümlerine uygun bir biçimde işini ifa etmesini bekleme

hakkı olduğu karara bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere söz konusu davadaki temel sorun, ara dinlenme süresinin ne şekilde kullanılacağına tasarrufu kendisine bırakılmış olan davacının, ara dinlenme süresini birden fazla kez önemli ölçüde aşmış olması sebebiyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Bu nedenle incelememizde Türk hukukunda öncelikle ara dinlenmesi kavramına ve hukuki niteliğine kısaca değinilecek, ardından işçinin ara dinlenmesi sürelerini aşması sonucu iş görme edimini yerine getirmemesinin hukuki sonuçları ele alınacaktır.

2. Ara Dinlenmesi Kavramı ve Hukuki Niteliği

Anayasal güvence altına alınmış² olan dinlenme sürelerinden ara dinlenmesi, kavram olarak günlük çalışma süresinde işçiye verilen dinlenme zamanını anlatır³. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesine göre ara dinlenmesi, işyeri gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanmak suretiyle işçilere günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında verilen dinlenme süresidir.

İş sözleşmesi işçiye, sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olmasından bağımsız olarak, sürekli iş görme borcu yükleyen bir sözleşmedir⁴. İşçi işi kişisel olarak ve emeği ile yerine getirir. Bu nedenle işçinin kişiliğinin, fiziki bütünlüğünün ve ruh sağlığının korunması gerekir. Bu koruma, görülen işten ve işyeri koşul-

larından kaynaklanabilecek her türlü iş kazası ve meslek hastalığına karşı olacağı gibi aynı zamanda kesintisiz çalışmadan kaynaklanan aşırı yorgunluk ve dikkat dağılmasına karşı da olacaktır. Bu sayılan unsurlarla beraber, işçinin yemek, içmek gibi doğal ihtiyaçlarını da gidermesi için çalışma sürelerinin belli saatlerle sınırlandırılması, kesintisiz çalışmadan kaynaklanan olumsuzlukların önüne geçilebilmesi için işçiye ara dinlenmesi verilmesi zorunludur⁵. Bu koruma sadece işçinin şahsına değil, aynı zamanda toplumun menfaatlerine ve işletmenin verimli çalışmasına da olumlu yönde etki edecektir⁶.

İş Kanunu'nun ara dinlenmesini düzenleyen 68. maddesi nispi emredici nitelikte olup, maddede belirtilen süreler⁷ tarafların anlaşması üzerine iş veya toplu iş sözleşmesi ile artırılabilir⁸. Kararda ara dinlenme süresi 2 saat olarak belirtilmiştir. O halde olayda işçi lehine ara dinlenme süresinin artırıldığı anlaşılmaktadır.

Ara dinlenmesi işçilere aynı veya değişik saatlerde kullanılabilir (İş. K. m.68/IV). Kararda, gece vardiyasında hava trafik güvenliğini sağlamak üzere hava trafik kontrol kulesinde sürekli olarak iki hava trafik kontrolörünün bulunmasının zorunlu olduğu ve iki saatlik ara dinlenme süresinin nasıl kullanılacağını çalışanların kendi aralarında kararlaştırdıkları belirtilmiştir. Bu düzenin işverenin onayı ile yapıldığı açıktır.

Kararda ara dinlenmesindeki işçilerin ulaşılabilir olması gerektiğinden de bahsedilmektedir. İşçinin ara dinlenmesini işyerinde geçirip geçirmeme zorunluluğu Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. İşçi ara dinlenmesinde serbesttir. Kural olarak, işe zamanında başlamak kaydıyla, işçinin ara dinlenmesini işyeri dışında geçirmesi engellenemez ve ara dinlenmesinin nasıl kullanılacağı işçinin tasarrufundadır⁹. Ara dinlenmesinin gereği gibi yerine getirilebilmesi için işçinin beden ve zihnen dinleniyor olması gerekmektedir¹⁰. Dolayısıyla işçinin kural olarak ulaşılabilir olmak gibi bir yükümlülüğü yoktur. Aksi halde işyerinden çıkmayarak, işe çağırılabilir ve herhangi bir arıza halinde müdahale edebilir halde işverenin emrine hazır beklemek, işçinin ara dinlenmesinde zihninin dinlenmesini mümkün kılmayacak ve gerçek

bir dinlenmeden bahsedilemeyecektir¹¹. Şu halde, karar konusu olayda belirtildiği gibi "her an ulaşılabilir olmak" da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Zira işçi her an ulaşılabilir ve işe çağırılabilir ve herhangi bir sorun halinde müdahale edebilir konumda olmak zorunda ise gerçek anlamda zihinsel dinlenmeden bahsedilemeyecektir.

Ara dinlenmesi süresince işçinin işyeri dışına çıkması, işin ve işyerinin özelliklerine göre güç ise, işverenin ara dinlenmesinde işçinin işyerinden ayrılmamasını ve ulaşılabilir olmasını istemesi kanuna aykırılık teşkil etmeyecektir¹². İşin ve işyerinin özelliklerine göre işçinin işyeri dışına çıkmasının güç olduğu hallerde örnek olarak, işyerinin yerleşim yerlerine uzak olması ve giriş çıkışların uzun sürmesi verilebilir. Olayımızda işçi iş koşulu gereği ara dinlenme süresini nasıl kullanacağını kendi belirlemek ancak süreyi ulaşılabilir vaziyette geçirmek durumundadır. İşçinin, işverenin talimatıyla fiilen çalıştırılmasa dahi emre hazır şekilde ara dinlenmesini işyerinde geçirmesi halinde ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılacağı¹³ düşünülse de, incelemeye konu olayda işin özelliği gereği ulaşılabilir konumda olmanın işin niteliğinden doğması nedeniyle iş koşulu olarak değerlendirilmesi mümkündür.

3. Haklı Nedenle Fesih

Haklı nedenin tanımı 4857 sayılı İş Kanunu'nda yapılmamıştır. Haklı neden, 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girmiş olan Türk Borçlar Kanunu'nun 435/II. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, "Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır."

4857 sayılı İş Kanunu'nun işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen 24. ve işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen 25. maddelerinde ise, hangi hallerin haklı neden teşkil edeceğine dair hükümlere yer verilmiştir. Kanun koyucu her iki maddenin de ahlak ve iyi niyet kurallarına uyulmaması durumunu düzenleyen II numaralı bentlerini sınırlı olarak kaleme almış, "Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller

ve benzerleri” ifadesini kullanarak sayılanlara benzer hallerin de haklı neden teşkil edebileceğini düzenlemiştir. Şu halde, sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirme açısından sürekli edime ilişkin ve İş Kanunu’na tabi bir sözleşme için Türk Borçlar Kanunu’na gitmeden doğrudan İş Kanunu’na gidilmelidir¹⁴. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil eden her durumun değil, ancak Kanun’da sayılanlar ve bunlara “benzer” olan aykırılık durumlarının derhal fesih sebebi olarak kabul görmesi gerektiğidir¹⁵.

Haklı nedenle fesih hakkı kullanılacaksa ve birden fazla nedenin varlığı söz konusuysa, bunların tümünün değil, yalnızca birinin gerçekleşmiş olması derhal fesih için yeterlidir¹⁶. 4857 sayılı İş Kanunu’nun olayımızla ilgili 25/II maddesinde haklı nedenler dokuz bent halinde sayılmıştır. Olayımızda, işçi ara dinlenme sürelerini önemli ölçüde aşmıştır ve ara dinlenme süreleriyle ilgili tuttuğu kayıtlar ile kamera kayıtları arasında farklılık tespit edilmiştir. Yani işçi, işverene karşı doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış sergilemiştir. Ayrıca işçinin ara dinlenme süresini önemli ölçüde aşmasıyla hava trafiği tehlikeye girmiş olabilir. Bu da işçinin işin güvenliğine tehlikeye düşürdüğü anlamına gelebilir. Aşağıda, olaydaki bu iki davranışın 4857 sayılı İş Kanunu’na göre Türk hukukundaki durumuna değinilecektir.

4. Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışlarda Bulunma

İş Kanunu’nun 25/II (e) alt bendine göre, “İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.” halinde; işveren, iş sözleşmesini süresi belirli olsun veya olmasın, sürenin bitiminden önce veya bildirimsiz olarak feshedebilecektir. Bu düzenleme, iş ilişkisinin işçinin kişiliğine bağlı olmasının bir sonucu olan “sadakat borcuna” aykırılığın özel bir görünümüdür¹⁷. Bu borç, dürüstlük ve güven kullarına uymayı gerektirir¹⁸. İşçi, bu borç kapsamında işverene kar-

şı doğru davranacak ve işini dürüstçe yerine getirecektir. İş Kanunu’nda doğruluk ve bağlılığa uymayan hallere, işverenin güvenini kötüye kullanma, hırsızlık ve meslek sırlarını ortaya atma gibi bazı örnekler verilmiş ve sınırlı sayıda tutulmayarak bunlar haricindeki benzer hallerde de işverenin haklı nedenle fesih hakkına başvurabileceği hüküm altına alınmıştır.¹⁹ Zira doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışların kapsamını Kanunla belirlemek imkânsızdır. Doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışın kapsamını belirlerken, çevrenin gelenekleri, işçinin işyerindeki konumu, işin niteliği, iş yaşamının gerekleri ve güven ilişkisinin zedelenip zedelenmediği gibi kriterlerden yararlanılmalıdır²⁰. Dolayısıyla söz konusu maddenin uygulama alanı oldukça geniştir. Doğruluk ve bağlılığa uymayan hareketin haklı neden oluşturması için aynı zamanda suç niteliği taşıyıp taşımadığına da bakılmayacaktır²¹.

Yargıtay, İş Kanunu 25/II (e) kapsamında verdiği kararlarda somut olayın özelliğine bakarak hükmün kapsamını doldurmaya çalışmıştır. Yüksek Mahkeme bir kararında, işe gelmediği halde işe devam çizelgesini imzalamayı, Kanun’da sayılmadığı halde doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak nitelendirmiştir²².

Olayımıza baktığımızda, Hessen Eyalet İş Mahkemesi verdiği kararda, davacının ara dinlenme sürelerini aşarak, bu sürelerde çalışmadığını, bilinçli olarak işyerinde bulunmadığı halde oradaymış gibi kendisini göstermiş olmasının kusurunu ağırlaştırdığını ve hava trafik kontrolörü olarak istihdam edilmekte olan bir kişinin “güven sağlıyor” olmasının birincil koşullar arasında geldiğini belirtmiştir. O halde Mahkeme burada haklı nedenin varlığı açısından hem işin niteliği hem de güven ilişkisinin zedelenmesi kıstaslarından yararlanmıştır. Hukukumuzda göre de, işçinin ara dinlenme süresini önemli ölçüde aşması ve çalışmadığı zamanları çalışmış gibi göstermesi yukarıda yer alan açıklamalar ışığında “doğruluk ve bağlılığa uymayan diğer davranışlardan” biri olarak nitelendirilip İş Kanunu m. 25/II (e) kapsamında değerlendirilebilecektir.

5. İşin Güvenliğini Tehlikeye Düşürme

İş Kanunu'nun 25/II (1) hükmü gereğince "İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması." halinde işveren, iş sözleşmesini, sürenin bitiminden önce veya bildirimsiz olarak feshedebilecektir. Maddede, "işçinin kusuru ile işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi" ve yine "işçinin kusuru ile işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisat veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretini aşar şekilde zarara uğratması" olarak iki ayrı hale yer verilmiştir. İnceleme konumuz olan olayda, işçinin kusuru ile işverenin eli altında bulunan eşyaları otuz günlük ücretini aşar şekilde zarara uğratması hususunda bir veri olmadığı için, maddenin ilk bölümünde düzenlenmiş olan işçinin kusuru ile işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi hususu ele alınacaktır.

Söz konusu madde, esas itibarıyla işçinin özen borcuna aykırı davranmasının bir sonucudur²³. İşçi her şeyden evvel yaptığı işi aksatmamak, işyerinde çalışan diğer işçilerin sağlık, yaşam ve (iş) güvenliklerini tehlikeye düşürmemek zorundadır²⁴. Madde, lafzi olarak, savsama sonucu "işin güvenliğinin tehlikeye düşürülmesini" haklı neden sayılma açısından yeterli görmüştür. Burada yalnızca işçinin fiilen çalıştığı işin değil, genel olarak işyerini kapsayacak şekilde bir tehlikeye düşürmeden bahsedilmektedir²⁵. Burada dikkat çeken husus, işin güvenliğinin tehlikeye düşmesinin yeterli olması, ayrıca bir zararın ortaya çıkmış olmasının gerekmemesidir. Zarar ihtimalinin varlığı yeterlidir²⁶. Yargıtay bir kararında güvenlik görevlisi olan işçinin nöbet yerini terk etmesini iş güvenliğini tehlikeye düşüren davranış olarak nitelendirerek işveren tarafından yapılan feshin haklı nedene dayandığını belirtmiştir²⁷.

Olayımızda işçi ara dinlenmesini uzun tutarak, görev yeri olan hava trafik kontrol kulesini terk etmiştir. Kararda belirtildiği üzere

işçi bir hava trafik kontrolörü olarak işyerinde yeterince hava trafik kontrolörünün bulunmaması halinde hangi risklerin doğacağını bilmektedir. İşçinin savsaması sebebiyle bu risklerin doğma ihtimalinin olması dahi haklı nedenle fesih için yeterlidir. Burada riskin gerçekleşmesinin (uçakların çarpışmasının) beklenmeyeceği açıktır.

Maddede "işçinin kendi isteği (kastı) veya savsamasından (ihmalinden)" bahsedilmiştir. O halde tehlikenin ortaya çıkmasında kusurun derecesi önemli olmaksızın işçi her türlü kusurundan (ağır kusur ve hafif kusur) sorumludur²⁸. İşçinin bu konuda uyarılmasına veya hatırlatmada bulunulmasına gerek yoktur²⁹. Olayda davacı, ara dinlenme süresini bilerek uzun tutarak, çalışma saatleri içinde, işyeri olan hava trafik kontrol kulesinde sadece bir kişinin kalmasına yol açmış ve tehlike ihtimalini doğurmuştur. Madde metninde aranan kusur ve tehlike ihtimali unsurlarının olayda meydana geldiği açıktır.

SONUÇ

İncelememize konu olan olayda işveren işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, işin niteliği gereği her an ulaşılabilir olma durumundan dolayı işçinin ara dinlenmesinden gereği gibi faydalandığı söylenemeyecekse de, işçi ara dinlenme sürelerini önemli ölçüde aşarak, sadakat borcuna aykırı davranmış, doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranışta bulunmuş ve işin güvenliğini tehlikeye düşürmüştür. Hessen Eyalet İş Mahkemesi'nin de kararda belirttiği gibi, işçinin işyerinde yeterince hava trafik kontrolörünün bulunmaması halinde ortaya hangi risklerin çıkabileceği bilincine sahip olmasının, daha önce iki uçağın inişi ile ilgili olaylardan haberdar olmasının ve bilinçli olarak işyerinde bulunmadığı halde oradaymış gibi kendisini göstermiş olmasının kusurunu ağırlaştırdığı açıktır.

Şüphesiz, savsama halinde dahi hem can hem mal kaybına yol açabilecek bir konuda, hava trafik kontrolörü olarak istihdam edilmekte olan bir kişinin "güven sağlıyor"

olması birincil koşullar arasında gelir. Bu güvenin sarsılmasıyla işverenden sözleşmeyi devam ettirme yönünde bir irade beklenmemelidir.

Türk hukukuna göre, işçinin olaydaki davranışları doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlardan biri olarak İş Kanunu m. 25/II (e) kapsamında ve işin güvenliğini tehlikeye düşüren davranış olarak İş Kanunu'nun 25/II (1) kapsamında nitelendirilmelidir. İşveren, bu maddelerden sadece birinin gerçekleşmiş olması durumunda dahi haklı nedenle derhal feshe başvurabilecektir.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı inceleme konumuz olan Hessen Eyalet İş Mahkemesinin haklı nedenle derhal feshi geçerli bulan kararına katılmaktayız.

DİPNOTLAR

- 1 Çev.: Alpay Hekimler, Çalışma ve Toplum Dergisi, sayı: 33, 2012/2, s.479-480.
- 2 Anayasanın 50. maddesine göre "Dinlenmek çalışanların hakkıdır". Bu genel ve soyut kuralla güvence altına alınan dinlenme hakkının ayrıntılı olarak düzenlenmesi yasa koyucuya bırakılmıştır. Süzek Sarper, İş Hukuku, 4. Baskı, Beta, İstanbul 2008, s.762.
- 3 Tunçomağ Kenan/Centel Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta, İstanbul 2008, s. 158.
- 4 Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, Beta, İstanbul 2012, s.91; Süzek Sarper, s. 220.
- 5 Tunçomağ/Centel, s.158; Süzek, s. 762.
- 6 Ulusoy Yasin, "4857 sayılı Kanun Açısından Ara Dinlenmesi" D.E. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7 Özel Sayı, Yıl: 2005, s. 404,405; Tulukçu N. Binnur, İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.181.
- 7 İş. K. m. 68/I: "...a) Dört saat veya daha kısa süreli işlerde onbeş dakika, b) Dört saatten fazla ve yedibuçuk saate kadar (yedibuçuk saat dahil) süreli işlerde yarım saat, c) Yedibuçuk saatten fazla süreli işlerde bir saat, Ara dinlenmesi verilir."
- 8 Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, Beta, İstanbul 2012, s.670; Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin, İş Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.1127; Tunçomağ/Centel, s.158; Y. 9.H.D. 22.3.1971, E. 13557, K. 4672 (İşveren D., C. IX, sayı 10, sh. 19-20) Ekonomi Münir, İş Hukuku (Ferdî İş Hukuku), Cilt: I, İstanbul 1984, s. 315; Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, Legal, İstanbul 2006, s. 242;
- 9 Narmanlıoğlu s.671; Y. 9.H.D. 25.5.1971, E. 970, K. 13112 (İşveren D., C. X, Sayı 4, sh. 16) Ekonomi, s. 316.
- 10 Soyer Polat, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzen-

lenmesi Açısından Yargıtay'ın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, s. 45; Ekonomi, s. 316; Süzek, s. 764; Ulusoy, s. 391.

- 11 Çenberci Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Seçkin, Ankara 1986, s. 936; Günay Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, Yetkin, Ankara 2005, s. 1708.
- 12 Ekonomi, s.316; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.243.
- 13 Ekonomi, s. 317; Günay, s. 1078, Y. 9. HD. 25.5.1971, E. 1971/970, K. 1971/13112.
- 14 Tuncay Kaplan Emine, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, s. 128; Günay Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, Yetkin, Ankara 2005, s. 793; Çelik, s. 271; Ekonomi, s. 196; Narmanlıoğlu, s. 407; Süzek s. 632.
- 15 Ekonomi, s. 196-197.
- 16 Ekonomi, s. 195.
- 17 Süzek, s. 640; Ekonomi, s. 206; Akyiğit Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, Seçkin, Ankara 2008, s. 1173; Günay, s. 800; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 750.
- 18 Kaplan, s. 147.
- 19 Çil Şahin, İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 1832; Ekonomi, s. 207; Arslan Seda, İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, XII Levha, İstanbul 2012, s. 88; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 750.
- 20 Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 750; Kaplan, s. 147.
- 21 Ekonomi, s. 207; Tunçomağ/Centel, s. 214; bkz Y. 9. HD. 14.3.1972, 2407/6367.
- 22 Y. 9. HD. 8.7.1997, 1197/11036 E., 1997/14029 K., Çil, s. 1832.
- 23 Narmanlıoğlu, s. 459; Süzek, s. 644; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 760; Tunçomağ/Centel, s. 216
- 24 Narmanlıoğlu, s. 459.
- 25 Akyiğit, s. 1291.
- 26 Örneğin bir benzin istasyonunda dolmuş yerinde sigara içilmesi derhal fesih için haklı neden teşkil edecek ve benzin istasyonunun havaya uçması beklenmeyecektir., Kılıçoğlu Mustafa, 4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ayhan Yayıncılık, Ankara 2005, s. 281; Ekonomi, s. 212; Süzek, s. 644; Bu yönde başka bir Yargıtay kararı için bkz. Y. 9 HD. 2.11.2004, 1834/24962 ve F. Şahlan'ın incelemesi, Tekstil İşveren, Temmuz 2005, s. 39-40; Oğuzman Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (iş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 68; Akyiğit, s. 1292; Narmanlıoğlu, s. 459; Tunçomağ/Centel s. 217; Çil, s. 1837.
- 27 Y. 9. HD. 21.01.2009 T., 2007/34191 E., 2009/544 K., <http://www.kazanci.com>.
- 28 Akyiğit, s. 1292; Narmanlıoğlu, s. 459; Süzek, s. 644; Kaplan, s. 161;; Çil, s. 1837; karşı. Tunçomağ/Centel s. 217.
- 29 Çil, s. 1837.

UZMANLIK: Gücümüzü, Türkiye'nin iki lider kurumu MESS ve Türk Metal Sendikası'nın kurucularımız olmasından alırız. Güvenimizi, kadromuzun mesleki yeterlilik ve deneyimlerinden sağlarız.



İŞ ORTAĞI YAKLAŞIMI: Eğitim hizmeti sunduğumuz tüm kişi ve kuruluşları iş ortaklarımız kabul ederiz. Müşterilerimizin stratejik hedefleri doğrultusunda çalışırız.



MÜŞTERİ ODAKLILIK: Müşterilerimiz, çalışmalarımızın odak noktasıdır. İlkemiz, müşteri tatmini ve müşteri bağlılığını sürekli kılmaktır.



SÜREKLİLİK: Müşterilerimiz ile uzun vadeli ilişkiler kurar ve sürdürürüz. Geri bildirimleriniz ile dünyada ve Türkiye'de, alanımızdaki gelişmeler ile sürekli iyileştirme sağlarız.



İŞLETMELERE ÖZGÜ ÇÖZÜMLER: Ulusal Meslek Standartları ve Yeterlilikleri temel alan modüler ve esnek eğitim programlarımızın yanı sıra müşterilerimizin hedefleri ve gereksinimleri doğrultusunda çözümler üretiriz.



Değişim çağında, "öğrenenler"
dünyayı ele geçirecek.
"Her şeyi bilenler" ise
artık var olmayan
bir dünyaya ait bilgileriyle
başbaşa kalacaklar.

Eric HOFFER



MEMAS 
MESLEKİ EĞİTİM MERKEZİ TİCARET A.Ş.

TÜRK METAL SENDİKASI

Beştepe Mahallesi Yaşam Caddesi 1. Sokak No:7/A 06520
Söğütözü-Yenimahalle/ANKARA
Tel: 0 312 292 64 00 Faks: 0 312 284 40 18

MESS

Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL
Tel: 0 212 232 01 04 (pbx)

www.memas.com.tr
memas@memas.com.tr

DEĞERLERİMİZ

Şeffaf
Güvenilir
Adil
Tarafsız
yaklaşımımızla, iş görenler ve işverenlere karşı sorumluluğumuzu daima yerine getiririz.

UZMANLIK

Gücümüzü, kurucu ortaklarımız MESS ve Türk Metal Sendikası'nın, işbirliği içinde olduğumuz üniversitelerin, işletmelerin ve kadromuzun yetkinliklerinden alırız.

İŞ ORTAĞI YAKLAŞIMI

Sınav ve belgelendirme hizmeti sunduğumuz tüm kişi ve kuruluşları, iş ortaklarımız kabul ederiz. Onların, stratejik hedeflerine ulaşmaları için çalışırız.

SÜREKLİLİK

Yer aldığımız, ulusal ve uluslararası projelerde elde ettiğimiz kazanımları, alanımızdaki tüm gelişmeleri ve paydaşlarımızın katkılarını, sunduğumuz hizmete yansıtarak sürekli iyileştirme sağlarız.

ÖLÇMEDİĞİMİZ HIÇBİR ŞEYİ YÖNETEMEYİZ



 **SIBEM**

MESLEKİ YETERLİLİK SINAV VE BELGELENDİRME MERKEZİ TİCARET A.Ş.

Merkez Mahallesi Merkez Caddesi No: 8/A 34381 Şişli/İSTANBUL

Tel: 0212 241 22 51 Faks: 0212 240 24 45

e-posta:sibem@sibem.com.tr

www.sibem.com.tr